



*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](mailto:info@magistradossidro.org.ar) / [colmagsi@hotmail.com](mailto:colmagsi@hotmail.com)  
[www.magistradossidro.org.ar](http://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:** Gualberto Arturo BAISTROCCHI  
**Vicepresidente Primero:** Delma Beatriz CABRERA  
**Vicepresidente Segundo:** Andrea Carolina PAGLIANI

**Secretario:** Carlos Alberto STORTINI  
**Prosecretario:** Diego Efraín MARTÍNEZ  
**Tesorero:** Antonio Manuel VÁZQUEZ  
**Protesorera:** María Fernanda NUEVO

**Vocales Titulares:** María Julia ABAD  
Orlando Abel DÍAZ  
Julián R. LESCANO CAMERIERE  
Susana Graciela MENDIVIL  
Marcelo RODRIGUEZ JORDÁN  
Graciela Beatriz VEGA  
Jorge Luis ZUNINO

**Vocales Suplentes:** Alejandro Adrián GUEVARA  
Hugo Oscar Héctor LLOBERA  
Andrea Iratí ROLL BIANCIOTTO  
Nicolás Ramón CEBALLOS

**ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN:**

Luis María CODEGLIA  
Santiago QUIAN ZAVALÍA  
Patricia Mabel KLENTAK

**TRIBUNAL DE DISCIPLINA:**

Roger Andre BIALADE  
Irma Edith CARNERO  
María Angélica ETCHEVERRY

**Representante ante la Comisión**

**Provincial de Secretarios, Auxiliares**

**Letrados y Funcionarios:** Mariano Luis VIEYRA

Belgrano 321 - 2º PISO – B1642DGJ – San Isidro - Tel/Fax: 4742-9939

E-mail: info@magistradossisidro.org.ar / colmagisi@hotmail.com • www.magistradossisidro.org.ar

**Dirección:**

Delma B. Cabrera  
Marcelo Rodríguez Jordán

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

A pesar de que últimamente la atención de la opinión pública parece estar enderezada hacia el norteño dengue y la foránea gripe porcina, lo cierto es que algo bueno ha derivado de tanta calamidad desgraciada y de tanta despreocupada imprevisión: no ha sido responsabilizado juez o fiscal alguno por ello.

Este comentario, algo irónico por cierto, es la forma seleccionada por nosotros para poner en evidencia cómo aquella opinión pública instala los temas en la sociedad y de qué manera antojadiza “individualiza” responsables, si los hubiera, o los “disimula”, si cabe. Claro está que no queremos ser irrespetuosos con los afectados por aquellas enfermedades, sino, simplemente, imparciales observadores de la realidad que nos circunda.

Pero la inseguridad no se ha tomado un descanso a pesar de las amenazas de epidemias, pandemias, epidemias y otras demias.

En el referido contexto, la salvaje y cobarde agresión física sufrida por un Fiscal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora por parte de “vecinos indignados” (en ocasión de constituirse en el lugar donde había acaecido un gravísimo delito) no pasa inadvertida, no sólo porque se trata de un acto de irracional barbarie, sino también porque las vías de hecho conforman el modo más ruin de atacar nuestra independencia.

Así es; una vez más es la independencia del Poder Judicial la cuestión que convoca la atención del Colegio. Por recurrente, remanido y reiterado que fuera, se ha convertido en un tema que no parece agotarse ante los repetidos, constantes e injustos embates que nos tienen por destinatarios casi todos los días. Sin embargo, por múltiples, arteros e indignos que fueran aquellos atropellos, desde estas páginas debemos alentar a los colegas a no cejar en su esforzada labor constitucional. No va a ser la dimisión; ni las amenazas de enjuiciamiento; ni el retardo en la actualización de nuestros salarios lo que pondrá fin a aquellos ataques sino, solamente, el fortalecimiento de

nuestros fueros enraizados en la Ley Fundamental y la educación de gobernantes y gobernados.

Sólo una debilidad de nuestra vocación permitiría que aquellos agravios hicieran mella. ¿Será, tal vez, el momentáneo olvido del juramento que hicieramos al asumir nuestras respectivas funciones lo que abra quizás las puertas del abatimiento?. No caigamos en el desánimo, renovemos nuestros votos y tengamos siempre presente nuestro compromiso ineludible con la ley.

También debemos asumir el protagonismo que propone la Federación Argentina de la Magistratura para que “la Justicia dé un paso al frente”. Es la hora de hacer oír nuestras ideas sobre posibles soluciones a los problemas que aquejan al servicio de justicia. Por eso nos ha parecido útil reproducir el documento elaborado por la FAM, que se leyó en todos los tribunales del país el 27 de mayo último. Refrendamos calurosamente esas propuestas y tenemos la esperanza de alcanzar cambios positivos para nuestro quehacer. Así, SERÁ JUSTICIA.

Hasta la próxima.

**EDITORIAL**

<b>1. JUSTICIA Y SEGURIDAD. QUÉ PROPONEMOS HACER</b>	
<i>Documento de la Federación Argentina de la Magistratura</i>	<b>9</b>
<b>2. DECLARACIÓN DE LA FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE LA MAGISTRATURA</b>	
<i>San Salvador, abril de 2009.</i>	<b>13</b>
<b>3. LA FACULTAD 'PREMONITORIA', ¿UN NUEVO Y SOLAPADO REQUISITO CONSTITUCIONAL PARA SER JUEZ?</b>	
<i>Marcelo Rodríguez Jordán</i>	<b>15</b>
<b>4. LA BUENA CONDUCTA DEL JUEZ.</b>	
<i>María Julia Abad</i>	<b>23</b>
<b>5. EL DAÑO AMBIENTAL: REGULACIÓN LEGAL Y CUESTIONES CONEXAS</b>	
<i>Esteban F. Falcone</i>	<b>31</b>
<b>6. LA CURATELA DE LOS HIJOS DISCAPACITADOS</b>	
<i>María del Carmen Barbero de Rébora</i>	<b>51</b>
<b>7. LA INCORPORACIÓN DE LOS “DAÑOS PUNITIVOS” A LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR”</b>	
<i>Laura Trench</i>	<b>71</b>
<b>8. PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS. DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN</b>	
<i>Débora Ramírez</i>	<b>83</b>
<b>9. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁNSITO. Art. 193 bis del Código Penal.</b>	
<i>Víctor Hugo Benítez</i>	<b>105</b>

<b>10. NOTAS AL DELITO DE HURTO DE MERCADERÍA TRANSPORTADA</b> (art. 163 inc. 5° del Código Penal)	
<i>Rodrigo D. López Gastón</i>	<b>141</b>
<b>11. LA RAZONABILIDAD DEL TIEMPO EN LOS PLAZOS PROCESALES COMO GARANTÍA DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: HACIA UNA VISIÓN OPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	
<i>Luciana Steimbach Fonrouge</i>	<b>159</b>
<b>12. LA PRUEBA EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN O DE IMPUGNACIÓN DEL VÍNCULO BIOLÓGICO</b>	
<i>Marina Lucía Giunta</i>	<b>171</b>
<b>13. CÓMO HACER VALER LA PRESCRIPCIÓN EN EL MARCO DE LA LEY 24.557</b>	
<i>Luciana Alejandra Latino</i>	<b>185</b>
<b>14. TRANSACCIÓN. Acuerdo celebrado con posterioridad al dictado de la sentencia (firme). Homologación. Ejecutabilidad.</b>	
<i>Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza - voto Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	<b>197</b>
<b>15. SENTENCIAS “ACEPTADAS”</b>	<b>217</b>
<b>16. UN HOMENAJE COMPARTIDO</b>	
<i>Delma Cabrera</i>	<b>229</b>
<b>17. LIBROS Y POESÍA</b>	
<i>POEMAS: de Carlos Rocino y de María de los Ángeles Durante</i>	
<i>Cuento: LA FLOR DE ALAMBRE, de Alicia Plante</i>	
<i>Comentario del Libro COMEDIANTES Y MARTIRES de Juan José Sebreli, por Carlos E. Ribera</i>	<b>231</b>
<b>18. GUÍA DE SITIOS JURÍDICOS EN INTERNET.</b>	<b>239</b>

## FEDERACIÓN ARGENTINA DE LA MAGISTRATURA

### JUSTICIA Y SEGURIDAD QUÉ PROPONEMOS HACER

A los poderes públicos, nacionales, provinciales y municipales. A la dirigencia política, económica y social. A los actores de la cultura. Al ciudadano argentino:

El sostenido aumento de los casos judiciales, penales y de todo tipo, afligen hoy a la sociedad, prisionera entre el miedo y la impotencia. También la Justicia padece la situación, atravesada por realidades cada vez más difíciles de gobernar. Argentina produce más de 4.000.000 de conflictos que se judicializan por año. De ellos, una cifra cercana a la mitad, se trata de asuntos penales. Con esta cantidad de casos, no puede convivir la población ni el sistema judicial, se haga con él lo que se haga. Las cárceles en todo el país están superpobladas, las leyes penales fueron endurecidas y la situación no cambia.

**Poner en valor la ley. Reducción de la cifra de conflictos.** Debemos reducir, entre todos, la cifra de conflictos con un nuevo pacto respecto de la vigencia de la ley y el respeto por los derechos del otro, los que no pueden quedar librados a la sola acción del control estatal con sistemas judiciales y policías desbordadas. Poner en valor la ley es tarea, antes que nada, ciudadana. La política debe liderar los procesos de acuerdo y cambio, con planes urgentes y concretos que incluyan educación y participación para compartir el esfuerzo en el sostenimiento de la ley. Sobre ellos podemos aportar algunas medidas, aunque reconociendo que excede este campo la competencia y responsabilidad judicial.

**Justicia simplificada.** Debemos descargar de los sistemas judiciales 2.000.000 de casos por año, en parte evitándolos mediante prevención eficaz, en parte transfiriéndolos de los pesados y colapsados sistemas formales a un nuevo sistema más ágil e informal, de justicia simplificada y de proximidad geográfica. Para construir este cordón de atención primaria del conflicto, resulta imprescindible el concurso de los tres Poderes del Estado en los niveles nacionales y provinciales. Imaginamos Acuerdos Inter.-Poderes e Inter.-Jurisdiccionales que posibiliten la instalación de nuevos jueces, con base edilicia y apoyatura en delegaciones municipales, que puedan actuar con procedimientos simples, concentrados y orales, privilegiando el acuerdo y la restauración para desplazar el largo y engorroso combate judicial propio de los asuntos complejos.

**Mediación extrajudicial** Debemos llevar a la mediación a un punto de actuación que la convierta en el primer nivel de respuesta al conflicto, para que sean las propias partes interesadas las principales protagonistas del hallazgo de la solución. Para ello hace falta más que leyes. Se necesitan planes integrales de fomento a la mediación, con campañas de difusión, alicientes de uso, disponibilidad, gratuidad, junto con consecuentes medidas de desaliento al pleito tradicional. El objetivo a lograr es que el litigio ocupe un lugar subsidiario dentro de los mecanismos de solución de las disputas.

**Priorizar la atención de los casos más graves.** En materia de justicia penal se deben realizar las reformas necesarias para que los fiscales puedan priorizar la atención de los casos más graves, seleccionando los asuntos en que acusarán, adecuando en las leyes el rol de la víctima en el proceso, para que pueda ejercer un adecuado control e impulso sobre su marcha.

**Mayor velocidad en los casos penales.** Resulta imprescindible establecer juzgados y procedimientos diferenciales para los delitos cuyos autores fueran sorprendidos al momento de cometerlos o inme-

diatamente después, detenidos por la policía o indicados por el clamor popular. Estos juzgados para delitos de simple comprobación, actuando bajo principios de simplicidad, y sin afectación de derechos, permitirán seguir sosteniendo la presunción de inocencia y el derecho de defensa en juicio en la totalidad de los asuntos, tan esenciales para distinguir la justicia de la venganza privada.

**Misión fundamental del Estado Nacional. Creación de un Fondo Estructural.** El Estado Nacional, tiene como misión fundamental, desde el propio Preámbulo de la Constitución Nacional, “afianzar la Justicia” y “asegurar los beneficios de la libertad” en toda la República. Tal tarea no se cumple con la creación y actuación de la Justicia Federal, Gendarmería Nacional, Policía Federal y Prefectura, órganos previstos para actuar en un número limitado y excepcional de casos. La gravedad de la situación impone la urgente creación de un Fondo Estructural para la agilización de la reforma judicial y de planes adecuados de seguridad en las provincias, que les permitan desarrollar con mayor impacto las medidas en curso, las que aquí proponemos y las que se puedan añadir. Si la Seguridad y la Justicia importan, no debe serlo sólo para la crítica, sino para posibilitar soluciones. El modo de hacerlo, sin violentar el diseño federal, es con un Fondo Compensador, o de desarrollo de Políticas en Seguridad y Justicia, que pueda ser utilizado por las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con finalidades específicas y medición de resultados.

**Nuestro aporte.** Desde la crisis del 2001 venimos reclamando atención y elaborando propuestas de acción para revertir el estado de cosas en materia de justicia, participando con otras organizaciones civiles y autoridades públicas en la elaboración de diagnósticos y propuestas para la reforma judicial. A pesar de los avances, las soluciones intentadas se encuentran todavía en el nivel experimental o de escala reducida. Con urgencia debemos establecer, desde un enfoque global y nacional, un curso de acción con ese norte. Proponemos que los poderes nacionales convoquen los encuentros. Allí podremos desarrollar y desagregar la formulación de medidas complementarias que inte-

gran nuestro aporte y que, con el del resto de los participantes, seguramente resultará una elaboración de mejor criterio y valor.

**Convocamos:** a los Jueces, Fiscales, Defensores y Funcionarios de los Poderes Judiciales y Ministerios Públicos de todo el país a expresar su apoyo a la petición que realizamos, **concentrándonos en los lugares públicos de los distintos Tribunales, por espacio de quince minutos, a partir de horas 13 del día 27 de mayo.** Con esto último pretendemos expresar la entidad de la preocupación del Sistema Judicial en su conjunto y la firme voluntad de participación en la construcción de soluciones.

**Fernando Lodeiro**

Secretario  
Federación Argentina  
de la Magistratura

**Abel Fleming**

Presidente  
Federación Argentina  
de la Magistratura

**Comunicado**

**FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS**

Teniendo en cuenta los graves hechos ocurridos en Provincia de Buenos Aires, República Argentina y la convocatoria realizada desde la Federación Argentina de la Magistratura al debate amplio sobre propuestas relacionadas con las cuestiones de seguridad y justicia, la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM) en su 58° Asamblea General Ordinaria llevada a cabo en San Salvador, República de El Salvador ha resuelto:

Repudiar la agresión brutal sufrida en Argentina por el Fiscal Enrique Lázari, víctima de una golpiza por parte de una turba de vecinos tan solo por ejercer su ministerio, concurriendo al sitio de los hechos con motivo de una investigación criminal.

Esta agresión no se explicaría sin su contexto de saturación del sistema judicial al que ingresan 4.000.000 de asuntos por año, unido a la persistente tarea de desprestigio de los distintos poderes judiciales sostenida con críticas simplistas provenientes incluso desde ámbitos gubernamentales, que tienen precisamente la misión de ayudar a su fortalecimiento, adoptando las medidas para permitir su eficacia.

Adherir al reclamo de la Federación Argentina de la Magistratura que pretende el tratamiento de una serie de proyectos en materia de seguridad y justicia cuyo análisis, decisión e implementación requieren de la coordinación y compromiso de los tres poderes del Estado.

Ángeles Paredes

Secretario  
FLAM

Raúl Bolaños Cacho Guzmán

Presidente  
FLAM

El Salvador, abril de 2009.



## LA FACULTAD 'PREMONITORIA', ¿UN NUEVO Y SOLAPADO REQUISITO CONSTITUCIONAL PARA SER JUEZ?

por Marcelo Rodríguez Jordán<sup>1</sup>.

### I.- Introducción: In memoriam:

Días atrás el vecino de San Isidro recibía la noticia de la muerte violenta del teniente (hoy capitán) Aldo Garrido, numerario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y, desde hacía muchos años, aprecio custodio de los comercios ubicados en su zona céntrica y de las personas que por allí transitaban.

Impresionado por su deceso (como pasa cada vez que fallece sorpresivamente alguien que conocemos) quise dejar constancia de un tributo insignificante en su memoria, pero también de hilvanar ese episodio con otros de trascendencia. Recuerdo a “Garrido” (antes de su muerte no tenía para mí ni “nombre” ni “rango”) con saludo cordial, cuadrándose con la venia que ya no se estila (salvo para algún camarista) y luciendo todos los días un uniforme impecable. Siempre que buscaba un regalo tardío en los negocios de la zona (no soy puntual con los obsequios), me cruzaba con él en todas las ocasiones y, luego de intercambiar las palabras obligadas impuestas por las buenas costumbres, otro saludo formal signaba la despedida. Si bien su presencia no impedía la comisión de delitos, es cierto que verlo en las intermediaciones brindaba mayor tranquilidad y desalentaba a más de un amante de lo ajeno.

Luego de repasar su historia en los diarios que reprodujeron una improvisada biografía tras su lamentada pérdida, noté que el hombre, a pesar de su cristianismo, parecía creer en el destino (advierto que no voy a adherir a ninguna discusión entre los partidarios del libre albedrío y los del determinismo); seleccioné entonces un poema de Juan

---

<sup>1</sup> Defensor Oficial en lo Criminal y Correccional, Departamento Judicial de San Isidro - marcelo-jordan2000@yahoo.com.ar



Ramón Jiménez<sup>2</sup> para recordarlo en nuestra Revista. Allá por 1911, el autor de “Platero y yo” había escrito “Poemas Agrestes” y, entre ellos, destacaba uno para expertos en melancolía. Su título: “El viaje definitivo”<sup>3</sup>:

*“... Y yo me iré. Y se quedarán los pájaros  
cantando;  
y se quedará mi huerto, con su verde árbol,  
y con su pozo blanco.  
Todas las tardes, el cielo será azul y plácido;  
y tocarán, como esta tarde están tocando,  
las campanas del campanario.  
Se morirán aquellos que me amaron;  
y el pueblo se hará nuevo cada año;  
y en el rincón aquel de mi huerto florido y encalado,  
mi espíritu errará, nostálgico<sup>4</sup> ...  
Y yo me iré; y estaré solo, sin hogar, sin árbol  
verde, sin pozo blanco,  
sin cielo azul y plácido ...  
Y se quedarán los pájaros cantando”.*

Vayan, pues, estas palabras en recuerdo del capitán Aldo Garrido y que las mismas sirvan también para despedirlo, al menos por un rato, en esta transitoriedad terrena.

## **II.- El reino del revés (breve descripción):**

El gobernante de turno, a fin de contrarrestar los perniciosos efec-

---

<sup>2</sup> Escritor español; 1881-1958; premio Nobel de Literatura en 1956.

<sup>3</sup> Ver “Antología poética” de Juan Ramón Jiménez, selección de Arturo del Villar, editorial EDAF, Madrid, año 2005, sexta edición, p. 85.

<sup>4</sup> Característico de este autor, trocar la “g” por la “j”.

tos que en el electorado provoca la multiplicidad de hechos delictivos, no ha tenido mejor iniciativa que la de promover la sanción de leyes emotivas<sup>5</sup>: tipificar como delitos conductas peligrosas (ley 26.362); impulsar la instalación de penas desproporcionadas (leyes 25.189, 25.928, 25.882, 25.886); obstaculizar la posibilidad de solturas anticipadas (leyes provinciales 13.449 y 13.943); endurecer la ejecución de las sentencias condenatorias al dificultarse la obtención de beneficios (ley 25.892); hacer co-titular de la acción pública al particular damnificado (ley provincial 13.943) institucionalizando la reivindicación privada (“¿venganza?”, “¿revanchismo?”); se le prohíbe al fiscal ser subjetivo, pero al particular damnificado, no; a éste se lo deja actuar con todo ímpetu, a pesar de “compartir” la misma acción pública: interesante, el dolor parece justificarlo todo; a aquel magistrado por su falta de objetividad se lo puede recusar, al representante de la víctima hay que tolerarle todo hasta el fin del proceso, aunque a aquél ya no le interese la continuidad de la instancia.

Sólo hay “sensación de justicia” si los jueces fallan de conformidad con el clamor de los afectados, que ven en los medios de comunicación una caja de resonancia en la que incrementan su dolor y desconsuelo. Y, ante tal clamor, parecería no ser conveniente mostrarse sordo. ¿Y la Constitución?; bien, gracias. Vallas y presencia policial son hoy requisitos imprescindibles en todo juicio mediático ... y ¡guay! con no condenar a pedido. ¿Y el debido proceso? (perdón, ¿qué cosa?)

Cada vez más numerosos son los enfadados con el sistema; hasta se oyen las voces de quienes gritan por la instauración (re-instauración) de la “pena de muerte” (sólo para algunos delitos, claro); de bajar los límites de edad para la punición de menores; de establecer la perpetuidad del encierro para los reincidentes; convencidos todos que desde el rigor de la ley va a erradicarse el mal que afecta a la comunidad. Debe

---

<sup>5</sup> En contradicción al concepto que sobre la ley nos había enseñado, por ejemplo, Santo Tomás: “ordenamiento de la razón, dirigido al bien común y promulgado por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad” (palabras más, palabras menos).

aceptarse que están también los que no creen en las pautas de la ley ni en su supremacía en relación a sus opiniones y, directamente, evitan toda burocracia al mismo tiempo en que se preguntan: ¿para qué formalizar una denuncia contra un presunto violador si se lo puede linchar o castrar?; ¿por qué voy a mantener con el pago de los impuestos a ese 'animal' en la cárcel?

En busca del milagro instantáneo (por supuesto que los que no se producen con velocidad no son efectivos en términos políticos), delegan los temas atinentes a la seguridad en ex-jueces o fiscales con buena prensa, buscando la solución inmediata y coyuntural, como si lo “judicial” y lo “policial” fuera la misma materia; como si las buenas intenciones fueran perceptibles y suficientes. Después de un tiempo en que se advierte que “nada solucionan” (no es tarea para una sola gestión) renuncian a sus ministerios o secretarías y regresan al sitio de donde vinieron con la correspondiente cuota de desprestigio ante la inoperancia exteriorizada en un cargo para el que no habían concursado (es cierto, la “buena prensa” no alcanza).

La circunstancia descrita también ha deparado otra interesante curiosidad: la que se vincula con la defensa de los llamados “derechos humanos”, obviamente, una consigna pergeñada por pensadores vinculados a asociaciones ilícitas, a amantes de la propiedad colectiva, a desalineados lectores de Marx; y no un dogma de los países civilizados y organizados constitucionalmente en procura de un bien inmaterial en desuso: la dignidad de todos los hombres.

Sí; son épocas de violencia desmedida, de inseguridad cotidiana, de intranquilidad general. Sufridas víctimas (si sobreviven) y familiares dolidos, políticos intencionados y funcionarios ineficaces, vecinos preocupados y periodistas morbosos que se regodean en la desgracia del prójimo, han comenzado a buscar con denuedo e insistencia a los posibles responsables de un caos descrito como estructural. Todos parecerían coincidir en señalar a los jueces y fiscales como blanco de sus punterías y, hacia ellos y contra ellos, dirigir sus pesadas armas: la difamación, el insulto y la expiación. Por supuesto que no puede soslayarse que muchas veces el agravio no siempre pueril tiene por basamento una gran dosis de desinformación e impotencia, más allá de la habi-

tual predisposición nacional de opinar en contra de las instituciones, especialmente, la que representamos. Un dato que no llama la atención: en la Capital de la República, tanto la Casa Rosada, el Congreso Nacional como el edificio de los Tribunales están cercados y tienen permanente custodia policial. Esto simboliza un significativo mensaje para todos, pero nadie aparece poniéndose el sayo.

### III.- La premonición:

“¡Alguna cabeza tiene que rodar!” es la exclamación que parece guiar al gobernante ante la citada descripción por lo que, para tranquilidad de todos, se prestará más atención al control del cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser juez; ahora se podrá censurar a todos aquellos candidatos que no sepan acudir al oráculo, “eso” que puso de moda en Grecia un tal Sófocles durante el “Siglo de Oro de Pericles” (unos quinientos años antes de Cristo), a fin de poder predecir el futuro, aunque no le haya ido nada bien a Edipo ni a su padre, Layo, con la interpretación que hicieran de su consulta (el libre pensamiento ya era un riesgo desde entonces). A partir de este momento, el juez que no sepa que la persona que libera (cualquiera fuera la causal) va a volver a reincidir, será denostado, perdón, enjuiciado políticamente. Desde ahora, gracias a la consulta con el oráculo, ya no van a tener excusa. Además, este nuevo mecanismo permitirá a los distintos Consejos de la Magistratura abordar concienzudamente las ternas de “Horangel” (se ignoran otros datos identificatorios), “Blanca Curi” o “Ludovica Squirru”<sup>6</sup>; ya no interesará que el aspirante sepa de Leyes Fundamentales ni, mucho menos, de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ni cuál sea su jerarquía normativa. Qué importa Kelsen (¿quién es?); que nadie ose aludir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (¿para qué sirven sus ministros si viven en una

---

<sup>6</sup> Esta mención es sin desmedro de la honorabilidad con la que las personas nombradas ejercen sus respectivas ocupaciones (no vaya a ser cosa que también se la agarren con los Defensores Oficiales).

burbuja o se la pasan dando conferencias o cátedras abandonando sus despachos?); que nadie absuelva por duda (¿dónde se creen que estamos que alguien piensa que es importante la prueba?)

#### **IV.- Reflexiones y sugerencias:**

o, nosotros no vivimos en Delfos o en Tebas ni transitamos el siglo V antes de la Era Cristiana y, la realidad que nos convoca, encierra una tragedia que no es literaria. La gente sigue muriendo por la violencia con la que se perpetran los delitos o por la imprudencia con que se conducen los automóviles; la siguen desapoderando de sus bienes; la siguen ultrajando ... y la siguen engañando. A veces, hasta tengo la sensación de creer que los responsables de este desaguado, para ocultar su origen y no aludir a las posibles soluciones, han leído con fervor a Twain<sup>7</sup>, maestro del sarcasmo y de la mentira desvergonzada y siguen su penoso consejo: *“La verdad es nuestro mayor tesoro; economizémosla”*<sup>8</sup>.

El descreimiento genérico por parte de la opinión pública en nuestra institución dedicada, como es sabido por todos, a interpretar y aplicar la ley constitucional, va en aumento. Una institución no sólo vapuleada tendenciosamente por la mala prensa y la inequidad de las apreciaciones cargadas de subjetivismo y, muchas veces, de desfachatada mendacidad, sino también por políticas que atentan contra los principios de inamovilidad constitucional de sus integrantes (sanción de la ley 13.661) y de intangibilidad de sus remuneraciones (carcomidas con ferocidad por una inflación no admitida por los responsables de su control). Así es, estamos siendo castigados.

La imparcialidad que la ley exige a los magistrados para juzgar no puede ser suplida por el desasosiego y angustia de los damnificados o

---

<sup>7</sup> Mark Twain, escritor estadounidense; 1835-1910.

<sup>8</sup> Fragmento de “The tragedy of the Pudd'nhead Wilson” (“La tragedia del Cabezahueca Wilson”), mencionado en el prólogo del libro “Obras”, editorial Plaza & Janés, Barcelona, año 1967, p. 23, traducción de J. Rius y otros.

el de sus familiares y amigos. Cualquier observador puede advertir, no sin asombro, que mientras desde algún sector se pregona “juicio y castigo” a los responsables de delitos, desde otro se asienta el interrogante lógico: “¿para qué reclaman el juicio si ya han 'condenado' a los sospechosos?” Debe saber transmitirse a los afectados que el debido proceso también podrá desembocar en libertades y absoluciones y que, quienes se encargan de instrumentarlo, requieren de medios e infraestructura (jueces insuficientes, inexistencia de policía judicial y de jurados, salas de juicio minúsculas, magistrados sin despachos; previsión de criterios de oportunidad de dudosa constitucionalidad, ausencia de “cámaras Gesell”, falta de provisión de equipos de audio o grabación, interminable espera en la consecución de la “doble instancia” contra la sentencia definitiva de los juicios criminales, cárceles distantes y superpobladas, más un largo etcétera).

Que no se invite, con acciones u omisiones, a prescindir de la ley ni de los jueces, pero tampoco se fomente, directa o indirectamente, el sostenimiento de magistrados temerosos de fallar en beneficio de posibles imputados si las normas, las pruebas y las circunstancias así lo autorizaran. Debe robustecerse un Poder Judicial independiente, mas sin ignorar que el primer atisbo de fortaleza va a ser apreciado desde la calidad ética de cada uno de sus integrantes y, para ello, no es menester que nos provean de infraestructura alguna.

#### **V.- Conclusiones:**

No va a ser la pretensa ironía de estas breves líneas la que va a poner fin al delito violento ni va a satisfacer a la ciudadanía que aguarda impaciente y con justificación reacciones y respuestas de sus gobernantes. Sin embargo, no puedo pasar por alto que he encontrado en estas formas la manera más agradable para describir nuestras propias miserias.

## LA “BUENA CONDUCTA” DEL JUEZ

*María Julia Abad\**

*“Quien sabe que no tiene jueces,  
no tiene porqué depositar su fe  
en las normas”.*

*Carlos Cossio*

### INTRODUCCIÓN

En nuestros días es casi un lugar común aludir al desprestigio del Poder Judicial; y no corren mejor suerte el Legislativo o el Ejecutivo.

Sin embargo, mientras que la eficacia y prestigio del Poder Ejecutivo en nuestro régimen presidencialista depende principalmente del mérito de una sola persona, y en el caso del Legislativo las decisiones colegiadas suelen poner en segundo plano a los individuos, la singularidad del Poder Judicial reside en que es el conjunto de conductas personales y decisiones jurisdiccionales autónomas lo que determina la calidad de su gestión.

Cada juez es entonces verdadero protagonista de una actividad que compromete toda su persona ante la sociedad.

En este informe se sitúa la figura del juez en el marco constitucional, con el fin de destacar sus deberes y responsabilidades, señalando asimismo los que le caben al Estado.

### STATUS LEGAL Y CONSTITUCIONAL

Nuestra Constitución, en la Sección Tercera dedicada al Poder Judicial, en el capítulo I ordena lo relativo a su naturaleza y duración.

El art. 108 establece que el Poder Judicial de la Nación será ejer-

---

\* Juez del Tribunal de Familia n°2 de San Isidro

cido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciera en el territorio de la Nación.

La designación de los magistrados se halla prevista en el art. 99 inc. 4°, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, que “nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado” y “nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

Entonces, según el art. 114, el Consejo de la Magistratura selecciona mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores y emite propuestas en ternas vinculantes.

Por otra parte, respecto a la remoción de los magistrados, cabe señalar que tradicionalmente los jueces designados sólo podían ser removidos por el Congreso, siguiendo el procedimiento del juicio político. Después de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, dicho procedimiento ha quedado reservado únicamente para la remoción de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia.

Es decir que respecto a la remoción de magistrados inferiores el trámite ha quedado a cargo de dos nuevas instituciones: el Consejo de la Magistratura, que decide la apertura del procedimiento de remoción, en su caso ordena la suspensión, y formula la acusación; y el Jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados con matrícula federal, facultado para disponer la destitución (arts. 114 y 115 CN).

Las causales de remoción de estos magistrados están previstas en el art. 115 que hace referencia al art. 53, que establece taxativamente: el mal desempeño, el delito en el ejercicio de sus funciones o los crímenes comunes.

Finalmente, apelando a una caracterización más genérica de la conducta exigible a los magistrados, el art. 110 señala que “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos **mientras dure su buena conducta**, ...”.

## RESPONSABILIDAD SOCIAL

El poder jurisdiccional del magistrado se corresponde con un deber exigible, el de la “buena conducta”, que constituye una responsabilidad social respecto de:

- La eficacia e idoneidad en el ejercicio de la propia función;
- La coherencia e integridad de su vida personal, mostrada a quienes representa y controla.

Y esto último porque, si bien es cierto que el juez no tiene representación otorgada por sufragio universal, también lo es que su potestad está implícita en la formación democrática de un Estado.

Por otra parte, la exigencia de buena conducta está íntimamente vinculada con la independencia de la magistratura: sólo es posible asignar responsabilidades a jueces independientes.

Ahora bien, qué alcance cabe atribuir al concepto de “buena conducta”?

En general, la conducta es el porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones <sup>1</sup>.

En los términos de la Constitución, la mala conducta imputable al juez se infiere de las causales de remoción expresamente establecidas por el art. 53, pero más específicamente de la definida como “mal desempeño”.

Y, en qué consiste el “mal desempeño”? ¿Acaso se refiere sólo al ejercicio de la propia función, o cabe atribuirle un sentido más amplio?

La causal de remoción por mal desempeño fue incorporada en la reforma constitucional de 1860, inspirada en la Constitución de los EE.UU. En el informe de la comisión examinadora de la Constitución de 1860 se dijo: “pueden los actos de un funcionario no ajustarse al vocabulario de las leyes penales vigentes, no ser delitos o crímenes califi-

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia Española.



cados por la ley común, pero sí constituir “mal desempeño” porque perjudiquen al servicio público, deshonren al país o la investidura pública, impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución, en cuyo caso bastan para promover el enjuiciamiento”.

Asimismo, Hamilton<sup>2</sup>, al definir la naturaleza del juicio político sostuvo: “...los temas de su jurisdicción son aquellas ofensas que proceden de la mala conducta del hombre público o, en otras palabras, del abuso o violación de alguna confianza pública. Ellos son de una naturaleza que puede, con peculiar propiedad, ser denominada política, en tanto se relaciona a perjuicios cometidos inmediatamente contra la sociedad misma”.

Refiriéndose al tipo de juicio al que es sometido el magistrado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Nicosia”, ha sostenido que el proceso de remoción es un juicio de responsabilidad político, con sujeción a las reglas del debido proceso, lo que equivale a decir que en lo sustancial el juicio es político, y en lo formal se trata de un proceso orientado a administrar justicia ( Fallos 316. 2940 ).

Queda claro que se trata de un juicio político porque no es un juicio penal, sino de responsabilidad, en que el magistrado debe rendir cuentas a la sociedad, por la dignidad en el ejercicio del cargo asumido.

Sin embargo, respecto a esta causal, al magistrado se lo juzga por hechos cometidos, entendiendo por ello hechos imputados y probados, y no su repercusión pública, es decir, independientemente del juicio o estimación que los demás puedan hacer.

En el juicio político que se promoviera a los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1947, se dice que “mientras dure su buena conducta” significa: mientras el magistrado gobierne su vida con la dignidad inherente a la investidura. Es decir que la gobierne con principios e integridad de espíritu.

---

<sup>2</sup> Hamilton Alexander – “El Federalista” – n° 65 – New American Library – Ontario - 1961

Así también nuestro más alto Tribunal, en el caso Nicosia, señala que “el enjuiciamiento de los magistrados debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en presunciones serias que sean idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función” ( Fallos 266: 315, 267: 171, 268: 203, 272:193, 277:52 )

Por su parte, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, en el caso del juez Dr. Víctor Hermes Brusa, del 31 de marzo de 2000, ha entendido que no se trata de sancionar al magistrado, sino de determinar si ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, como es la de dar a cada uno lo suyo.

Ello también se adecua a la idea de que el mal desempeño no puede tipificarse, pese al intento de algunas Constituciones y leyes provinciales en ese sentido. Así, la solución dada por la ley 24937, en consonancia con el art. 53 de la CN, evita caer en el error de que la ley debe contener todas las posibilidades fácticas.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en el art. 175 del cap. V sobre elección, duración y responsabilidad de los miembros del Poder Judicial, al referirse a la función indelegable del Consejo de la Magistratura, señala: “Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos”.

Queda en claro entonces que el desempeño del magistrado se valora con criterio integral, que comprende desde la conducta personal en cualquier ámbito, pasando por el diario quehacer tribunalicio, hasta los demostrativos de su idoneidad técnica.

## LA IDONEIDAD

El art. 16 de la Constitución Nacional, en el capítulo Declaraciones, Derechos y Garantías, señala la condición de “idoneidad” como un requisito indispensable para la admisión en los distintos empleos.

Al definir el término “idoneidad”, dice la Real Academia: “que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa”.

Considerando el término en un sentido restringido a lo puramente técnico jurídico, esa definición incluye las dos condiciones necesarias: una adecuada formación previa, y un ánimo dispuesto a la investigación, entrenamiento y desarrollo intelectual.

El primer aspecto es valorado actualmente por el Consejo de la Magistratura en el proceso de selección; mientras que lo relativo a la capacitación depende tanto de cada juez como de los medios y oportunidades a los que pueda acceder.

La selección de los jueces se realiza por concurso público, de los que resultan las ternas que son vinculantes para el P.E., que selecciona a su vez al que resulta designado, previo acuerdo del Senado. Esta disposición ha cambiado el carácter discrecional que tenía el nombramiento de los magistrados en la Constitución de 1853, a favor de una apreciación más objetiva de las cualidades de los candidatos.

Sin embargo, es conveniente que la evaluación considere no sólo los antecedentes académicos o de carrera judicial, sino también otras cualidades de más ardua apreciación objetiva pero no menos importantes para el desempeño del juez: equilibrio emocional, circunspección, capacidad de trabajo en equipo, espíritu de iniciativa, disposición a la creatividad e interés por progresar intelectualmente.

Respecto de esta última condición, es esencial que la propia iniciativa del juez halle las oportunidades para acceder a una permanente capacitación. En ello, el Estado debe jugar un papel decisivo.

La reciente reforma constitucional de 1994 asigna esa función al Consejo de la Magistratura, al darle en el art. 114 inc. 6 la atribución de: "Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial, y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

Es tan relevante organizar la selección y designación de nuevos magistrados, como lo relativo a su capacitación. Sin embargo, pareciera que una vez más lo urgente ha postergado a lo importante.

## CONCLUSIONES

1. Es necesario mejorar la confianza ciudadana en la judicatura, para fortalecer el basamento institucional de la República.

2. La Escuela Judicial debe constituirse en un valioso instrumento para promover las capacidades, especializaciones y entrenamientos requeridos por el servicio de justicia.

3. Los criterios aplicados para seleccionar candidatos o juzgar la conducta de los jueces deben incluir también las cualidades personales ajenas a lo técnico jurídico pero capaces de afectar la eficacia en el desempeño de la función; como asimismo valorar la integridad de la vida personal en relación con la probidad exigible a un juez.



## EL DAÑO AMBIENTAL: REGULACIÓN LEGAL Y CUESTIONES CONEXAS

Por Esteban F. Falcone\*

*"Ni la sociedad, ni el hombre, ni ninguna otra cosa deben sobrepasar para ser buenos, los límites establecidos por la naturaleza" Hipócrates  
(Cos, Mar Egeo, 460-377 a.C.)*

En una de sus conferencias magistrales el jurista cordobés Pedro J. Frías sostuvo que el Derecho es el orden del orden social, definición lacónica y de tanta riqueza conceptual que ayuda a comprender la razón de nuestra disciplina. A la par de este orden y consustancial con él reposa el orden ambiental el cual se encuentra sometido a sus propias normas, las que si bien no son dictadas por el hombre, deben ser respetadas bajo pena de producir cambios ambientales perjudiciales para la vida humana actual o futura<sup>1</sup>. En este sentido, parafraseando al autor citado, podríamos conceputar la importancia de las normas jurídicas tuitivas del medio ambiente en estos términos: "...Hemos terminado conociendo con algún pesar que sólo somos administradores de la herencia de nuestros hijos..."<sup>2</sup>.

---

\* Abogado, ex becario de la Fundación Carolina, se desempeña en la Unión Industrial de la Prov. Bs As.

<sup>1</sup> Proyecto de ley de responsabilidad ambiental de España, elaborado de acuerdo a la Directiva 2004/35/CE, recientemente aprobado por el Consejo de Ministros en su disposición transitoria única declara la no aplicación de la ley a los daños causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes de su entrada en vigor o a los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después de la entrada en vigor de la ley, cuando estos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha.

[http://www.mma.es/portal/secciones/novedades\\_web/pdf/ley\\_responsabilidad\\_ambiental.pdf](http://www.mma.es/portal/secciones/novedades_web/pdf/ley_responsabilidad_ambiental.pdf)

<sup>2</sup> Cartilla para un humanismo ambiental, Pedro J. Frías.-

La preocupación ambiental comienza a plasmarse en las Constituciones de algunos países a partir de 1970, ejemplo de ello son: España; Grecia; Malta; Portugal; Suiza; Colombia; Brasil; Albania; Bulgaria, Polonia; Alemania; Cuba, y toma alcance mundial a partir de 1972 cuando las Naciones Unidas, en Estocolmo, celebraron la Conferencia del Medio Ambiente Humano. A partir de ella surgen la Declaración de Estocolmo, en primer lugar, y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Humano. En nuestro país sucedió algo similar y las constituciones provinciales fueron incluyendo cláusulas ambientales a partir de 1986, incorporando normas sobre el medio ambiente, como derecho – deber, y sobre la legitimación en materia de intereses difusos<sup>3</sup>.

Con esta visión la reforma constitucional de 1994 introdujo en el capítulo Segundo “*Nuevos Derechos y Garantías*” el artículo 41, dando jerarquía constitucional al derecho a un ambiente sano, reconociéndolo como derecho – deber. El mencionado artículo regula diversas cuestiones: se refiere al daño ambiental y la obligación de recomponer para el agente productor; a la política ambiental trazando los fines a tener en cuenta por las autoridades; establece la prohibición del ingreso a nuestro territorio nacional de los residuos peligrosos y radioactivos; y por último en su párrafo 3º trata sobre la competencia legislativa en materia de presupuestos mínimos a partir de lo cual surge una nueva técnica en el reparto de competencias entre la Nación y la provincias. Es así que por mandato constitucional se fueron dictando las distintas leyes de presupuestos mínimos que junto a las ya existentes vinieron a llenar un vacío legislativo a nivel nacional<sup>4</sup>. En ese sentido la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente) se definió en su artículo primero como una de esas leyes de presupuestos mínimos. Nuestra Ley Suprema optó por

---

<sup>3</sup> Constitución de Catamarca, en su artículo 110; la Constitución de Córdoba, en su artículo 53; la Constitución de Formosa, en su artículo 38; la Constitución de Jujuy, en su artículo 22; la Constitución de La Rioja, en su artículo 66; la Constitución de Río Negro, en su artículo 84; la Constitución de Salta, en su artículo 30; la Constitución de San Juan, en su artículo 58; la Constitución de Santiago del Estero, en su artículo 35; la Constitución de Tierra del Fuego, en su artículo 25 y la Constitución de Tucumán, en su artículo 41.

<sup>4</sup> Ley 25.612, 25.670, 25.675, 25.688, 25.831, 25.916.-

disponer el dictado de una ley marco que contenga los presupuestos mínimos de protección, dejando a las provincias la facultad para complementar dichas normas<sup>5</sup>. En ese orden de ideas el artículo 23 de la LGA “*establece un Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. El mismo será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)*”. Respecto de ese reparto de competencias, es importante recordar que “*...en cuanto a las normas complementarias el COFEMA ha resuelto que “Las leyes de presupuestos mínimos pueden ser reglamentadas por las provincias de conformidad a los mecanismos que sus ordenamientos normativos prevén, en caso que éstas lo consideren necesario a los efectos de su aplicación efectiva. La Nación, por su parte, tiene la misma facultad en el marco de su jurisdicción y en el ámbito de las competencias constitucionalmente delegadas. De la propia naturaleza jurídica de las reglamentaciones ejecutivas deriva su función de otorgar operatividad a las partes de las leyes que de por sí no la tengan, careciendo de entidad suficiente para introducir modificaciones en las mismas, ya que un reglamento no puede ir más allá de lo previsto por el legislador. Debe entenderse que para el caso en que existan normativas provinciales o locales menos restrictivas que la ley de presupuestos mínimos, éstas deberán adecuarse a la Ley Nacional. Respecto de las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, aquellas mantienen su vigencia en la medida que no se opongan y sean más exigentes que éstas”*<sup>6</sup>. De esta manera la reforma constitucional recoge un federalismo de concertación que ha cambiado el funcionamiento del federalismo en nuestro país, pues antes lo relativo al dictado de los presupuestos mínimos era competencia concurrente, en tanto que ahora es exclusivo de la Nación<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Art. 41, párrafo 3º de la Constitución Nacional.-

<sup>6</sup> Conf. Aurora Besalú Parkinson, “El Derecho y el Agua en Argentina: Oportunidades y Amenazas. Perspectivas desde el Derecho Privado”, p. 7, cita 17.-

<sup>7</sup> Tawil, Guido S. “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, L.L. 1.985 – B, 1291.

De lo dicho se desprende que con el dictado de la Ley 25.675 (LGA), se abrió un nuevo abanico de medios e instrumentos de protección para este “nuevo” derecho reconocido en el art. 41 por la reforma constitucional de 1.994.

Más allá de cualquier especulación sobre la técnica legislativa empleada en la elaboración de la LGA, es claro que ésta no solamente se refiere a nuevos instrumentos o medios procesales sino también a materias propias del derecho común al tratar el daño ambiental en su articulado. Es dable destacar en este punto que el mismo art. 41 párrafo 1º in fine se refiere al daño ambiental reconociendo el nacimiento de la obligación de recomponer para quien cause un perjuicio ambiental.

### Daño ambiental

La definición que la LGA establece en su art. 27 es muy didáctica dado que nos da los elementos necesarios para entender cuáles son los daños que se deben considerar como susceptibles de protección. En este sentido deja de lado la postura tradicional de daño individual, afirmando así la protección del daño ambiental colectivo, lo cual luego va a ser de importancia para regular, por ejemplo, el amparo colectivo, y sus efectos. En otras palabras, el daño queda configurado independientemente de la consideración de un daño específico o puntual a las personas o sus bienes particulares. Por ello, no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo que la acción (u omisión) causó el daño. La responsabilidad basada en la culpa, aún cuando pueda parecer más eficiente desde el punto de vista económico<sup>8</sup>, ya fue vista como insuficiente e insatisfactoria en la doctrina, situación que llevó a reformar las legislaciones de los distintos países, para adoptar la teoría del riesgo creado<sup>9</sup>, a la que debe adicionarse el concepto del obrar riesgoso. Es

---

<sup>8</sup> Ello en razón de que los costos de descontaminación a veces pueden no superar los beneficios de la reducción de las emisiones, vertidos, o perjuicio ambiental en general causados.

<sup>9</sup> Guillermo A. Borda, “Temas de responsabilidad civil”, p. 7, Editorial Platense 1.981. En el mismo sentido la Ley 17.711 al reformar el art. 1.113.-

así que queda claro el marco conceptual del daño que nos compete, según el cual la asunción de un riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad sino a los operadores de la misma.

En su art. 31 la LGA parece avanzar un poco más que la legislación europea sobre los tipos de daños alcanzados por las normas protectoras. Así, nuestra norma dice: “*Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o mas personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad...*”, mientras que el Libro Blanco y la Directiva Europea sobre Responsabilidad Ambiental excluye la aplicación del régimen de responsabilidad para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades de determinados agentes<sup>10</sup>.

Por otro lado el art. 29 de la LGA se refiere a las situaciones en las que falta uno de los elementos configurativos de la responsabilidad por daño ambiental colectivo al decir “*La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*”.

### Recomposición

De acuerdo a lo expresado, es el mismo art. 41 de la CN el que establece el objetivo preponderante de la responsabilidad ambiental al decir que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de

---

<sup>10</sup> Libro Blanco de la Comisión sobre responsabilidad medioambiental de 9 de febrero de 2000 (COM (2000) 66 final), p. 13. Asimismo en este tipo de daños no se aplican las normas de la responsabilidad civil, dado que se carecen de los factores de atribución clásicos. Ver también “Daño ambiental” de Goldenberg, Isidoro y Cafferatta, Néstor Ed. Abeledo Perrot 2001; y “La relación de causalidad en la responsabilidad civil” de Goldenberg Isidoro, Ed. La Ley.-

recomponer...”, teniendo la particularidad de ser el único daño civil al que se refiere la Constitución Nacional. Con esta postura nuestra C.N. adopta lo dispuesto en el principio 13 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y los artículos 3 k) y 130 R2 del Tratado de la Unión Europea<sup>11</sup>.

Sobre el tema en particular el art. 28 de la LGA establece *“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental...”*.

Esta norma debe entenderse en el sentido de que en materia de derecho ambiental, adquiere fundamental importancia la cesación del daño; es el primer efecto que debe procurarse lograr dado que generalmente los daños contra el medio ambiente, contra la naturaleza, son daños de carácter continuado, de carácter permanente, y en perjuicio de todos, por lo que lo más importante es que no se sigan produciendo. Por ello es que cobran importancia los principios que la misma LGA postula, como el de prevención y el precautorio, y sobre los que regula una suerte de acción popular a favor de “toda persona” a efectos de incoar la acción de amparo a fin de que cesen las actividades generadoras de daño ambiental colectivo. En ese mismo entendimiento el art. 32 da la posibilidad al juez de que en cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, pueda dictar medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria, y *podrá disponerlas aún sin petición de parte*.

Es cierto que, en segundo lugar, podrá pretenderse una reparación del daño, in natura, como forma de proteger a toda la naturaleza, al medio ambiente, a lo que se podrá agregar el resarcimiento del daño individual que se haya sufrido. Aunque, como dijera, lo esencial es lograr la cesación del daño.

---

<sup>11</sup> Estos acuerdos dejaron sentadas las bases de que toda forma de reparación del daño acontecido contra el ambiente, debe necesariamente estar en concordancia con los principios ambientales de prevención, corrección a la fuente y contaminador pagador.

La “restitutio in pristinum” debe ser siempre la primera medida que ha de procurarse cuando se produce un daño al ambiente, y únicamente cuando dicha reparación sea imposible de realizar, ya sea por la irreversibilidad del daño, o bien, por un costo económico desproporcionado, se aplicarán otros tipos de reparación del entorno, incluyendo la indemnización económica. En cuanto al excesivo costo económico de la reparación a realizar, es importante recalcar que en estos casos, el principio de proporcionalidad debe relajarse un poco, y únicamente cuando el costo económico de la reparación sea exorbitante, se procederá a otro sistema de reparación.

Si bien es cierto que la reparación “in pristinum” es la forma ideal de reparar el daño ambiental, la misma ha acarreado una serie de dificultades tanto en su planeamiento como en su ejecución. Entre ellas puede señalarse: el margen de discrecionalidad con que se cuenta a la hora de realizar las obras que recomponen el ambiente<sup>12</sup>, o bien, la de encontrar y armonizar los diferentes criterios técnicos y científicos sobre la forma de llevar a cabo la reparación, y por último y la más importante, la dificultad que entraña cualquier recomposición al estado anterior de las cosas, por la falta en muchas ocasiones, de conocimientos científicos acerca de cómo era el entorno antes del hecho acaecido. Es así como, bajo ciertas circunstancias donde los daños no son excesivos, el criterio técnico y científico establece que es mejor dejar que la misma naturaleza se encargue de su regeneración y aplicar otras formas de reparación del ambiente.

## Instrumentos

El artículo 41 de la Constitución Nacional reconoce a todos el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras. Pero a la par de este derecho también estipula que se tiene el deber de preservar el

---

<sup>12</sup> También puede realizarse otro tipo de recomposición en lugar ajeno al dañado, a efectos de recrear un habitat o un ecosistema dañado

ambiente, lo cual es sumamente importante dado que replantea el concepto de relación jurídica, donde la participación del sujeto, indispensable para que exista derecho, se atiende no desde el ángulo de la titularidad misma del derecho sino desde el ángulo del deber, superando también viejas fórmulas romanas... “derecho y deber son correlativos”<sup>13</sup>.

Este deber de preservar el ambiente actualmente está acompañado de una serie de instrumentos que lo tornan cada vez más efectivo. Son mecanismos institucionales que tienden a que la defensa del ambiente sea más eficaz.

### Proceso Judicial

He señalado anteriormente las facultades amplias que tiene el juez en este tipo de procesos, conforme lo dispuesto por el art. 32 párrafo 2º de la LGA, lo que ha llevado a decir que el juez adquiere en este proceso facultades propias de un pretor o que se trata de facultades cuasi inquisitivas<sup>14</sup>. Esto quedó claro en la sentencia dictada en el caso Leiva, donde se sostuvo que “...El juzgador, por otro lado, es parte de la colectividad que goza y usa del ambiente. Comparte las inquietudes e intereses de sus co-vecinos. Sufre como otros la contaminación y goza de las bellezas escénicas. Quiere, como todos, dejar a sus hijos un mundo mejor”<sup>15</sup>, por lo que el juez no debe transformarse en un simple espectador en las cuestiones ambientales y debe ejercer una doble responsabilidad como juez y parte interesada en la protección del ambiente.

---

<sup>13</sup> Conferencia sobre Derecho ambiental brindada por Luis Moisset de Espanés en la Sala Civil del Colegio de Abogados de Córdoba.

<sup>14</sup> Artículo de Néstor Cafferatta, [www.calp.org.ar/Instituc/Areas/Acad/pjw/AmbieyIp.pdf](http://www.calp.org.ar/Instituc/Areas/Acad/pjw/AmbieyIp.pdf).

<sup>15</sup> Conf. Leiva Bruno c/ Forestal Andina S.A. s/ Sumarísimo, Expte. Nro. 2.615, de fecha 02.12.2005, Sala IV, Cámara Civil y Comercial de Corrientes.

### Competencia

Al referirse a cuestiones procesales en el art. 32, la LGA evidencia los principios de los que se encuentra imbuida: “*El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie*”, lo cual es un apartamiento claro de las reglas ordinarias. Esta norma trae aparejada diversas cuestiones respecto del proceso ambiental, dado que cobra gran importancia a la hora de solicitar un medida cautelar y cumplir con la consiguiente contracautela que debe prestar el particular damnificado; lo mismo puede decirse sobre el beneficio de litigar sin gastos que de acuerdo a lo prescripto en el art. 32 merece una interpretación distinta de este instituto en los procedimientos ordinarios<sup>16</sup>.

Por otro lado, el art. 30 párrafo 2º de la LGA se refiere a la acumulación de acciones que puede disponer el primer juez interviniente en causas en las se debata una misma cuestión (misma causa y objeto), las causas posteriores serán acumuladas a la primera, con el propósito de evitar el escándalo jurídico que podría derivar del dictado de sentencias contradictorias en relación con esas circunstancias comunes. Si bien a partir de la entrada en vigor de la ley 25.675, reglamentaria de la cláusula del art. 41 de la Constitución Nacional, se establece un sistema de orden público que permite apartarse de las reglas ordinarias de la competencia, esto tiene algunos límites<sup>17</sup>. No obstante ello no debe perderse de vista que al dictar dicha norma el legislador, entre otros objetivos, se propuso establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental, de ahí su amplitud.

---

<sup>16</sup> Aurora Besalú Parkinson, Responsabilidad por Daño Ambiental, Editorial Hammurabi S.R.L., Bs As, 2005, p. 302; véase también la cita 493, donde la autora reflexiona sobre si el acceso a la jurisdicción prevista, deberá entenderse que comprende el beneficio de litigar sin gastos, o también, v.gr., la no exigencia de contracautela o de requerimiento previo de actuación a una autoridad administrativa.

<sup>17</sup> Municipalidad de Magdalena c/ Shell CAPSA y Otros. Fallo CSJN del 03.05.2007 M. 415 XL y M. 426 XL.



Otro punto importante a considerar es que la reforma constitucional de 1.994 y la sanción de la LGA trajeron aparejada la nueva inteligencia que se le da a la competencia en materia ambiental. Así en el caso *Mendoza Beatriz c/ Estado Nacional*, los actores en ejercicio de derechos propios y en representación de sus hijos menores, demandaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas que contaminarían la cuenca hídrica Matanza – Riachuelo. El máximo tribunal ponderó que tratándose de un bien que pertenece a la esfera social y transindividual cuya mejora o degradación afecta a toda la población, los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales y su reglamentación haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias del art. 32 de la ley 25.675, al conocer de modo originario en la pretensión de recomponer el ambiente y resarcir un daño de incidencia colectiva, lo cual no es nada más que la aplicación directa de los principios, precautorio y en subsidio del preventivo. También para así hacerlo resolvió que la cuestión es de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 117, Constitución Nacional), frente al carácter federal de la materia en debate (art. 70, ley 25.675), si se ha demandado en forma conjunta -entre otros sujetos- a la Nación y a un Estado provincial, ante la necesidad de conciliar el privilegio del fuero federal que corresponde al primero con la condición de aforada a la jurisdicción originaria que ostenta la segunda<sup>18</sup>.

### Legitimación

La legitimación activa en materia de protección de derechos ambientales es ampliada por el art. 30 de la LGA<sup>19</sup>, que así, agrega a

---

<sup>18</sup> *Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios*, Fallo CSJN, M.1569, XL.

<sup>19</sup> Existen no obstante otros antecedentes, como *Quesada, Ricardo LL*, 1980-D-130, en el que la Corte Suprema reconoció legitimación al actor, en defensa del patrimonio ciudadano para que cesara la tala de árboles que realizaba la Municipalidad de Buenos Aires.

la par del afectado, del Defensor del Pueblo y de las ONG a los que se refería el art. 43 de la CN, al estado nacional, provincial o municipal, y en la última parte de dicho artículo le da la facultad a toda persona de iniciar acción de amparo a fin de que cesen las actividades generadoras del daño ambiental. Sobre este punto, como se dijo, se ha hablado de una verdadera acción popular<sup>20</sup> o de un amparo ambiental<sup>21</sup>, aunque también otros autores postulan que este tipo de amparo colectivo ya está incluido en el art. 43 de la CN al referirse al amparo de los derechos de los consumidores y usuarios<sup>22</sup>. Merece destacarse en este punto la experiencia en los Estados Unidos de Norteamérica, que sigue siendo hoy en día un laboratorio y zona de combate entre varios enfoques ambientales, y donde ya desde 1958 el Congreso, respondiendo a la realidad de que las agencias rectoras a menudo no representaban el interés público sino sus propios intereses o los del sector supuestamente controlado, otorgó el acceso a las cortes a la ciudadanía<sup>23</sup>, y consecuentemente en 1972 el Tribunal Supremo extendió este acceso a los individuos con intereses ambientales, aun hasta intereses meramente estéticos<sup>24</sup>.

### Eficacia de la sentencia

El art. 33 de la LGA consecuente con las demás normas de la ley, establece el efecto erga omnes de la sentencia dictada en el proceso

---

<sup>20</sup> En esta postura se enrolan, Lino Palacio, Augusto Morello, Andrés Gil Domínguez, Néstor Cafferatta entre otros.

<sup>21</sup> Conf. Néstor Pedro Sagüés., Ed. Astrea, 2007.

<sup>22</sup> Entre ellos Marcelo López Alfonsín, quien dice "...el legislador ordinario confunde en su labor reglamentaria los alcances de cada una de las normas constitucionales en juego. Esta confusión se origina en pretender torcer la voluntad del constituyente impulsando un amparo ambiental en razón de la materia...". "Las acciones ambientales. El mal llamado "Amparo Ambiental"". Ponencia en el VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista – Azul, 10 y 11 de Noviembre de 2005.

<sup>23</sup> 5 U.S.C.A. §§553 & 701 (1966).

<sup>24</sup> *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

colectivo ambiental, salvo en el caso de que la acción sea rechazada. También esta norma le asigna el carácter de cosa juzgada a dicha sentencia, lo cual se entiende tanto en su carácter formal como material. Este artículo cobra más sentido aún relacionado con los anteriores dado que no se trata de una multiplicidad de derechos subjetivos acumulados, sino que lo que se reclama se asienta en la pretensión a la protección de un bien indivisible típico: el medio ambiente<sup>25</sup>.

### Otros instrumentos

El artículo 8 de la LGA, menciona en seis puntos, los instrumentos de la política y la gestión ambiental; entre ellos merecen destacarse a los fines de este trabajo, la educación ambiental, la información ambiental, y la participación ciudadana. Esta última se relaciona con las dos primeras que sirven de presupuesto para una correcta participación de los ciudadanos en cuestiones ambientales que pudieren afectarles, tanto de manera individual como colectiva.

### Educación Ambiental

Existe consenso en admitir que una de las mejores formas de prevención de daños ambientales es la educación, dado que ésta promueve procesos orientados a la construcción de valores, conocimientos y actitudes que posibilitan formar capacidades que conducen hacia un desarrollo sustentable basado en la equidad y justicia social; el respeto por la diversidad biológica y cultural. La Declaración de Estocolmo de 1972, en su principio 19 se manifiesta en este sentido al declarar que *“Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectivida-*

---

<sup>25</sup> Asociación de Superficialarios de la Patagonía c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental – CSJN – 29.08.2006.-

*des inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos.”.* Asimismo a nivel iberoamericano en aras de lograr concientizar al respecto, se realizó el Primer Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental en el año 1.992 y cinco años más tarde el Segundo en la ciudad de Guadalajara, México. En esa ocasión fue organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Fondo Internacional de las Naciones Unidas para el Socorro de la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Unión Mundial Para la Naturaleza (UICN) y organizado por la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca de México, la Universidad de Guadalajara, el Gobierno del Estado de Jalisco, el Ayuntamiento de Tlaquepaque, la Secretaría de Educación Pública y la Asociación Internacional de Estudiantes en Ciencias Económicas y Comerciales. Durante cinco días, se presentaron más de 200 trabajos, 18 talleres, 4 simposios y 2 encuentros, y asistieron 962 representantes de 25 países dedicados a la tarea de analizar, debatir y proyectar los avances de educación ambiental en la región. Ningún otro evento sobre educación ambiental en Iberoamérica había congregado tal cantidad y calidad de participantes. Las conclusiones generadas en este Congreso, fueron fruto primordialmente de las siete mesas de trabajo, y se refirieron a la profesionalización de los Educadores Ambientales; la importancia de la Escuela y la Universidad; la Educación Ambiental Comunitaria; también se reflexionó sobre la Población, el Consumo y los Derechos Humanos; la Comunicación y Educación Ambiental; la Educación para la Conservación y el Turismo; y la Posición Regional sobre este tipo de educación. De este segundo encuentro participaron Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Francia, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana y Suiza.



Haciéndose eco del valor de la educación ambiental, nuestra Constitución Nacional en el artículo 41, 2º párrafo in fine se refiere al deber por parte de las autoridades de proteger el derecho a la información y a la educación ambiental. Consecuentemente, la LGA en el artículo 14 y 15 la regula, dividiendo los campos de acción en educación formal y no formal. El art. 15, párrafo 2º específicamente se refiere a que las autoridades competentes deberán coordinar con los Consejos Federales de Medio Ambiente (COFEMA) y de Cultura y Educación, planes y programas en los sistemas de educación formal y no formal. En pos de alcanzar estos objetivos, recientemente la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, a través de la Resolución Nro.: 542/2006, conformó la Unidad de Coordinación de Educación Ambiental (UCOEA), que de acuerdo a su art. 2 tendrá por finalidad diseñar y desarrollar programas y proyectos en los siguientes ámbitos y niveles: educación formal, educación no formal, educación informal, formación y capacitación para la educación ambiental, comunicación información y medios, educación universitaria e investigación de todo el país, que se desarrollen desde el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, asesorando permanentemente al Secretario respecto de la gestión y ejecución de tales programas y proyectos.

### Información Ambiental

Es fundamental para la protección del medio ambiente estar informados de cuáles son las actividades llevadas a cabo por las empresas, el gobierno y particulares, dado que en definitiva somos nosotros los que hacemos cultura, y a veces el afán de desarrollo a todo costo inexorablemente deviene en contracultura<sup>26</sup>. En este punto debemos recordar al igual que el punto anterior, el principio 19, y también el 20 de la Declaración de Estocolmo de 1.972. En este último también se

---

<sup>26</sup> Cultura es, como dice Scheler, humanización, pero esta humanización se refiere tanto al 'proceso que nos hace hombres' como al hecho de que los productos culturales queden humanizados. (...) La cultura debe ser, en fin de cuentas, algo que tiene sentido para el hombre y sólo para el hombre.

hace referencia a la información científica y experiencial, y a la importancia que cobra para los países en desarrollo, a fin de facilitar las soluciones a problemas ambientales. La Declaración de Río también merece aquí destacarse, así en su principio 10 estableció que *“En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.”*. Precedentemente dijimos que nuestra Constitución Nacional adoptando estos principios internacionales, previó la protección del derecho a la información, el cual se plasmó en una ley específica, como lo es la ley 25.831, que adopta un criterio amplio con respecto al solicitante<sup>27</sup>. No obstante ello debe decirse que el reconocimiento del acceso a la información como un derecho es aún reciente. En los últimos años ha comenzado a discutirse en nuestro país la justificación y los alcances de este derecho, que aún no ha adquirido un perfil definitivo en la jurisprudencia.

Según lo adelanté, la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos<sup>28</sup>, por lo que la reglamentación que hace la ley de este derecho ha sido un avance en este afán de dictar los presupuestos mínimos ambientales. Cabe destacar que al referirnos a la informa-

---

<sup>27</sup> Ley 25.831, artículo 3 “ El acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones, ni interés determinado...”.

<sup>28</sup> Recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Bariloche hizo lugar a la Acción de Amparo por Mora presentada por los Vecinos de Villa Lago Gutiérrez y el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA), y ordenó a la Municipalidad de Bariloche a suministrar la información requerida por los actores sobre "distintos aspectos relativos a la situación del ambiente en la zona afectada por el emprendimiento 'Arelauquen Golf &Country Club' el cual había sido autorizado por el Gobierno Municipal.

ción como “bien jurídicamente protegido” hablamos tanto del derecho individual como colectivo, aunque el primero puede reconocer en otro particular un límite a la privacidad de determinadas actividades, lo cual en definitiva redundaría en un análisis de hecho en cada caso particular.

Los casos jurisprudenciales en materia ambiental no apuntan estrictamente a la prohibición de medidas que se sabe a ciencia cierta causarían un daño al medio ambiente, sino más bien a situaciones en las que el litigante cuestiona la falta de información razón por la cual solicita medidas cautelares a fin de preservar un derecho individual o colectivo en peligro, en clara aplicación del principio precautorio del artículo 4 de la LGA<sup>29</sup>.

En materia internacional también la falta de información sobre actividades consideradas peligrosas ha tenido implicancias judiciales. Así, la Corte Internacional de Justicia, en el caso del Canal del Corfú<sup>30</sup>, por doce votos contra dos, condenó a Albania por no dar aviso a Gran Bretaña acerca de la existencia de minas en su mar territorial, considerándose que Albania tenía la carga de conocer y advertir la situación de peligro en mar bajo su jurisdicción. En este sentido se expidió el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el *Asunto Southern Bluefina Tuna (Solicitud de Medidas Provisionales)*<sup>31</sup>, en ordenanza del 27 de agosto de 1999, por la que hizo lugar al pedido de medidas provisionales precautorias efectuado por Nueva Zelanda y Australia, ordenando el cese inmediato de la pesca experimental unilateral del atún de referencia por parte de Japón, “de conformidad al principio precautorio”; el Tribunal señaló que “las partes debían actuar con prudencia y cautela para asegurar la adopción de efectivas medidas de conservación para prevenir un serio daño a los stocks del atún”. También puede citar-

---

<sup>29</sup> Es más algunos *leading cases* argentinos en la materia, como los casos “*Kattan*” y “*Schroeder*”, el tipo de control que se ejerce sobre los actos impugnados es preventivo, ya que la falta de información adecuada impide conocer los efectos de la ejecución de la medida o de la obra.

<sup>30</sup> C.I.J. Gran Bretaña c/ República Popular de Albania. Sentencia del 25 de marzo de 1948.

<sup>31</sup> Tribunal Internacional del Derecho del Mar: *Southern Bluefin Tuna Cases*; Australia/NZ vs. Japan – Julio de 1999.

se al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el que considerando el principio precautorio, en el caso *Danish Bees*, resolvió que, en ausencia de evidencia científica, las medidas de preservación de una especie animal autóctona contribuían al mantenimiento de la biodiversidad<sup>32</sup>.

Con respecto a la política ambiental argentina en materia de información, en el año 1998, se creó por mandato del artículo 41 de la Constitución Nacional, el Sistema de Información Ambiental Nacional (SIAN), mediante la Resolución N° 459/98 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable donde se definen las responsabilidades de las autoridades respecto de la provisión de información ambiental.

Se trata de un sistema de representación federal, actualmente integrado por 24 nodos correspondientes a los organismos gubernamentales ambientales de cada provincia y al de nivel nacional (la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) y 7 nodos de otras instituciones vinculadas a la temática ambiental. No obstante ello, si bien el sistema pensado es adecuado en sus fundamentos, todavía no se halla consolidado en su funcionamiento.

### Participación Ciudadana

Dijimos precedentemente que para una correcta participación de la ciudadanía en temas ambientales es fundamental tener la educación adecuada y el suficiente acceso a la información para formarse un juicio y poder actuar de la mejor manera.

El fenómeno de participación de la ciudadanía en asuntos de gobierno es extenso de analizar para este trabajo. Empero, en acotada síntesis se puede decir que ya nuestra Constitución Nacional en su artículo 22 establece que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes, es decir adopta el sistema republicano de gobierno, por medio del cual los ciudadanos eligen a sus representantes y

---

<sup>32</sup> C-67/97 (1998).

son estos quienes adoptan las medidas políticas para llevar a cabo la mejor administración de los asuntos públicos. Sin embargo este esquema adoptado por nuestro país ha llevado a admitir en mayor o menor medida la participación de los ciudadanos en forma directa o indirecta en el gobierno.

Una de las primeras manifestaciones a nivel nacional sobre este tipo de participación se evidencia en el artículo 7 del Decreto N° 6.864, del 29-04-1958<sup>33</sup>, dictado por el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, por medio del cual en temas de estudios para el transporte de pasajeros, la dirección de transporte podía considerar cualquier sugerencia privada y si lo estimaba conveniente convocaría a audiencias públicas. Merecen destacarse también la Ley del Gas y de la Electricidad que establecieron audiencias públicas para distintos supuestos. También se ha atribuido a nuestra Constitución Nacional el reconocimiento de la participación ciudadana a través de audiencias públicas<sup>34</sup>. El punto prominente del reconocimiento de participación es el Decreto 1.172/03, que se denomina “De Mejora de la Calidad de la Democracia y de sus Instituciones”, que se refiere al acceso a la información pública, reglamenta las audiencias públicas, y tiene por objetivo democratizar la toma de decisión que adoptan todos los comprendidos en su ámbito de aplicación, estableciendo un procedimiento sustantivo de acceso a la información y de participación de la ciudadanía a través de audiencias públicas<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Decreto 6.864, 29/04/1958, art. 7 “Los estudios para el establecimiento de nuevos servicios o modificación de los existentes serán realizados por la dirección general de transporte, formulando todas las consultas que estime necesarias para determinar la necesidad de los mismos. Podrá considerar a tales efectos, cualquier sugerencia privada al respecto, sin que ello importe derecho alguno para quien la formule y si lo estimare conveniente, promoverá una *audiencia pública* para la solución y discusión de los puntos cuestionados.”

<sup>34</sup> Gordillo consideró que el denominado “principio de audiencia pública” era de rango constitucional, y que se imponía existiera o no norma legal o reglamentaria que lo requiriera, y que la exigencia de participación y control de los usuarios del Artículo 42 requería como mínimo el derecho a la audiencia pública. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1998, t. 1, 5ta. ed., p. VI-46.

<sup>35</sup> Vemos acá también que en este Decreto el acceso a la información y la participación ciudadana son las dos caras de la misma moneda.

La LGA se refiere a la participación ciudadana en tres artículos; en el primero de ellos deja en claro que la participación en procedimientos administrativos se refiere a temas ambientales que sean de incidencia general o particular y de alcance general. En este sentido establece que las autoridades deberán, en caso de obras o actividades que puedan generar efectos negativos y significativos al ambiente, institucionalizar con carácter obligatorio **audiencias o consultas públicas**. Además establece que las opiniones vertidas en ellas no serán vinculantes para las autoridades, pero que en caso de que la opinión fuese contraria a la adoptada por las autoridades, éstas deberán fundamentarla y hacerla pública. Por último, en el artículo 21 se refuerza aún más el criterio de participación que deberá asegurarse con la participación de los ciudadanos en los Estudios de Impacto Ambiental (E.I.A.) y en los planes y programas de ordenamiento ambiental, lo cual es fundamental a los fines de determinar la legitimación de cada ciudadano en estos procedimientos. El procedimiento de E.I.A. se ha desarrollado tardíamente en Argentina, que en los años noventa era el único país de la región que carecía de una legislación nacional de carácter general.

## Conclusión

De lo expresado podemos decir que existen en nuestro ordenamiento jurídico distintas medidas preventivas y acciones a disposición del particular contra estos daños o amenazas de daños. Así tenemos; a) La acción de recomposición del ambiente; b) La acción de amparo colectivo; y c) La acción indemnizatoria civil. Aunque como dijimos precedentemente, lo fundamental es evitar el daño, para lo cual contamos con estas acciones preventivas y eventualmente en ocasión del daño podemos hacer uso de las acciones colectivas reparadoras, sin perjuicio de buscar un resarcimiento individual por el daño sufrido<sup>36</sup>.

Si bien podemos decir que la LGA avanzó en lo que a protección de daño ambiental se refiere, tanto respecto a disposiciones sustancia-

---

<sup>36</sup> Conforme lo resuelto en la causa 232.609 S. 62 “Sagarduy Alberto Omar y Otros c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios - Cámara Primera de Apelación Civil y Comercial de la Plata (Buenos Aires) - Sala III - 28.03.2006.-

les y procesales destinadas a regir las contiendas en las que se discuta la responsabilidad por daño ambiental, no delimitó lo suficiente el régimen de responsabilidad, al que introdujo modificaciones, dándole cierta exorbitancia del derecho privado. “La oportunidad de la sanción de un estatuto especial para el daño ambiental hubiera sido propicia para incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un régimen de responsabilidad modelado sin indefiniciones ni ambigüedades”<sup>37</sup>.

Ahora se entiende que la responsabilidad ambiental es, además, una responsabilidad ilimitada en razón de que el contenido de la obligación de reparación o prevención o precaución que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costos a los que asciendan las acciones preventivas o reparadoras. De esta manera se pone énfasis en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan; se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria. Tampoco deben considerarse límites económicos para la recomposición del medio ambiente cuando está en juego un recurso irremplazable e insustituible<sup>38</sup>.

En definitiva, corresponde a los particulares incoar las medidas legales que elijan, y a los tribunales dar acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales con criterio de justicia, teniendo en cuenta los principios que la LGA receptó de normas y principios reconocidos internacionalmente, a efectos de que las normas escritas no queden en letra muerta sino que constituyan el medio para alcanzar la paz social para la cual es fundamental un desarrollo sustentable adecuado, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos aquellos que habitarán este planeta.

---

<sup>37</sup> Conf. Aurora Besalú Parkinson, Responsabilidad por Daño Ambiental, Editorial Hammurabi S.R.L., Bs As, 2005, p. 304.

<sup>38</sup> Tennessee Valley Authority v. Hill et al., or TVA v. Hill, 437 U.S. 153 (1978), donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ordenó a Tennessee Valley Authority (TVA) la suspensión de la construcción de la presa de Tellico, dado que ponía en riesgo el hábitat de una especie en peligro de extinción, la corte observó que el valor de la especie puesta en peligro era incalculable.

## LA CURATELA DE LOS HIJOS DISCAPACITADOS

*Autora: María del Carmen Barbero de Rébora\**

*A mi hermano Mariano,  
al esfuerzo de papá,  
al amor de Gloria,  
al recuerdo de mamá,  
a tu mirada limpia y  
a todo lo que tu autismo logró  
en nuestra familia.*

*“Las personas que tienen hijos discapacitados se convierten en padres especiales porque se enfrentan a un desafío único que no se hubiera producido si el hijo hubiera nacido perfecto.”<sup>1</sup>*

I. Introducción. II. Terminología. Concepto. III. El cambio de paradigma IV. Tratamiento legislativo en Argentina de la Discapacidad. V. Curatela Compartida: dos fallos emblemáticos. El superior interés del discapacitado. Argumentos a favor y en contra. VI. Patria Potestad Prorrogada: Concepto. Diferencias con la Patria Potestad Rehabilitada. Requisitos para que operen ambas figuras. Causales de Cesación. Proyectos para incorporar esta figura al Derecho Argentino. VII. Reflexión final.

---

\* *Abogada. Auxiliar sexta del Tribunal de Familia N° 1 de San Isidro.*

<sup>1</sup> OLIVO DE MARTINEZ, Silvia, BERNASCONI DE QUILLICI, Magdalena, BERNASCONI, Cecilia, SORINI DE ANGELETTI, Ana, O'BRIEN DE GHIOTTI, Adriana y BORETTI DE ARAUJO, Laura *“La familia y las capacidades diferentes”* publicada en libro de ponencias de la 1° Jornada “Familia siglo XXI”, celebradas en Rosario, octubre de 2004., p 102

## I. Introducción:

El modo de representación y protección de los incapaces mayores de edad en nuestro sistema, proyectado por el Código Civil conforme el articulado originario, redacción de Vélez Sársfield, es la curatela.

Pero podemos decir que si bien este sistema se mantiene tal como fue ideado a la época de su sanción, (excepto la reforma de la ley 17.711 que incorporó la figura de la inhabilitación en el art. 152 bis), son numerosos los cambios sociológicos, científicos y legislativos, que si bien no han reformado directamente el tratamiento legislativo de esta figura, lo han iluminado con otros principios que- lamentablemente-, aún no se han plasmado con toda su intensidad en la jurisprudencia ni en la práctica judicial.

Tal es así, que contamos con numerosos expedientes que se caracterizan insania- curatela, o inhabilitación, casi indistintamente, junto a los de internación-insania, o simplemente internación. Bajo esas formas rígidas se ventilan todo tipo de casos, desde los más severos a los más leves; de personas que poseen un gran patrimonio, y de los que no poseen bienes; de curatelas de personas encarceladas conforme el artículo 12 del Código Penal a casos que se inician tan sólo para el logro de una pensión, o en respuesta al requerimiento de una obra social.

Una vez más, la realidad supera la previsión legislativa. La intención de este trabajo es reflexionar sobre dos temas novedosos: la posibilidad de ejercer la curatela en forma compartida, y la institución que en Derecho Comparado se denomina "Patria Potestad prorrogada", a raíz del fallo del Tribunal de Familia nro.2 de Mar del Plata, de fecha 26/12/06, Causa: "N., D. A", el que reseñaremos en el punto V.

## II. Terminología. Concepto.

Nos referiremos en primer lugar a la terminología utilizada para nombrar a los sujetos de este derecho: "incapaces", "discapacitados", "lisiados", "disminuidos", "minusválidos", "personas con capacidades diferentes", "impedidos", "minorados", "deficientes".

Si bien la cuestión terminológica puede parecer de menor importancia, no es así, puesto que algunos términos son claramente peyorativos, y dan a entender que se trata de personas de menor valor, verbigracia la calificación de minusválido o deficiente.

A continuación reseñamos los términos utilizados en la legislación argentina:

-Discapacitados: Constitución de Buenos Aires, art. 36, de Córdoba, art. 27, de Jujuy, de La Rioja, art. 38, Rio Negro art. 36, Salta art. 35, San Juan art 56, San Luis art. 52, Santiago del Estero art. 83, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur art. 20, Tucumán art. 35. Ley 22431, ley 24314, ley 24013 "Ley nacional de empleo" art. 87

- Disfuncionados: Constitución de Catamarca, art. 65.

- Incapacitados: Constitución de Neuquén art. 54

- Minusválidos: ley 20.475 de Jubilación ordinaria para minusválidos.

-Lisiados: ley 19.279 de Franquicia para automotores, pero la ley 24.183 sustituyó el término por el de discapacitados.

-Personas con movilidad reducida: ley 24314.

-Dementes: utilizado por el libro X del Código Civil.

Afortunadamente, la Declaración de Derechos Humanos de la ONU el Año 1987 uniformó el modo de referirse a ellos, estableciendo el término "discapacitado", que se ha generalizado. Modernamente se impulsa la instauración del concepto "personas con capacidades diferentes".

## Concepto:

Para acercarnos al concepto de Discapacidad, señala LABATON que se debe indagar en su etimología, como la palabra lo indica con el prefijo DIS, nos permite advertir que la persona no es un ser inferior ni superior, simplemente que debido a infinitas causas, que pueden ser



poseer una capacidad distinta o diferente a lo que comúnmente conocemos.<sup>2</sup>

Esta misma autora efectúa una clasificación de las discapacidades:

**MENTAL:** la que sufre una persona que tiene una disminución de sus facultades mentales o intelectuales.

**SENSORIAL:** privado/ disminuido de alguno de sus sentidos (vista, oído, habla).

**MOTORA:** disminución motriz que impide manejar su cuerpo con autonomía

**VISCERAL:** imposibilidad de desarrollar su capacidad con total normalidad.

La Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) establece una distinción entre los términos deficiencia, discapacidad y minusvalía. Entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía en la estructura corpórea de una persona o de su función psicológica, fisiológica o anatómica. Define la discapacidad como toda restricción o ausencia debida a una deficiencia, en relación a una actividad que se considere normal para todo ser humano. Minusvalía es la situación desventajosa en que se encuentra un individuo determinado, respecto al rol en que normalmente se desenvuelve, en función de la edad, del sexo y de los factores sociales y culturales Además, clasifica a la discapacidad en relación a la pérdida funcional ocasionada, en: discapacidades motoras (no ambulatorias, semiambulatorias y ambulatorias); sensoriales (auditivas, visuales y táctiles); mentales (intelectuales y de la personalidad); y asociadas. Todas estas discapacidades pueden ser a su vez: transitorias o permanentes; y según su grado: leves, moderadas, severas o profundas.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> LABATON, Ester A. "*Discapacidad- Derechos y Deberes*" Ediciones Centro Norte, Abril 1995, pág. 19

<sup>3</sup> Ponencia presentada por Horacio G. Gandolfo, en el CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS Y GARANTIAS EN EL SIGLO XXI. Comisión 10 "Derechos Humanos especificados" "*Derecho de las Personas con afecciones mentales*"; publicada en [www.aaba.gov.ar](http://www.aaba.gov.ar)

La Doctrina ha llamado la atención sobre la incidencia en la vida individual o de relación del sujeto afectado.<sup>4</sup>

### III. El cambio de paradigma

Como consecuencia de la incorporación a nuestra Constitución Nacional de los Tratados de Derechos Humanos, asistimos a un proceso de "constitucionalización" del Derecho de Familia, que busca la protección del ser humano individual y su mejor desarrollo en la sociedad y en la familia.

La tendencia actual es hacia la mayor valoración de las personas con capacidades diferentes, limitando su autonomía en la menor medida posible y brindándoles las mayores oportunidades de crecimiento e inserción laboral. En lo que a nuestro tema respecta cabe señalar en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 8/6/1999, aprobada en nuestro país por la ley 25280 /2000 (B.O. 29455, del 4/8/2000).

Específicamente la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 23 se ocupa del niño mental o físicamente impedido. Es sabido que esta Convención ha producido un cambio radical en la visión del niño como sujeto de Derecho.

Otro instrumento internacional de suma importancia son las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Asamblea General de las

---

<sup>4</sup> MENDEZ COSTA, Maria Josefa "*Sobre la incapacidad de obrar de los minorados mentales y la patria potestad prorrogada*" en obra colectiva "La Incapacidad Civil de los Discapacitados Intelectuales y la Patria Potestad Prorrogada" Editorial - libro de las Jornadas de Derecho Civil sobre el tema celebradas en Santa Fe, año 1992, p.58

Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo período de sesiones, mediante resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.<sup>5</sup>

#### IV. Tratamiento legislativo de la Discapacidad en Argentina

En nuestro país la discapacidad se encuentra regulada, a más de los artículos del Código Civil (art- 54, 55, 141 y ss.), y las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y las Constituciones Provinciales, en las siguientes leyes: dos específicas: la ley 22.431 (del año 1981), de “Protección integral” y la ley n°24.904 de “Prestaciones básicas” y por otra parte en la ley antidiscriminación, que engloba entre otras, la discriminación por defectos físicos.

Pero las disposiciones citadas se limitan a asegurar el acceso a los tratamientos necesarios y a proveer a la integración laboral y social.

Puede afirmarse que “No existe hoy en Argentina una atención del problema de la discapacidad en forma integral seria y responsable.”<sup>6</sup>

En cuanto al régimen de capacidad, continúa siendo un sistema rígido, sólo atenuado mediante la figura de la inhabilitación.

#### V. Curatela Compartida

Para el análisis de este tema, reseñaremos dos casos emblemáticos, si bien con alcance diverso, en los que se ha solicitado el nombramiento simultáneo de dos personas para el cargo de curador.

1) En el primer caso, de la Cámara Nacional Civil, sala K de fecha 13/11/2001 causa: “T de I, C”<sup>7</sup>

Se trataba de un caso de demencia senil en el que dos sobrinos

---

<sup>5</sup> Un amplio desarrollo sobre su contenido y antecedentes puede consultarse en [www.discapacitados.org.ar](http://www.discapacitados.org.ar) o en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>

<sup>6</sup> LABATON, Ester A. op cit, página 23.

<sup>7</sup> Ver el texto completo en CORDOBA, Marcos M. “*Derecho de Familia*”. *Colección de Análisis Jurisprudencial*. Ed. LA LEY, agosto 2004 p. 197

solicitaron su nombramiento para el cargo de curador, y en primera instancia se desdoblaron las funciones, nombrando a uno de ellos curador de los bienes y al otro como curador del insano. Apelada la resolución, la Cámara con voto de los Dres. Teresa M. Estevez Brasa y Julio Moreno Hueyo, resolvió revocar el fallo, puesto que los sobrinos pertenecían a dos grupos con diferencias profundas, lo cual atentaba contra el mejor interés del incapaz.

He aquí los principales argumentos:

“Es improcedente la curatela bipartita – designación de un curador para los bienes del insano y otro para su persona- si existe una notoria división de los familiares interesados en dos grupos enfrentados, perteneciendo a cada uno de ellos uno de los curadores nombrados, pues ello no resulta beneficioso para el futuro del causante ni el normal desenvolvimiento de la causa, donde deben unificarse los criterios a fin de conseguir una relación armónica en el manejo de los bienes que integran el patrimonio de la persona sometida a curatela.”

“La curatela bipartita procede sólo en casos excepcionales y debidamente justificados, debiendo evitarse que recaiga sobre personas entre las que existe enemistad manifiesta y disparidad de criterios respecto a los temas mas sencillos”

Por cuanto relacionaremos con el segundo caso, vemos aquí que aún hoy la tendencia continúa siendo la de nombrar, en principio y como regla general para todos los casos, a una sola persona para ejercer el cargo de curador.

La solución dada al caso por la Cámara nos parece correcta, puesto que para ejercer el cargo de manera compartida debe haber entendimiento entre los curadores, como presupuesto para que funcione este modo de ejercerla.

Es un caso emblemático por cuanto se ha puesto el debido énfasis en el interés del incapaz y la finalidad de la curatela, fundamentando la posibilidad de nombrar a más de una persona en el cargo de curador, pero resaltando la empatía o armonía entre los postulantes, como condición sine qua non para ejercer el cargo en forma compartida.



2) El segundo caso reseñado es el del Tribunal: Trib. Familia Mar del Plata, n. 2 de fecha: 26/12/2006 Causa: “N., D. A”<sup>8</sup>

En el caso se trata de un joven de 27 años de edad, que padece síndrome de Down. Sus padres solicitaron el ejercicio conjunto de la curatela. La Magistrada Dra. Dolores Loyarte, falló a favor, fundamentando su decisión en el derecho a la igualdad, y la conveniencia para el incapaz.

Sus principales argumentos pueden sintetizarse en los siguientes:

### **Vulnerabilidad de los hijos discapacitados**

Al respecto se pregunta: “¿Por qué, para los hijos menores de edad, se regula una especial preferencia con un sistema de representación legal conjunta a cargo de ambos progenitores; y, en cambio, para los hijos con discapacidad, no?”, concluyendo: “Es incoherente, hoy, no equiparar el sistema legal de protección de los discapacitados mentales, con el que se aplica desde hace décadas respecto de los menores de edad; ya que, tanto éstos como aquéllos, requieren de la asistencia y cuidado de ambos progenitores”.

Efectivamente, es incoherente que exista una doble protección superlativa cuando la persona vulnerable reviste los caracteres de niño y discapacitado; y, en cambio, no se pueda prorrogar o conceder legalmente esa doble protección preferente a cargo de ambos progenitores cuando el hijo cumple la mayoría de edad. ¿Por qué debe mantenerse la rigidez legal que hace perder la doble co-responsabilidad de los padres cuando el niño discapacitado alcanza la mayoría legal, si en realidad su vulnerabilidad psíquica no varía?”

¿Por qué la vulnerabilidad en razón de la menor edad goza del reconocimiento legal amplio en favor de los asistidos, garantizando el ejercicio conjunto de la autoridad parental; y, por el contrario, si el ori-

---

<sup>8</sup> Recomendamos la lectura del texto completo de este novedoso precedente en Lexis N° 35010953 31/ 07/ 2007

gen de la vulnerabilidad es una dolencia mental nuestro sistema legal no admite el ejercicio de co-responsabilidades por parte de ambos progenitores?”

### **El cargo de curador, cuando se ejerce a favor de los hijos, consiste en los mismos derechos y deberes de la patria potestad**

“En síntesis, estima procedente designar como curadores definitivos del joven D. A. N. -en razón de su discapacidad mental, de conformidad con las habilidades propias de su dolencia, que le permiten gozar de una vida familiar en plenitud, y atento el encuadre legal de la inhabilitación judicial que le resulta aplicable-, a los progenitores de aquél, los cónyuges A. M. C. y H. M. N. (arts. 632 y concs. CPCC.; 152 bis y concs., 264 , 264 quater y concs., 468 y ss. CCiv.). Para ello, el ejercicio de tales cargos deberá asimilarse a la modalidad descripta legalmente para el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores de edad, aplicándose por analogía las disposiciones de esta última, a las que se añadirán las que conciernen a la figura de la curatela (arts. 16 , 17 y concs. CCiv.). Así, este ejercicio será, en los hechos y en el derecho, similar al que los progenitores-curadores ejercen hoy respecto de su hija menor de edad G. N., y de la forma como lo han ejercido oportunamente respecto del causante cuando éste era menor de edad (ejercicio que en los hechos continúan realizando hasta el presente).”

Al respecto, podemos agregar en defensa del argumento vertido en el fallo, que el régimen primigenio dispuesto por el Código Civil imponía el ejercicio de la patria potestad en cabeza del padre. Al reformarse hacia el ejercicio compartido de la patria potestad es indudable el beneficio que esto supuso para los hijos. Al respecto, recordemos lo expuesto por BOSSERT y ZANNONI, de total aplicación al caso de la curatela de los hijos incapaces: “El régimen originario de ejercicio atribuido al padre, no solo afectaba la igualdad del hombre y la mujer, en su relación con el hijo, sino que además, no era el que mejor atendía a los intereses de éste.

En el orden normal de los sucesos, y salvo casos patológicos, tanto el padre como la madre procuran, a través de sus decisiones, el

mayor beneficio para el hijo. De manera que el criterio de ambos- la suma y síntesis de los análisis de conveniencia que cada uno realiza forzosamente ha de resultar más beneficioso para el niño, que el solo criterio de uno de ellos.” Concluyendo que es más favorable para el hijo el sistema del ejercicio de la patria potestad compartida, en comparación con el sistema que concentre en uno de ellos el poder de decisión.<sup>9</sup>

#### **El dato de la realidad:**

“Parece justo, entonces, reconocer en el derecho lo que en los hechos se ejerce: si los guardadores pueden ejercer sus cargos en forma conjunta e indistinta; si la dedicación y la protección de los progenitores que ejercen la patria potestad sobre sus hijos es también solidaria; si es cada vez más creciente el reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; el derecho debe hacer un esfuerzo por reconciliarse con esa realidad concreta, cediendo su rigidez formal para dar entrada a un derecho proteccional más adecuado y funcional. Y jerarquizar en un pie de igualdad a ambos progenitores como co-curadores de sus hijos.”

#### **El mejor interés del incapaz**

“Sólo así, se consulta el mejor interés de las personas en situación de vulnerabilidad; salvo que, en casos especiales, lo contrario fuera más beneficioso para el sujeto protegido, por razones que deberían ser especialmente fundadas. Así también se consulta en mayor grado el interés familiar; permitiendo las decisiones adoptadas en familia respecto de algún miembro de ésta en situación de vulnerabilidad.”

#### **Declara la inconstitucionalidad de los arts. 478 y 386 parte 1ª CCiv.**

---

<sup>9</sup> BOSSERT, Gustavo- ZANNONI, Eduardo “*Régimen legal de Filiación y Patria Potestad*” Ed. Astrea, Buenos Aires 1985, Pág. 266

Considera que es el único medio de resolver favorablemente a lo solicitado por los peticionantes.

En este punto, nos permitimos disentir con lo resuelto, puesto que sabido es que la declaración de inconstitucionalidad debe ser “la última ratio”, el último recurso posible, por el peligro que existe de que el abuso de tal herramienta convierta al juez en legislador.

Creemos que podría haberse resuelto favorablemente, fundamentando la decisión como se hizo, en el mejor interés de D.A.N, situación que se dio en el caso concreto.

#### **VI. La Patria Potestad Prorrogada**

Esta institución del Derecho Comparado dispone que en caso de hijo incapacitado mentalmente, la patria potestad no se extingue cuando alcance la mayoría de edad, sino que se produce una continuación de la autoridad parental. Así lo dispone el Código Civil Español en su art. 201.<sup>10</sup>

Similares soluciones aporta el Derecho Belga, con la llamada “Minoría de edad prolongada”, el Derecho Yugoslavo con la “Tutela paternal prorrogada”, el Derecho Austríaco y la tutela prorrogada del Derecho Italiano.<sup>11</sup>

Debe distinguirse los conceptos de patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada, introducidos por la reforma del CC de 13 de mayo de 1981 e igualmente acogidas en el Código de Familia Catalán (en sus arts. 160 y 161).<sup>12</sup>

Son dos instituciones diferentes en cuanto a sus requisitos, pero de efectos equivalentes, dado que implican una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad.

---

<sup>10</sup> [www.iabogado.com.es](http://www.iabogado.com.es)

<sup>11</sup> Para profundizar en el estudio de estas figuras se recomienda la lectura de MENDEZ COSTA, María Josefa, op cit, página 70 y ss.

<sup>12</sup> (12) [www.discapnet.es](http://www.discapnet.es)

Ambas están en conexión directa con la incapacitación del hijo, que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad.

### **Concepto y requisitos de estas figuras. Del Código de Familia Catalán**

#### **Patria potestad prorrogada:**

Surge cuando el menor de edad padece enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que le impide gobernarse por sí mismo, y se prevea razonablemente que persistirá después de la mayoría de edad, motivo por el cual se procede entonces a su incapacitación conforme a los arts. 200 y 201 CC- llamada incapacitación preventiva-, de manera que, cumplidos los 18 años, la patria potestad quedará automáticamente prorrogada, por ministerio de la ley, mas con la extensión y alcance que determine la resolución incapacitadora.

#### Requisitos:

1. Menor de edad no sujeto a tutela, pues en este caso, sería la tutela lo que se prorrogaría. Y ha de tratarse de menor no emancipado.
2. Padecimiento de alguna deficiencia o anomalía de las señaladas en el art. 200 CC. Debe tratarse de deficiencia o anomalía que impida al sujeto gobernarse por sí mismo.
3. Aunque no se diga expresamente, exige la vigencia de la patria potestad en el momento en el que el hijo llegue a la mayoría de edad.

#### **Patria potestad rehabilitada:**

Se diferencia de la anterior en que implica una extinción y posterior restauración de la patria potestad y porque el sujeto incapacitado no es ya un menor de edad, sino mayor, soltero y que convive con sus padres.

#### Requisitos:

1. Mayoría de edad del hijo que se va a incapacitar. A pesar del tenor estricto del art. 171 CC, también deben entenderse incluidos los menores emancipados.
2. Soltería: No obstante, puede hacerse extensivo al divorciado, o a aquellos cuyo matrimonio sea declarado nulo (postura defendida también por la Circular de la DGRN 16 noviembre 1984), pero no alcanza a los separados, pues no implica disolución del vínculo conyugal.
3. Convivencia: Debe ser objeto de interpretación amplia y flexible: no implica residencia en el mismo domicilio, aunque sí dependencia física y económica.

Por ejemplo, piénsese en el hijo que por razón de destino o estudios vivía independiente de los padres y por accidente pierde sus facultades y es incapacitado, reintegrándose a la casa familiar: no hay razón para negar la rehabilitación de la patria potestad.

En Derecho catalán es posible la rehabilitación de la patria potestad a pesar de que el incapacitado no conviva con el progenitor no custodio. Ello puede ser una diferencia con el régimen del art. 171 CC que exige la convivencia.

4. Aunque no se diga expresamente, es necesario que durante la minoridad hubiese estado sujeto a patria potestad y no a tutela.

#### **Causales de cesación de la patria potestad prorrogada:**

- El fallecimiento de los padres.
  - La adopción del incapaz.
  - Cesa la causa que motivó la declaración de incapacidad.
  - El incapaz contrae matrimonio.
- Además de los cuatro supuestos contemplados en el 171 CC pueden producirse otros casos de extinción: los generales de pérdida,

privación o suspensión en el ejercicio de ambos o del único titular de la patria potestad.<sup>13</sup>

### Proyectos para incorporar esta figura al Derecho Argentino

1) Proyecto de ley 6.626-D.-96, presentado por la diputada Carrió en el año 1996<sup>14</sup>

“En este sentido, entre otras cosas, en este proyecto se propone la patria potestad prorrogada y no la patria potestad rehabilitada del derecho español. Para quien deviene incapaz a causa de discapacidad mental grave durante la mayoría de edad, no se produce un cambio abrupto entre patria potestad y curatela como en aquel que continúa no apto para proteger su persona y sus bienes aún llegando a la mayoría de edad.

La incapacitación por discapacidad mental grave a partir de los catorce años es conditio iuris para la operatividad de la patria potestad prorrogada. Es razonable permitir que llegada la mayoría de edad y ante la prórroga de la patria potestad, se modifiquen los alcances de la sentencia de incapacidad, tanto si los progresos del minorado en su enfermedad y educación hacen oportuno ampliarla como si, por el contrario, se demuestra que la ampliación de su capacidad de obrar puede perjudicarlo. Obviamente, también es prorrogable a la patria potestad del adoptante.

Se establece que el matrimonio de la persona declarada incapaz pone fin a la patria potestad prorrogada pero no necesariamente a la incapacidad del sujeto. Si no procede el levantamiento por su desarrollo psíquico o el nivel de educación alcanzado, habrá lugar a la curatela con preferencia para que el cónyuge la ejerza.

Este proyecto propone la patria potestad prorrogada y no la patria potestad rehabilitada del derecho español. Para quien deviene incapaz

---

<sup>13</sup> consultar [www.iabogado.com.es](http://www.iabogado.com.es) e consultar [www.ibermutuamur.es](http://www.ibermutuamur.es)

<sup>14</sup> Resumen del proyecto en [www.elisacarrio.com.ar](http://www.elisacarrio.com.ar)

a causa de discapacidad mental grave durante la mayoría de edad, no se produce un cambio abrupto entre patria potestad y curatela, como en aquel que continúa no apto para proteger su persona y sus bienes aun llegando a la mayoría de edad.

2) Proyecto de ley 4836-D-05 Marcela V. Rodríguez, María F. Ríos y Susana R. García Presentado a las comisiones de Legislación General, de Familia y de Discapacidad<sup>15</sup>

Art. 3º – Agréguese el siguiente texto como artículo 127 bis del Código Civil

Artículo 127 bis: Puede decretarse la incapacidad por discapacidad mental grave a partir de los 14 años, a solicitud de ambos progenitores, con el régimen del artículo 264 quáter, del tutor o del Ministerio de Menores, previo peritaje médico-psicológico-pedagógico.

La sentencia deberá especificar si el menor continúa equiparado al menor impúber o si queda equiparado al menor adulto y, en este supuesto, enumerar los actos que le están prohibidos entre aquellos que la ley les permite a dichos menores

Art. 4º- sustituye el título X del Código Civil, de esta parte del proyecto transcribimos los artículos que nos han parecido más innovadores y valiosos:

Art. 143

Si la declaración de demencia o incapacidad por discapacidad mental grave fuera calificada como parcial, deberán utilizarse, en lo posible, medidas menos restrictivas que la incapacidad absoluta, con las limitaciones mínimas a la libertad individual y protegiendo la autonomía individual a la máxima extensión posible. Se indicarán los actos que la persona no puede ejercer por sí y se establecerán grados de curatela limitada y órdenes de curatela obligatoria que traten áreas específicas donde la persona haya sido declarada incapaz.

---

<sup>15</sup> El proyecto completo y su exposición de motivos puede consultarse en [www1.hcdn.gov.ar](http://www1.hcdn.gov.ar)

#### Art.147

Toda persona tiene derecho a nombrar un abogado que la represente en el proceso legal sobre la declaración de incapacidad. Si la persona no tiene abogado, deberá proveérsele uno. Tiene derecho a participar y ser escuchada personalmente en cualquier audiencia, a llamar testigos e interrogar a los testigos presentados por quien solicita la declaración de incapacidad.

#### Art .150

Los padres, tutores o curadores de los incapaces declarados tales por discapacidades mentales graves tendrán obligación de presentarse ante el juez con la periodicidad que éste determine, rindiendo cuentas de las tareas realizadas para rehabilitarlos, a fin de que el juez compruebe si es necesario levantar la incapacidad o transformarla en inhabilitación y, en tal caso, sus alcances.

Art 7: Artículo 455 bis: La tutela sobre los menores que hubieran sido incapacitados por discapacidades mentales graves o sordomudez queda prorrogada de pleno derecho al llegar aquéllos a la mayor edad, hasta que el curador sea designado y puesto en funciones.

### VII. Reflexión Final:

La doctora MENDEZ COSTA había expuesto en las Jornadas de Derecho Civil del año 1992 su preocupación por este problema, dado el número de personas afectadas.

En su ponencia sobre el tema, fue muy clara en que el modo en que se resuelven estos casos produce inconvenientes tanto a los padres como a los hijos discapacitados.

Ella decía, en frase citada por los proyectos de ley que reseñamos, como parte integrante de su exposición de motivos: “La experiencia tribunalicia y de los organismos de protección de los incapaces y los problemas sufridos por los padres de minorados mentales demuestran que la interdicción por enfermedad mental y el consiguiente funcionamiento de la curatela no conforman el recurso más apropiado para la especia-

lísima circunstancia de esas personas. Sin duda, proyecta una sombra de disvalor sobre el minorado y es apta para afectarlo en su vida de relación. Pero, sobre todo, sustituye el régimen de la patria potestad por una institución que solamente la refleja y que debe ser unipersonal, desplazando a uno de los progenitores de su rol junto al otro en la protección del hijo ya mayor de edad. Téngase en cuenta que no se encara una situación aparecida después de extinguida la autoridad de los padres, sino de una situación que se prolonga en el tiempo, que viene desde siempre. Es el cambio de régimen lo perturbador, con secuelas a soportar por el incapaz”.<sup>16</sup>

Concluimos que debe propiciarse un criterio flexible<sup>17</sup>, en lo que respecta a la capacidad de obrar de los discapacitados. Empleando un “dinamismo creativo” en terminología de BIDART CAMPOS<sup>18</sup>, orientado al logro del mejor fin con respecto a ellos que es el de incluirlos en la mayor medida posible y de acuerdo a sus capacidades, fomentando su aprendizaje, su más alto grado de salud y el deber de solidaridad de toda la sociedad.

Este criterio flexible, debe comenzar en atribuir más facilidades a los padres de un hijo discapacitado, que deben traducirse en mayores atribuciones para el diario vivir, siempre en miras de la mejor protección de su hijo, procurando su rehabilitación. Puesto que “La situación del discapacitado sigue siendo una situación de desventaja y desigualdad en la vida, en la sociedad y en todo su entorno material y físico.”<sup>19</sup>

De lege lata recomendamos la admisión expresa de la patria potestad prorrogada. Mientras no se produzca la reforma legislativa, nos parece plausible la admisión jurisprudencial de la curatela compartida por los padres, que no es otra cosa que reconocer la continuación del ejercicio de su autoridad parental.

---

<sup>16</sup> MENDEZ COSTA, María Josefa, op. cit. Pág. 70

<sup>17</sup> MENDEZ COSTA, María Josefa, op cit, pág.58

<sup>18</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *"El derecho constitucional humanitario"*, 1996, Ed. Ediar, p. 24, citado en fallo de cita 8.

<sup>19</sup> LABATON, Ester A. op cit, pág. 21



Y con el convencimiento de que “Desde la antigua Esparta hasta nuestros tiempos creemos que se ha hecho mucho a favor de las personas con discapacidad, y creemos también que falta mucho por hacer.”<sup>20</sup>

A modo de final abierto, transcribimos a continuación las palabras de una madre de un hijo discapacitado, que seguramente nos ayudarán a comprender mejor y a continuar en la búsqueda de las herramientas necesarias para el mejor interés del discapacitado y su familia.

### **“Un cuento para pensar”**

*A menudo se me pide que describa la experiencia de criar un hijo minusválido...*

*Esperar un hijo se asemeja a planear un viaje fabuloso de vacaciones a Italia.*

*Se compra una cantidad de guías y se hacen planes. El Coliseo, El David de Miguel Ángel, las góndolas de Venecia. Hasta se aprenden algunas frases en italiano.*

*Después de meses de preparativos, empaca las valijas y parte.*

*Varias horas más tarde, aterriza el avión. La azafata anuncia: “Bienvenidos a Holanda”.*

*HOLANDA? Cómo Holanda, yo me dirigía a Italia! Debo estar en Italia. Toda mi vida he soñado con ir a Italia.*

*Pero ha habido un cambio en el plan de vuelo. Han aterrizado en Holanda, y es allí donde debe quedarse.*

*No lo han llevado a un lugar horrible, asqueroso, lleno de pestilencia, hambre y enfermedades. Se trata solo de un lugar diferente.*

*Entonces es preciso salir y comprar guías nuevas, tratar de entender un idioma diferente, conocer a un grupo de gente que antes no había conocido.*

---

<sup>20</sup> Prólogo del Dr. Ruckauf a LABATON, Ester A. op cit

*Es un lugar diferente. Tiene un ritmo más lento que Italia, es menos vistoso. Pero luego de permanecer allí un tiempo y recuperarse, uno mira a su alrededor... Y comienza a notar que Holanda tiene molinos de viento, tiene tulipanes, los holandeses le han ganado al mar y Holanda tiene Rembrandts.*

*Sin embargo, todas las personas que usted conoce viajan a Italia y regresan afanándose del tiempo maravilloso que pasaron allá. Y durante el resto de su vida, usted dirá: Si, allí es donde yo debía haber ido. Eso era lo que había planeado”.*

*El dolor que eso le causa, nunca, nunca desaparecerá porque no realizar un sueño es una pérdida muy importante.*

*Pero... si se pasa la vida lamentando el hecho de no haber ido a Italia, nunca tendrá la libertad de disfrutar las cosas maravillosas y especiales que tiene Holanda. <sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> Extraído de OLIVO DE MARTINEZ, Silvia, BERNASCONI DE QUILLICI, Magdalena, BERNASCONI, Cecilia, SORINI DE ANGELETTI, Ana, O'BRIEN DE GHIOTTI, Adriana y BORETTI DE ARAUJO, Laura, op cit, p. 106.

## LA INCORPORACIÓN DE LOS “DAÑOS PUNITIVOS” A LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Por Laura Trench\*

**Sumario: Introducción. Concepto. Funciones. Principales críticas de su incorporación al ordenamiento legal. Características y requisitos para su procedencia. Conclusión.**

### Introducción.

La ley 26.361, sancionada el 12 de marzo de 2008, promulgada parcialmente el 3 de abril de 2008, ha incorporado a la Ley de Defensa del Consumidor, a través del nuevo art. 52bis, un instituto ajeno a nuestro ordenamiento jurídico nacional, denominado “daño punitivo” o “multa civil”. La expresión “daño punitivo” es traducción literal del inglés “punitive damages” y hace referencia a una institución de gran difusión en los países del common law, principalmente en los Estados Unidos. Sin embargo en Europa Continental y en América no ha alcanzado mayor repercusión.

Su objeto, en este caso, es compensar al consumidor por las consecuencias lesivas de la conducta ilegal y al mismo tiempo, castigar al proveedor, previendo por medio de una indemnización ejemplar y adicional a la que le pudiere corresponder por los daños causados, futuras inconductas semejantes.

El art. 52bis incorpora los “daños punitivos” como nueva figura, y establece que *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimien-*

---

\* Juzgado Civil y Comercial n° 9 de San Isidro.



*to responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley*, es decir, cinco millones de pesos.

### **Concepto.**

Como se dijo precedentemente, la expresión "daños punitivos" es una traducción literal del inglés de "punitive damages", una institución de gran aplicación en los países del common law, pero inexistente, hasta ahora, en nuestro sistema legal.

Ramón Daniel Pizarro, los define como "sumas de dinero, que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro... Cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente "smart money". Este autor critica la denominación de "daño punitivo", sosteniendo que lo que se sanciona son ciertos ilícitos en virtud de su gravedad y no por el daño en sí mismo.<sup>1</sup>

Por su parte, Jorge Bustamante Alsina los define como "una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejan-

---

<sup>1</sup> Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños 2ª parte, Libro Homenaje al profesor Félix Alberto Trigo Represas, ps. 287 y sigtes. Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993

tes ante el temor de la punición, por cuya razón son también llamados "punitive o punitory damages" o "vindictive damages" o vulgarmente "smart money".<sup>2</sup>

Diego F. Martinotti, en su artículo sobre la incorporación de este Instituto en el Proyecto de Unificación de 1998, los define como "una indemnización incrementada que se otorga al actor por encima de lo que meramente le compensaría el daño patrimonial, cuando dicho daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude o una conducta dolosa por parte del demandado. Uno de los propósitos de los mismos es hacer del caso un ejemplo, razón por la cual también se los da en llamar "punitive damages", o "vindictive damages". Asimismo, aclara que la indemnización que se concede al damnificado corresponde a una política legislativa basada, por un lado, en el castigo o pena del demandado y, por el otro, que tenga carácter ejemplar para los potenciales autores de actos ilícitos similares. Sostiene que cuando se prueba que el demandado actuó con intención, malicia o de forma fraudulenta, se podrá otorgar al actor, al margen de la indemnización por los daños efectivamente sufridos, una suma adicional con carácter punitivo o ejemplar. En este sentido los define como "sumas de dinero que los jueces ordenan pagar, que sin corresponder a una lesión determinada del accionante se agregan a las indemnizaciones por daños efectivamente sufridos, y cuya finalidad es por un lado sancionar al demandado (sujeto dañador) que ha incurrido en una grave inconducta, y por el otro lado disuadir o desanimar acciones del mismo tipo. En este sentido los daños punitivos no compensan los daños sufridos (ni patrimoniales, ni morales) sino que se agregan a ellos".<sup>3</sup>

Federico M. Álvarez Larrondo considera que "los daños punitivos son sanciones económicas que los jueces imponen a los causantes del obrar lesivo con tres finalidades: 1) dismantelar el negocio surgido de

---

<sup>2</sup> Bustamante Alsina, Jorge, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LL 1994-B-860

<sup>3</sup> Martinotti, Diego F., "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", LL 2001-F-1317, pags. 1316 y sigtes

la violación de la ley y los derechos de los cocontratantes, cuando la reparación integral de los afectados resulta inferior a la rentabilidad o ganancia obtenida por aquel; 2) la de sancionar el obrar desaprensivo, desidioso o infamante del agente dañador, que actúa con indiferencia para con la vida, la salud o los bienes de sus cocontratantes; 3) la de no permitir la elaboración de análisis actuariales previos a la causación del daño, sobre la base de principios probabilísticos que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o la violación de la ley, generando de esta manera incertidumbre respecto de los montos fijados que el dañador deberá afrontar...”<sup>4</sup>.

Este instituto permite otorgar a la víctima de una conducta lesiva una suma de dinero adicional a la que podría corresponderle por los daños efectivamente sufridos, a fin de castigar al dañador y al mismo tiempo, desmotivar y desmantelar futuras conductas análogas.

#### **Funciones.**

La indemnización punitiva tiene una triple función. En primer lugar, se observa su objetivo **sancionatorio** basado en la lesión al interés general de la sociedad por la conducta castigada, exteriorizándose, así, el reproche social ante el cual el derecho debe responder. La indemnización constituye una pena civil que se le otorga al damnificado, en este caso al consumidor, por encima de la indemnización de los daños y perjuicios que le pudieran corresponder.

En segundo lugar, presenta una función **preventiva**, toda vez que ante la aplicación de la indemnización ejemplar, se crea un impacto sobre la conciencia social, evitando futuros ilícitos similares ante el temor de la sanción y motivando que la conducta dañosa no se vuelva a repetir.

En tercer lugar, permite **desmantelar los efectos** de ciertos ilícitos, destruyendo el beneficio adicional injusto obtenido por el dañador,

---

<sup>4</sup> Álvarez Larrondo, Federico M., La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino, JA 2008-II-1246 - SJA 28/5/2008

ya que en ciertas ocasiones le resulta más rentable permitir que el perjuicio se produzca a prevenirlo. Las pautas que impone la norma para su graduación -“gravedad del hecho” y “demás circunstancias del caso”-, impiden al responsable calcular de antemano las posibles utilidades que pueda llegar a obtener a consecuencia de su actuar ofensivo, protegiendo en términos equitativos, la libre competencia y restableciendo el equilibrio de fuerzas ante la situación de inferioridad de uno de los cocontratantes<sup>5</sup>.

#### **Principales críticas a la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento legal argentino.**

La principal crítica que se le ha hecho a este instituto, en virtud del planteo de su incorporación al Proyecto de Código Civil de 1998, es que resulta ajeno e incompatible con nuestro sistema jurídico de responsabilidad objetiva, ya que no se conciben “penas privadas”, estableciéndose como principio que el autor del daño está obligado a la reparación, pero únicamente del daño causado. En este sentido se expresan los Dres. Jorge Mosset Iturraspe, Diego F. Martinotti, Jorge Bustamante Alsina, Sebastian Picasso, entre otros.

Dentro de este punto en análisis, cabe incorporar el planteo de inconstitucionalidad del instituto, partiendo de que la imposición de una sanción de naturaleza penal se encuentra sometida a determinadas condiciones como ser la tipificación de la conducta, descripción precisa de la sanción aplicable, garantías constitucionales como el principio de non bis in idem, in dubio pro reo, etc..

Sin embargo, corresponde destacar que dentro de nuestro ordenamiento legal subyacía una idea sancionatoria en varias disposiciones, como por ejemplo, las astreintes, art. 666bis del Código Civil, obligación al pago de la cláusula penal aunque se acredite la inexistencia del daño y el art. 656 del Código Civil.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Pizarro, Ramón D., obra citada

<sup>6</sup> Aníbal Norberto Piaggio, M. Fabiana Compiani, Delma Cabrera y Alejandro Javier Vetrano,

Ahora, además, específicamente, dentro de la Ley de Defensa del Consumidor, el art. 47 inc. b se prevé la aplicación de una “multa de \$ 500 a \$ 5.000.000 a quien infrinja la ley, hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción”.

Ante esta objeción, debe remarcarse que las indemnizaciones otorgadas en virtud del instituto en análisis, resultan ser penas privadas y en consecuencia son ajenas al ámbito de las garantías propias del proceso penal.

Con la incorporación del instituto, no se pretende eliminar el principio de reparación integral, sino ampliarlo a fin de encontrar una caudela legislativa que establezca, además de ese resarcimiento, una medida de carácter prioritariamente preventivo, evitando por medio de una sanción ejemplar que una conducta ilícita pueda convertirse en un beneficio para su autor.

Por ello, y teniendo presente que las sanciones privadas no fueron ignoradas en nuestro ordenamiento, considero que las indemnizaciones punitivas no constituyen una sanción penal sino civil y en consecuencia, quedan fuera del alcance del principio de reserva contenido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

Otra crítica se basa en que la indemnización punitiva provoca un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, debido a que su aplicación resulta independiente de la que pudiere corresponderle en virtud del daño efectivamente sufrido.

Ante esta crítica y coincidiendo con la opinión del Dr. Pizarro <sup>7</sup>, no debemos perder de vista que el instituto del daño punitivo se encuentra dentro del ámbito de la punición de ciertos ilícitos, fuera del margen de la reparación del daño, y que reparación y punición no siempre transitan por los caminos coincidentes. Nada impide que una pena civil pueda ser destinada a la víctima, adicionándose a otras indemnizacio-

---

“Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Código Civil de 1998”, Revista de Responsabilidad Civil, año 2, n° 2, marzo-abril 2002, Pág. 23 y sigtes

<sup>7</sup> Pizarro, Ramón D., obra citada

nes que pudieran corresponderle, máxime, teniendo en cuenta que, como fuera explicado precedentemente, nuestro sistema legal admite casos como los intereses sancionatorios (art. 622 del Cód. Civ), la cláusula penal y las astreintes (sanciones conminatorias derivadas del incumplimiento de deberes impuestos por una resolución judicial), entre otras.

También ha sido objeto de crítica la amplitud de los términos establecidos por el legislador en relación a la graduación de la multa.

En mi opinión, considero adecuados los términos de gradación impuestos al Juez, ya que se le impone que deberá tener en cuenta “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. Sin perjuicio de ello, su amplitud podría dar lugar a situaciones en que al no haberse consignado pautas precisas y objetivas para la determinación del monto, exista la posibilidad de que se impongan perjuicios irracionales al responsable, por lo que hubiere sido más apropiado, fijar pautas más claras y concisas para su determinación.

### **Características y requisitos para su procedencia.**

- Resulta necesario para su aplicación, que el proveedor haya incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. La norma establece que la indemnización punitiva será aplicable al “proveedor”, es decir, conforme lo dispuesto en el art. 2 de la LDC, a toda “persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

Quedan comprendidos como sujetos pasivos todos los que participan en la cadena de producción, distribución y comercialización.

Claramente se observa que, al no exigir ningún ánimo en particular en la conducta del dañador, ni parámetro de gravedad alguno, salvo el mero incumplimiento contractual o violación de las obligaciones lega-

les hacia el consumidor, permite concluir que la indemnización punitiva procede en todos los casos en donde se produzca una violación dentro del vínculo jurídico existente entre el consumidor y el proveedor. Sin perjuicio de ello, queda a consideración del Juez interviniente la decisión sobre su posible procedencia.

- Procede únicamente a pedido de parte.

Es decir que su aplicación no procede de oficio sino que siempre deberá ser el consumidor damnificado el que la solicite.

Considero que debió haberse previsto también, la posibilidad de proceder a su aplicación de oficio, principalmente teniendo en cuenta el carácter sancionatorio y preventivo del instituto.

- Las pautas para determinar la graduación de la indemnización punitiva serán la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Conforme lo expuesto precedentemente, en mi opinión, resulta adecuado que la graduación quede sujeta a estos dos parámetros. Sin embargo, el legislador debió haber establecido patrones más claros y objetivos para el cálculo del monto que impidan una apreciación excesivamente subjetiva por parte del Juez al momento de su decisión, ya que no resulta suficiente con el tope máximo impuesto (\$5.000.000) y se podría dar lugar a situaciones de desigualdad e irracionalidad.

Algunas pautas objetivas que el Juez debería tener presente al momento de considerar su aplicación, podrían ser las ganancias ilegítimas obtenidas por el dañador, la magnitud de la actividad lesiva, el grado de intencionalidad, el interés social comprometido, la reincidencia.

- La pena es adicional, es decir, independiente de otras indemnizaciones que le correspondan al consumidor afectado.

- El destinatario de la indemnización económica es el consumidor.

En mi opinión, la multa no debió ser fijada únicamente a favor del consumidor. Hubiera sido más acertado adoptar un sistema mixto, otorgando una parte importante de la multa al consumidor a fin de que se lo incentive a velar por el adecuado funcionamiento del mercado, y otra parte a algún “Fondo Especial” como ser, el creado por el artículo 47

destinado a la educación del consumidor y a la ejecución de políticas “a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente” conforme lo dispuesto en el art. 43 inc. a) de la LDC.

- Responden solidariamente todos los integrantes de la cadena de producción, distribución y comercialización, dejando a salvo las acciones de regreso que pudieren corresponder.

La norma prevé el caso en donde resulten responsables más de un solo proveedor aplicando la responsabilidad solidaria, pero no contempla el grado de participación que pudiere corresponder.

Como bien explica Alvarez Larrondo, a diferencia de la solidaridad instaurada en el art. 40 de la ley, donde se la extiende automáticamente a toda la cadena de producción ante el daño resultante del vicio o riesgo de la cosa o la prestación del servicio, aquí deberá demostrarse que cada proveedor tuvo participación en el incumplimiento contractual, y sólo allí se le extenderá solidariamente la sanción. Esto implicará para el operador del derecho una tarea extra, si es que pretende que la pena se extienda a los demás integrantes de la cadena <sup>8</sup>.

- Establece un tope máximo, que no podrá superar el máximo de la sanción contenida en el art. 47, inc. b de la LDC, es decir, de cinco millones de pesos.

### **Conclusión.**

Cabe resaltar, como bien explica la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, que “el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia” <sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Álvarez Larrondo, Federico M., obra citada

<sup>9</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, disertación sobre el tema “Daños Punitivos”, en la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

Es por ello, que la incorporación de este Instituto a la Ley de Defensa del Consumidor resulta una buena herramienta para sancionar ciertas situaciones presentes en el mercado. Como ser los casos en que el proveedor elije sortear los controles de calidad y técnica costosos, por resultarle más económico afrontar el pago de las indemnizaciones que pudieren corresponderle por los daños efectivamente causados a los consumidores.

Partiendo de esta realidad, existen situaciones en las que la reparación del daño efectivamente causado no resulta suficiente para prevenir y dismantelar conductas gravosas que causan un daño a otro intencionadamente o con grave desprecio a sus derechos, a fin de obtener una ganancia de ese actuar, por lo que resulta imperioso que al o los responsables se les aplique una sanción civil ejemplar que desmotive futuras inconductas similares, sin que por ello se vean afectados los valores de seguridad y equidad.

En mi opinión resulta una manera adecuada de proteger a la parte más débil de la relación jurídica y al mismo tiempo, permite al consumidor fiscalizar el mercado, llevando sus reclamos a la instancia judicial incentivado por el destino de la indemnización punitiva. Sin perjuicio de ello, sostengo que hubiera sido más acertada la aplicación de un sistema mixto en cuanto al destino de la pena, como ya fuere explicado en el presente trabajo.

La incorporación del instituto del daño punitivo a la Ley de Defensa del Consumidor ha sido acertada pero debe tenerse siempre presente que los jueces deberán aplicarlo de manera prudente y en casos necesarios, sin perder de vista sus funciones tanto preventivas como disuasorios y de sanción de las conductas gravemente reprochables.

### **Bibliografía.**

• Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 188,

• Mosset Iturraspe, Jorge, "La `multa civil' o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998", LL 2000-B-1277, Pág. 1277 y sigtes;

• Picasso, Sebastián, "Sobre los denominados `daños punitivos'", LL 2007-F-1154 (Pág. 1154 y sigtes.);

• Atilio Anibal Alterini, "Las reformas a la ley de defensa del Consumidor, Primera lectura, 20 años después, LL, Año LXXII n° 68, 9-04-2008;

• Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 287 y sigtes.;

• Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier H.; Gozaini, Osvaldo A., "Ley de Defensa del Consumidor": ley 24.240, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2008.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS. DELITOS IMPROPIOS DE OMISION

A propósito del fallo “J.C.”<sup>1</sup>

Por Débora Jorgelina Ramírez <sup>2</sup>

*“Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal,*

*no es comparable con los desórdenes que nacen de la interpretación”.*

*Cesare Beccaria* <sup>3</sup>

### Del principio de legalidad y otras yerbas

Probablemente el primer contacto que, aún como estudiantes, tenemos con el derecho penal, es a través del principio de legalidad.

Si bien a partir del mismo comenzamos a formarnos y a interpretar nuestro fuero, su jerarquía constitucional mientras le quita exclusividad, lo reafirma como cimiento del sistema normativo.

Del juego armónico de los arts. 18 y 19 de la C.N., formalmente concluimos que la única fuente productora de ley penal<sup>4</sup> en nuestro país, es la elaborada por los órganos que la Constitución habilita para tal fin, y de acuerdo a un procedimiento que ella misma prevé. De ahí

---

<sup>1</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, 12/03/09.

<sup>2</sup> Secretaria del Ministerio Público con funciones en la Defensoría de Juicio que actúa ante el Tribunal en lo Criminal N° 3 Departamental.

<sup>3</sup> Beccaria Cesare, “De los Delitos y de las penas”, cap. IV “Interpretación de las leyes”, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2003, p. 13.

<sup>4</sup> Sin entrar a considerar, en este trabajo, cómo juega este principio rector en los denominados delitos de “lesa humanidad”, conforme lo expone Rodríguez Jordán, Marcelo, en “Tratados Internacionales de Derechos Humanos”, Editorial Ciudad Argentina, Bs. As., 2005, p. 48 y sgtes.



que ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la costumbre, “puedan habilitar poder punitivo”<sup>5</sup>, aunque sí limitarlo, reduciéndolo racionalmente<sup>6</sup>.

Para despejar cualquier interpretación o decisión arbitraria, el principio en estudio manda que la sanción contenida en una ley se aplique sólo si la misma es, en relación a la conducta que podría merecerla, *scripta, praevia, certa y stricta*<sup>7</sup>, y como si ello fuera poco, el postulado constitucional se refuerza con directivas procesales<sup>8</sup>, jurisprudenciales y elaboraciones doctrinarias<sup>9</sup>.

Ante lo expuesto, debería descartarse cualquier tentativa de licenciar a la magistratura a imponer sanciones frente a conductas<sup>10</sup> que, aunque disvaliosas, no se encuentran contenidas en ningún tipo penal.

Sin embargo, ha sido justamente la doctrina -de la que antes se dijo puede reducir mas nunca ampliar el poder punitivo-, la que recurriendo a legislación foránea, ha elaborado los presupuestos de su pretendida legitimidad.

Estamos hablando, claro está, de los delitos impropios de omisión o de omisión impropia, cuyo explicación -aún receptando cuestiones de política criminal-, descuida cuál es la única fuente formal de nuestro

---

<sup>5</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio R., Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 106.

<sup>6</sup> Tal como ocurre por ejemplo, con las decisiones jurisprudenciales que evitan la injerencia del poder punitivo, por considerarlo violatorio del principio de reserva, pese a que los tipos penales reúnen los requisitos formales de validez (vgr. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, causa n° 25.218, “R., C. M. s/ Recurso de Casación interpuesto por el Fiscal General, rta. el 24/04/08, y Sala III, causa n° 24.781, “C., J. L. s/ recurso de queja”, rta. el 28/04/08).

<sup>7</sup> Lo que respectivamente importa la exclusión del derecho consuetudinario a la hora de reprimir conductas, la aplicación retroactiva de una norma penal, la amplitud de los tipos penales y la extensión analógica de los mismos, conforme lo desarrolla Bacigalupo Enrique, “Derecho penal, Parte General”, 2ª edición, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 106 y ss.

<sup>8</sup> Arts. 1, 3 y 4 del C.P.P.

<sup>9</sup> En tal sentido, merecen destacarse los principios limitativos, de lesividad, proporcionalidad, buena fe y genealogía, entre otros.

<sup>10</sup> En su sentido amplio, es decir, comprensivo de acciones y omisiones.

derecho penal y el significado del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

En efecto, los delitos impropios de omisión, -creación teórica y de la jurisprudencia-constituyen una categoría formada por un grupo de delitos cuya existencia se deduce de mandatos contenidos en los tipos de acción que obligan a evitar la lesión de bienes jurídicos, y su tipificación se genera de la conversión de una norma prohibitiva en una imperativa.

Mas el virtuoso anhelo de equiparar el “no matarás” al “deberás respetar la vida”, no debería eruirse en un peldaño superior a aquél sobre el cual reposan los límites constitucionales expuestos<sup>11</sup> habida cuenta que al no estar regulados en la ley, “su existencia está basada en una operación analógica en cuya virtud se pretenden establecer presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado pueda equipararse a su producción”<sup>12</sup>.

Sin embargo, los doctrinarios extranjeros que desarrollan el análisis dogmático de los delitos no escritos que hoy nos convocan, aún pareciendo desentenderse del principio de legalidad, en modo alguno alientan tal postura sino que, por el contrario, sus propias legislaciones han previsto la cuestión.

Véanse algunos ejemplos. El Código Penal Alemán<sup>13</sup>, en su artículo 13, inc. 1, contempla los delitos de comisión por omisión, disponiendo “Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuan-

---

<sup>11</sup> Y menos aún cuando se trata de omisiones culposas, atento el sistema de *numerus clausus* por el que opta nuestra legislación, el cual aún en su forma prohibitiva, merece fuertes críticas sobre su constitucionalidad. En tal sentido, Rodríguez Jordán, Marcelo, “Derecho médico...”, (en imprenta).

<sup>12</sup> Righi Esteban y Fernández Alberto A., “Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 242., citando a Jescheck, en su Tratado de derecho penal, Parte General, t. II, p. 826.

<sup>13</sup> Puede consultarse en:  
[www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf).

do debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción”.

El artículo 11 del Código Español<sup>14</sup>, dispone que “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Por su parte, el Código Penal portugués<sup>15</sup>, en su artículo décimo, bajo el nombre “Comisión por acción y por omisión”, dispone que “1. Cuando un tipo de delito incluye un cierto resultado, el hecho comprende no sólo la acción adecuada para producirlo, sino la omisión de las medidas adecuadas para evitarlo, salvo si la intención de la ley es diferente. 2. La comisión de un resultado por omisión sólo es punible cuando la persona que omite está bajo un deber jurídico que personalmente lo obliga a evitar ese resultado”.

De igual forma, el Código Penal de Brasil<sup>16</sup>, bajo el nombre “Relevancia de la omisión”, establece en su artículo 13.2 que “Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía hacer para evitar el resultado. El deber de hacer incumbe a quien a) tenía por ley obligación de cuidado, protección o vigilancia, b) de otra forma, asumió la responsabilidad de impedir el resultado, c) con su

---

<sup>14</sup> Puede consultarse en [www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm](http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm).

<sup>15</sup> Puede consultarse en [www.mccannfiles.com/id95.html](http://www.mccannfiles.com/id95.html) (1. When a legal type of crime includes a certain result, the fact comprises not only the action proper to produce it, as the omission of the action proper to avoid it, except if the intention of the law is different. 2. The commission of a result by omission is only punishable when the omissive person is under a legal duty that personally obliges him to avoid that result).

<sup>16</sup> “Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal”, Ed. Saraiva, 4ª edición, São Paulo, Brasil, 2008.

comportamiento anterior, creó el riesgo de la ocurrencia del resultado”.

Como se observa, a diferencia de legislaciones como las mencionadas, nuestro catálogo penal no contiene cláusula de equivalencia alguna a los fines de legalizar la analogía para equiparar la omisión con la acción, y tampoco una de correspondencia para seleccionar a los autores idóneos para efectuarles el correspondiente reproche por los tipos no escritos. Por ello, valerse de la elaboración de quienes interpretan las leyes de los países que sí las poseen, resulta un intento poco feliz de lo que parece convertirse en la forma de eludir un mero “escollo constitucional”.

Si bien los más extremos podrán insistir con las críticas a las legislaciones que poseen cláusulas como las individualizadas más arriba, - pues en definitiva la analogía se encontraría consagrada en una ley, y por tanto ya no podrán ensayarse prédicas referidas al inquebrantable principio de la “*lex stricta*”-, no puede negarse aún así, la mayor seguridad que confiere una previsión legal que un criterio doctrinario o jurisprudencial.

### Delitos de omisión impropia

Junto a los tipos activos que predominan en nuestro Código Penal, en los que la tipicidad se verifica por la identificación de la conducta realizada con la que prevé el tipo prohibitivo, existen los omisivos, es decir, tipos en los cuales la operación comparativa es la inversa, pues la acción examinada es la contraria a la ordenada por la manda penal imperativa, lo que importa la prohibición de cualquier otro hacer<sup>17</sup>.

Cuando dicha manda imperativa, se dirige a autores indiferenciados para que sin tener en cuenta particulares relaciones jurídicas sino

---

<sup>17</sup> Claro que respecto de la norma, pues si no existe una comparación valorativa, nos encontramos en un plano pretípico que no es pasible de exigencias., tal como lo explica Zaffaroni al sostener “la omisión no es el puro y simple no hacer... Como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de la nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa” (ob. cit., p. 544).

su mera condición de habitantes, hagan algo determinado, no existe correspondencia entre la misma con otra de estructura activa. Dichas directivas, excepcionales y perfectamente diferenciadas en virtud a su consagración en tipos penales, no son más que los propios delitos de omisión.

Junto a los mismos, la doctrina identifica a los impropios delitos de omisión<sup>18</sup> que, no estando escritos, responden a una estructura que se equipara con otra activa, requieren la misma afectación del bien jurídico que en la última y se atribuye a autores calificados en virtud a una particular relación jurídica que los obliga.

En esta elaboración doctrinaria cabe destacar que para fundar la imputación de un delito activo en la omisión de evitar un resultado, deben verificarse diversos elementos: a) la producción del resultado perteneciente al tipo penal activo, b) la calificación del autor requerida por el delito activo, en caso de que ello ocurra, c) la capacidad del omitente de realizar la acción desde un punto de vista abstracto, d) la causalidad hipotética de la acción omitida respecto de la evitación del resultado, e) la posición de garante del omitente, y f) la equivalencia de la ilicitud omisiva con la del delito de comisión<sup>19</sup>.

Por resultar de utilidad a los fines del análisis del fallo citado en el epígrafe, cabe aquí hacer referencia a las exigencias identificadas como d) y e), sin descuidar por cierto a la equivalencia omisiva con la del delito de omisión, para cuya comprensión vale la remisión a lo ya expuesto al momento de desarrollar el principio de legalidad y comparar nuestra legislación con aquellas que poseen cláusula de equivalencia.

Respecto a la relación de causalidad -que ha rigor debe ser llamada relación o nexo de evitabilidad-, en primer lugar debe comprenderse que en la medida en que en un plano pretípico una omisión no puede causar un resultado, la imputación requiere que la omisión equivalga,

---

<sup>18</sup> También llamados tipos omisivos impropios o delitos de omisión impropia.

<sup>19</sup> Cfr. Bacigalupo, ob. cit., p. 550 y ssgtes.

normativamente, a su causación, y ésta, fácticamente sólo será comprobada, cuando con una probabilidad rayana en la seguridad se asereve que de haberse realizado la acción, el resultado no se hubiese producido.

La expuesta es la opinión generalizada en la doctrina española, y supera ampliamente a aquella que considera suficiente la comprobación de que la realización de la acción no realizada disminuya la producción del riesgo, justamente porque discrepa con la cuasi causalidad (que es la fórmula de la *conditio sine qua non* adaptada al nexo de evitación que se advierte en los tipos omitivos<sup>20</sup>, que constituye una forma imperfecta de causalidad en su sentido de evitabilidad, según la cual un no hacer no es en sentido estricto causa de un resultado, pero sí causa de su no impedimento.).

Sentado ello y en referencia a la posición de garante del sujeto activo –más arriba individualizado como e)-, corresponde comenzar la exposición destacando que al pretenderse dirigir la norma imperativa a autores diferenciados para evitar el “otro hacer”<sup>21</sup> de los mismos, en lugar de implementarse su correspondiente construcción normativa como lo hacen el art. 11 del Código Español y el art. 13.2 del Brasilero –antes transcritos-, se ha recurrido a la estructura activa para equipararlos y a la caracterización de un grupo diferenciado de sujetos que deben responder en una situación determinada que entienden, típica: es la conocida posición de garante que sólo determinados autores poseen, el fundamento sobre el que reposa su obligación de responder.

Así, al problema de la falta de un tipo omisivo escrito, se le suma la falta de previsión escrita en relación a quién será considerado garante en el mismo, pues como se ha dicho, nuestra legislación no carece solamente de la cláusula de equivalencia entre tipos, sino además de una de correspondencia que opere como correctivo de la primera, pues

---

<sup>20</sup> (Cfr. "Storchi, Fernando Martín y otros" – Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 - 02/05/2007", en remisión a Stratenwerth Rudolph, cit. por Andrea Raffaele Castaldo, "La Imputación Objetiva en el delito Culposo de Resultado", BdeF, 2004, p. 54).

<sup>21</sup> Lo que se conoce como *aliud agere*.

no toda omisión de evitar un resultado es penalmente relevante, sino sólo la omisión de determinados sujetos<sup>22</sup>.

La posición de tales sujetos, los garantes, es caracterizada en teoría funcional por el rol defensivo o protector del omitente respecto del bien jurídico, la cual abarca tanto la obligación de protegerlo de todos los ataques que pudiera sufrir y cuanto la de vigilar una fuente de peligro capaz de amenazarlo. Como contrapartida, sólo podrá verificarse la omisión de impedir el resultado típico equivalente a la acción de causarlo, cuando el omitente incumpla un deber que le era exigido por su posición de garante, la que cabe insistir, abarca tanto su responsabilidad para que el bien jurídico no corra peligro cuanto que el peligro no afecte ningún bien jurídico, pues no sólo debe proteger al bien jurídico sino cuidar o vigilar la fuente de peligro.

De esta manera se advierte que la posición de garante puede derivar de los peligros que genera la propia organización de la actividad de quien omite y también de su posición institucional.

El primer supuesto, es el que abarca los casos de vigilancia y deberes de auxilio. Los de vigilancia, son casos en que la posición del sujeto lo obliga a custodiar los peligros creados por las propias accio-

---

<sup>22</sup> En efecto, tras recurrirse a la teoría de las fuentes de deber, la misma fue descartada por su estrechez, en virtud a que como sólo equiparaba la obligación de evitar un resultado con la causación del mismo cuando la obligación de impedir prevenía de un contrato o de la ley, dejaba impune un sin número de supuestos, tal como la nulidad del contrato previo o el hecho anterior.

La necesidad de ampliar dicha teoría, incorporó el reconocimiento de los deberes de solidaridad en las estrechas comunidades de vida, se prescindió del contrato en el sentido de la ley civil y se estableció como fuente del deber, simplemente la libre aceptación de un deber de actuar, lo que demuestra que el mismo no provenía exclusivamente de una ley formal, atento su falta de previsión sobre las relaciones de estrecha convivencia, la libre aceptación o el hecho anterior.

Para encontrar fundamento a estos criterios –de los que dependía la equivalencia entre la acción y la omisión-, se recurrió a examinar la estrecha relación entre quien omite y el bien jurídico afectado por su omisión, concluyéndose así que era su posición de garante el fundamento de su obligación, y tal condición lo ligaba con el bien jurídico aún por deberes éticos sociales que no provenían de una ley *scripta* sino del derecho consuetudinario. Como ello dejaba al descubierto la afectación del principio de la legalidad, debió recurrirse entonces a la cláusula de correspondencia.

nes u omisiones, debiendo entonces garantizar que las mismas no afecten a los bienes jurídicos. Reconocidos como casos de “injerencia”, encuentran fundamento en el principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales pero con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás, lo que se extiende no sólo a las cosas sino también a las personas que se encuentran a su cargo. Los deberes de auxilio, surgen cuando los peligros ya fueron generados y alcanzaron los bienes de otro o están cerca de hacerlo. En ambos casos, se entiende que quien asume la obligación de organizar su actividad, consiente que el titular del bien jurídico dejó en sus manos la protección del mismo, lo que implica su libre aceptación de la función de garante.

El status de garante que deriva de la posición institucional del omitente, abarca las relaciones entre padres e hijos, el matrimonio, las especiales relaciones de confianza y los genuinos deberes estatales, y reposan en el peso que dichas instituciones tienen para la existencia en la sociedad.

La ley, es la fuente que en primer término funda los deberes de garante que surgen de una posición familiar. Claramente el Código Civil establece los deberes entre los cónyuges y de los padres para con sus hijos, pero otros igualmente esperables –y de ahí, exigibles-, que no reposan en norma alguna sino en los principios generales del derecho, se basan en la especial relación de confianza pues resultan supuestos en que el titular del bien jurídico la deposita en otro que al aceptarla, asume la función de custodia del mismo o de una fuente de peligro. “En esta última categoría –enseña Bacigalupo- se encuentran los titulares de lugares abiertos al público, que aunque no sean garantes, en general, de que los concurrentes al lugar no serán objeto de acciones delictivas, están obligados a comunicar los peligros que conozcan”<sup>23</sup>.

En los casos de comunidad de peligro y comunidad de vida, tam-

---

<sup>23</sup> Cfr. Bacigalupo, ob. cit., p. 559. Ejemplifica el autor, aludiendo a que el dueño de un supermercado que recibe una amenaza de bomba, debe comunicarlo a los clientes que están en sus dependencias.

bién se observa una posición de garante fundada en la confianza y erguida sobre la base de la ayuda mutua en situaciones de necesidad. Ejemplos de los mismos son los vínculos de quienes se relacionan como parientes sin serlo.

La confianza, tiene asimismo vital importancia en relaciones que derivan de actividades profesionales como la médica, pues en tales situaciones, el rol en estudio no proviene ni de la ley, ni del acto anterior ni, muchas veces, del contrato.

Para resumir, la posición de garante fundada clásicamente en las obligaciones derivadas de la ley, del contrato y de la injerencia (fuentes clásicas), se extendió para suplir lagunas del derecho a las obligaciones que surgen de la confianza tanto ante la comunidad de vida cuanto a la comunidad de peligro y luego, satisfaciendo cuestiones de política criminal, continuó desarrollándose hasta comprender las situaciones emanadas del deber de protección de un bien jurídico y del deber de cuidado de una fuente de peligro, con el aditamento de la falta de acuerdo relativo al límite hasta el cual se extiende el deber de evitar, pues hasta se predica que el mismo abarcaría la conducta de terceros (ya sea en contra de sí mismo o de otros), lo que concluiría con la supresión de la máxima que dispone que el juicio de reproche es personal, pues permitiría conducirlo a extremos ridículos tal como responsabilizar a un sujeto por la conducta que le era exigible a uno de sus dependientes, burlando así el principio de la culpabilidad<sup>24</sup>.

### El fallo

Con las apreciaciones hasta aquí desarrolladas, resulta interesante examinar el fallo de la Sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del 12 de marzo de 2009, dictado con motivo de resolver los recursos de apelación interpuestos contra proce-

---

<sup>24</sup> Entiéndase la ironía del razonamiento, no sea cosa que sobre la base del mismo se torne innecesario el anunciado debate sobre la posibilidad de modificar la edad de imputabilidad, por pretender la -alguna vez escuchada-, "responsabilidad penal de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores".

samientos de diversos galenos respecto del homicidio culposo del conductor televisivo y periodista J.C., pues las reflexiones sobre la violación del principio de legalidad, y en algunos casos incluso el de culpabilidad, no sólo no afectaron el ánimo de los Sres. Magistrados, sino que no les mereció reflexión alguna.

I.- El día 21 de febrero de 2004, el Dr. R.O.L. dispuso la internación de J.C. en la clínica "Santa Rosa" por abuso de sustancias, por su seguridad y la de terceros. J.C., ingresó a la institución acompañado de su psiquiatra y de su pareja, no presentando alteraciones de sensopercepción al momento de la entrevista y con juicio conservado. L.P., pareja de C., comentó que el paciente había consumido droga durante toda la semana y que no deseaba que el Dr. L. siguiera a cargo del tratamiento del paciente pues pese a estarlo desde julio de 2003, el mismo, no mejoraba. Relató que prefería que lo asumiera el Dr. M. (quien junto con R.O.L., también estaba a cargo de la internación). El 22 de febrero de 2004, J.C. fue entrevistado por el Dr. M. (médico reemplazante del Dr. L.), quien no hizo cambios en su medicación, aunque el paciente se mostraba muy demandante solicitando su alta. Ello motivó a que se efectuara un llamado a L. para ponerlo en conocimiento de la situación. Se hizo lo mismo con el Dr. M., pactándose con éste y con el Dr. L. (médico clínico) que J.C. sería "derivado" al sanatorio "Otamendi" para su control clínico a la mañana siguiente. Tras tomar nota de ello el Dr. F., médico de guardia de la clínica "Santa Rosa", L.P. retiró a J.C. el 23 de febrero de 2004 a las 11:30 de la clínica "Santa Rosa" con destino al sanatorio "Otamendi". En dicha ocasión, el Dr. L. fue llamado para preguntarle sobre cómo se llevaría a cabo el traslado, pero el mismo respondió que no era más el médico tratante por decisión del paciente.

Así, J.C. llegó al sanatorio "Otamendi" el 23 de febrero de 2004. Lo recibió la Dra. O. y dejó asentado en su historia clínica que las últimas 48 horas había estado internado en la clínica "Santa Rosa" por control de adicciones. El Dr. M. también señaló que el paciente estaba tranquilo, sin signos de abstinencia. Se recopiló información y antecedentes del tratamiento, anotándose que la medicación que recibía era Arropás y Alpax. El 24 de febrero de 2004, J.C. fue entrevistado por el Dr. A.M. (área psiquiatría) señalando que se hallaba tranquilo, estable y eutími-



co, sin signos de abstinencia. El 25 de febrero lo visitó el Dr. L. -según constan en la hoja de enfermería- y en igual fecha la Dra. C. firmó el alta del paciente, retirándose éste con sus familiares.

Una semana después, el 2 de marzo de 2004, J.C. se arrojó del balcón de su domicilio, produciéndose su deceso el día 5 de ese mes, por los graves traumatismos y dolencias físicas que le generó la caída.

II.- Ante lo expuesto, al Dr. R.O.L., médico psiquiatra del conductor y periodista, se le imputó *“haber actuado con impericia y negligencia en su condición de médico tratante de J.A.C., infringiendo disposiciones de la ley 22914 –entre otros las del art. 4 inc. 2º- en tanto no suministró a su paciente el tratamiento y cuidados basados en la técnica médica, dirigidos al restablecimiento, mejora y preservación de su vida, lo que provocó que el 2 de marzo de 2004 cayera desde el balcón interno de su departamento de la calle El Salvador 4753 piso 1º “F” y “G”, produciéndose su deceso el día 5 de ese mes por los graves traumatismos y dolencias físicas que le generara la caída”*. Concretamente le reprochó la Juez a quo *“no haber desplegado las actividades exigible a su rol a fin de resguardar debidamente la salud y vida de su paciente, pese a que conocía ampliamente el estado de salud general y psíquico adictivo crónico a las drogas, el entorno familiar y personal de éste, teniendo en cuenta que se hallaba bajo su tratamiento aproximadamente desde el 27 de julio de 2003 y que ordenó inclusive internaciones en la clínica “Santa Rosa” el 31 de julio de ese año y el 21 de febrero de 2004”*.

Sostuvo la juez de instrucción que, *“en el reingreso a la clínica psiquiátrica, R.O.L. no suministró los datos y elementos mínimos e indispensables a fin de lograr la preservación y restablecimiento de su paciente, no alertó adecuada y certeramente su problemática y los potenciales riesgos que presentaba la víctima por su adicción crónica, ni su repentino abandono del tratamiento al Director Médico, a los profesionales de la clínica “Santa Rosa”, al Coordinador Médico y a Psiquiatría de “Médicus”, prepaga de la que disponía la víctima para su atención médica, más allá del tratamiento que en forma particular había acordado con él”*.

III.- Con los fundamentos hasta aquí vertidos, se dispuso el procesamiento del Dr. R.O.L., cuya apelación, permitió que se pronunciara la Sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional confirmando el resolutorio apelado, al sentenciar *“asiste razón a la Juez a quo en cuanto a que L. no habría suministrada a J.C. el cuidado basado en la técnica médica”*.

Luego de analizar las consideraciones efectuadas por el Cuerpo Médico Forense en relación a la forma de abordar a un paciente adicto a la cocaína como J.C. y considerar que el Dr. R.O.L. no habría procedido conforme lo exige la lex artis, pero sin dejar de destacar en relación a los cuestionamiento de la defensa que *“tal planteo es de los que deben debatirse en una eventual etapa más avanzada dada la amplitud de preguntas, respuestas y repreguntas que la etapa instructoria no permite”*, el Tribunal ad quem apoyó su decisión partiendo de la omisión del Dr. R.O.L. de no haber puesto en conocimiento de los profesionales tratante de la clínica “Santa Rosa” y al coordinador médico de “Médicus”, que había sido repentinamente apartado del tratamiento.

*“En efecto, el Cuerpo Médico Forense señaló que un médico tratante debe consignar en la historia clínica todas las vicisitudes que surgen en el devenir del tratamiento de su paciente y en caso de ser anoticiado telefónicamente por un médico de guardia de la institución en la cual se aloja aquél que ha sido apartado debería consignar en la historia clínica tal situación lo más pormenorizadamente posible, incluyendo las razones que están en su conocimiento, además de las circunstancias en las cuales se ha anoticiado, estableciendo día y hora en que se produjo la desvinculación y su indicación final en cuanto a si el paciente debe permanecer o no internado hasta que un nuevo profesional (designado por el médico tratante) a cargo del tratamiento, este profesional reemplazante debería consignar todo lo antedicho”*.

*“Es evidente que ante ese cuadro, de mediar una ruptura en el vínculo médico-paciente, debió alertarse a quienes tenían a su cargo la internación y, fundamentalmente, L. debió asegurar la continuidad del tratamiento en manos de otro especialista que contara con todos los antecedentes de tan aguda patología y hasta constatar la intervención judicial que también podía realizar un seguimiento de C. El tema era no*



*dejarlo hasta que otro profesional lo suceda, fundamentalmente porque la propia adicción podía llevarlo a tomar decisiones inconsultas y que justamente agraven el padecimiento del cual un facultativo debe hacerse cargo”.*

*“En este sentido recordemos que “la omisión tiene que estar vinculada al deber jurídico de actuar positivamente para evitar el resultado... La cuestión a dilucidar entonces debería circunscribirse en determinar si las infracciones al deber objetivo de cuidado en las que habría incurrido R.O.L. por su calidad de garante respecto de su paciente, se encuentran unidas por un nexo de evitación con el resultado finalmente acontecido: el fallecimiento de J.C.”.*

*“...una correcta atención por parte del Dr. R.O.L. hubiese indudablemente evitado el irregular traslado que luego se hizo del paciente desde la clínica “Santa Rosa” al sanatorio “Otamendi”, principalmente porque las decisiones que se tomaban en relación a quien tenía de base una adicción a las drogas aconsejaron su alojamiento para encausar su cura, no habiendo sido adoptadas sin ningún control médico de cabecera o judicial por el entorno de J.C. y la prepaga Medicus”.*

*“Si bien no existían probabilidades físico-objetivas (poder de hecho) por parte de R.O.L. de realizar la acción de impedir consistente en que A.M. y P. dispusieran el traslado de C. al “Otamendi” para efectuar estudios clínicos, esa sola circunstancia no alcanza para eximirlo de culpabilidad”.*

*“Ello por cuanto de haber mantenido su rol de psiquiatra a cargo no se hubiese efectivizado la consulta de manera irregular o de concretarse probablemente hubiese sido reintegrado debidamente a la clínica... La capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado es el tercer elemento del tipo objetivo del delito propio de omisión. Se requiere entonces que el agente haya podido tomar la decisión de la acción mandada y realizarla, por cuya razón se exige como elemento esencial de la capacidad tanto el conocimiento de la situación generadora del deber, como la cognoscibilidad de los médicos para realizar la acción, el conocimiento del fin de esta última (ver en este sentido, Bacigalupo, Enrique, “Derecho Penal”, Parte*

*General, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, págs. 540 y ss., Editorial Hammurabi, 1999, Buenos Aires”).*

*“L. conocía más que nadie el grado de deterioro físico y psíquico que presentaba C. y claro está su entorno. Por algo lo internó indicando peligrosidad para sí y para terceros y la sola indicación de P. no puede desvincularlo del tratamiento, máxime cuando la voluntad misma de C. está cuestionada. Debíó asentarse en la historia clínica la pertinente desvinculación o pedir intervención judicial, pero no limitarse a “considerarse despedido”...”.*

*“El riesgo creado por este imputado consistió no sólo en la deficiencia del tratamiento que otorgó a C. sino en que sabedor de los peligros de los que era portador, cuanto menos debió intentar comunicarse –si no personalmente dada la gravedad del cuadro tratante- por cualquier otro medio, para dar a conocer a los que tomarían su posta, la experiencia y conocimientos recogidos del ser humano por quien se había responsabilizado por seis meses... Por ello destacamos que “toda acción que quede por debajo de la conducta adecuada a las circunstancias o correcta en el ámbito de relación es típica en el sentido de los delitos culposos... Estamos convencidos de que otra podría haber sido la suerte de C. si en lugar de omitirse responsabilidades, cada uno de los intervinientes hubiera actuado para evitar que quedara sin la correcta y debida custodia médica”.*

*“Es cierto que ni L. ni otro de los imputados pactó la inmortalidad de C., ni pudo asegurar un resultado. Pero el servicio que aquél aceptó se caracteriza por una obligación de diligencia, claro, repetimos, sin garantizar un resultado, pero su compromiso incluía utilizar todos sus conocimientos y recursos para la curación del paciente”.*

*“Se advierte en el sub examine un nexo de determinación y/o evitación entre esas infracciones al deber objetivo de cuidado, consistentes en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y el resultado finalmente acontecido, aún entre las sucesivas y posteriores intervenciones de profesionales de la misma especialidad que asumieron de una u otra manera el tratamiento psiquiátrico del paciente...”.*

*“L. no dispuso el “alta psiquiátrica” del J.C. en la clínica “Santa*

*Rosa” el 23 de febrero de 2004, fecha en la que fue retirado de esa institución, pero sí ante su grave cuadro lo internó. Ante el comentario de P- de que no continuaría a cargo del tratamiento no tomó ningún recaudo, dejando así a C. sin profesional a cargo, permitiendo que la intervención que debió ser sólo de control desde la prepaga, contribuyera a aumentar más el riesgo. Sintéticamente, L., conocedor de lo profundo del cuadro adictivo de su paciente, y de cómo eso influía en su libre determinación, simplemente, tras ordenar una internación por peligrosidad para su adecuada cura, lo abandonó sin recaudo alguno por la simple comunicación de P.”.*

*“Resulta cuestionable el comportamiento asumido por L. al tomar conocimiento vía telefónica de su desvinculación del tratamiento de C., calificado en la causa como deficiente y más allá de las decisiones médicas adoptadas por otros profesionales y el entorno familiar en relación al cuidado, no hay dudas que debió adoptar recaudos compatibles con el conocimiento que tenía de la gravedad del cuadro del paciente, lo que lo vincula, al menos, en este estado del proceso, con el resultado finalmente acontecido”.*

### **Comentario al fallo**

Recapitulando lo expresado en relación a los delitos de comisión por omisión impropia, es dable destacar, tanto en relación a la conducta del Dr. R.O.L. cuando respecto de los demás imputados<sup>25</sup>, que si bien pueden considerarse desafortunadas sus actuaciones conforme lo

---

<sup>25</sup> También fue confirmado el procesamiento, por el delito de homicidio culposo, de D.M., C.M.G. y A.I.A., Coordinadora médica, Director médico y médica de guardia, respectivamente, de la clínica “Santa Rosa”, por entender que los mismos, deberían haber arbitrado los medios para el reingreso de J.C. desde el sanatorio Otamedi a la clínica psiquiátrica antes mencionada, y en relación a la última hacer saber a las autoridades que el reingreso no se había llevado a cabo así como las particularidades que había sucedido entre J.C. y su médico tratante, arbitrar los medios para que el traslado al sanatorio Otamendi hubiera reunido las características propias de una interconsulta –vgr. traslado en ambulancia- y anotar con detalle al último nosocomio sobre los motivos de la derivación del paciente. En todos los casos se consideró que las omisiones observadas en la actuación profesional de los procesados, atento el rol que desempeñaban,

esperable de un profesional del arte de curar, no bastan para predicar que las mismas resultan causa del homicidio culposo, pues no debe admitirse que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber que emerge de otras leyes, como la civil, toda vez que el incumplimiento de una previsión extrapenal... (vgr. un contrato, la violación de un deber impuesto por el derecho de familia, un deber ético, etc.) sólo constituye “un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito”<sup>26</sup>.

No pudiendo pretenderse que los Sres. Magistrados sustentaran su decisión en la equivalencia normativa de la ilicitud omisiva con la del delito de comisión desde el momento en que nuestro vacío legal no se verifica sólo respecto de los delitos de comisión por omisión impropia sino también en relación a la cláusula de equivalencia, debían al menos haber extremado las exigencias aludidas supra en cuanto a la certera comprobación del nexo de evitación, y a extremar la individualización de los supuestos garantes -tampoco reconocidos en la ley-, pese al desenlace fatal acaecido diez días después, como si el número de días determinara la proximidad de los pretendidos peligros evitables.

Como se ha indicado, las exigencias de analizar la causalidad en los términos en que fueron precedentemente desarrollados, no parecen hallarse satisfechas por el fallo en estudio, y no basta refugiar dicha omisión en la inteligencia de que el suceso tampoco puede ampararse

---

“provocaron el desenlace fatal de J.A.C.”, y en el convencimiento de que “el principio de confianza en otro médico del nosocomio no exime de haber controlado que se cumplieran con todas las previsiones posibles...”.

Lo mismo ocurrió con el imputado A.A.M., médico supervisor de la prepaga “Médicus”, a la cual pertenecía J.C., por entender que como el mismo no indicó medida alguna destinada a establecer un nuevo psiquiatra de cabecera, efectuar controles, indicaciones y decisiones que debió haber realizado cuando menos tendientes a evitar la externación del paciente al advertir la conducta totalmente irregular de los profesionales de la clínica “Santa Rosa” y también del sanatorio “Otamendi”... posibilitó que el día 2 de marzo de 2004, la víctima se arrojara del balcón de su domicilio”.

A excepción de particularidades de cada caso, vale en las consideraciones vertidas en el presente trabajo a todos ellos.

<sup>26</sup> Cfr. Zaffaroni, ob. cit., p. 553.

en su certeza negativa, puesto que, insisto, si se ha recurrido a la doctrina extranjera para efectuar un juicio de reproche frente a nuestro vacío legal, cuanto menos debería haberse procurado el esfuerzo de la máxima restrictividad interpretativa.

Enunciados tales como *“Si bien no existían probabilidades físico-objetivas (poder de hecho) por parte de R.O.L. de realizar la acción de impedir consistente en que A.M. y P. dispusieran el traslado de C. al “Otamendi” para efectuar estudios clínicos, esa sola circunstancia no alcanza para eximirlo de culpabilidad”, “de haber mantenido su rol de psiquiatra a cargo no se hubiese efectivizado la consulta de manera irregular o de concretarse probablemente hubiese sido reintegrado debidamente a la clínica...”*, *“Se advierte en el sub examine un nexo de determinación y/o evitación entre esas infracciones al deber objetivo de cuidado, consistentes en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y el resultado finalmente acontecido, aún entre las sucesivas y posteriores intervenciones de profesionales de la misma especialidad que asumieron de una u otra manera el tratamiento psiquiátrico del paciente...”* y *“Estamos convencidos de que otra podría haber sido la suerte de C. si en lugar de omitirse responsabilidades, cada uno de los intervinientes hubiera actuado para evitar que quedara sin la correcta y debida custodia médica”,* no sólo no demuestran certeza sino que parecen encontrarse embebidas por la antiquísima y desechada teoría de *conditio sine qua non*<sup>27</sup> cuyas críticas ya fueron expuestas, aún pese al intento de impregnarlas de vigencia con citas de Günther Jakobs relativas a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, con franca indiferencia a la diversidad conceptual entre condiciones y causas del pretendido nexo de evitación a través de la afirmación de que todas las condiciones tienen idéntica equivalencia causal, y pareciendo olvidar la intervención de varios sujetos –también procesados-, al punto tal de predicar lo mismo en ocasión de resolver el mismo tópico en relación a cada uno de ellos.

Acerca de la obligación que tenía cada imputado, pareciendo

---

<sup>27</sup> Desafortunado fundamento, incluso, de actuales pedidos de jury.

haber superado cualquier obstáculo que pudiera introducirse por la vía de los arts. 18 y 19 de la C.N. desde el momento en que tal circunstancia no les mereció reflexión alguna, los Sres. Magistrados recurrieron a la doctrina comparada para demostrar de dónde surgía la posición de garante de R.O.L. y sus consortes.

Sabedores de la peligrosa amplitud que significa admitir tipos penales no escritos, la debida fundamentación de la posición de garante de los procesados, pretendió otorgar aires de mayor seguridad jurídica. Aunque nada se dijo en el fallo, cierto es que la confianza en relación a determinadas actividades profesionales como la médica -que no provienen ni de la ley ni del acto anterior, y muchas veces tampoco del contrato-, es más que suficiente para tener a un galeno como garante, pues “sería verdaderamente absurdo que cuando el paciente más lo necesita, menores sean las obligaciones del médico”<sup>28</sup>, pero lo cierto es que la desvinculación de R.O.L., -la que no se debió a su propia decisión toda vez que cesó a raíz de la comunicación de la pareja de J.C. (quien ya había hecho saber su disconformidad por no notar una evolución favorable tras un año de tratamiento)-, demostraba que había dejado de existir la confianza anteriormente depositada en él, cesando en consecuencia la relación que generaba su obligación como garante<sup>29</sup>, situación que no parece identificarse con aquella de la que se predica un accionar culposo por la falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante<sup>30</sup>.

Ahora bien, sin mencionar al examinar la posición de garante, aquella que surge de las relaciones familiares –lo que podría haber

---

<sup>28</sup> Conf. Bacigalupo, ob. cit., p. 560.

<sup>29</sup> Sostener lo contrario importaría el absurdo de consagrar una nueva característica de los garantes: la imposibilidad de dejar de serlo aún pese a la desaparición de la fuente que los invistió con la calidad de tal.

<sup>30</sup> Zaffaroni analiza que existen cuatro instancias en las que puede surgir culpa por falta de deber de cuidado: a) en la apreciación de la situación típica, b) al ejecutar el mandato, c) al apreciar la posibilidad física de ejecución y d) en apreciar las circunstancias las circunstancias que fundan su deber de garante, ejemplificando a ésta última con el caso del “médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche” (ob. cit., p. 557).

beneficiado a los procesados atento la compañía constante por parte de la pareja de J.C., respecto de quien puede predicarse el caso de la comentada comunidad de vida-, entiendo que lo expuesto tampoco resulta suficiente para superar el análisis del tipo objetivo, pues no puede desatenderse a los fines de corroborar la existencia del nexo de evitación, la debida verificación de su causalidad. En efecto, como las omisiones no son causales del resultado, la imputación requiere que la omisión equivalga a la causación, mas dicha comprobación, la que debe hallarse caracterizada -tal como fuera desarrollado *supra*-, por la probabilidad rayana en la certeza, no parece haber ocurrido en el caso atento la existencia de expresiones que la censuran, tales como “otra podría haber sido la suerte de C. si en lugar de omitirse responsabilidades, cada uno de los intervinientes hubiera actuado para evitar que quedara sin la correcta y debida custodia médica”.

### Palabras finales

Con el fundamento de considerar inadmisibles o escandalosas la impunidad de los impropios delitos de omisión y recurriendo en la actualidad a la teoría funcional de la posición de garante, la doctrina considera que determinadas omisiones no prohibidas, deben equipararse a acciones que sí lo están.

Tal tarea -realizada por los Magistrados del fuero penal que parecen actuar “a petición de parte”, olvidando no sólo los principios propios de la materia sino que la irresponsabilidad legislativa no autoriza a los jueces a violar la Constitución, y menos aún, que la doctrina los instigue a ello”<sup>31</sup>-, consiste en la identificación de una manda prohibitiva para interpretarla imperativamente -pretendiendo con ello que los sujetos se motiven en la misma, incluso antes de llevar a cabo el procedimiento analógico indicado-, en la verificar si la omisión efectivamente se tradujo en la causación de la directiva creada por la interpretación

---

<sup>31</sup> Zaffaroni, ob. cit., p. 554. La frase del autor, reza: “La irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces, y menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina”.

judicial, y en la individualización de las características de determinados autores que responden a modelos legales no escritos.

Si “el derecho represivo no tolera por la naturaleza de los objetos que trata, ningún tipo de integración por analogía a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por ley”<sup>32</sup>, ¿cómo sostener que sí toleraría la interpretación analógica para crear figuras típicas?-

Resulta saludable a esta altura, evocar a Roxin, -tal la invitación Tozzini<sup>33</sup>- para no olvidar que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”.

Podrá pretenderse entonces que el espíritu de impedir que permanezca impune una acción que no se halla expresamente tipificada en la ley penal, es una de las formas de consolidar la paz interior y promover el bienestar general<sup>34</sup>, mas será difícil sostener que la forma de hacerlo es desoyendo los principios que los representantes del pueblo de la Nación Argentina<sup>35</sup>, plasmaron en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

---

<sup>32</sup> CSJN, Fallos 305:2174.

<sup>33</sup> Tozzini Carlos A., “Garantías constitucionales en el Derecho penal”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 57.

<sup>34</sup> Preámbulo de la Constitución Nacional.

<sup>35</sup> Idem anterior.

## DELITOS CONTRA LAS SEGURIDAD DEL TRÁNSITO.

**Art. 193 bis del Código Penal.**

*Por Víctor Hugo Benítez (h)\**

1.- SITUACIÓN POLÍTICO CRIMINAL. 2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 3.- FUNDAMENTOS DE LA REFORMA. 4.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO. 4. 1.- El StGB y el Código Penal Paraguayo. 4. 2.- El Código Penal Español (LO 10/1995). 5.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 5. 1.- *La Seguridad en el Tránsito* como componente de la Seguridad Pública. 5. 2.- El Bien Jurídico *tránsito* como objeto de protección. Crítica a la rúbrica española. 5. 3.- El *Peligro* como situación objetiva de protección. La elevación del Riesgo. 6.- EL TIPO PENAL. 6.1.- Acción Típica. 6.2.- Sujetos. 6.3.- El elemento normativo “vehículo automotor”. 6.4.- Vertiente o tipo subjetivo. 6.5.- Consumación y tentativa. 6.6.- Penalidad. 7.- ART. 193 BIS 2º PÁRRAFO. ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE UNA PRUEBA DE VELOCIDAD O DESTREZA. 7.1.- EL FACILITADOR.

### 1.- SITUACIÓN POLÍTICO CRIMINAL.

Nuevamente nos encontramos ante una reforma penal poco reflexiva e hija del momento social imperante. Empero, la situación vial del país demuestra que el Estado, en su papel de garante de la seguridad en el tráfico, debe intervenir activamente en una realidad que demuestra que la principal causa de muerte son los accidentes de tránsito.

Ahora bien la pregunta resulta recurrente ante las reformas epilépticas a las que nos tienen acostumbrados nuestros legisladores; ¿es el derecho penal la herramienta idónea para aplacar este flagelo, o, como creemos, corresponde la reforma a una necesaria demostración de

---

\* *Abogado, Docente; Profesor Adscripto de la Cátedra “A” de Derecho Penal II, Parte Especial de la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas, (UNNE), Miembro de la Mesa Ejecutiva de la Asociación Pensamiento Penal*



interés y acción política por los problemas sociales que pretende tapar años de apatía y desdén sobre esta problemática? Evidentemente la clase política debe demostrar al pueblo sensibilidad sobre este conflicto social, a fin de que no peligre su estabilidad frente a la opinión pública y sobre todo, sus preciadas bancas.

Lo antedicho no resulta una caprichosa apreciación de la realidad, dado que, y como ejemplo, la reforma penal fue sancionada antes de que se haga lo propio con la Ley Nacional de Emergencia Vial. Claramente se denota qué norma tendrá un mayor efecto simbólico en el pueblo, la reforma penal con la elevación o aplicación de nuevas sanciones calmará los ánimos populares mucho más rápidamente que una ley preventiva o educativa, y a su vez, demuestra que la clase política posee un marcado interés por la solución de los problemas de actualidad. Por ello, y nuevamente como en las últimas décadas, se echa mano de una reforma que vuelve a atentar contra la sistematización del Código Penal.

Por otro lado la realidad nos golpea a diario demostrándonos que la inseguridad vial ha hecho palidecer a la inseguridad ciudadana. Las cifras son elocuentes, según la organización “Luchemos por la Vida” en el año 2007 las víctimas fatales ascendieron a la alarmante cifra de 8.014<sup>1</sup>, es decir, 22 personas muertas por día; lo que coloca a la Argentina en los primeros lugares a nivel mundial en lo que a muertes en accidentes de tránsito se refiere.

Esta inquietante cifra pone de manifiesto la necesidad de una acción profunda sobre las causas que llevan a que tengamos en este país casi un muerto por hora en accidentes viales, y que en referencia a este tema, sean las Organizaciones no Gubernamentales, y no el Estado, quienes lleven la delantera en las campañas de prevención y educación vial.

Esto nos lleva nuevamente a la discusión que se ha planteado en referencia a las constantes reformas penales de corte populista que

---

<sup>1</sup> Fuente <http://www.luchemos.org.ar/espa/mapa0007.htm>

imperan en nuestros días y que han llevado a catalogar a nuestro código como una especie de *semanario*<sup>2</sup> al cual los penalistas esperamos ansiosos cada jueves para ver qué novedades trae.

La *reforma*<sup>3</sup> instaurada en nuestro país desde principios de este siglo ha llevado a nuestro código a transformarse en un ilógico recipiente de penas graves para delitos leves, las cuales no contienen ni el más mínimo criterio de utilidad o justicia.

Si aceptamos la máxima “*ante la duda sancione una reforma penal*” estaremos coadyuvando a los conocidos fenómenos de *ordinarización* y *banalización* de la respuesta punitiva y a un fuerte proceso de *descodificación*.<sup>4</sup> Esta situación que nos lleva a desconocer los principios informadores del Derecho penal, acerca nuestro Código Penal a una especie de catálogo oportunista de normas represivas que no tienen mayor sentido o finalidad que responder a los requerimientos del contexto social a corto plazo, sin plantear ninguna solución profunda sobre la problemática abordada.

La norma que nos trae a redactar esta nota no será más que una medida paliativa de control social, de neto corte populista, dado que, y como ha sido harto comprobado, la realidad no se verá afectada en lo más mínimo por más que el legislador pretenda criminalizar la totalidad de las conductas posibles en el tránsito automotor.

Pero de todas maneras el tipo penal forma parte del catálogo punitivo nacional por lo que debe ser analizado en su conformación típica, no obviando claro está, la necesaria crítica a su oportunidad y sistematización.

---

<sup>2</sup> PASTOR DANIEL, *Recodificación penal y principio de reserva del código*, Bs. As., 2006, p. 56; citado por SLOKAR Alejandro W., *La reciente política legislativa argentina*, en AAVV “Reforma Penal y Política Criminal”, Ed. Ediar, Bs. As., 2007, p. 153.

<sup>3</sup> SLOKAR Alejandro W., ob. cit., p. 155.

<sup>4</sup> ERBETTA Daniel, *Fundamentos de la necesidad de la reforma*, en AAVV “Reforma Penal y Política Criminal”, Ed. Ediar, Bs. As., 2007, p. 122.

## 2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

No se conocen antecedentes de este delito en los proyectos de reforma redactados desde 1922 a la fecha, ni tampoco este tipo penal forma parte del Anteproyecto de Código Penal de 2006<sup>5</sup>, el cual ha sido olvidado en los cajones de algún despacho legislativo. Esto se justifica dentro de la razonabilidad dado que las acciones reprimidas por el tipo han formado parte siempre de los ordenamientos contravencionales, estando a cargo de las legislaturas locales el control y sanción de las mismas. Por ello y en virtud de la criminalización que sufren las conductas contravencionales, el tipo que se desarrolla resulta una muestra cabal de la creciente huída hacia el Derecho penal.

El proyecto de ley tuvo su ingreso en la Honorable Cámara de Diputados bajo la denominación 2682-D-2006, conforme el despacho de la Comisión de Legislación Penal; Justicia y Asuntos Penales siendo sancionado bajo ley **26.362**<sup>6</sup>.

El proyecto en su redacción original disponía la modificación del Capítulo 2 del Título 7 del Libro Segundo del Código Penal por la siguiente: *Delitos contra la seguridad del tráfico y de los medios de transporte y de comunicación*, habiendo sido modificado el término *tráfico* por uno más correcto y acorde a la legislación en la materia, es decir *“Tránsito”*, lo que demuestra la incorporación de un nuevo bien jurídico protegido, *Seguridad del Tránsito*, a la legislación penal nuclear.

El proyecto original contenía la incorporación de tres artículos; a saber: 193 *bis* que reprimía con prisión de un mes a un año y seis meses e inhabilitación para conducir por doble tiempo que el de la condena *al que condujera en la vía pública de un vehículo a motor o un ciclomotor sin estar en condiciones de tener el pleno dominio del vehí-*

---

<sup>5</sup> El Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, en su Título IX, “Delitos Contra la Seguridad Pública”, Capítulo II “Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación y de los servicios públicos” (Arts. 222 a 230) no contiene ninguna referencia al delito analizado.

<sup>6</sup> Sancionada 26/03/2008; Promulgada el 15/04/2008; publicada B.O. 16/04/2008

*culo, a consecuencia de alguna de las siguientes razones: la ingestión de bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias enajenantes; defecto mental, psíquico o físico, permanente o transitorio; agotamiento o cansancio; o por los graves desperfectos del vehículo que conduce.*

A párrafo seguido el proyecto original contenía un segundo apartado expresando que se aplicará la misma pena *al que condujera en la vía pública un vehículo a motor o un ciclomotor, careciendo de las condiciones o aptitudes necesarias para obtener o renovar la licencia de conducir.* Agregándose que *se aplicará multa de mil a quince mil pesos, al titular del vehículo a motor o del ciclomotor o encargado de su custodia que, a sabiendas, tolerara la realización por parte de un tercero de alguno de los hechos contemplados en los incisos 1 y 2 del presente artículo.*

El artículo 3º del anteproyecto incorporaba el artículo 193 *ter* al Código Penal, *conducción temeraria*, estableciendo que *será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para conducir por el doble tiempo que el de la condena, quien condujera un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad física de las personas*, transcribiendo casi literalmente el artículo 381 del Código Penal Español.

Por último el art. 193 *quater* reprimía con prisión de seis meses a tres años y multa de mil a quince mil pesos al que alterare la seguridad del tráfico vehicular, *creando una situación de peligro común mediante alguna de las siguientes acciones u omisiones:* a) Colocación o abandono en la carretera de obstáculos imprevisibles por falta de adecuada señalización; b) No impidiendo la presencia en la carretera de animales o cosas sometidos a su custodia; c) Derramamiento en la cinta asfáltica de sustancias deslizantes o inflamables; d) Generación o liberación de sustancias que impidan, dificulten o disminuyan de manera considerable la visibilidad de los conductores. Este delito comisivo-omisivo de peligro también posee como fuente directa en el Código Penal Español, más precisamente en el art. 382 inc. 1 y 2.

Lo anteriormente reseñado resulta anecdótico ya que el proyecto que se envió a Poder Ejecutivo para su promulgación contiene un solo

tipo penal, el art. 193 bis. Bajo la denominación 2682 y 2835-D-06 OD 2481, la Honorable Cámara de Diputados y Senadores de la Nación elevaron al Poder Ejecutivo el proyecto reformado, conteniendo sólo dos artículos para su promulgación: la modificación de la rúbrica del Título VII Cap. II Libro II del Código Penal argentino, y la incorporación del delito que se analiza en el presente trabajo.

El artículo 1º del proyecto original preveía el cambio de denominación del Capítulo 2, Título 7 del Libro Segundo del Código Penal, por Delitos contra la Seguridad del Tráfico (modificado por “Tránsito” en su redacción definitiva) y de los Medios de Transporte y de Comunicación, y el artículo 2º el cual consiste en la inclusión del art. 193 *bis* con la siguiente redacción:

*Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.*

*La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilite su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.*

Huelga aclarar que el anteproyecto que se iniciara en la Cámara de Diputados fue profundamente modificado en su estructura, incorporándose casi una figura totalmente distinta en el sentido y alcance de la primigenia idea de reforma.

### **3.- FUNDAMENTOS DE LA REFORMA.**

Acompañando el anteproyecto introducido en la cámara baja, la comisión elaboró un extenso fundamento de la necesidad de la presente reforma, haciendo hincapié en el momento de emergencia vial en que se encuentra el país. Debemos recordar, como lo indicáramos más arriba, que la presente reforma se adelantó a la sanción de la Ley de

Emergencia Vial, propuesta por la Defensoría del Pueblo de la Nación y la ONG “Luchemos por la Vida”, la cual dispone un conjunto de medidas y políticas integrales tendientes a disminuir el ascendente número de víctimas fatales por accidentes de tránsito que ha puesto a la Argentina a la cabeza de las estadísticas mundiales. Entre dichas medidas puede destacarse la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Vial, el Registro Nacional de Antecedentes de Tránsito, y la creación de una Licencia única de Conductor, entre otras normas educativas y preventivas.

Empero, y al parecer como de costumbre, la legislación penal se adelanta siendo siempre la primera en ver la luz contrariando los principios de mínima intervención y subsidiariedad que informan la ciencia. La legislatura ha fundado la reforma penal básicamente en la demanda de la ciudadanía expresando textualmente que: “*La gran cantidad de accidentes de tránsito que causa la muerte y lesiones de personas, ha provocado en la sociedad un justo reclamo a las autoridades para que adopten las medidas necesarias en aras de reducir al mínimo el riesgo que provoca el tránsito vehicular. El Poder Legislativo, como parte de uno de los tres poderes del Estado, no puede permanecer indiferente ante esta exigencia legítima de la ciudadanía*”. Evidentemente se desconoce la realidad que nos demuestra día a día que la inclusión de una figura delictiva no tendrá la función preventiva que la emergencia vial amerita, siendo una herramienta populista de corte simbólico que no traerá la solución al problema real, sino, sólo una sensación efímera de seguridad o protección.

Pero al parecer, contradictoriamente a lo que se podría pensar, el legislador conoce lo antedicho, es decir, conoce que la inflación penal no acarrea soluciones de ningún tipo. Por ello a renglón seguido se contradice palmariamente afirmando que: “*Sin embargo, somos plenamente conscientes de que el problema de la inseguridad en el tránsito vehicular no es algo que pueda resolverse mágicamente con el simple recurso de incrementar las penas actualmente previstas en el código penal argentino para el homicidio culposo (art. 84 del C.P.) y las lesiones culposas (art. 94 del C.P.)*”.

Lo transcripto constituye *alegar la propia torpeza*, poniendo clara-

mente de manifiesto que las anteriores reformas han sido ineficaces; empero, en vez de cambiar el remedio, nuevamente el Poder Legislativo tropieza con la misma piedra sancionando una nueva figura penal a pesar que expresamente reconoció que esa no es la solución al flagelo de la inseguridad vial. Si esta confusión ya resulta profunda en quien crea la ley, que queda esperar de quien debe aplicarla, o en su caso, sufrirla.

La función simbólica del derecho penal<sup>7</sup>, es decir, la sistemática sanción de tipos penales que crean una falsa sensación de seguridad en la población, ha sido puesta de manifiesto por gran sector de la doctrina. Pero lo que resulta increíble es que la función simbólica del Derecho penal sea señalada en los fundamentos que acompañan la creación de un nuevo tipo penal.

Son elocuentes las propias palabras expresadas en los fundamentos de la reforma al referir que: *“Se le hace cumplir al derecho penal la función de tranquilizar a la opinión pública transmitiendo la idea de que con la intervención del sistema penal los problemas desaparecerán o disminuirán, cuando nada de esto es así, por el ya señalado carácter plurifactorial de las causas que inciden en la producción de tales hechos”*. La sorpresa es mayúscula, como también es desbordante la confusión y contradicción que posee el texto. Si la función simbólica resulta nociva a la hora de legislar, ¿cómo se pretende sancionar tres nuevas figuras penales que participan de estas características?, la respuesta a este interrogante no resulta una tarea fácil, ya que lo más difícil es explicar lo obvio, precisamente por eso, por que es obvio y no necesita ser explicado.

El fundamento que se analiza pareciera haber sido redactado por dos personas distintas, o en dos momentos o realidades bien diferenciadas, ya que se comienza afirmando que la respuesta penal no es eficaz y constituye un mero simbolismo, y por otro lado, se pretende incluir

---

<sup>7</sup> Véase BARATTA Alessandro, Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica, Revista Pena y Estado, N° 1, 1991, Ed. P.P.U., Barcelona, p. 57/66.

al Código Penal tres figuras de peligro como herramienta de hule para combatir la inseguridad del tráfico vial.

Contra todo el preámbulo que reniega del simbolismo penal el legislador se ve convencido que existe *un ámbito que puede- y debe- ser objeto de criminalización, en aras de una mayor protección de bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, mediante la tipificación de comportamientos que impliquen un peligro concreto para tales bienes e incluso penalizando acciones que frecuentemente constituyen un alto riesgo de producción de resultados lesivos (delitos de peligro abstracto) aunque en el caso concreto tales bienes no hayan corrido un efectivo peligro de lesión.*

Habiendo olvidado los primeros párrafos de los fundamentos se aclara que corresponde la sanción de los tipos penales propuestos ya que *la criminalización de estos comportamientos permite la intervención del derecho penal en momentos anteriores a la lesión de los bienes jurídicos vida e integridad personal en reemplazo de la desaconsejable política criminal orientada al sistemático incremento de pena cuando ya se han lesionado irremediamente tales bienes.* Esto nos lleva a la conclusión de que el legislador ha preferido la creación de delitos de peligro antes que agravar las penas en los tipos ya existentes. Es así ya que expresamente ha referido que: *“En el convencimiento de que es más racional la intervención preventiva que la severidad en la respuesta punitiva puramente represiva es que proponemos incorporar al código penal los siguientes delitos contra la seguridad pública, en su forma de afectación a la seguridad del tráfico vehicular”*. Esta solución es preocupante, no menos grave que la elevación de penas de delitos ya existentes, por lo que debemos menos que rechazarla por atentar contra principios básicos informadores del Derecho penal, ya que conforme la primera parte de los fundamentos analizados, la respuesta penal es inútil en los casos que sustentan la reforma; y, si la respuesta penal de por sí ya resulta ineficaz, más ineficaz será si viene de la mano de la sanción de delitos de peligro.

El adelantamiento de la punibilidad a los estadios previos a la lesión del bien jurídico atenta contra el *principio de lesividad*, y constituyen sin duda una de las características del derecho penal simbólico.



No obstante la actual crisis, señala SLOKAR, que pone en jaque los principios de estricta legalidad, de ofensividad y subsidiariedad – que desde luego también vinculan al legislador –, es revelada por la existencia de *tantas malas normas acerca de cualquier cosa*<sup>8</sup>, teniéndose en cuenta que la excesiva cantidad de normas atentan contras las bases de la propia República.

Hemos dicho anteriormente que basta sólo poner de resalto que nuestro propio ordenamiento jurídico penal ha recibido los embates de este “Derecho penal del enemigo” sin que se escucharan más que tibias voces de alarma ante una concreta huída hacia las penas y reformas de puro derecho penal simbólico, *efecto este que se produce*, en palabras de CESANO, *no por que las nuevas disposiciones penales creadas resulten aplicables sino, más bien, por cuanto la dirigencia política las utiliza como instrumento para que los distintos agentes sociales vean su activismo frente al problema*<sup>9</sup>.

La creación de delitos de peligro se relaciona siempre a una legislación emergencia, y la emergencia es siempre una excusa del autoritarismo. Esta circunstancia nos hace reconocer que la reforma penal caerá nuevamente por la pendiente resbaladiza hacia la completa incoherencia del Código Penal.

Como más adelante se verá, los fundamentos vertidos por el legislador quedan, a la luz del tipo sancionado, vacíos de contenido, ya que la incorporación de un tipo específico que reprime la participación en una *prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente*, no ha sido señalado por la exposición de motivos, por lo que desconocemos el fundamento de dicha sanción. Pero en todo caso se vislumbra que la

---

<sup>8</sup> SLOKAR Alejandro W., ob. cit., p. 146, poniendo de manifiesto el autor lo referido con la cita de las palabras de Tácito (*Pésima respública, plurimae leges*) Ver Nota 13.

<sup>9</sup> Conf. CESANO José Daniel, *Introducción al expansionismo penal...*, en Reformas al Código Penal, G. Aboso (Coordinador), Ed. B de F, Bs. As., 2005, p. 4, citado en BUOMPADRE Jorge E. y BENITEZ Víctor Hugo (h), *Günther Jakobs, ¿el enemigo del Derecho penal?*, Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, México D.F., Año V, N° 9, Julio 2007, p. 39.

incorporación del tipo en estudio responde a una copia no muy feliz del art. 381 del Código Penal Español<sup>10</sup>, con el aditamento de un concepto normativo puramente vernáculo como la *prueba de velocidad o destreza con un vehículo automotor*.

#### 4.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.

##### 4. 1.- El StGB y el Código Penal Paraguayo.

La incorporación del art. 193 *bis* al Código Penal trae aparejado la inclusión de un nuevo bien jurídico protegido. La propia exposición de motivos hace referencia a las fuentes legislativas del derecho comparado, precisando que tanto el arts. 379, 381, 382 del Código Penal Español, el parágrafo 315 "b I" y " c 1" del StGB alemán, como el art. 217 del Código Penal Paraguayo, han servido de fuente al legislador expresando que estos ordenamientos contienen disposiciones similares.

El Código Penal Alemán agrupa esta normativa dentro de las *Intervenciones peligrosas en el tráfico ferroviario, marítimo y aéreo* (§ 315 StGB), bajo el acápite de *Intervenciones peligrosas en el tráfico vial*, más precisamente el parágrafo §315b que reprime con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa a *quien perjudique la seguridad del tráfico vial por el hecho de que: 1. destruya, dañe, u elimine instalaciones o vehículos, 2. prepare obstáculos, o 3. ejecute una intervención similar e igualmente peligrosa, y con ello ponga en peligro la integridad física o la vida de una persona o de cosas ajenas de valor significativo*.

Así el Código Penal Paraguayo (Arts. 216 y 217, *Intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre, y Exposición a peligro del tránsito terrestre* respectivamente) reprime por un lado la intervención del agen-

---

<sup>10</sup> Código Penal Español (LO 10/1995); Art. 381. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.



te en el tránsito con una pena de hasta tres años o multa al que: 1° 1. *destruyera, dañara, removiera, alterara, manejara incorrectamente o pusiera fuera de funcionamiento instalaciones que sirvan al tránsito; 2. como responsable de la construcción de carreteras o de la seguridad del tránsito causara o tolerara un estado gravemente riesgoso de dicha instalaciones; 3. produjera un obstáculo; o 4. mediante manipulación en un vehículo ajeno, redujera considerablemente su seguridad para el tránsito, y con ello peligrara la seguridad del tránsito terrestre; 2° El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa (Art. 216 Código Penal Paraguayo). El art 217 del mismo cuerpo legal reprime con una pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa al que dolosa o culposamente 1. *condujera en la vía pública un vehículo pese a no estar en condiciones de hacerlo con seguridad a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias enajenantes, de defectos físicos o síquicos, o de agotamiento. 2. condujera en la vía pública un vehículo automotor pese a carecer de la licencia de conducir o existiendo la prohibición de conducir señalada en el artículo 58 o habiendo sido privado del documento de licencia; o 3. como titular del vehículo tolerara la realización de un hecho señalado en los numerales anteriores.**

Surge como algo evidente que el Código Penal Paraguayo tiene su fuente directa en el StGB en lo que a esta clase de delitos se refiere. El Proyecto de la vecina república se ha elaborado sobre la base de la norma alemana respetando en gran medida las bases dogmáticas del modelo europeo.

#### 4. 2.- El Código Penal Español (LO 10/1995)

Dentro de la descripción y análisis de los antecedentes del derecho comparado, debemos resaltar que ha sido el Código Penal Español la fuente directa de la redacción del art. 193 *bis*, habiéndose tomado como base no solo la conformación del tipo, sino, la denominación del bien jurídico protegido originalmente (tráfico). Por ello en un análisis general de las fuentes del derecho comparado debe darse preeminencia a lo expresado por la dogmática penal ibérica.

El Capítulo IV, “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, arts. 379 a 385, del Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva” del Código Penal Español (LO 10/1995), mantiene la regulación del Código anterior a la reforma operada en 1989 y 1995, con la sola adición de los arts. 380 y 385. La inclusión tiene su fuente en la Ley del 8 de abril de 1967.

La importancia creciente del vehículo automotor, afirma MUÑOZ CONDE, como medio de transporte y el consiguiente aumento del parque automovilístico requerían, sin embargo, una regulación más enérgica y contundente de las infracciones penales de la que originariamente se le dio en la reforma del 1967. Lo que surgió como un medio confortable de transporte y de turismo se ha convertido en la principal fuente de muertes y grave daños a la salud de los ciudadanos<sup>11</sup>.

Más precisamente el art. 381 del Código Español reprime.: *El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.*

El tipo se denomina “conducción temeraria”, entendiéndose ésta como aquella conducción que prescinde de las más elementales normas que regulan el tráfico vehicular, de modo que el número de probabilidades de que se produzca un resultado lesivo es elevado<sup>12</sup>. La temeridad en la conducción debe ser siempre manifiesta lo que no debe confundirse con que la misma deba ser probada. Es decir, la temeridad se debe traducir en un evidente desprecio a las reglas que regulan la circulación.

Este delito es doloso, y requiere por tanto, no sólo el conocimiento de que la conducción es gravemente peligrosa con concreto peligro

---

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 15ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 683.

<sup>12</sup> Cfr. LUZÓN CUESTA, José María, Compendio de Derecho Penal, Parte especial, Dykinson, Madrid, 1998, p. 236.

para las personas, sino, además, la voluntad de conducir de tal manera. La conducta consiste no sólo en conducir de la manera descripta por la ley (temerariamente), sino en poner en peligro la vida o integridad de las personas que se encuentren en la zona por donde se produzca la conducción. Esto incluye tanto a peatones y conductores de otros vehículos, excluyéndose el peligro para el propio conductor (en contra Polaino–Orts), pero incluyéndose el peligro para sus acompañantes<sup>13</sup>. El anterior código reprimía esta conducta en los términos de la imprudencia, empero la reforma ha alterado el elemento subjetivo del tipo siendo por tanto un delito de peligro concreto claramente doloso.

No debe olvidarse también que el Código Penal Español en el Libro III, “Faltas y sus penas”, Título I “Faltas contra las personas”, Art. 621 también reprime este tipo de conductas como una falta o contravención cuando estas se cometen con una responsabilidad imprudente leve por parte del sujeto, así refiere el tipo que: 1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses. 2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses. Y en el apartado 4 de dicho artículo expresamente hace referencia a que *si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además, respectivamente, la privación del derecho a conducirlos por tiempo de tres meses a un año.*

Del análisis anteriormente expuesto surge con claridad meridiana que ésta ha sido la fuente directa del artículo 193 *bis* del Código Penal Argentino, teniendo nuestra ley notas inéditas que serán analizadas a continuación.

## 5.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

### 5. 1.- *La Seguridad en el Tránsito como componente de la Seguridad Pública.*

---

<sup>13</sup> LUZÓN CUESTA, Ob. Cit.

Nos encontramos ante la inclusión de un nuevo bien jurídico supra individual al derecho positivo argentino. Es así que la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales nos hace pensar que el presente, *el tránsito*, es un *medio* o instrumento de protección de otros bienes jurídicos trascendentes y medulares (la vida e integridad corporal de las personas), y no un fin en sí mismo. Es decir que en primer término lo que la ley protege es la *vida e integridad física de las personas*, mediante la represión de conductas peligrosas que se desarrollan en el *tránsito vehicular*.

De todas maneras la inclusión de este bien jurídico dentro del Título VII “Delitos contra la Seguridad Pública” se justifica en relación a los demás tipos de peligros que protegen la seguridad del transporte y los medios de comunicación o cualquier puesta en peligro de bienes jurídicos indeterminados.

En el fondo de estos delitos, enseña MUÑOZ CONDE, late la idea de adelantar la intervención del Derecho penal para poder emplearlo en el castigo de conductas peligrosas que, cuando se dan en esos ámbitos, deben ser castigadas por la gran trascendencia de los daños que pueden originar para bienes jurídicos personales (vida, integridad física, salud, patrimonio y también para bienes jurídicos sociales o universales (medio ambiente, flora y fauna) y a la colectividad en su conjunto.<sup>14</sup>

La seguridad del tránsito es sólo un segmento particular de la seguridad pública general y se encuentra vinculada estrechamente al sentimiento de confianza de la población, en el sentido de no verse expuesta a hechos de violencia física o a acciones delictivas de otra índole en el transcurso de la vida cotidiana<sup>15</sup>. Resulta claro que la tranquilidad pública que la sociedad exige para llevar adelante su vida en armonía y bienestar no podrá ser asegurada si se legisla mediante delitos de resultado material o de lesión, ya que de ser así, se desvirtuaría la protección penal que el bien jurídico en cuestión requiere.

---

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE Francisco, Ob. Cit., p. 601.

<sup>15</sup> BUOMPADRE Jorge E., Derecho Penal Parte Especial, T° 2, Mave, Corrientes, p. 284.

Podremos categorizar claramente a *la seguridad del tránsito* como un bien jurídico derivado de la seguridad pública o seguridad común<sup>16</sup>, siendo esta el género y la *seguridad del tránsito* la especie. NUÑEZ entendió esto afirmando que la seguridad común, como bien jurídico protegido por este título, es el estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o las personas en general<sup>17</sup>.

Por su parte SOLER afirma que en esta clase de delitos, la *seguridad común* de los bienes es el bien jurídico vulnerado; el peligro común es la situación objetiva creada por la acción.<sup>18</sup>

En referencia específica al tráfico rodado o *tránsito*, la doctrina ha entendido que no puede pensarse a este bien jurídico como algo a lo que pueda lesionarse directamente, no pudiendo concretarse como un objeto material determinado. Resulta pues que el legislador ha entendido que ante la imposibilidad de lesionar el bien jurídico, éste puede ponerse en peligro, e indirectamente generar la elevación del riesgo de que se produzcan daños a bienes jurídicos determinados de manera mediata o indirecta (vida, integridad corporal, etc.).

Como correctamente lo expone CARMONA SALGADO, este planteamiento puramente formal no impide entender que la seguridad del tráfico pueda aparecer como tal lesionada, siempre que se evite permanecer anclado en ese sentido estrictamente gramatical, relativo a la destrucción real en que la lesión consiste, y se atienda a una noción menos material y más *teleológica* de dicha seguridad<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> La rúbrica del Título VII del Código volvió a ser la original de la ley 11.179 “Delitos contra la seguridad pública”, por obra de la ley 23.077, que se apartó de la denominación “Delitos contra la seguridad común”, introducida por las leyes 17.567 y 21.338, Cfr. SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, IV, Tea, Bs. As. 2000, p. 562.

<sup>17</sup> NUÑEZ Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Tº V, Vol. I, Marcos Lerner, Córdoba., 1992, p. 41/42.

<sup>18</sup> SOLER S. Ob. Cit.

<sup>19</sup> CARMONA SALGADO Concepción, Compendio de Derecho penal Español, Parte Especial, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 703.

Pero como idea madre debe tenerse por cierto que no puede aceptarse que el bien jurídico **tráfico seguro** sea un fin en sí mismo, motivo por el que a efectos penales opera como un mero *instrumento* para evitar riesgos y ulteriores **lesiones** – más graves, por tanto – a la vida e integridad de las personas que conforman la colectividad, cuya seguridad global pretende tutelar el Tít. XVII CP vigente (Libro II, Capítulo II Título VII del Código Penal Argentino), lo que permite considerar tales intereses particulares como mediatamente protegidos por los delitos que ahora nos ocupan, sin que ello signifique restar autonomía alguna a la seguridad del tráfico...”<sup>20</sup>.

## 5. 2.- El Bien Jurídico *tránsito* como objeto de protección. Crítica a la rúbrica española.

La denominación del bien jurídico protegido nos parece acertada en su terminología. No pensamos lo mismo en la denominación que contiene la rúbrica del Derecho Español y que fuera incluida en el texto de la reforma argentina remitida al Poder Ejecutivo, y que felizmente fuera modificada oportunamente. En aquel caso el legislador ibérico debió haber especificado aún más el objeto de protección como claramente lo hace la norma penal argentina, clasificando al bien jurídico *tráfico* como “tráfico vial”, por ejemplo, para así diferenciarlo de otros medios de comunicación terrestre (Tráfico Ferroviario). Por otro lado la palabra *tráfico* puede ocasionar equívocos terminológicos y ser confundida con el tráfico de sustancias, estupefacientes o de otra índole, o en su caso, el tráfico de cualquier mercadería. La ausencia de un aditamento a la palabra tráfico (Ej. vial, automotriz, rodado, etc.) torna el bien jurídico vago e impreciso. Por suerte, este detalle fue advertido en la ley **26.362** antes de ser promulgada, lo que ha ahorrado numerosos volúmenes de discusión doctrinaria.

Por otro lado la norma argentina que regula la materia vial se denomina Ley Nacional de Tránsito (Ley 22.449, BO 1995), por lo que feste-

---

<sup>20</sup> CARMONA SALGADO C., Ob. Cit., p. 703/704, así también SSTS en sentencia del 2 de mayo de 1981 y 11 de diciembre de 1982

jamos la modificación del proyecto de ley por la denominación *Delitos contra la Seguridad del Tránsito* a fin de que la totalidad del ordenamiento jurídico contenga un dejo de coherencia legislativa y sistemática. Por otro lado, y como se verá, no existe una total armonía entre ambas legislaciones, el art. 193 *bis* y la Ley 22.449, ya que la última contiene en su art. 5º una serie de definiciones que no han sido tenidas en cuenta por el legislador a la hora de incluir elementos normativos al tipo penal en estudio (Por ej. Motocicletas).

Evidentemente las normas que deben respetarse son las que regulan el *tránsito automotor*, por ello la utilización de la palabra *tráfico* por parte del legislador argentino y español no ha sido para nada feliz. El *tránsito vehicular*, en cualquiera de sus modalidades importa un especial sector de la realidad caracterizado por riesgos particulares de dicha actividad. El *tráfico*, en la primera acepción tomada por la Real Academia Española, significa *traficar*, es decir, *comerciar, negociar con el dinero y las mercancías*<sup>21</sup>; por ello el término reformado resulta acertado como indicativo de la actividad que pretende regular la norma en estudio.

Reafirmamos nuestra postura en que la seguridad pública y la seguridad del *tránsito* tienen una relación de género a especie, siendo esta última una especificación de situaciones, que por el avance de las comunicaciones, la tecnología automotriz y el nacimiento de lo que se dado en llamar “sociedad de riesgos”, merecen la especial atención del legislador. Pero, nobleza obliga, debemos criticar la utilización del término *tráfico*, trasplantado del derecho español, por ser dicho término equívoco y confuso y haber estado primigeniamente en el proyecto sancionado por ambas cámaras legislativas.

### 5. 3.- El Peligro como situación objetiva de protección. La elevación del Riesgo.

El legislador, consiente de la sociedad en que vivimos, opta por la

---

<sup>21</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 23ª Edición, cuyas segunda y tercera acepción de la palabra *tráfico* importan 2. *Andar o errar por varios países, correr mundo*; 3. *Hacer negocios no lícitos*.

utilización para estos casos de los *Delitos de Peligro*, tanto en abstracto como en concreto, como herramienta dogmática de protección y prevención; adelantando los estadios de punibilidad con el fin de prevenir las conductas lesivas, reprimiendo la elevación del riesgo de que se produzcan daños en las personas sin que estos bienes jurídicos se vean efectivamente lesionados.

La sociedad actual moderna, altamente tecnificada y con un desarrollo vertiginoso de la ciencia importa una constante elevación del riesgo de que se produzcan eventos dañosos para las personas o sus bienes. Es por ello que el legislador debe echar mano a una configuración normativa que contraría el estricto principio de lesividad, para dar paso a la protección y resguardo de bienes jurídicos novedosos únicamente asegurables mediante la sanción de delitos de peligro (Ej. Medio Ambiente).

El peligro (*Hazzard*), afirma CORCOY BIDASOLO, se concibe como “capacidad intrínseca de una sustancia o de una conducta para provocar efectos adversos” y el riesgo (*Risk*) es la “probabilidad de que, en el caso concreto, ese efecto adverso ocurra”<sup>22</sup>. En este orden de ideas deben rechazarse las tipificaciones que puedan surgir de los llamados *peligros hipotéticos*, mediante presunciones *ex ante* sobre la afectación del bien jurídico protegido. Por ello los adelantamientos de punibilidad en los delitos de peligro deben ser proporcionados a la presunción que el legislador tenga de la probabilidad cierta de que ese bien jurídico se vea afectado; o para expresarlo de manera mas simple, a mayor adelantamiento en la punibilidad menor debe ser la pena conminada en abstracto para ese tipo de delito.

La afectación al principio de lesividad sólo puede justificarse si el riesgo es cierto o concreto, y de ser puramente abstracto, la pena conminada en los delitos de este tipo debe ser mínima a fin de que se preserven las garantías constitucionales. Es decir, comprobar *ex post*, en

---

<sup>22</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los “delitos de peligro”, en Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro-I, N° 2007-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 84.



el caso concreto, que el peligro *ex ante* – *Hazzard* – se ha transformado en riesgo – *Risk* -<sup>23</sup>. Sólo de esta manera el legislador puede sancionar delitos de peligro sin contrariar las disposiciones constitucionales que informan la materia penal.

El *peligro* debe entenderse entonces como la probabilidad de lesión de un bien jurídico atribuida a una manifestación típica externa de la voluntad humana, y, aun con mayor precisión, como el estado situacional de probable causación de lesión de un bien jurídico: tal situación constituye algo real, no un mero juicio de probabilidad<sup>24</sup>.

#### 5. 4.- Breve referencia a los *Delitos de Peligro*.

El análisis y conceptualización de los *Delitos de Peligro* excedería el marco de la presente nota, pero entendemos que debemos referirnos a ellos brevemente dado que el tipo estudiado participa de las características de esta clase de figuras.

Esta caracterización se opone a los llamados Delitos de Lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos descriptos en los códigos, pudiendo caracterizarse a estos como aquellos delitos en los cuales el objeto de la acción (bien jurídico) ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado (Homicidio, Lesiones, Daño). En cambio en los **delitos de peligro** el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Entre los mismos la división más importante es la de **delitos de peligro concreto y abstracto**.<sup>25</sup> Más claramente lo expresa MIR PUIG al decir que si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un **delito de lesión**,

---

<sup>23</sup> CORCOY BIDASOLO, Ob. Cit.

<sup>24</sup> POLAINO NAVARRETE MIGUEL, El injusto típico en la teoría del delito, Mave, Corrientes, 2000, p. 618.

<sup>25</sup> Cfr. ROXIN CLAUS, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 336; §10.

mientras que si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un **delito de peligro**.<sup>26</sup>

Por su parte POLAINO NAVARRETE en una conceptualización que entendemos correcta, caracteriza a los delitos de lesión diciendo que por *lesión* debe entenderse el perjuicio efectivo, en el sentido de causación de una alteración *in peius* del objeto protegido por un concreto tipo de delito. Y por *puesta en peligro* debe considerarse, en cambio, la probabilidad de un evento lesivo del bien jurídico<sup>27</sup>. Pero esta presunción no es el resultado de una arbitraria selección de riesgos, sino de lo que la experiencia y la realidad social imperante demuestren una aptitud real, sumada a la idoneidad, de provocar un deterioro en los bienes jurídicos de los ciudadanos.

La implementación de uno u otro tipo de delitos de peligro pueden generar consecuencias punitivas relevantes en los derechos constitucionales del justiciable.

Los *Delitos de peligro concreto* se caracterizan porque el tipo exige la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto sería el resultado típico. En los delitos de peligro abstracto, se castiga una acción típicamente peligrosa, peligrosa en abstracto, sin que sea necesario que el bien jurídico haya estado efectivamente en peligro, bastando la conducta peligrosa *per se* para configurar el delito.

Un criterio didáctico de diferenciación es el que refiere a las presunciones hechas por el legislador a la hora de punir las conductas de peligro. En el caso del delito de peligro concreto, la presunción de puesta en peligro del bien jurídico es *iuris tantum* pudiendo acreditar el autor, en el caso concreto, que el peligro requerido por la norma no se verificó, siendo la figura en ese caso atípica (Ej. Conducción temeraria, art. 381 del Código Penal Español, y el art. 193 *bis* del Código Penal Argentino). En los delitos de peligro abstracto la presunción, por el contrario, es *iure et de iure* por lo que la acreditación de que el bien jurídi-

---

<sup>26</sup> MIR PUIG SANTIAGO, Derecho Penal Parte General, 7ª Edición, Ed. BdeF, Montevideo, 2005, p. 233 párr. 60.

<sup>27</sup> POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Ob. Cit., p. 614.



co no fue puesto en peligro carece de eficacia, siendo suficiente la “conducta peligrosa” como presupuesto de tipicidad (Ej. Conducción bajo la influencia de alcohol o tóxicos, Art. 379 del Código Penal Español; Tenencia Ilegal de Armas art. 189 bis Código Penal Argentino).

Como lo afirmáramos anteriormente, la legislación argentina ha sufrido una incesante e irreflexiva serie de reformas de corte punitivista, claramente contributivas a la expansión del derecho penal<sup>28</sup>. Y en este maremágnum reformista se ha echado mano irresponsablemente a la tipificación de delitos de peligro (Asociación Ilícita Terrorista y Financiera; Tenencia Ilegal de Armas; etc.) en detrimento del principio de lesividad. Esta nueva ola reformadora exige de los estudiosos de la ciencia un conocimiento cabal de las herramientas que el poder punitivo elige para reprimir conductas, siendo necesarias también las oportunas críticas a la decisión político criminal del legislador.

La respuesta al flagelo de la inseguridad vial no ha sido la adecuada. Las conductas reprimidas no dejan de ser simples contravenciones atrapadas por el derecho penal simbólico, herramienta que no sólo flexibiliza las garantías constitucionales en pos de la calma del electorado, sino que criminaliza meras faltas o infracciones administrativas. La solución es siempre la prevención y no la represión, dado que ésta última sólo representa la posibilidad de una sentencia condenatoria que no repara ni restablece los daños producidos (en los casos siempre se afectan bienes jurídicos irreparables: vida, integridad física) ni reduce la tasa de mortandad en las rutas y caminos del país.

Con más claridad lo expresa CARMONA SALGADO, al referir que no cabe la menor duda de que, por desgracia, estamos asistiendo a momentos de gran siniestralidad en relación al tráfico rodado, que ponen claramente de manifiesto la magnitud ético social de este problema. Resulta, pues, evidente la necesidad de desarrollar una **eficaz política preventiva** que tienda a mitigar los graves resultados en que

---

<sup>28</sup> Véase por todos, SILVA SANCHEZ JESUS MARIA, *La expansión del Derecho Penal*, Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, Ed. B de F, Bs. As. 2006

pueden desembocar las múltiples conductas infractoras de la seguridad vial, que con tan lamentable frecuencia se vienen produciendo.<sup>29</sup>

## 6.- EL TIPO PENAL.

El artículo 193 *bis* se encuentra ubicado en el Libro II, Título VII, Capítulo II del Código Penal Argentino, siendo una novedosa creación legislativa que merece un atento análisis.

El tipo reza: “*Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.*”

*La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilite su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin”.*

### 6.1.- Acción Típica

La acción reprimida por la norma consiste en “*crear una situación de peligro*” para la vida o integridad física de las personas *mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor*. Es decir que no completa la exigencia típica el hecho de solamente participar en una prueba de destreza con un vehículo sin que con esta acción se haya puesto concretamente en peligro la vida o integridad física de las personas. A diferencia de otros ordenamientos (Español, Alemán o Paraguay) la conducción temeraria, imprudente o por encima del límite de velocidad permitido, bajo el efecto de bebidas alcohólicas o estupefacientes, no constituye delito alguno en nuestro

---

<sup>29</sup> CARMONA SALGADO Concepción, Ob. Cit. p. 707.

derecho positivo, siempre que no se suprima la vida de una persona (Art. 84 del CP) o se afecte directamente la integridad física de éstas (Art. 94 2º párrafo del CP).

En el tipo en estudio la elevación del riesgo debe consistir en *la participación en una prueba de velocidad o destreza con un vehículo automotor*. El término *prueba de velocidad o destreza* importa por un lado, la demostración de habilidades en la conducción del vehículo automotor (*destreza*), de manera solitaria o en conjunto, y por otro lado, la competencia de velocidad (carreras, picadas, cuarto de milla, etc.) tanto grupal como individual (por distancia o por tiempo). No existiendo, como dijéramos, la *conducción temeraria* o por fuera de los límites de velocidad tipificada como delito en nuestro derecho, sólo resulta posible la incriminación de esta conducta peligrosa cuando la misma se realice en los términos que la ley exige como presupuesto de tipicidad, es decir, participando de una prueba de velocidad o destreza. Resulta por lo tanto una mera contravención la puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas, en la conducción antirreglamentaria de un vehículo automotor en las vías normales de tránsito.

Junto a estos presupuestos la norma contiene un elemento normativo que ante su ausencia excluye la tipicidad de la conducta. El tipo no sólo exige la participación en una prueba de velocidad o destreza y la puesta en peligro de la vida e integridad física de las personas, sino, que esta prueba de velocidad o destreza debe haberse realizado *sin la debida autorización de la autoridad competente*. La autorización otorgada por la autoridad competente (Dirección de Tránsito, Municipalidad, etc.), como elemento normativo del tipo, excluye la punibilidad de la prueba de velocidad o destreza, y la puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas, deviene atípica, sólo siendo punibles las conductas lesivas de estos bienes jurídicos (vida; integridad física) lo que traslada dichas acciones a los tipos penales específicos (Lesiones, homicidio, etc.).

La indicación del objeto de protección en forma plural (vida e integridad física *de las personas* en general) por parte de la norma, no condiciona el tipo a que se deba verificar la conducta sobre una multiplicidad de sujetos pasivos. Basta la puesta en peligro de una sola perso-

na para que el delito se vea configurado. En el mismo orden de ideas debe entenderse que la puesta en peligro de la vida o integridad física del copiloto del vehículo no se encuentra alcanzada por el tipo, dado que participa de la prueba de velocidad o destreza, no sólo prestando su consentimiento, sino, colaborando en la conducción mediante la asistencia o indicación del terreno, etc. En este caso debe entenderse que el aporte al hecho típico por parte del copiloto se rige por las reglas comunes de la participación.

Distinto es el caso del ocasional pasajero, espectador o transeúnte que no ha consentido la participación en la prueba de velocidad o destreza sin autorización, el cual decididamente, se sitúa como sujeto pasivo de este delito.

En lo que refiere a los demás participantes de la prueba (competidores, jueces etc.) los mismos prestan su consentimiento a la elevación del riesgo de sufrir lesiones que produce este tipo de pruebas de velocidad o destreza, no pudiendo ser alcanzados por la protección legal. Sobre los mismos no puede achacarse participación alguna en el hecho por no poseer éstos el dominio de la acción, lo que los excluye de la penalidad. Distinto es el caso del organizador de la prueba o facilitador del vehículo que serán analizados más adelante.

La dificultad será determinar en el caso concreto si los espectadores que concurren a presenciar este tipo de pruebas se ven alcanzados por la protección legal, o, si el consentimiento los excluye como sujetos pasivos del delito (vertiente en la que nos enrolamos). Entendemos que en caso de que las personas consientan formar parte del auditorio de la prueba de velocidad o destreza, este consentimiento implica una representación de la posibilidad de que el riesgo intrínseco a esta actividad se eleve, consistiendo su concurrencia a la prueba en una autopuesta en peligro, por lo que se excluye la tipicidad sobre el público consiente. Pero no podemos negar que la acreditación de esa representación acarreará no pocos conflictos a la hora de la comprobación judicial, por lo que deberemos aguardar a que la jurisprudencia se expida en este sentido.

La prueba o destreza puede realizarse en cualquier sitio, público o privado, no confundiendo éstos con sitios abiertos o cerrados, ya que

la norma no discrimina en ese sentido. Por tanto será típica la conducta de participar en la prueba de velocidad o destreza con vehículo automotor en un lugar privado o particular (circuito), en una vía o calle pública, en una senda peatonal o en la vereda, etc., siempre que dicha prueba no esté autorizada y ponga en peligro la vida e integridad física de las personas.

### 6.2.- Sujetos.

El tipo penal identifica al autor particular de la conducta, es decir al *conductor*, entendiéndose éste como aquel que comanda la dirección, aceleración o tracción del vehículo automotor este el motor encendido o el auto se impulse por una pendiente, ya se hacia el frente o en reversa. Esta conducta, *conducir*, puede realizarse directamente sobre el volante o mecanismo normal de conducción del vehículo como por comando a distancia (radiocontrol o similar). Debemos entender que el tipo no admite la autoría mediata, es decir que sólo puede ser autor quien conduce el vehículo. Lo que deberá desentrañarse es si esto de por sí lo transforma en un delito especial, y si el mismo puede calificarse como de “propia mano”. Entendemos que el delito participa de esta última característica (“de propia mano”).

En este sentido compartimos la posición de GÓMEZ MARTIN al decir que los delitos de *propia mano* tendrían en común con los especiales que ambas clases de delitos representarían una restricción del círculo de sujetos idóneos. Sin embargo, mientras que en los delitos especiales la restricción de la esfera de autores se produciría mediante la exigencia legal de que concurren en el sujeto activo determinadas cualidades, propiedades o relaciones, en los delitos de propia mano podría ser autor cualquiera (que conduzca el vehículo), pero solo cabría autoría directa, nunca autoría mediata o coautoría<sup>30</sup>. Por lo tanto el delito es de *propia mano, pero no especial*, dado que la exigencia de la ley se limita *al conductor*, no requiriéndose cualidad alguna de éste que especialice el delito.

---

<sup>30</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Los Delitos Especiales, Ed. BdeF, Bs. As, 2006, p. 36/37.

En referencia al sujeto pasivo del delito el mismo puede ser cualquier persona, haciendo la salvedad que indicáramos supra, es decir, excluyéndose a los espectadores, colaboradores, etc., que consientan la autopuesta en peligro de dicha actividad.

### 6.3.- El elemento normativo “vehículo automotor”.

El objeto del delito por medio del cual el autor debe poner en riesgo la vida o integridad física de las personas participando en una prueba de destreza o velocidad sin autorización es el vehículo automotor, excluyéndose de por sí, todos aquellos vehículos que utilicen tracción a sangre (Carros, carretas, volantas, etc.).

La combustión interna es necesaria para que el vehículo sea a motor, siendo indiferente la alimentación que se realice de este (GNC, electricidad, luz solar, etc.). La referencia legal más aproximada a este término la encontramos en la Ley Nacional de Tránsito (24.449), la cual en su artículo 5), inciso x), identifica al vehículo automotor como *todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia*. Esta definición acotaría el ámbito de aplicación de la ley solo a los vehículos de más de dos ruedas excluyéndose del ámbito de punibilidad a las motocicletas o ciclomotores, los cuales cuentan con la misma potencialidad de elevar el riesgo y producir daños que el vehículo automotor.

Debemos inclinarnos por la tesis amplia, es decir, que la ley refiere tanto a los vehículos de más de dos ruedas, como las motocicletas y ciclomotores. El fundamento de esta posición la encontramos, en primer lugar, en la norma española (art. 381 CP Español), fuente directa de nuestro derecho, la cual reprime expresamente la conducción temeraria de un vehículo automotor o de un ciclomotor. En segundo lugar, la *ratio legis* de la reforma no puede ser desconocida. El legislador, aunque con una incorrecta redacción, ha pretendido la represión de las “picadas clandestinas”, las cuales se realizan tanto con automotores como con motocicletas, siendo ambas modalidades igualmente peligrosas. Y por último, y no menos trascendente, debemos señalar que el derecho penal como ciencia autónoma no requiere tomar conceptos extrapenales para elaborar elementos normativos propios, siendo la

Ley Nacional de Tránsito una referencia más, pero no vinculante. No por ello debemos dejar de reconocer que hubiera sido más adecuada la protección de la norma si en la redacción se hubiera incluido el vehículo de dos ruedas a fin de evitar cierta oscuridad en la ley. Pero desconocemos la razón por la cual se copia erróneamente los tipos penales extranjeros, obviando los elementos foráneos más convenientes de imitar. Dentro de la tesis amplia que proponemos debemos incluir las pruebas de velocidad o destreza en cursos de agua con vehículos motorizados (lanchas, jet-ski, etc.), los cuales, a pesar de no contar con ruedas, pueden ser viables para este tipo de pruebas.

#### 6.4.- Vertiente o tipo subjetivo

El tipo en estudio se presenta como doloso, sólo admitiendo el dolo directo. Nos referimos en este caso a un **dolo de peligro** en contraposición al **dolo de lesión** por las características particulares de este delito. El mismo debe abarcar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo consistente en la puesta en peligro concreto de la vida e integridad física de las personas mediante la participación en una prueba de velocidad o destreza con un vehículo automotor sin la debida autorización.

En el derecho español se discute la posibilidad de admitir este delito en la forma culposa, lo cual, por el sistema en el que se enrola nuestro código (*númerus clausus*), dicha solución resulta imposible. Algunos autores ibéricos en una posición más extrema asimilan el presente delito a una tentativa de homicidio dolosa y lesiones, esgrimiéndose como argumento que a tales efectos la creación consciente por el sujeto del peligro para la vida o la integridad de las personas, o, cuando menos la aceptación del resultado importan la imputación por esos delitos (es de esta opinión VIVES ANTÓN y MORILLA CUEVA)<sup>31</sup>.

La cuestión se torna más compleja si el peligro se verifica en una lesión cierta a la vida o integridad física de las personas (muerte, lesio-

---

<sup>31</sup> Véase por todos CARMONA SALGADO Concepción, Ob. Cit. p. 719.

nes). En el caso debemos inclinarnos por la solución de imputar el resultado a título de culpa, es decir preterintencionalmente, dado que la intención del autor en este delito jamás se dirige a lesionar, sino a participar de la prueba de destreza o velocidad con un vehículo automotor sin la debida autorización. La autonomía del tipo en estudio nos hace inclinarnos por esta solución, ya que distinto sería el caso en que el autor utilice el vehículo o la oportunidad de una prueba de destreza o velocidad *para* matar o lesionar.

#### 6.5.- Consumación y tentativa.

La consumación se verifica cuando *se crea el peligro concreto para la vida o integridad física de las personas*. Es decir la conducta reprimida es la puesta en peligro de los bienes jurídicos descritos, los medios, *participación en una prueba de destreza o velocidad con un vehículo automotor sin la debida autorización*, especializan el tipo conforme el desarrollo de la actual sociedad de riesgos, siendo una manera particularmente peligrosa de poner en riesgo la vida e integridad física señalada por el legislador.

Autores de indiscutido renombre ven posible que el delito quede en grado de conato (BUOMPADRE). Compartimos esta opinión en el sentido que, por ejemplo, podría pensarse en un conductor que inicia la conducción de un vehículo automotor participando de una prueba de velocidad sin autorización en una avenida transitada, y por un desperfecto del propio vehículo éste pierde velocidad y se detiene a los pocos metros. Esta circunstancia hace superar el límite del acto preparatorio impune, ingresando ya en actos de ejecución del *iter criminis* del tipo, no llegando a perfeccionarse en toda la extensión que requiere el delito consumado el peligro concreto en la integridad física o en la vida de las personas.

Por ello toda acción del conductor, previo a la creación de la situación de peligro para la integridad física o la vida de las personas, pero que haya superado el acto preparatorio impune (que culmina al iniciar la conducción del vehículo automotor con la intención de participar de una prueba de velocidad o destreza sin autorización), constituye un



acto ejecutivo punible en grado de tentativa; y una vez verificada la situación de peligro concreto, estaríamos ante un delito consumado. Esta solución, creemos, resulta adecuada para los delitos de peligro concreto.

#### **6.6.- Penalidad.**

El tipo reprime la conducta con *prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena*. Es decir que combina dos tipos de sanciones, la privativa de libertad con la inhabilitación para conducir. Debe entenderse, siguiendo la tesis amplia que propugnamos, que la habilitación para conducir que la ley refiere es para todo vehículo automotor sin distinción. Resulta coincidente esta afirmación con la intención del legislador de punir estas conductas peligrosas mediante el uso de cualquier vehículo idóneo para elevar el riesgo típico.

#### **7.- ART. 193 BIS 2º PÁRRAFO. ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE UNA PRUEBA DE VELOCIDAD O DESTREZA.**

El segundo párrafo del artículo 193 *bis* incluye dentro de las conductas típicas a quienes *organizan* las pruebas de velocidad o destreza, aunque la redacción es errónea y no lo expresa correctamente, y a quienes se encargan de *difundir* su realización con la finalidad, por más que la ley no lo diga, de captar público o concurrencia a estas competencias.

Las acciones típicas consisten en *organizar* y *promocionar* una prueba de velocidad o destreza con un vehículo automotor sin la debida autorización en la cual se ponga en riesgo la vida e integridad de las personas. Resulta contradictoria la redacción del tipo ya que pareciera que el mismo no coincidiera con las conductas típicas del artículo que señaláramos supra; *poner en riesgo la vida o integridad física de las personas*. El tipo, en su 2º párrafo, señala que tendrá la misma pena el que organice o promocio *la conducta prevista en el presente artículo*.

La intención de síntesis del legislador no fue para nada feliz, ya que éste colabora a la confusión señalando, al parecer, que la conducta típica sería organizar o promover una prueba de velocidad o destreza mediante la conducción de un vehículo automotor sin la autorización debida. Referimos más arriba, al analizar la acción típica, que ésta consiste en la *creación de un peligro para la vida e integridad física de las personas*, lo que resulta profundamente contradictorio con lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma. No resulta imaginable que el autor organice o promocio la prueba con la intención de poner en riesgo la vida e integridad física de las personas. Lamentablemente la interpretación de la norma resulta a las claras incompatible con la conducta típica descrita en el primer párrafo.

La correcta interpretación surge de analizar la acción bajo la dogmática de los delitos de peligro abstracto, la cual se consume con la sola organización o promoción de la prueba de velocidad o destreza. La tentativa en este caso no es admisible.

*Organiza* quien planea, estructura y combina de los elementos necesarios (participantes, vehículos, predio o lugar de realización, jueces, etc.), logrando las condiciones óptimas para que la prueba de velocidad o destreza se lleve a cabo.

*Promociona* quien difunde, propaga o divulga la realización de la prueba de velocidad o destreza haciendo posible su conocimiento por un número indeterminado de personas. Los medios de realización son indiferentes para la consumación del tipo (panfletos, volantes, afiches, publicidad radial, televisiva, internet, etc.).

#### **7.1.- EL FACILITADOR.**

La última parte del tipo en estudio reprime con la misma pena a *quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin*.

La conducta típica consiste entonces *hacer posible* la participación en una prueba de velocidad o destreza sin autorización, siempre que se



ponga en riesgo la vida o integridad física de las personas mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin. Encontramos la misma contradicción con la conducta típica señalada para el primer párrafo, la cual dijimos consiste en poner en peligro la vida e integridad física de las personas.

La ley, en la primera parte del segundo párrafo, reprime a quien organiza o promueve la prueba de velocidad sin la debida autorización, indicando al facilitador como quien *hace posible* estas conductas mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin. La pregunta radica en saber si la conducta del facilitador se conecta con la del organizador, promotor y conductor, o solamente con la de éste último, posibilitando la realización de aquella conducta (participar en una prueba de velocidad o destreza que ponga en riesgo la vida e integridad física de las personas). Entendemos que la utilización de la frase *quien posibilitare su realización* hace referencia a la prueba de velocidad o destreza por medio de la conducción del vehículo, no pudiendo extenderse dicha participación, en los términos de esta norma, al organizador o promotor.

La norma exige que lo que se entrega sea un *vehículo* habiéndose omitido el aditamento automotor, lo que sin dudas generará más de una discusión doctrinaria y variantes jurisprudenciales. Por vehículo debe entenderse a todo aquel que le sirve al hombre para trasladarse de un lugar a otro, quedando incluidos los que cuentan con un motor como mecanismo de propulsión, como aquellos impulsados a sangre. A pesar de este yerro en la redacción debemos entender que el legislador, en un análisis del contexto general de la norma, sigue haciendo referencia al vehículo automotor del primer párrafo dado que exige que mediante la entrega de éste sea posible la realización de la prueba de velocidad o destreza, siendo poco probable (pero no imposible; p. ej. carreras de tropillas, cuadreras o de sortijas) la creación de un peligro concreto para las personas con vehículos a tracción a sangre. Es por ello que nos inclinamos por esta solución.

El vehículo facilitado debe ser *de propiedad* del autor, es decir, ins-

cripto en los registros administrativos pertinentes, no bastando la mera compra venta o tenencia sin inscripción. También existe la posibilidad que el vehículo *haya sido confiado para su custodia*, siendo indiferente el título por el cual se otorgo dicho préstamo (amistad, confianza, etc.). Por lo que la entrega de un vehículo automotor el cual tiene bajo una tenencia ilegítima (vehículo robado, o de propiedad de un tercero que no lo ha confiado en custodia) transforma la conducta en atípica.

El delito se consuma en el instante en que se entrega del vehículo al tercero, ya que es ahí cuando se posibilita la realización de la prueba de velocidad o destreza. Estamos en presencia de un delito de peligro abstracto, lo que torna inimaginable la tentativa.

El aspecto subjetivo de la conducta se emparenta sólo con el dolo directo, ya que el tipo contiene un elemento subjetivo que se suma al dolo típico del autor. La frase *sabiendo que será utilizado para ese fin*; el cual implica un conocimiento cierto, no meramente probable, de las circunstancias objetivas del injusto al que se le suma la intencionalidad de que la entrega del vehículo sea para ser utilizado en la prueba de velocidad o destreza.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- BARATTA Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, Revista Pena y Estado, N° 1, 1991, Ed. P.P.U, Barcelona.
- BACIGALUPO, ENRIQUE Z., *Derecho penal Parte General*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999.
- BUSTOS RAMIREZ JUAN, *Manual de Derecho penal*, Ed. Ariel, Madrid 1984.
- BUOMPADRE Jorge E. y BENITEZ Víctor Hugo (h), *Günther Jakobs, ¿el enemigo del Derecho penal?*, Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, México D.F., Año V, N° 9, Julio 2007.

- BUOMPADRE Jorge E., Derecho Penal Parte Especial, Tº 2, Mave, Corrientes, 2004.
- CARMONA SALGADO Concepción, Compendio de Derecho penal Español, Parte Especial, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CESANO José Daniel, *Introducción al expansionismo penal...*, en Reformas al Código Penal, G. Aboso (Coordinador), Ed. B de F, Bs. As., 2005.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*. Madrid, Tecnos, 1990.
- CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, “Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los “delitos de peligro”, en Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro-I, N° 2007-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- ERBETTA Daniel, *Fundamentos de la necesidad de la reforma*, en AAVV “Reforma Penal y Política Criminal”, Ed. Ediar, Bs. As., 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, Victor, Los Delitos Especiales, Ed. BdeF, Bs. As, 2006.
- JAKOBS GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición corregida, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- “Dogmática de Derecho penal y la configuración Normativa de la Sociedad”, Thomson Civitas, Madrid, 2004
- HASSEMER WINFRIED, *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1999.
- *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- LUZÓN CUESTA, José María, Compendio de Derecho Penal, Parte especial, Dykinson, Madrid, 1998.
- MIR PUIG SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 7ª Edición, Ed. BdeF, Montevideo, 2005.
- MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 15ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- NUÑEZ Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Tº V, Vol. I, Marcos Lerner, Córdoba., 1992.
- PASTOR DANIEL, *Recodificación penal y principio de reserva del código, “Reforma Penal y Política Criminal”*, Ed. Ediar, Bs. As., 2007.
- POLAINO NAVARRETE MIGUEL, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave, Corrientes, 2000.
- POLAINO-NAVARRETE MIGUEL, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Ed. Porrúa, México DF, 2001.
- RIGHI ESTEBAN, FERNANDEZ ALBERTO A., *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2007.
- ROXIN CLAUS, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- SILVA SANCHEZ JESUS MARIA, *La expansión del Derecho Penal*, Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, Ed. B de F, Bs. As. 2006.
- SILVA SANCHEZ JESUS MARIA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Madrid, 2002.
- SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, IV, Tea, Bs. As. 2000.
- STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal - Parte General - El hecho punible*. I., Traducción por Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi. 2005.
- ZAFFARONI EUGENIO RAUL, ALAGIA ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 2005.

## NOTAS AL DELITO DE HURTO DE MERCADERÍA TRANSPORTADA

(art. 163 inc. 5° del Código Penal)

*Rodrigo D. López Gastón\**

### ***I. Introducción.***

Espero coincidir en algo con el lector: de los delitos que completan las páginas del Código Penal, su gran mayoría prácticamente no se aplican; otra gran porción sí, y los restantes se disputan estar en uno u otro lado de las estadísticas. Entre estos dos últimos segmentos vamos a encontrar a los delitos contra la propiedad, bien jurídico que, por excelencia, se ve vilipendiado por la conducta de criminales que eligen múltiples maneras para afectarlo. Contra ello, el legislador ha pretendido abarcar todas las modalidades posibles en que la propiedad pueda ser lesionada o puesta en peligro por los amantes de lo ajeno, o al menos eso es lo que se interpreta al repasar los delitos desde el hurto simple en adelante.

Claro que la realidad va marcando el ritmo de las necesidades legislativas, al punto tal de que las reformas generalmente suceden cuando confluyen actos delictivos sistemáticos en un corto espacio de tiempo cuyo patrón de conducta se identifica dentro de esa diversidad. La rápida respuesta se traduce en el nacimiento de una nueva figura penal o de agravantes a las ya existentes, sin que esto implique una solución eficaz a la realidad motorizadora de los cambios legislativos, que generalmente producen profundas alteraciones al espíritu que alguna vez inspiró la sanción de un Código “de cuerpo entero”. En fin. Esto ha sucedido con el delito de hurto de mercadería en tránsito.

Por el año 1986 los hechos de piratas del asfalto golpeaban rudo contra los intereses de los comerciantes y empresarios que enviaban

---

\* Secretario de la U.F.I. N° 2 Distrito Vicente Lopez Este, Departamento Judicial de San Isidro (rdlogaston@yahoo.com.ar)

su mercadería en transportes propios o alquilados hacia sus destinatarios. Uno, dos, cien, quinientos, muchos, fueron suficientes para el desembarco de la nueva agravante, con la sana intención de proteger la propiedad privada que era transportada de un sitio a otro, reprimiendo con la generosa que va de de uno a seis años de prisión o reclusión. Pero claro, de aquél momento al de hoy, no sólo los hechos de piratería no disminuyeron sino que han aumentado, obligando al intérprete a elastizar prudentemente la letra de esta calificante, abarcando casos que no se encontraban en la mente de aquél legislador pero que la praxis judicial ha debido tratar, dando batalla.

El desarrollo girará en torno a estos casos, no sin antes subrayar los aspectos esenciales del hurto de mercadería en tránsito que, debemos decir, no tuvo copioso tratamiento en la literatura jurídica.

## **II. Aparición de la agravante en nuestro Código Penal (Ley 23.468)**

Con fecha 31 de octubre de 1986 comenzó a regir la ley 23.468<sup>1</sup> que incorporó al artículo 163 el inciso 5° cuyo texto quedó redactado de la siguiente manera: “*Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiera entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren*”. La ley modificó, además, los arts. 277, 278 y 279 referidos al delito de encubrimiento con el propósito de defender a la sociedad de la nueva modalidad de delincuencia que actuaba sobre las mercaderías en transporte denominada “piratería del asfalto”, como también de los sujetos que la favorecían actuando en la cadena de comercialización de lo ilícitamente producido, intentando así abarcar todas las facetas posibles que esta delincuencia podía suponer.

El proyecto fue impulsado por el diputado Lorenzo J. Cortese en sintonía con la Comisión de Legislación Penal. Del debate producido en aquellas sesiones se aclararon las razones de la calificante. Se sostu-

---

<sup>1</sup> ADLA, XLVII-A, 102; B.O. N° 26071 del 26/01/1987.

vo que “la extensión de nuestro país, con zonas desprovistas de control inmediato, por cuyas rutas debe transitar el transporte automotor de mercaderías, sin otra protección que la sola presencia del transportista, el que necesariamente debe realizar escalas no sólo para reabastecer al vehículo, sino para su propia manutención y descanso, que obligan a dejar el vehículo con su carga sin vigilancia directa, está señalando la necesidad de proteger con mayor intensidad la carga transportada de los hurtos de que pudiere ser objeto tanto en el itinerario como en las escalas”<sup>2</sup>. En efecto, la necesidad de tutela surgió ante la desprotección sufrida por la mercadería transportada por zonas carentes de vigilancia, como aquella que se daba en los momentos de reabastecimiento o descanso del transportista que ineludiblemente le hacía perder control sobre su carga. Tal situación se presentaba como un ambicioso plan para el delincuente que experimentaba un notable acrecentamiento de sus chances para quedarse con la desguarnecida carga, elemento éste utilizado para fundamentar la represión con mayor virulencia de escala penal que la modalidad básica del hurto.

Las circunstancias que en el art. 163 se tienen en cuenta, afirma Octavio González Roura, “son aquellas que en general demuestran en el delincuente una mayor temibilidad, o que se relacionan con la mayor protección que la ley acuerda a ciertas cosas, ya sea porque las requieren en razón de la menor vigilancia directa que sobre ellas se tiene por virtud del lugar, la ocasión, o un análogo motivo, considerándose por lo mismo confiadas al respeto y buena fe de los demás, ya sea por la naturaleza de los medios empleados”<sup>3</sup>. Al referirse a la “mayor temibilidad del delincuente” pretende subrayar la depravación que éste demuestra en el desprecio por los bienes, o por la tenacidad y empeño puestos al servicio del crimen, al vencer con audacia o singular astucia los obstáculos naturales o artificialmente opuestos a sus ilícitos designios<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, reunión 20 del 30/07/1986, pp. 2486 y 2490.

<sup>3</sup> GONZALEZ ROURA, Octavio; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, ed. Valerio Abeledo, Bs.As., 1922, p. 180.

<sup>4</sup> GONZALEZ ROURA, Octavio; *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 180.

La mayor desprotección a la que se ve sometida la propiedad es el factor que justifica agravar el delito de hurto tal como sucede con otras agravantes que afectan este bien jurídico, pudiendo citar a modo de ejemplo al robo que se realiza en lugar despoblado y en banda. Aquí, como en el ilícito que anotamos, el mayor estado de indefensión en el que se encuentra la cosa es lo que determina la mayor tutela penal. Porque el estado de indefensión, como variable de ajuste, no es patrimonio exclusivo de las personas (como sujeto pasivo), sino también de las cosas.

### III. Antecedentes históricos del ilícito.

Originariamente nuestro Código Penal previó agravar el hurto en cuatro supuestos: el hurto de ganado (inc. 1°), calamitoso (inc. 2°), con ganzúa o llave falsa (inc. 3°) y con escalamiento (inc. 4°). De este modo, las circunstancias calificativas del hurto se clasificaban teniendo en cuenta (i) la naturaleza del objeto sobre el que recae; (ii) la ocasión en que el delito se comete; (iii) el medio empleado para cometerlo; y (iv) el modo de ejecución. Los proyectos de reformas al Código Penal establecían un catálogo más extenso de agravantes, aumentando considerablemente los cuatro supuestos del código originario. Podrá notarse que el hurto de mercaderías en tránsito no formaba parte del acervo legislativo – convirtiéndolo en un hallazgo - pero los entendidos han proyectado disposiciones tendientes a proteger los bienes de las personas que se desplazaban de un lugar a otro en calidad de viajeros.

El estado de indefensión al que se exponían los bienes con motivo de su transporte fue advertido ya en el Derecho Romano donde se punía con mayor severidad a los delincuentes que actuaban en las vías públicas y en los caminos, dada su peligrosidad y el estado de vulnerabilidad que padecían las víctimas<sup>5</sup>. En nuestro país el hurto de los objetos o dinero de viajeros asomó en el Proyecto de 1891 de Rivarola, Piñero y Matienzo que establecía en su art. 198 inc. 2° la aplicación de penitenciaría de uno a cuatro años cuando el hurto fuere de objetos o

---

<sup>5</sup> CHIAPPINI, Julio; *Hurto y Hurtos Agravados*, ed. Zeus, Rosario, 1982, p. 99.

dinero de viajeros en cualquier clase de vehículos, o en las estaciones o escalas de las empresas de transporte, fundamentándose en esta menguada defensa que se puede oponer al delito en las circunstancias expresadas, como en las mayores dificultades y perjuicios que recibiría el viajero que intentara procurar la represión del delincuente<sup>6</sup>.

El Proyecto argentino de 1937 (José Eduardo Coll y Eusebio Gómez) hizo consistir el hurto en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, o de una energía económicamente apreciable lo que constituyó una innovación de la época. Este mismo Proyecto estableció una mayor punición cuando el hurto fuere de objetos que constituyan el equipaje de viajeros, en cualquier vehículo, en las estaciones, puertos y casas de hospedaje o de comida (inc. 5°). Eusebio Gómez explicaba que “con esta agravante se quiere dispensar a la propiedad – entendida en sentido genérico – una tutela penal tanto más enérgica cuanto menos vigilante y activa puede ser la custodia de los bienes en las condiciones de tiempo y de lugar previstas”<sup>7</sup>; y cita el razonamiento de Manzini que se tuvo en cuenta para fundamentar la agravante del proyecto: “El hecho de viajar determina, por una parte, la necesidad de llevar consigo aquello que hace falta, y, por otra, ocasiona preocupaciones y distracciones que disminuyen el ordinario poder de atención y de reflexión de la persona. Se considera conveniente, pues, tratar de suplir la custodia disminuida”<sup>8</sup>. El Proyecto de Sebastián Soler de 1960 traía una disposición parecida (art. 208 inc. 5°).

La reforma del año 1968 introdujo finalmente el hurto de objetos o dinero de viajeros hasta que una nueva reforma<sup>9</sup>, tiempo después, suprimió este inciso que si bien marcó el inicio de lo que a la postre sería el actual inciso 5° introducido por Ley 23.468, presentan marcadas diferencias. Como luego se verá, la diferencia fundamental radi-

---

<sup>6</sup> CHIAPPINI, Julio; *Hurto y Hurtos Agravados...*, ob.cit., p. 99.

<sup>7</sup> GOMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, ed. Compañía Argentina de Editores, Bs.As., 1941, p. 122.

<sup>8</sup> GOMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal...*, ob.cit., p. 122.

<sup>9</sup> Ley 23.077, B.O. N° 25496 del 27/08/1984.



ca en que los objetos a los que se dirige la nueva redacción deben tratarse de cosas que se cargan y se descargan, que se entregan o que se transporten a un destino, vocablos que excluyen el dinero de un viajero o del conductor y sus bolsos o efectos personales. “Aquella reforma pensó en la tutela al viajero y ésta, en objetos transportados”<sup>10</sup>.

#### **IV. Análisis de su estructura típica.**

Habré de obviar el análisis de los elementos que conforman el hurto simple dando tratamiento a los elementos que conforman la calificante, pero sin olvidar que todos ellos se complementan.

##### **IV.a) Tipicidad objetiva.**

###### **IV.a.1) Pena en expectativa.**

Solamente se eligió como pena privativa de libertad a la prisión, cuya escala oscila entre un año y seis años, resultando una pena más grave que el delito de robo simple. Se han establecido límites amplios para permitir a los magistrados tomar en consideración todas las circunstancias del caso.

###### **IV.a.2) “Mercaderías u otras cosas muebles”.**

El objeto material del delito es idéntico al de cualquier hurto, aunque la agravante ha empleado un giro diferente al incorporar innecesariamente el concepto de “mercaderías”, que no son otra cosa que cosas muebles; y como las cosas deben ser transportadas, con mayor razón que deben ser muebles<sup>11</sup>. Más allá de esta apreciación hay que

---

<sup>10</sup> MOLINARIO, Alfredo J.; *Los Delitos*, tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1996, p. 251. Carlos Creus y Jorge Buompadre también coinciden en que se trata de una protección al transporte de la cosa (CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo I, 7° edición, ed. Astrea, Bs.As., 2007, p.448).

<sup>11</sup> Coincidimos con la crítica de Alfredo Molinario en *Los Delitos...*, ob.cit., p. 251.

recurrir a la definición que trae el Código Penal sobre el concepto “mercaderías”: “...*toda clase de efectos susceptibles de expendio*”. Las acepciones se refieren, irremediamente, a los bienes muebles susceptibles de valor económico y que se insertan en el comercio para la compra y venta.

Es necesario precisar cuáles son los bienes sobre los que recae la protección penal. Para ello, vimos que la razón que impulsó al legislador fue proteger los bienes que son transportados, esto es, que se ponen a disposición de un medio de transporte. Como sostuvo Molinario, esta ley tiende a proteger a la cosa transportada. En definitiva, todos aquellos bienes o mercadería que requieran su traslado por un medio de transporte o que justifique la presencia de ese transporte y se carguen en él, son los elementos que abastecen la tipicidad objetiva, dejando de lado los bienes que necesariamente acompañan al transportista como ser sus objetos personales o los que usualmente son llevados en el transporte mismo (vgr. balizas, rueda de auxilio o criquet del automotor, etc.).

Al tratarse de *carga transportada* se está queriendo significar que el hurto de las pertenencias del transportista o de las partes del medio de transporte, o de sus accesorios, herramientas no quedan cubiertos por la agravante<sup>12</sup>. Pero si el equipaje de los viajeros es lo que se despacha y constituye el objeto del transporte, tales casos constituirán supuestos de mercadería transportada<sup>13</sup>.

No se requiere que la mercadería transportada se encuentre desprotegida<sup>14</sup>, como en innumerables ocasiones se ha intentado alegar en defensa del imputado. La desprotección es el riesgo que el legislador tuvo en cuenta para incorporar la calificante al plano normativo

---

<sup>12</sup> Conf. BAYALA BASOMBRÍO, Manuel Alberto; *Las reformas al Código Penal en el undécimo decenio*, con especial referencia al Derecho Penal Argentino de Sebastián Soler, ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1998, p. 126.

<sup>13</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*, 4° edición, Tomo V, actualizado por Guillermo A. Ledesma, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., p. 407.

<sup>14</sup> CNCas.Penal, Sala I, “Carrasco Palma, Marcelo E.”, rta. 15/06/2006, publicado en *LL*, 2006-E-660.

constituyéndose en su esencia, no requiriéndose, entonces, como un elemento normativo del tipo.

Por último, si el plan del autor se limita a la sustracción del vehículo en el cual se transporta la mercadería, resulta improcedente calificar su conducta como hurto de mercadería en tránsito ya que éste se vería ampliado injustificadamente a todos aquellos casos en que el rodado transportara mercadería en forma accidental, lo que no está contemplado en el espíritu de la ley 23.468 que fuera dictada para proteger las mercaderías transportadas desde el momento de la carga y hasta su depósito en el lugar donde fueron remitidas<sup>15</sup>. Puede suceder, sin embargo, que el sujeto activo actué con dolo de apoderarse ilegítimamente del transporte y que, al lograrlo, descubra que en él se transportaba mercadería, ampliando sus designios en hacerse también de ella.

#### IV.a.3) Los medios de transporte típicos.

Los autores concuerdan en que el medio de transporte puede ser de cualquier naturaleza: marítimo (barcos), aéreo (aviones) o terrestre<sup>16</sup>. La discusión que se dio sobre este punto giró en torno al supuesto conflicto entre los fundamentos legislativos de la norma y el texto que se sancionó. El fundamento originario tendía a la protección de la carga transportada de los hechos de piratería del asfalto, lo que lleva a interpretar que el medio de transporte solamente debía consistir en transportes motorizados terrestres que trasladen mercadería por las rutas del país, aunque la redacción final llevó al texto a exceder aquellos primeros propósitos al quedar comprendidas múltiples modalidades con la que se puede vulnerar la propiedad, al admitirse cualquier medio utilizado – no necesariamente terrestre – lo que nos lleva

---

<sup>15</sup> CNCrim. y Corr., Sala IV, “Bitar, Nelson Adrián”, rta. 16/05/2001, publicado en BAIGUN, David – ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 6, ed. Hammurabi, Bs.As., 2009, p. 151.

<sup>16</sup> Por todos, CREUS..., ob.cit., p. 449: “Es indiferente el medio de transporte que se utilice: puede ser terrestre, acuático o aéreo”.

a entender que el lugar de comisión del hecho puede ser no solamente en rutas<sup>17</sup>.

Es verdad que la norma tal como quedara redactada admite *cualquier medio* de transporte, y que la intención primaria del legislador, su expectativa sobre la agravante, ha sido superada; pero esto no significa que se capitalice la plasticidad de los términos para llevar los conceptos hasta sus últimas consecuencias, tarea que irremediablemente genera el peligro de ampliar indebidamente los espacios cubiertos por la tipicidad. En otras palabras, no puede prescindirse del debate parlamentario y del contexto que precedió e impulsó la agravante al momento de interpretar un tipo penal. Por eso, debe excluirse el transporte de bienes por aquellos medios que exceden los pacíficamente admitidos y que, a la vez, no justifican agravar con una escala punitiva notablemente grave la conducta del agente. Son pacíficamente admitidos todos aquellos medios por vía aérea (aviones en sentido genérico), marítima (embarcaciones) y terrestre; pero sobre este último supuesto es donde más se puede experimentar, debiendo delimitarse, al tiempo de que resulta ser el medio más usual al que se presta el transporte y el hurto de las cosas.

No cabe duda que todo aquello que constituya un vehículo encuadra en la calificante que se anota porque su naturaleza lo define, en términos generales, como aquél que sirve para el transporte de pasajeros o cosas, pudiendo citarse a los automotores, motovehículos, triciclos o cuatriciclos motorizados y las bicicletas, con o sin unión elementos para lograr tracción y arrastre (vgr. acoplados). Quedarían fuera de la agravante, entonces, el transporte a pie o por medio de animales o artefactos que sirven para transportar cosas, mas allá de que existan autores que se inclinen por considerarlos como el *medio de transporte* típico de la agravante, como sucede con Fígari, Estrella y Godoy Lemos, quienes basan sus argumentaciones en que la ley habla sin limitación alguna de transporte “por cualquier medio”, y porque la razón de la agravante no radica en el medio utilizado, que es irrelevan-

---

<sup>17</sup> Conf. FIGARI, Rubén E.; *Hurtos. Simple y agravados*, ed. Jurídicas Cuyo, 2001, p. 111.

te, sino en la condición de carga o de transporte de las cosas o mercaderías, por lo que quedarían abarcados hasta los carritos del supermercado<sup>18</sup>. No se coincide con este razonamiento, no sólo por los motivos que se acaban de brindar, sino por la circunstancia de que ni el ser humano ni los animales han sido creados para el transporte amén de que por diversas necesidades se encuentren al servicio del transporte. De tal modo, ubicarlos dentro de la calificante no constituye otra cosa que ampliar indebidamente el tipo penal, socavando el principio de legalidad penal y las reglas que de él dimanar, como el principio de máxima taxatividad legal, ya que si bien la norma tutela la cosa transportada como eje típico, el medio de transporte no puede divorciarse del análisis riguroso a la luz de los principios interpretativos en nuestra materia.

#### **IV.a.4) Momentos de la comisión (carga, transporte, escalas, destino y entrega).**

La norma es clara sobre el espacio de tiempo en que la propiedad se encuentra protegida; esto es, desde el momento de su carga en el transporte hasta su llegada a destino o entrega. Entre uno y otro quedan comprendidas las escalas que el transporte realice por el motivo que fuere (abastecimiento, desperfectos técnicos, descanso, reparto en múltiples destinos, etc.). Es necesario que el hurto se cometa a poco que se tome la mercadería para introducirla en el transporte, no siendo suficiente que los bienes se encuentren depositados a la espera de ser cargados en el medio de transporte de que se trate<sup>19</sup>, porque todavía no ha comenzado *el momento de su carga*. En cambio, sí se agrava el hurto sobre esa mercadería depositada que ya ha llegado a destino pero todavía no ha sido entregada a su destinatario. La agravante no actúa exclusivamente sobre el momento de transporte de la mercadería

---

<sup>18</sup> FIGARI, Rubén E.; *Hurtos. Simple y agravados...*, ob.cit., p. 115; ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto; *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, ed. Hammurabi, Bs.As., 1996, p. 349.

<sup>19</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal...*, ob.cit., p. 408.

ría sino que la protección se da *“entre el momento de su carga y el de su destino o entrega”*<sup>20</sup>, esto es, desde el primero hasta el último acto de carga, entendido como un proceso dinámico que comprende varios presentes sucesivos<sup>21</sup>.

Es importante haber incorporado las escalas que el transporte puede llegar a realizar, sean previstas o imprevistas, porque son los momentos en donde aumenta el estado de vulnerabilidad de la mercadería<sup>22</sup>. Puede ocurrir que los bienes deban ser descargados de su transporte originario y vuelto a cargar en otro, agravándose el hurto, también, si se comete en estas circunstancias.

Cuando el medio de transporte llega a destino (provincia, ciudad, pueblo o localidad) o, habiendo llegado a él, se entrega el cargamento a su destinatario, es cuando cesa la aplicabilidad de la calificante<sup>23</sup>. Pero puede suceder que haya llegado al sitio de arribo (coincidente con el destino), pero que todavía no fuera entregada a su destinatario, tiempo durante el cual rige su aplicabilidad<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> “El hurto de mercaderías transportadas se agrava desde el momento en que empiezan a ser cargadas hasta que son entregadas en su destino, quedando excluidos los apoderamientos que se cometen antes de comenzar la carga o después de llegada la mercadería a manos del destinatario” (CNCrim. y Corr., Sala I, “S., A.”, rta. 30/09/1996, publicado en LL 1997-C-914); “Constituye el delito de hurto calificado por haberse cometido sobre mercaderías transportadas entre el momento de su carga y descarga (art. 163, inc. 5°), la conducta de quienes aprovechando la detención de un camión de transportes en un semáforo, sustrajeron del interior de la caja un bulto conteniendo *pullovers*” (T.O.C. N° 25, “D., M.A.”, rta. 30/09/1996, publicado en JPBA 100-80).

<sup>21</sup> TOZZINI, Carlos A.; *Los delitos de Hurto y Robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*, 2° edición, ed. Lexis-Nexis, Bs.As., 2002, p. 224.

<sup>22</sup> “Quien se apoderó ilegítimamente de mercaderías depositadas en contenedores en el Puerto de Buenos Aires mientras dichas mercaderías se encontraban en tránsito, antes de que hubiesen llegado a poder de su destinatario incurre en el delito de hurto agravado previsto en el artículo 163, inciso 5° del Código Penal” (CNCrim. y Corr., Sala I, “B., N.E.”, rta. 08/10/1999, publicado en JA 2000-IV-291).

<sup>23</sup> LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A.; *Notas al Código Penal Argentino*, 2° edición, Tomo II, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 397.

<sup>24</sup> “Se configura la agravante prevista por el inciso 5° del artículo 163 del Código Penal – hurto

#### **IV.a.5) Posibilidad de que la conducta constituya el delito de robo agravado (art. 167 inc. 4° del Código Penal).**

La ley penal establece taxativamente la posibilidad de que el hurto agravado de mercaderías en tránsito pase a constituir el delito de robo agravado por idénticas circunstancias para el supuesto de emplearse, además de los elementos típicos *per se* de la calificante, fuerza en las cosas o violencia en las personas, recrudeciendo la escala penal que pasará a tener un mínimo de 3 años y un máximo de 10 años de prisión.

#### **IV.b) Tipicidad Subjetiva.**

Se trata de un ilícito puramente doloso – en su forma directa -, donde el autor debe conocer todos los elementos que conforman el tipo objetivo, predisponiéndose a tolerar la realización del tipo como consecuencia de la propia conducta. Como se trata de una modalidad agravada, el dolo de autor del hurto simple se ve enriquecido por los especiales elementos que califican la figura, como sucede en este caso, donde debe conocer, fundamentalmente, que la mercadería objeto de sus espurios intereses es transportada de un lugar a otro.

#### **V. Calificación legal aplicable en los casos donde el ilícito resulta cometido por el propio transportista.**

Cuando un ilícito comienza a redactarse del siguiente modo: “*El que...*”, nos está señalando que presenta como denominador común del tipo que el sujeto activo puede ser cualquier persona, clasificándose, entonces, como un delito común. De este modo, el delito que anotamos puede ser cometido por terceros ajenos al medio de transporte de la mercadería (lo que sucede con los piratas del asfalto, verdaderos

---

de mercadería transportada – cuando los objetos se encontraban en el lugar de arribo del tren que las transportaba – plaza de cargas – pues aún no había sido entregada a su destinatario final” (CNCrim. y Corr., Sala II, “A., M.A.”, rta. 30/04/1991, c. 39.073, publicado en BCNCyC, año 1991, N° 2).

profesionales) como también puede serlo el transportista, dado que nada se opone a ello, justamente, porque encuadra en ese común denominador.

Seguramente el transportista nunca se hubiese imaginado que su conducta reprochable daría lugar a tres posturas acerca del correcto encuadre legal que debe asignársele a su hecho, entre las cuales subyacen tres teorías: (i) la que califica al hecho como defraudación por retención indebida; (ii) la que propugna el hurto agravado de mercadería en tránsito en concurso ideal con defraudación por retención indebida, y; (iii) el hurto agravado de mercadería en tránsito, solamente.

#### **V.a) Tesis de la defraudación por retención indebida (art. 173 inc. 2° del Código Penal).**

Esta tesis propicia el siguiente análisis: si quien se apodera de la carga es el transportista que entró en tenencia de las mercaderías que les fueron confiadas para su traslado desde un lugar a otro, su acción no constituye hurto agravado sino una defraudación por retención indebida (art. 173 inc. 2° del Código Penal). La tesis descripta se apoya en la propia esencia de esta defraudación cual es el haber obtenido legítimamente la tenencia de la cosa mediando obligación de entregar o devolver esa misma cosa que le fue confiada.

En el caso, es el propio transportista quien se apropió de la mercadería que ya obraba lícitamente en su poder en virtud de haberle sido entregada en forma espontánea y sin vicio del consentimiento alguno, para que en el medio de transporte a su cargo, la traslade y entregue a quien correspondiere, de modo que, abusando de la confianza en él depositada, se apropió de cosas recibidas con dolo criminal<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> TOZZINI, Carlos A.; *Los delitos de Hurto y Robo...*, ob.cit., p. 224. Para su defensa, el autor cita jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, donde en el mes de marzo del año 1924 resolvieron en pleno calificar como defraudación por retención indebida el comportamiento ilícito del transportista que se apropia de mercadería que le es confiada para su traslado, desechando la tesis del hurto o robo, ya que por entonces no existía como ilícito penal la agravante de la mercadería en tránsito.

El uso de los conceptos es lo suficientemente elocuente para discriminar una tesis de la otra: aquí, el agente no se apodera de la cosa, se la apropia.

**V.b) Tesis del concurso ideal entre el delito de hurto agravado por tratarse de mercadería en tránsito y la defraudación por retención indebida (arts. 54, 163 inc. 5° y 173 inc. 2° del Código Penal).**

Quizá la que goza de menor apoyo es esta hipótesis, reclamada por Daniel Carrera, quien considera que el transportista es realizador de una unidad de hecho que infringe dos tipos penales que afectan un mismo bien jurídico – la propiedad – y que no se excluyen por vía del concurso aparente de leyes. El error de esta tesis, a nuestro juicio, se da en aceptar como realidad que ambos tipos penales supuestamente infringidos no se excluyen. El concurso ideal es, básicamente, la vulneración plural de la ley penal por medio de la misma acción, presentando como característica esencial que cada tipo penal intercede en un tramo parcial de una misma acción. Entonces, *o el transportista pone en escena un ardid o engaño para lograr que el propietario le entregue la mercadería y, abusando de su confianza, se la apropia y no la entrega en debida forma provocándole un perjuicio patrimonial a aquél, o simplemente decide apoderarse ilegítimamente de esta mercadería, desde el momento de su carga, la cual nunca llega al destino asignado*; como sostiene Tozzini, o el transportista se apropia de la cosa, o se la apodera; pero ambos supuestos a la vez, no. Aquí se encuentra el mayor déficit de esta teoría, al desvalorar dos veces una misma conducta, cuestión prohibida constitucionalmente por la garantía que impide la doble persecución penal por el mismo hecho.

La situación fáctica es simple y no da lugar para que ambos ilícitos sean vulnerados, al no presentarse siquiera la posibilidad de que ambos tipos penales puedan ser infringidos a la vez, pues la conducta del agente en ningún momento hace confluir dos tipos penales, y menos aún que uno interceda sobre el otro.

Descartado ya que no media un concurso ideal entre ambos, debemos desestimar, también, la posibilidad de que se presente un

concurso impropio, cuyo núcleo encierra la existencia de un conflicto interpretativo entre leyes penales que debe ser remediado por las reglas que se han elaborado a tal fin (especialidad, subsidiariedad, consunción). Ninguna de ellas es aplicable al caso porque, desde el inicio, el concurso impropio también exige que el autor realice varios tipos penales, supuesto que ya se ha descartado con sobradas razones al abordar el concurso ideal. Pues entonces cabe razonar que el *conflicto interpretativo* que los defensores de la teoría del concurso aparente pretenden afirmar, no es otra cosa que un *error interpretativo* de sus observadores.

**V.c) Tesis del hurto agravado por tratarse de mercadería en tránsito (art. 163 inc. 5° del Código Penal).**

De un análisis típico menos rebuscado y que recoge amablemente el espíritu de la agravante es la teoría del encuadre legal del hurto agravado. Una vez más, no puede existir divorcio entre el espíritu de la ley y su texto sin riesgo de aplicar sus deletéreas consecuencias injustamente sobre una amplia constelación de casos. Una cosa complementa a la otra, y no, como otros piensan, que se sustituyen hasta condenarse al más absoluto olvido. De este modo, el espíritu del art. 163 inc. 5° del Código Penal, según la ley 25.890, es contemplar aquellos supuestos en los cuales la mercadería no llega a manos de su destinatario, aun cuando el transportista se desprenda de ella, y ponderar la motivación del autor cuando se apodera de los objetos cuestionados. Si se comprueba que en ningún momento la mercadería llegó a la esfera del comercio, depósito, persona o destino asignado, y que quien la sustrajo tuvo la posibilidad de apreciar que se trataba de bienes en tránsito, corresponde calificar este comportamiento como hurto agravado de mercadería en tránsito<sup>26</sup>.

Por lo tanto, la calificante rige también para el transportista o persona que haya quedado a cargo del cuidado o vigilancia (esca-

---

<sup>26</sup> En idéntico sentido, CNCrim. y Corr., Sala V, causa N° 27.583, rta. 09/09/2005, publicado en BAIGUN, David – ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección); *Código Penal...*, ob.cit., p. 152.



las)<sup>27</sup>. Estos casos abundan en las empresas de transporte de caudales, donde los ocupantes de los camiones – generalmente el chofer y el portavalor - se apoderan en forma ilegítima de las remesas, siendo perseguidos penalmente por el delito de hurto de mercadería en tránsito<sup>28</sup>. De este modo, cometen el delito de hurto agravado por ser de mercadería en transporte, el transportista, chofer, portavalor, o quienes integren el transporte y participen de la maniobra, que se apoderen en forma ilegítima de la mercadería, si ésta fue cargada aún durante el trayecto asignado pero no fue entregada a sus destinatarios, pues ello pone en evidencia que el mencionado desapoderamiento se perfeccionó entre el momento de la carga y el de su destino<sup>29</sup>.

### Conclusiones.

Las revisiones y análisis sobre aquellos delitos sancionados bastante tiempo atrás siempre resultan bienvenidos. Sobre todo, cuando el texto de la norma que finalmente se sanciona toma vuelo propio, alejándose de aquellas razones legislativas que la impulsaron.

El análisis pretendió abordar, fundamentalmente, las tres hipótesis con las que se califica la conducta del transportista que se apodera de la mercadería, discusión que enciende las mayores discusiones sobre esta modalidad agravada de hurto. Queda claro que se apoya la tesis del hurto agravado, a secas, sin posibilidad de concurso o sustitución por el tipo defraudatorio, cuya construcción típica, más alambri-

---

<sup>27</sup> BREGLIA ARIAS, Omar – GAUNA, Omar; *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 5° edición, ed. Astrea, Bs.As., p. 101.

<sup>28</sup> Como sucedió en el apoderamiento perpetrado por dos individuos integrantes del personal portavalor que, previo a la entrega de valores, forzaron el precinto de uno de los tambores, lo que les permitió hacerse de varias bolsas con monedas (CNCasPen., Sala II, “Juárez, L.O.”, rta. 12/11/1998, publicado en *J.P.B.A.*, 107-402).

<sup>29</sup> Conf. CNCasPen., Sala I, “Correa, O.D.”, rta. 17/03/2005, publicado en *DJ*, 2005-2, 1337; “Constituye el delito de hurto agravado por tratarse de mercaderías transportadas (art. 163, inc. 5°, CP) la conducta de quien, autorizado a conducir un rodado de carga, propiedad de otro, ha ‘desviado’ su utilización para cometer un delito” (CNCrim. y Corr., Sala VI, “G., J.C.”, rta. 11/06/1993, publicado en *JA* 1997-III, síntesis).

da y compleja, exige mayores presupuestos que el autor del hurto agravado.

Deben extremarse los recaudos, también, sobre la extensión hasta donde pueden llevarse los conceptos típicos que constituyen, a la vez, los elementos del tipo objetivo, de manera tal de no abarcar injustificadamente aquella constelación de casos que quedarían fuera ante una adecuada interpretación respetuosa del principio de máxima taxatividad penal. El elemento “transporte por cualquier medio” debe ser cuidadosamente analizado en conjunto con el resto de los elementos que le dan sentido, y por aquellas razones legislativas apuntadas, porque es allí donde las mayores amplificaciones punitivas pueden sucederse.

El desafío ha sido planteado y las posturas asumidas.

### Bibliografía consultada.

BAIGUN, David – ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 6, ed. Hammurabi, Bs.As., 2009.

BAYALA BASOMBRÍO, Manuel Alberto; *Las reformas al Código Penal en el último decenio*, con especial referencia al Derecho Penal Argentino de Sebastián Soler, ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1998.

BREGLIA ARIAS, Omar – GAUNA, Omar; *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 5° edición, ed. Astrea, Bs.As.

BUOMPADRE, Jorge E.; “El hurto de cosas transportadas” en *La Ley* t. 1987-C, Sección Doctrina, pp. 828-832.

CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, Cristina; *El delito de robo*, ed. Fabián J. Di Plácido, Bs.As., 2003.

CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Derecho Penal, Parte Especial*, 7° edición, ed. Astrea, Bs.As., 2007.

CHIAPPINI, Julio O.; *Hurto y Hurtos Agravados*, ed. Zeus, Rosario, 1982.

DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura; *Delitos contra la propiedad*, 3° edición, ed. Universidad, Bs.As., 2000.

ESTRELLA, Oscar Alberto - GODOY LEMOS, Roberto; *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, ed. Hammurabi, Bs.As., 1996.

FIGARI, Rubén E.; *Hurtos. Simple y agravados*, ed. Jurídicas Cuyos, 2001.

FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*, 4° edición, actualizado por Guillermo A. Ledesma, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 2007.

GOMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal*, ed. Compañía Argentina de Editores, Bs.As., 1941.

LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A.; *Notas al Código Penal Argentino*, 2° edición, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000.

GONZALEZ ROURA, Octavio; *Derecho Penal*, ed. Valerio Abeledo, Bs.As., 1922.

MOLINARIO, Alfredo J.; *Los Delitos*, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1996.

MORENO (h.), Rodolfo; *El Código Penal y sus antecedentes*, ed. H.A. Tommasi, Bs.As., 1923.

SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrío, 4° edición 11° reimpresión, ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 2000.

STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, 4° edición, ed. Hammurabi, Bs.As., 2005.

TOZZINI, Carlos A.; *Los delitos de Hurto y Robo en la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia*, 2° edición, ed. Lexis-Nexis, Bs.As., 2002.

## LA RAZONABILIDAD DEL TIEMPO EN LOS PLAZOS PROCESALES COMO GARANTÍA DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: HACIA UNA VISIÓN OPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

Luciana Steimbach Fonrouge\*

**“Justicia retardada, dice el sabido aforismo, es justicia denegada”.**

(C.I.D.H., caso “Tibi vs. Ecuador”. Sentencia del 7-09-2004. Serie C, n° 114)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. ¿Qué comprende el derecho a la tutela judicial efectiva y cuál es su relación con los derechos humanos? III. La necesidad de obtener una resolución definitiva en un plazo razonable como condición de una tutela judicial efectiva. IV. ¿Qué se entiende por plazo razonable? Hacia una precisión del concepto. V. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

Partiendo del concepto de jurisdicción como “poder-deber” del Estado, derivado de su soberanía, es competencia del Poder Judicial la aplicación del derecho vigente ante el reclamo concreto de los justiciables, y es deber de los jueces -como responsables del Poder Judicial constitucionalmente definido- el empeñarse en la defensa de su integridad e independencia, asumiendo un rol activo en todos los casos en que esas exigencias estén comprometidas.

En este sentido, les incumbe a los magistrados, como ejecutores del Derecho, preservar debidamente el derecho a la tutela judicial efec-

---

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

\* *Auxiliar Letrada de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala IIª*

tiva, tanto a nivel nacional como supranacional -regional e internacional-; ello, con el objeto de asegurar el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en el ámbito interamericano.<sup>2</sup>

Tal como se desarrollará en la presente exposición, la tutela judicial despliega sus efectos tanto en el acceso a la jurisdicción, como en el debido proceso y en la eficacia del cumplimiento de la sentencia.

Ello, sin duda, adquiere aún más trascendencia en el campo de los derechos humanos amparados en nuestra Constitución, toda vez que no hay Constitución sin derechos fundamentales, ni derechos fundamentales sin una tutela judicial efectiva, pues es precisamente el debido proceso el que garantiza la operatividad de los derechos constitucionales.<sup>3</sup>

Efectivamente, “no se puede hablar de la existencia de un Estado de derecho si las personas que viven en dicho Estado no pueden recurrir a jueces imparciales a fin de reclamar justicia, o bien, si pudiendo acceder a los tribunales, esa justicia les es negada”.<sup>4</sup>

En este sentido, se indagará en la ampliación de la clásica garantía del debido proceso para llegar así a precisar el verdadero concepto del derecho a la tutela judicial efectiva, así como su visión no sólo como un derecho fundamental, sino como una garantía de protección de todo el sistema de los Derechos Humanos. Dentro de este contexto, se analizará el derecho que tiene todo justiciable a obtener una resolución en un plazo razonable como condición *sine qua non* de una tutela judicial efectiva; consecuentemente, ha de buscarse una aproximación al término “razonabilidad”, a cuyo fin se analizarán diferentes fallos de la

---

<sup>2</sup> GATTINONI DE MUJIA, María, “La responsabilidad judicial y sus dimensiones”, parte 6ª, en *La responsabilidad internacional del Estado derivada del ejercicio de la función judicial*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2006.

<sup>3</sup> SESIN, Domingo, “Estrategia concreta para incrementar la calidad y la celeridad de las decisiones judiciales...”, JA 2002-I, fascículo n. 4, p. 3/10

<sup>4</sup> TOLLER, Fernando, “El moderno derecho a la tutela judicial efectiva, de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales”, Revista de Derecho Administrativo año 2003, Lexis Nexis on-line

Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo tal de precisar el referido concepto.

## **II. ¿QUÉ COMPRENDE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CUÁL ES SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS?**

A través de una interpretación teleológica de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1.1, 2, 8.1 y 25) la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue forjando el concepto de tutela judicial efectiva; se entendió bajo este concepto tanto el derecho a la jurisdicción como al debido proceso y a una sentencia conforme a derecho.

En este sentido, se ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende en un triple e inescindible enfoque: a) la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; b) la obtención de una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión; c) el cumplimiento de dicha sentencia, esto es: la ejecutoriedad del fallo.

Desde el año 1994, los distintos tratados y declaraciones internacionales que tienen jerarquía constitucional han enriquecido la normativa constitucional relativa a los derechos al proceso, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y concreta.<sup>5</sup> El derecho a acceder a los tribunales y a tener un proceso que cumpla con ciertas garantías procesales surge claro del articulado de esos instrumentos.<sup>6</sup>

Conviene destacar que, sin duda, más allá de que se encuentre plasmado en instrumentos internacionales, el derecho del justiciable

---

<sup>5</sup> TOLLER, Fernando, artículo citado

<sup>6</sup> art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"

analizado es un derecho que “corresponde a todo hombre por el hecho de serlo”<sup>7</sup>, de lo que se deriva que constituye un derecho humano, con las características propias de universalidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad.

En esta línea de pensamientos, se advierte que si bien en los instrumentos de las Naciones Unidas se señala que los derechos humanos (sean éstos los derechos civiles y políticos -como el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley y a la libertad de expresión-, los derechos económicos, sociales y culturales -como el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la educación- o los derechos colectivos -como los derechos al desarrollo y a la libre determinación-) son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes (pues el avance de uno facilita el avance de los demás, así como la privación de uno afecta negativamente a los otros), la protección del derecho a la tutela judicial efectiva es la piedra angular de todo el sistema. Ello, por cuanto constituye una garantía de la protección de todos los derechos humanos, siendo el medio para que éstos se vean plasmados en la práctica. Y es que, precisamente, más allá de la interrelación e interdependencia existente sin duda entre los derechos humanos, todos ellos son codependientes de una debida tutela judicial, pues de su privación se seguiría un aniquilamiento de los derechos fundamentales del hombre. De allí su importancia.

---

art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "Todas las personas son iguales ante los tribunales de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley [...], para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"

art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...], para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"

<sup>7</sup> TOLLER, Fernando, artículo citado

### **III. LA NECESIDAD DE OBTENER UNA RESOLUCIÓN DEFINITIVA EN UN PLAZO RAZONABLE COMO CONDICIÓN DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

Tal como se adelantara en el acápite anterior, la tutela judicial, desde su esencia de derecho humano y como garantía de los restantes derechos humanos, no sólo comprende el derecho de acceso a la jurisdicción, sino la garantía del debido proceso, la obtención de una sentencia y la ejecutabilidad de la misma.

En efecto; partiendo de una relación entre proceso y justicia nace necesariamente el derecho del justiciable a obtener una sentencia justa, pues de otro modo carecería de sentido el mencionado derecho de acceso a la jurisdicción.<sup>8</sup>

De ello se sigue, que pueda verse violado tan sólo uno de los elementos constitutivos de ese cuadro de protección y garantías judiciales que abarca el derecho a la tutela judicial; no obstante lo cual en nada disminuye la fuerza de la hermenéutica integradora de tomar necesariamente en conjunto lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los deberes generales estipulados en los artículos 1(1) y 2.<sup>9</sup>

En este contexto, tanto nacional como supranacional, es claro que la obtención de una resolución judicial definitiva en un plazo razonable constituye una condición *sine qua non* de una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, tal como se analizara, la garantía o derecho a la tutela judicial es una obligación plena de carácter fundamental, que se ve integrada con el bloque de normas que surgen de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, en definiti-

---

<sup>8</sup> BIDART CAMPOS, "El derecho a la jurisdicción en Argentina", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (1964), ps. 615 y 626

<sup>9</sup> Voto razonado del Juez A .A. Cañado Trindade, C.I.D.H. caso "La masacre de Pueblo Bello vs. Colombia". Sentencia del 31-1-2006. Serie C, nº 140

va, con un plexo articulado de contenidos o principios que constituyen el perfil moderno del debido proceso: el derecho a ser oído, al proceso, al juez natural competente, independiente e imparcial y a que la sentencia sea fundada y razonable, esto es a un pronunciamiento judicial plasmado en una decisión justa y efectiva. Derivación de ello es también el derecho al plazo razonable, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales y en el derecho a la utilidad de la sentencia, esto es que pueda ser cumplida dentro de este plazo razonable; incluso se ha acordado un derecho indemnizatorio al afectado cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos en el proceso <sup>10</sup>.

Como puede observarse en el desarrollo de la presente exposición, ante los nuevos requerimientos que surgen de las convenciones sobre derechos humanos, ha quedado atrás limitar al ejercicio de la defensa en juicio la noción genérica del “debido proceso”; el conjunto actual de principios exigibles en todo tipo de procedimientos bosqueja un sistema que trabaja en armonía pese a que puedan encontrarse modalidades circunstanciales, como la necesidad de agotar recursos previos a la entrada a juicio, el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, entre otros aspectos que muestran diversidades en un contexto general.<sup>11</sup> Este contexto general, entonces, se refiere al derecho a obtener una solución al reclamo de los justiciables en un plazo razonable.

#### **IV. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PLAZO RAZONABLE? HACIA UNA PRECISIÓN DEL CONCEPTO**

Sentado lo hasta aquí expuesto, se requiere de manera ineludible precisar el alcance del concepto de “plazo razonable”; es que la vaguedad de dicha expresión, lleva necesariamente a una interpretación meramente subjetiva. Sería lógico admitir, por ejemplo, que diez o quin-

---

<sup>10</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Introducción al derecho procesal constitucional, Rubinzal-Culzoni Editores, 42

<sup>11</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ob. cit.

ce años excederían, en principio, el concepto; sin embargo, ¿puede aplicarse el mismo criterio a diferentes países, con sistemas procesales y organizaciones judiciales disímiles, no obstante el mencionado carácter universal de este derecho fundamental del hombre? No se trata, obviamente, de una fórmula matemática y constante, toda vez que, como se verá, su precisión dependerá de las particularidades de cada caso. Por ello, a fin de dirimir la “zona de grises”, se procederá a citar extractos de diferentes fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscando, mediante el análisis de precedentes, alcanzar el mayor grado de precisión posible.

Ello, por cuanto para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para nuestro país. En efecto; nuestro más alto Tribunal ha sostenido que “la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]; la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”<sup>12</sup>.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054).

Así, pues, de un análisis de algunos fallos especialmente seleccionados surge que:

---

<sup>12</sup> CSJN, autos “Giroldi”, JA, 1995-III-571, LL, 1995-D 462, consid. 5 y 11



- Es preciso tener en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.
- No obstante, la pertinencia de aplicar esos tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso.<sup>13</sup>
- Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve, encontrándose, pues, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia.<sup>14</sup>
- De conformidad con estos criterios, corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo del que sería razonable, en principio, para dictar sentencia definitiva en un caso particular.<sup>15</sup>
- Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, el Estado no incurre en responsabilidad por violación de la norma sobre plazo razonable.<sup>16</sup>
- Para analizar si el Estado respetó el principio del plazo razonable en los procesos internos, es preciso indicar que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto.
- En materia penal, el plazo razonable debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> C.I.D.H., caso "La masacre de Pueblo Bello vs. Colombia". Sentencia del 31-1-2006. Serie C, n° 140

<sup>14</sup> C.I.D.H., caso "Las masacres de Ituango vs. Colombia". Sentencia del 1-7-2006. Serie C, n° 148 - Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez

<sup>15</sup> C.I.D.H., caso "19 comerciantes vs. Colombia". Sentencia del 5-07-2004. Serie C, n° 109

<sup>16</sup> C.I.D.H., caso "Cantos vs. Argentina". Sentencia del 28-11-2002. Serie C, n° 97

<sup>17</sup> Idem 9

- Entiéndase por duración total del procedimiento el lapso transcurrido desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva.
- En materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo; cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.<sup>18</sup>
- Mediante una interpretación integradora, se concluye que el "plazo razonable" contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana está íntimamente ligado con el recurso efectivo, sencillo y rápido contemplado en su artículo 25.<sup>19</sup>
- La mayor o menor afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes del individuo, constituye otro elemento a tener en cuenta para una correcta estimación del plazo razonable.
- La razonabilidad del plazo para proveer justicia debe analizarse con referencia al fin que se procura alcanzar y a la mejor manera de obtenerlo, considerando los diversos extremos que implica la administración de justicia en todos los aspectos que debe abarcar a fin de alcanzar la plenitud posible y deseable por los órganos competentes.
- Dado que nos hallamos ante un problema de plazo razonable, es preciso acotar los extremos dentro de los que corre un plazo, es decir, el tiempo para la solución de asunto sometido a determinadas autoridades: el momento en que comienza y el instante en que concluye, aunque estas definiciones se hagan en términos

---

<sup>18</sup> C.I.D.H., caso "Tibi vs. Ecuador". Sentencia del 7-09-2004. Serie C, n° 114

<sup>19</sup> C.I.D.H., caso "La masacre de Pueblo Bello vs. Colombia". Sentencia del 31-1-2006. Serie C, n° 140

Voto razonado del Juez A .A. Cançado Trindade

aproximados y sin perder jamás de vista las circunstancias de cada caso, que dominan las soluciones correspondientes.

- Reviste gran importancia el régimen procesal prevaleciente, que no es un dato neutro, sino un fenómeno presionante o condicionante.
- No obstante ello, el plazo razonable no puede verse condicionado por la técnica propia de cada sistema procesal, de manera tal que cada uno arroje conclusiones diferentes; se trata de que exista un despacho diligente, razonable, adecuado, pertinente, sin ignorar el peso de las circunstancias por parte de las autoridades del Estado conforme al sistema procesal adoptado.<sup>20</sup>

## **V. CONCLUSIÓN**

El perfeccionamiento de la democracia y el robustecimiento del estado de derecho requieren como estructura insoslayable la existencia de una justicia independiente y eficaz.

El derecho a la tutela judicial es tanto un derecho fundamental en sí mismo, como a la vez una garantía de todos los demás derechos e intereses legítimos de la persona reconocidos por las leyes.

La reforma constitucional de 1994, tanto en el ámbito de la Nación como en el de las provincias, al asegurar la efectividad de los derechos sustanciales significó un avance en el tránsito del Estado de Derecho hacia el Estado de Justicia. El paso siguiente, su consolidación, dependerá de la ciudadanía y también del activismo de abogados y jueces, reformulando en el quehacer cotidiano, la idea y la praxis del proceso justo. Sin embargo, el conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales, de nada vale, si no se garantiza la tutela judicial efectiva, adecuada y continua, a cargo de un Poder Judicial independien-

---

<sup>20</sup> C.I.D.H., caso “Las masacres de Ituango vs. Colombia”. Sentencia del 1-7-2006. Serie C, n° 148 - Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez

te.<sup>21</sup> Tal como lo ha sostenido BIDART CAMPOS, el derecho a la jurisdicción no puede implicar otra cosa sino la obligación de administrar justicia, y la actividad jurisdiccional que moviliza tiene el fin público de hacer justicia a los justiciables.

Esta tutela judicial efectiva comprende tanto el derecho a la jurisdicción, como al debido proceso y a una sentencia conforme a derecho; constituye un elemento de singular importancia la satisfacción de los derechos y garantías en el marco de un plazo razonable. A partir de la selección de fallos de la Corte Interamericana de Derechos reseñados, se extrajeron distintos preceptos a los fines de delimitar el concepto de “plazo razonable”.

Vemos así plasmada una visión operativa de los derechos humanos, tanto en el plano nacional como internacional, que se ha ido proyectando hacia el interior de la realidad jurídica porque, en definitiva, es la justicia la que debe estar al servicio de los hombres.

A partir de un desconocimiento de las garantías fundamentales - entre ellas el derecho de los justiciables a obtener una protección de sus derechos en un plazo razonable- no se hace más que lesionar la esencia de nuestro sistema republicano, con los consecuentes e inmensos perjuicios no sólo morales sino también materiales que afectan la seguridad jurídica.

---

<sup>21</sup> Iride Isabel María Grillo, Juez en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación, de Primera Instancia de la Primera Circunscripción, de la Provincia del Chaco

## LA PRUEBA EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN O DE IMPUGNACIÓN DEL VÍNCULO BIOLÓGICO<sup>1</sup>

Por Marina Giunta\*

### INTRODUCCION

El presente trabajo fue pensado con el propósito de analizar las pruebas tendientes a esclarecer la verdad acerca de las acciones de filiación en las distintas clases, ya sea reclamación o impugnación de estado, sean estas reclamaciones o impugnaciones matrimoniales o extramatrimoniales, incluyendo la reclamación o impugnación de la maternidad o de la paternidad.

El Código Civil en su art. 253 establece: “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.”.

En base al artículo citado es que analizaré una serie de pruebas que son las medidas a tener en cuenta al momento de iniciar un juicio de filiación.

Asimismo, en breve analizaré al art. 255 del C.C., supuesto que se da a diario en el Ministerio Público al cual pertenezco, y que merece una mención especial.

### DESARROLLO

#### PRUEBA PERICIAL

El Código Civil en su redacción originaria, en el art. 325 permitía, para la acción de reclamación del estado de hijo natural, “todas las

---

<sup>1</sup> Trabajo presentado con relación a la beca que este Colegio le ha otorgado para realizar el Curso de Actualización en Derecho Procesal Civil.

\* Auxiliar Letrada de la Asesoría de Incapaces n°2 de San Isidro

pruebas que se admiten para probar los hechos”. Ese mismo criterio se ha ampliado ahora a todas las acciones de filiación y es lógico que así ocurra, porque con la reforma se ha privilegiado la demostración de la realidad biológica frente a las presunciones legales.

Esta amplitud no limita los medios probatorios a utilizar, pero en algunos casos su valoración quedará a criterio del juez. Tal situación se presenta en el caso de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, en la que no será suficiente, por sí sola, la confesión de la madre (art. 258).

En las acciones de filiación la prueba tiende a acreditar la existencia o la falta del vínculo biológico. Esta circunstancia puede resultar probada mediante hechos objetivos comprobables exteriormente o bien por pruebas científicas.

Cuando se recurre a la prueba de hechos objetivos se tendrán que acreditar los hechos demostrativos del vínculo biológico. Así, si lo que se reclama es la maternidad, la prueba deberá demostrar que la mujer dio a luz un hijo y que el reclamante es el nacido en ese parto, o bien, si se está impugnando una maternidad, habrá de acreditarse que la mujer nunca alumbró a ese hijo o que fue cambiado.

Si lo que se demanda es la paternidad, se requiere la demostración previa de la maternidad, debiendo luego comprobarse que el hombre mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción; en cambio, cuando se impugna la paternidad, será necesario acreditar la imposibilidad absoluta de haber mantenido acceso carnal con la mujer durante el lapso en que se produjo la concepción, o la imposibilidad biológica del supuesto padre por carecer de aptitud de procrear.

La otra alternativa, aunque no es excluyente de la anterior, es demostrar directamente el vínculo consanguíneo, mediante las llamadas pruebas científicas o pruebas biológicas.

Las pruebas biológicas pueden ser definidas como aquellas que procuran determinar científicamente, basándose en reglas genéticas, la existencia de un vínculo consanguíneo entre dos personas.

El art. 253 hace una mención expresa de las pruebas biológicas como una forma de poner en evidencia la importancia que tiene este medio específico para demostrar la existencia del vínculo de sangre.

Varios son los medios científicos que se pueden utilizar para acreditar el vínculo biológico, y es conveniente acumular la mayor cantidad de pruebas tendientes a ese fin. Esto es así porque cada una de ellas puede aportar una incompatibilidad y, si ésta es absoluta, el vínculo queda descartado.

Pero si denota una compatibilidad debe recurrir al cálculo estadístico para verificar la frecuencia con que se encuentran dentro de una población determinada esas características comunes.

La acumulación de estudios que admiten la posibilidad del vínculo biológico va acrecentando las probabilidades de la existencia del vínculo en un nivel de certeza cercano al ciento por ciento.

En suma, la exclusión del vínculo biológico es certera —es decir que se demuestra la incompatibilidad absoluta descartando la relación de sangre—. Mientras que la admisión requiere una acumulación de estudios que demuestren la compatibilidad, llegándose por cálculos estadísticos a determinar las probabilidades de existencia de vínculo biológico entre dos personas.

Las pruebas biológicas deben ser ofrecidas determinando con la mayor precisión posible los puntos de pericia y las técnicas a utilizar, han de llevarse a cabo por peritos idóneos que expliquen previamente los métodos con los que realizarán los estudios y las tablas estadísticas que serán utilizadas para extraer las conclusiones.

Esto permitiría asignar la mayor seriedad e importancia probatoria a estos métodos, pues de lo contrario pierden credibilidad y quedan sujetos a impugnaciones y cuestionamientos importantes.

Dentro de los estudios que se pueden realizar es posible mencionar los siguientes:

### **Pruebas antropomórficas**

Es sabido que existen caracteres físicos que se transmiten de

padres a hijos. Mendel ha establecido una serie de leyes que sistematizan esa transmisión. Las pruebas antropomórficas se basan en la comparación de distintos caracteres externos entre el reclamante y los padres alegados. Comenzando por el cuero cabelludo y terminando por los pies, se han determinado más de trescientos puntos con caracteres comparables entre las personas.

Por lo tanto, la existencia de algunos de esos caracteres –sobre todo y especialmente, los rasgos más raros entre el reclamante y los posibles padres- pueden dar una cierta probabilidad de la existencia del vínculo biológico entre ellos.

### **Prueba de enfermedades hereditarias**

Hay enfermedades que pueden ser transmitidas entre padres e hijos. La coincidencia de tener ambos epilepsia, labios leporinos, pies planos, hemofilia, daltonismo, son ejemplos, entre muchos otros, que atorizarían a sostener que entre ellos puede existir un vínculo biológico.

### **Pruebas hematológicas**

Bajo esta denominación se agrupan diversos estudios sobre las características sanguíneas de los interesados.

Uno de ellos es el estudio de los grupos A, B y 0, que se explican por la presencia de los antígenos denominados A y B, de los cuales toman el nombre; si ellos faltan el grupo se denomina 0 (cero).

También puede analizarse el factor Rhesus, llamado Rh, que puede presentar las variantes de positivos o negativo, combinándose los resultados con los del estudio anterior. Algunos de los otros exámenes permiten determinar los factores M y S, entre otros, el sistema Kell-Cellano, el sistema Duffy y el sistema Lewis. Cada uno de estos sistemas tiene distintas alternativas y a través de ellos es posible determinar incompatibilidades, con lo que se puede acreditar la exclusión del vínculo biológico.

Además pueden ser estudiadas las proteínas séricas y la estructura de los cromosomas.

Otro estudio es el de los antígenos de histocompatibilidad, denominado HLA, que se basa en las posibilidades de rechazo de tejidos que se produce cuando no existen lazos de sangre entre las personas. Ya casi no se utiliza, sin embargo, porque ha quedado superado por el estudio del ADN.

Este estudio consiste, básicamente, en analizar el material genético que tiene una persona y compararlo con el de sus padres. Como cada individuo recibe el cincuenta por ciento de su material genético de cada uno de los padres, es posible establecer la vinculación biológica existente en la medida en que se comparen esos materiales y se establezca, además, la frecuencia de determinados caracteres dentro de una población.

Son remotas las posibilidades de que exista material genético coincidente entre una persona y el padre o madre alegado y que no exista efectivamente vínculo biológico entre ellos.

Los estudios del ADN se realizan generalmente a partir de una extracción de sangre, aunque también podría llevarse a cabo con otras materias orgánicas, como cabello, piel, etc.

En el caso de que el padre o la madre alegada hubieren fallecido, podrá realizarse este estudio sobre el cadáver, luego de ser éste exhumado, sin que quepa admitir la negativa de los parientes a este fin. Cuando por alguna circunstancia esta prueba no fuera factible (porque no existe el cadáver o éste ha desaparecido, por ejemplo), sería posible recurrir al estudio del material genético de los ascendientes o hermanos del padre o madre alegado, que también puede aportar datos relevantes, aunque los porcentajes de inclusión sean menores que los que resultan de la prueba directa entre los interesados.

### **La negativa a someterse a las pruebas biológicas**

La negativa del padre o madre alegados a someterse a las pruebas biológicas no tiene establecidas consecuencias en el Código Civil.



Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 4º de la Ley 23.511 de Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos estableció que “...la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”. Por lo tanto, tal negativa no implica una presunción en contra, sino tan sólo un indicio, que deberá ser corroborado por otros medios de prueba.

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 1994 y de la incorporación a su texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que asegura el derecho a la identidad del menor, se ha abierto una corriente doctrinaria tendiente a considerar que la negativa a someterse a las pruebas biológicas constituye un elemento suficiente, por sí solo, para que se dicte una sentencia favorable a la pretensión filiatoria. Se argumenta en tal sentido que, dado el avance y certidumbre de ese tipo de pruebas, es posible esclarecer la verdad acerca del vínculo biológico, para incluirlo o para excluirlo, y que, si no se facilita la realización de estas pruebas, se está entorpeciendo el proceso y ocultando la realidad.

Por otra parte, la extracción de sangre no es una técnica dolorosa ni riesgosa para la salud de quien debe someterse a ella y sólo sería admisible una negativa que estuviera perfectamente justificada por razones de salud o de convicciones religiosas.

En un Fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, del 7 de Julio de 1998, “S., A. M. v. A., H. M.” el Dr. Lazzari dijo: “...*El recurso no puede prosperar. Conforme reiterada doctrina de este Corte, la determinación de la existencia del nexo biológico en una demanda de filiación extramatrimonial, así como el análisis de los alcances probatorios del indicio que resulte de la negativa a someterse a la realización del examen genético, y la valoración de las circunstancias fácticas en general, resultan en tanto típicas cuestiones de hecho, privativas de los jueces de la instancia ordinaria e irremisibles, en principio, en casación, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo (Ac. 51.539, sent. Del 22/3/94, sent. Del 21/5/91; Ac. 42.199, sent. Del 18/9/90; etc.).*

“...*Asimismo, ante un posible conflicto entre el derecho a la identidad (art. 7º párr. 1º Convención del Niño) y a no autoincriminarse (art.*

*18 C.N.), me inclino por conceder jerarquía al derecho de una persona a conocer su origen biológico. Adviértase que con la negativa a someterse a las pruebas biológicas, amparado en el derecho de no estar obligado a declarar contra sí mismo –en caso de no ser obligado a prestar al propio cuerpo para realizar la prueba genética- podría incurrir el demandado en abuso de derecho al perjudicar, con su actitud obstruccionista, a un tercero quien padecería de la falta de precisión en su identidad”.*

Sin dejar de ser las mencionadas precedentemente las pruebas más contundentes a los fines filiatorios, las enumeradas a continuación deben de ofrecerse y producirse con el mismo rigor que las ya mencionadas.

## **PRUEBA DOCUMENTAL**

Los documentos son los que llevan signos de escritura y todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, etc., poseen la misma aptitud representativa.

La legislación equipara los documentos con los instrumentos, como documentos escritos que se encuentran firmados por su autor. Tiene importancia tanto que documente un hecho como que sea una declaración del hombre.

En este medio de prueba se encuentra la distinción entre documentos privados y públicos. Los privados con desconocimiento de la firma, seguirán la suerte de una prueba pericial caligráfica. Mientras que en los públicos no cabría dicha posibilidad, porque serían una prueba directa a tener en cuenta, pues se presumen auténticos.

En una filiación la documental más importante a tener en consideración es la correspondencia particular, que son las cartas, que como medio de comunicación escrita, son frecuentemente utilizadas en el ámbito de las relaciones jurídicas, revistiendo el carácter de documentos privados, por lo que cobraría importancia la firma del remitente; es el destinatario quien puede hacerlas valer.

Son de gran valor las fotos de los padres en el transcurso del embarazo, las cartas haciendo alusión al hecho del futuro nacimiento del hijo, etc.

### **PRUEBA DE INFORMES**

La prueba de informes puede caracterizarse como un medio de aportar al proceso datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros contables de terceros o de las partes, siempre que tales datos no provengan necesariamente del conocimiento personal de aquéllos.

Es una prueba que rara vez se presenta a no ser cuando se solicita el aporte del dato a simples particulares o “entidades privadas”.

En este caso, puede ser el pedido de un examen de ADN realizado previamente al inicio del proceso y se solicite la agregación de su resultado.

### **PRUEBA DE TESTIGOS**

Llámase testigos a las personas físicas, distintas de las partes, que deben declarar sobre sus percepciones o deducciones de hechos pasados.

Objeto de esta clase de prueba no son solamente los hechos que el testigo ha conocido a través de su percepción sensorial, sino también los hechos que aquél ha deducido de sus percepciones.

En este medio probatorio es imprescindible que el testigo sepa de la relación de pareja, cualquier tipo que sea, de las partes previo al embarazo, o posterior a que el progenitor lo supiera. También cobran interés las actitudes del presunto padre en el transcurso del embarazo, o luego del alumbramiento y de existir motivos por los que no anotó como suya a dicha criatura.

### **PRUEBA DE CONFESION Y SU RELACION CON EL ART. 255 DEL C.C.**

La prueba de confesión es la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal, desfavorables para ella y favorables para la otra parte.

La confesión prestada por cualquiera de las partes es suficiente para que el juez tenga por existentes los hechos que han sido objeto de ella, sin necesidad de que se produzcan otras pruebas. De allí que la confesión constituya la prueba más importantes y eficaz que existe en el proceso civil.

El art. 255 del C.C. dispone “En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.

Quedan comprendidas en la previsión legal todas aquellas inscripciones de nacimiento en que no exista reconocimiento paterno del nacido, y, desde luego, siempre que la determinación legal de la maternidad no haga operante la presunción de paternidad (conf. Art. 243). Es decir que la norma se aplicará exclusivamente a la inscripción de hijos extramatrimoniales: los nacidos de mujer casada se presume que tienen por padre al marido, salvo que el hijo naciere después de los trescientos días desde la disolución, divorcio o anulación de matrimonio de la madre, o de la separación de hecho de los esposos, o, en fin, después de los trescientos días desde la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio de ellos (art. 243). En estos casos, y salvo que existiere reconocimiento paterno o que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 245, el nacido sea inscripto como hijo de los cónyuges (separados, divorciados, etc.), también procederá la comunicación del Registro Civil al Ministerio Público de Menores.

La disposición de este artículo es operante sólo cuando la madre ha reconocido al hijo o cuando ha quedado determinada su maternidad

por el parto acreditado mediante certificado de médico u obstetra en los términos del art. 242. Si, por hipótesis, la maternidad no ha podido quedar determinada legalmente según esa norma, y tampoco ha existido reconocimiento de aquélla, el nacido se inscribe en el Registro Civil como hijo de madre y de padre desconocidos, de suerte que la comunicación al Ministerio Público carecería de virtualidad práctica. No significa ello, desde luego, que el Ministerio Público, como representante promiscuo del menor –en tanto el inscripto sin filiación acreditada lo sea- no esté legitimado para procurar que se le designe tutor para que éste accione reclamando la filiación materna desconocida. Pero tal actuación lo será en ejercicio de su ministerio precisamente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 59, 491 y ss. Del Código Civil, y no en razón de la norma que comentamos.

La norma sancionada suprimió la exigencia de que se cite a la madre a fin de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. Sin embargo, el único medio con que contará el Ministerio Público de Menores, una vez recibida la comunicación del Registro Civil, será a través de la información y los datos que voluntariamente le proporcione la madre del nacido. No puede pretenderse que el funcionario, con el solo dato de la maternidad emergente de una partida de nacimiento, procure obtener el reconocimiento paterno. Esa posibilidad existirá en la medida en que la madre suministre al Ministerio Público elementos fácticos que le permitan a su vez citar a la persona a quien ella individualice como el progenitor de su hijo. La concepción y el espíritu de la previsión así lo indican: se pretende que, en la hipótesis, la paternidad del menor no quede definitivamente indeterminada por el solo hecho de que la madre, por ignorancia, carencia de recursos económicos o de otra índole, deje de accionar, pudiendo y queriendo hacerlo. Como lo expresaba Grosman, se trata de hacer efectivo, dentro de lo que la ley puede, el principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio, facilitándose y apoyándose la determinación de la filiación extramatrimonial.

El Ministerio Público deberá, pues, citar a la madre del inscripto como hijo de padre desconocido y ésta podrá o no proporcionar los datos que permitan a aquél procurar el reconocimiento. En este último

aspecto es claro que la madre no estará obligada a individualizar a quien sea el progenitor- “presunto padre”, como dice el art. 255- y, ante la citación, podrá incluso optar por no concurrir. Pero está dentro del ámbito de libertad e intimidad que precisamente dejó a salvo el legislador que no empece a la necesidad de que el Ministerio de Menores la cite como primer paso para ulteriores trámites conducentes a la determinación de la paternidad.

Si la madre no comparece a la citación, o si, compareciendo, manifestase que no sabe quién es el progenitor de su hijo, o –lo que es más probable- prefiere no individualizarlo, el Ministerio Público archivará las actuaciones, sin otro trámite. Dado que no podría iniciar acción judicial de reclamación de la filiación paterna si no media conformidad expresa de la madre para hacerlo (art. 255 in fine) la decisión materna priva sobre toda indagación oficiosa del funcionario.

Si, en cambio, la madre proporciona los datos personales del presunto padre, el trámite siguiente será también con el consentimiento expreso de la madre, procurar que el progenitor reconozca al hijo. Si de esa diligencia no se obtuviere el reconocimiento, el Ministerio Público queda habilitado para iniciar la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, en tanto la conformidad materna persista. La legitimación activa para promover el juicio resulta directamente de la norma que comentamos aun cuando es la madre quien ejerce la patria potestad sobre el menor (art. 264, inc. 4º) y, por ende, la representación de él en el juicio (art. 274). Sin embargo, en los hechos, la conformidad expresa que ella debe dar a la demanda, la situará procesalmente en calidad de litisconsorte con el Ministerio Público y el pleito tramitará con su intervención en carácter de parte actora, en representación del menor.

Si de la citación del presunto padre resulta que él reconoce a la criatura como suya, se manda a inscribirla con su apellido, desde el Ministerio Público con un oficio a los fines pertinentes al Registro Civil donde fue inscripto el menor, procediendo a anotarse marginalmente su nueva identidad.

Dicho reconocimiento ha sido realizado frente a un Funcionario Público, de suerte que si en un término prudente, la filiación no ha sido

debidamente inscripta, dicha manifestación –tal prueba confesional- se transcribe en un nuevo oficio, el cual es remitido al Registro Civil que corresponda a los fines perseguidos.

Frente a un caso de denegación de cumplir con el mandato del Funcionario Público, se ha procedido a interponer recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra la resolución administrativa, atento que el reconocimiento paterno había sido realizado de manera lícita y voluntaria en el marco de una audiencia que convocara en cumplimiento de la manda prevista en el art. 255 del C.C.- En sustento se han invocado normas Constitucionales y la Convención de los Derechos del Niño.

Analizada la revocatoria interpuesta, el Asesor General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, ha reconocido que la etapa extrajudicial implementada por el art. 255 del C.C., hace las veces de instancia administrativa, y dicho reconocimiento frente a un Funcionario Público tiene plena validez, citando la jurisprudencia provincial (autos “C.C.: s/ Asistencia”, TO 348 RSI-130-97 I, 16/12/97, JUBA).

En la Asesoría de Menores e Incapaces donde ejerzo mi función, este tipo de reconocimientos se efectúan con bastante habitualidad.

En los casos contrarios, poseemos una instancia intermedia, la cual no llega a ser la de iniciar el juicio de filiación, que es, si el presunto padre llamado a audiencia, posee dudas acerca de su paternidad, se ofrece como medio para esclarecer dichas dudas, la facilidad de realizarse la prueba de ADN por medio de la Oficina Médico Pericial Departamental, prueba que sigue siendo de instancia extrajudicial. Si el resultado de dicho examen es negativo, no hay ningún paso más a realizar. Pero si es positivo, y luego de notificado el padre se resiste al reconocimiento y su posterior inscripción en el Registro Civil, dicha prueba obtenida en una etapa anterior, nos suprimirá tiempos en la etapa judicial.

## CONCLUSION

Es de mérito tener en cuenta que tras todos los casos analizados

en la jurisprudencia y en la vida diaria, la amplitud introducida en el art. 253 del C.C., es de gran interés ya que cuando nadie pensaba que la ciencia encontraría una prueba más contundente que la llamada HLA, se avanzó aún más y se introdujo el estudio del ADN de gran ayuda para el derecho.

Teniendo contacto fluido con la Oficina Médico Pericial del Departamento Judicial de La Plata, son sus integrantes los que se sorprenden al poder contar con las pruebas que hoy día manejan.

Si las pruebas antropomórficas y la de las enfermedades hereditarias, han dejado de ser utilizadas, sabiendo los alcances que las mismas poseen, no deben de dejar de analizarse en la actualidad por la aparición de avances científicos, pues en cuestión de pruebas, al ser evaluadas por el juzgador, ninguna se debe dejar de lado.

Por el contrario, si las pruebas antropomórficas y la de las enfermedades hereditarias han sido en su momento definitivas para el desarrollo de una sentencia favorable, o si fueron dichas pruebas insuficientes para la obtención del mismo resultado, será cuestión del tratamiento de la cosa juzgada, y de la reutilización de todas las pruebas aquí analizadas. Este enfoque abre un panorama de enorme interés, no sólo procesal, sino de gran valía para el derecho a la identidad, que es en definitiva, el que debe ser preservado.

## BIBLIOGRAFIA

- Derecho de familia, Jorge O. Azpiri, Editorial Hammurabi, 2000, Buenos Aires, pág. 414 y sgtes.
- Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Lino Enrique Palacio, Editorial Abeledo Perrot, 1987, Buenos Aires.
- Fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, del 7 de Julio de 1998, “S., A. M. v. A., H. M.
- Expediente Administrativo N° 2209-38211/04.- 1897/05.- Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

**PROCEDIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
CÓMO HACER VALER LA PRESCRIPCIÓN EN EL MARCO DE  
LA LEY 24.557\***

*Luciana Alejandra Latino\*\**

**A) Introducción:**

La ley 24.557 ha sido criticada en numerosos aspectos, y muchas de las cuestiones ya han tenido definiciones de nuestro más Alto Tribunal<sup>1</sup>. Sin embargo, pocos han estudiado las falencias del artículo 44.

Reza el art. 44 de la Ley 24.557: *“Las acciones derivadas de esta ley prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada y, en todo caso, a los dos años desde el cese de la relación laboral”.*

El mismo presenta al intérprete dos problemas, uno de fondo, y otro, de forma.

En primer lugar, resulta difícil entender desde cuándo corre el plazo bianual en un sistema que propone prestaciones médicas y dinerarias. Sin embargo, esta cuestión no es motivo de nuestro trabajo.

Lo que nos preocupa, es la cuestión procesal. Es decir, cómo y dónde hacer valer el instituto de la prescripción.

Aclaremos que el presente es un análisis de la cuestión del sistema de la ley 24.557 tal como se encuentra redactada hoy, sin atender

---

\* Con relación a la beca que este colegio le ha otorgado, para realizar el curso de Especialización en Derecho Procesal en la Univ. del Salvador.

\*\* Auxiliar Letrada en Área de Defensoría Civil de San Isidro

<sup>1</sup> Fallos de la CSJN de Septiembre y Octubre de 2004 (CSJN, 07/08/04, “Castillo, Angel c/ Cerámica Alberdi S.A. y La Segunda ART” publicado en LL 2004 F, 132); CSJN, 21/09/04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, LL 2005 A, 230 y CSJN 26/10/04, “Milone, Juan A. c/ Asociart S.A ART”, LL 29/10/04, 4.



a las conclusiones de los fallos que lo han puesto en crisis. Es que la ley 24.557 continúa vigente, y si bien han aumentado considerablemente los casos que llegan a manos de la justicia, sustrayéndola de los organismos administrativos que designa el sistema especial, sucede que la mayoría de los infortunios laborales continúan resolviéndose bajo el marco administrativo que la ley estableciera.

## **B) Desarrollo:**

### **i) Marco teórico:**

Volviendo a la cuestión principal, recordamos que el artículo 44 recepta el instituto de la prescripción. Sin embargo, en el marco del sistema de la ley 24.557, no existen recursos u organismos para poner en práctica este instituto. Aquí el problema:

Ante la inacción del trabajador o sus derechohabientes, y habiendo transcurrido el plazo fatal de dos años, la ART o empleador autoasegurado, carece de elementos procesales explícitos para hacer valer el instituto en análisis.

Sucede que la ley 24.557 sólo dice que el deudor puede oponerse al pago haciendo valer el instituto. Sin embargo, no dice la ley en qué ámbito puede oponerse al progreso de la acción. En otras palabras: la Ley 24.557 no establece cómo se hace valer el instituto de la prescripción contenido en su art. 44.

No puede oponerla en un juicio, porque la LRT ha instaurado un procedimiento administrativo.

Tampoco puede oponerla en sede administrativa, ni ante las Comisiones Médicas, ni ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, porque los tribunales administrativos no están habilitados para decretar prescripta una acción.

Efectivamente, la SRT carece de competencia para decretar la prescripción del reclamo, de manera que interponer alguna excepción ante dicho organismo o efectuar alguna presentación resultaría a todas luces superfluo. Ningún artículo del sistema le otorga competencia en este aspecto.

Pero tampoco tienen competencia las Comisiones Médicas para decretar tal prescripción, puesto que se trata de una cuestión jurídica ajena a su saber, entender y jurisdicción (la competencia taxativa la dan los arts. 21 y 22 Ley 24.557 y arts. 10 y 11 Dec. 717/96).

El departamento de legales de la SRT tiene dicho: “...correspondería a las Comisiones Médicas resolver los asuntos sometidos a su consideración, en orden a su competencia, dejando constancia que las alegaciones sobre la presunta prescripción que se le formulen, deberá tener tratamiento en el ámbito judicial respectivo...”<sup>2</sup>.

En torno a la falta de competencia de las Comisiones Médicas para resolver asuntos jurídicos tales como la prescripción de los reclamos se ha dicho: “Al respecto, advierto que la jurisprudencia ha sostenido que cuando el art. 21 de la Ley 24.557 establece que las Comisiones Médicas serán las encargadas de determinar la naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad, ello no implica que los facultativos hayan de internarse en materias ajenas al ámbito propio de su título habilitante (conf. CFSS, sala III, Sent. 70.600 del 04/06/98 in re: “Treuer, Claudia Renata c/ Tribunal Fiscal de la Nación”, disidencia del Dr. Laclau); (Opinión del Fiscal de Cámara en Expte. N° 44.059/01, Sala III en autos: “Othaz, Olga E. c/ Consolidar ART S.A.”).

“Que en orden a que las Comisiones Médicas no están facultadas para expedirse acerca de posibles o eventuales prescripciones, cuestión privativa de los Tribunales (art. 46, punto 1, de la Ley 24.463), adhiero en este punto al voto del colega preopinante” (Del voto del Dr. Juan C. Poclava Lafuente, Sentencia 80.553 del 24/04/02 en autos: “Othaz, Olga E. c/ Consolidar ART S.A.”, aunque la negrita y el subrayado me pertenecen).

En aquel caso (“Othaz, Olga”), Consolidar ART S.A. interpuso la prescripción de la acción ante la Comisión Médica Jurisdiccional. Esta se declaró incompetente para resolver la cuestión de la prescripción, sólo resolviendo sobre el porcentaje de incapacidad generado por el

---

<sup>2</sup> Actuación SRT 15.305, Memorando Subgerencia de Asuntos Legales N° 653/02.

infortunio. De esa manera decretó una incapacidad que la ART se vio obligada a pagar pese al recurso interpuesto en atención a su carácter devolutivo.<sup>3</sup>

Llegado el expediente a la Comisión Médica Central, nuevamente la ART interpuso la excepción de prescripción (lógicamente no prevista en el Dec, 717/96 que regula el trámite ante las Comisiones Médicas). La Comisión Médica Central, acertadamente declinó tratamiento invocando las mismas razones que su predecesora. Nuevamente apelado el caso<sup>4</sup>, la Cámara sostuvo lo citado supra, argumentando -para estos supuestos- la competencia de los juzgados federales. La importancia de este pronunciamiento no sólo se centra en su correcta base argumental sino que constituye el único dictado sobre la cuestión.

La sala, en esa oportunidad, entendió que las Comisiones Médicas están inhabilitadas para pronunciarse sobre cuestiones eminentemente jurídicas. En consecuencia, dicha función se encuentra reservada a los tribunales<sup>5</sup>. Eso es innegable.

Pero como vimos en párrafos anteriores, el sistema de la LRT no determina cuál es el organismo encargado de resolver esta cuestión, ni cuál es el recaudo procesal a utilizar.

Es decir, la ley imagina supuestos de excepción que no necesitó plasmar expresamente. Resultó suficiente describir la competencia general de las Comisiones Médicas para resolver los aspectos médicos, reservando una alzada judicial -art. 46- para resguardar la garantía del “control razonable y suficiente”<sup>6</sup>. Para los casos no previstos, y en atención

---

<sup>3</sup> art. 29, Dec. 717/96 y Circular SRT 02/98.

<sup>4</sup> Art. 46 LRT.

<sup>5</sup> Para analizar esta posición, resulta ilustrativo remitirse al Mensaje de elevación del proyecto de la LRT -24.557- del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación -04/11/1994-, en el cual se expresa: “...En orden al procedimiento, la LRT impone como vía obligatoria dictámenes de carácter administrativo, a través del sistema de Comisiones Médicas previsto en el SIJP, reservando la alternativa judicial solo para casos de excepción. Con este mecanismo se procura: reducir costos, (utilizando una infraestructura ya creada para este fin específico), mejorar la calidad técnica de los dictámenes, estandarizar criterios (para todo el ámbito de la seguridad social), agilizar la gestión (cuestión clave a los efectos de la automatización) y liberar a la justicia

a la competencia taxativa de los organismos médicos, aparece necesaria la intervención judicial.

En síntesis, la LRT ha asignado competencia a las Comisiones Médicas en los asuntos donde se discute la naturaleza laboral del accidente o enfermedad, el porcentaje de las secuelas incapacitantes y todas los asuntos taxativamente prescriptos por los arts. 10 y 11 del Dec. 717/96. Por el contrario, con respecto al universo de posibilidades de conflicto que pueden aparecer en la interpretación del sistema, no ha dado una respuesta concreta.

En consecuencia, frente la cuestión de la prescripción, nos encontramos ante una situación fáctico jurídica derivada de un infortunio laboral que requiere un pronunciamiento de la justicia competente según el nuevo sistema de riesgos del trabajo. Insistimos: requiere un pronunciamiento judicial.

## ii) Marco racional: la solución:

### a) Acción declarativa de certeza:

En este orden de ideas, para hacer valer la prescripción, creemos que debe recurrirse a la acción declarativa de certeza prevista en el art. 322 del C.P.C.C.N.: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente (...)”. Precisamente, no existe otro remedio legal tal como se expusiera más arriba.

En consecuencia, ésta (la acción declarativa negativa<sup>7</sup>) es la única

---

de una tarea burocrática que obstaculiza su función y desjerarquiza su rol...”(cf. “Antecedentes Parlamentarios”, T° 1996-A, Ed. La Ley 1996, pág.410).

<sup>6</sup> CSJN de fecha 19/09/60, “Fernandez Arias c/ Poggio”, publicado en LL 100, 58.

<sup>7</sup> Ver Castiglione, Antonio V., “Acción meramente declarativa”, LL. 1991 C 733: “La acción mera-

vía posible para hacer cesar el estado de incertidumbre planteado. Son los tribunales quienes deben resolver la cuestión. Al no existir una vía expresamente definida por la legislación, la acción declarativa aparece como única respuesta.

Pero además, como la prescripción es un instituto de neto corte procesal que debe ser interpuesto en la primera oportunidad<sup>8</sup>, el desenvolvimiento de todo un trámite ante las CMs o ante la SRT (incompetentes para decretar la prescripción) llevaría a la ART o empleador autoasegurado a una falsa opción perjudicial: denunciar una prescripción que sólo será tratada al momento de llegar el expediente a la etapa judicial superior (sea por apelación conf. Art. 46 LRT o por Art. 83 Ley 20.091 y Res. SRT 10/97). Ante eso, deviene evidente el dispendio ante el progreso de la acción de prescripción planteada originariamente, pero RECIENTE resuelta en la alzada. Obsérvese que, en caso de opinar lo contrario, las SRT o las CM sólo intervendrían para declararse incompetentes, lo cual constituye un verdadero absurdo. De esta manera, y ante esta situación, la acción declarativa constituye la única opción posible.

Según Chiovenda el instituto es procedente en tanto el interés de accionar esté dado por una situación de hecho tal que el actor, sin la declaración judicial de certeza, sufriría un daño injusto, de modo que la declaración judicial se presenta como el modo necesario para evitar este daño<sup>9</sup>. En nuestro caso, el perjuicio para el actor está dado por la mantención de una reserva dada para afrontar el pago del siniestro, con las negativas consecuencias financieras y administrativas que ello acarrea.

Observemos entonces que en nuestro caso, los presupuestos de admisibilidad de la acción están cumplidos:

---

*mente declarativa es el medio de obtener directamente y únicamente la declaración por el Poder Judicial de que existe un derecho del actor (acción positiva), o de que no existe un derecho del demandado (acción declarativa negativa)".*

<sup>8</sup> Art. 3.962 C.C.

<sup>9</sup> CHIOVENDA, J., "Ensayos de derecho procesal civil", t. 1. p. 197, citado por Castiglione, Antonio V., "Acción meramente declarativa", LL. 1991 C 733.

- a) un estado de incertidumbre (se cumple pues la ART desconoce si finalmente deberá afrontar o no el siniestro);
- b) que dicha incertidumbre cause o determine un daño o lesión actual (pues ello le permite obtener ventajas financieras de la reserva de dinero);
- c) debe existir un interés jurídico que justifique esa declaración (pues necesita saber si da de baja su siniestro);
- d) que la sentencia declarativa a dictarse sirva a la eliminación de la incertidumbre o a la prevención del daño (ya que de esa manera da por finalizado el caso);
- e) que no se disponga de otro remedio legal para poner fin a ese estado de incertidumbre (toda vez que no puede interponer ningún recurso o acción ante los tribunales administrativos del sistema especial).

En consecuencia, ya sabemos que la prescripción sólo puede hacerse valer en sede judicial puesto que los organismos administrativos son incompetentes para la definición de dichas cuestiones. Asimismo, y ante la inexistencia de remedio expreso, sabemos que debemos recurrir a las previsiones del art. 322 C.P.C.N. Ahora bien, ¿cuándo debe interponerse esta acción/excepción?

El Art. 3.962 del Código Civil establece: *"La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla"*.

Bajo esta línea de razonamiento, creemos que la acción declarativa de certeza debe iniciarse dentro de los cinco días de recibida la intimación del trabajador o sus causahabientes para el cobro de la prestación (en tanto hubiese vencido el término bianual). Es decir, si vencido el plazo fatal de dos años, el trabajador decidiera instar la acción, la ART o empleador autoasegurado deberían iniciar la acción dentro de los cinco días de notificado.

¿Por qué cinco días? Pues porque ese el plazo para contestar

demanda en el proceso sumarísimo<sup>10</sup>. Está claro que ésta sería la interpretación más restrictiva porque en atención a las facultades del juez de definir el tipo de proceso, y en el caso que se incline por el ordinario, el plazo será de diez días (plazo para contestar demanda y oponer excepciones). Creemos que siendo iniciada la acción en el plazo de cinco días de intimada al pago, la ART cumple con el recaudo temporal, y no se expone a una interpretación sobre el tipo de trámite que pueda hacer caer la admisibilidad de la acción.

### **b) Competencia ¿federal u ordinaria?:**

La ley 24.557 recogió las enseñanzas de la hermana ley 24.241, hizo uso de las creadas Comisiones Médicas, y se inclinó por la competencia del fuero Federal de la Seguridad Social para erigirse comoalzada de los organismos administrativos.

Previo al fallo “Castillo”, parecía que una acción como la que planteamos debía interponerse ante los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social.

Del análisis de las leyes 24.241, 24.655, 24.557, 24.013 y 24.463, en lo pertinente, así como las que regulan el régimen básico del sistema de salud de naturaleza contributiva (leyes 23.660 y 23.661), surgía clara la voluntad del legislador de concentrar en este fuero el conocimiento de las causas que versen sobre la aplicación de normas de tal naturaleza<sup>11</sup>.

La Corte Nacional, en el año 1999, en un reclamo sistémico y directo efectuado por un trabajador contra su empleador en busca de las prestaciones dinerarias de la LRT en virtud de lo dispuesto por el art. 28.1, señaló que las cuestiones ajenas a la competencia de la Comisiones Médicas, debían ser definidas por los juzgados federales de 1º instancia de la seguridad social<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 498, inc. 3 CPCCN.

<sup>11</sup> Ver dictamen fiscal, Sentencia N° 62.003, Sala I CFSS, “CNA ART S.A. c/ LACASA, Teresa Noemí y otros s/ Acción Meramente Declarativa”, Expte. 29.053/03.

En otro precedente, del año 2003, al resolver una cuestión de competencia en un caso donde se debatían cuestiones vinculadas y afines a la Ley 24.557 -pero ajenas a la competencia exclusiva de las Comisiones Médicas- la CSJN se pronunció a favor de la Competencia del Fuero Federal de la Seguridad Social<sup>13</sup>.

Pero más allá de los precedentes judiciales, lo cierto es que el fuero de la Seguridad Social aparece como competente por su especialidad. En efecto, la Ley 24.557 se encuentra inmersa dentro del mundo de la seguridad social<sup>14</sup> lo que lleva necesariamente a asignarle competencia al fuero previsional para el tratamiento de cuestiones como las del caso<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Fallos: 322:1221, in re: “Torres, Martín Alejandro c/ Carrascosa, Aldo”.

<sup>13</sup> C.S.J.N., 04/07/2003, “Mapfre ART S.A. C/ Superintendencia de Riesgos del Trabajo”, publicado en Lexis Nexis Laboral.

<sup>14</sup> Resulta clarificador remitirse al Mensaje de elevación del proyecto de la LRT del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación -04/11/1994-, en el cual, en su punto IX se expresa: “Según surge de los lineamientos generales expuestos, la LRT se inserta como un subsistema de la seguridad social que se integra armónicamente y complementariamente con otros institutos -fundamentalmente la legislación de higiene y seguridad en el trabajo y el sistema de jubilaciones y pensiones- con el objeto de proveer al trabajador una protección integral frente a los riesgos del trabajo...”. Asimismo, se enfatizó: “...En orden al procedimiento, la LRT impone como vía obligatoria dictámenes de carácter administrativo, a través del sistema de Comisiones Médicas previsto en el SIJP, reservando la alternativa judicial solo para casos de excepción. Con este mecanismo se procura: reducir costos, (utilizando una infraestructura ya creada para este fin específico), mejorar la calidad técnica de los dictámenes, estandarizar criterios (para todo el ámbito de la seguridad social) agilizar la gestión (cuestión clave a los efectos de la automatización) y liberar a la justicia de una tarea burocrática que obstaculiza su función y desjerarquiza su rol...”(cf. “Antecedentes Parlamentarios”, Tº 1966-A, Ed. La Ley 1966, pag.410). En el mismo sentido, el Dec. 334/96 que reglamentó algunos aspectos de la LRT, en sus considerandos expresa: “Que el sistema de prevención y reparación de infortunio laborales que se implementa a partir de la vigencia de la Ley, congruentemente con el proceso de modernización de las normas que regulan el mundo del trabajo, es parte del Sistema de Seguridad Social...”.

<sup>15</sup> Asimismo, en otro precedente -ya transcrito pero vale la pena recordar- (“Liberty ART S.A. c/ Ayala Delgado, C”, de fecha 30/06/03), la Sala I de la CFSS, refiriéndose a la competencia judicial que cabe asignar para cuestiones en que se encuentren involucrados aspectos del sistema de riesgos del trabajo expreso que: “Concordante con ello, se ha resuelto que corresponde adjudicar potestad jurisdiccional para resolver la contienda a la justicia federal de 1º instancia de la Seguridad Social, cuando la cuestión en debate resulta vinculada con aspectos que hacen a nuestro sistema de cobertura de riesgos sociales y previsionales, y por estar en discu-



Sin embargo, las conclusiones precedentes parecieron perder fuerza a raíz del dictado del fallo “Castillo”<sup>16</sup>.

En “Castillo”, la Corte Nacional decretó la inconstitucionalidad del art. 46 de la ley 24.557. En dicho precedente, la actora había planteado la inconstitucionalidad de la competencia federal, iniciando una demanda en procura de las prestaciones dinerarias de la LRT en sede de la justicia ordinaria de Mendoza. El Tribunal de 1º instancia en forma previa, decretó la tacha constitucional, fallo que fue confirmado por el Supremo Tribunal de Mendoza y por la misma Corte Nacional.

Creemos que en casos donde se plantea la inconstitucionalidad del sistema, los jueces se encuentran habilitados a seguir “Castillo”.

Sin embargo, la situación que planteamos en este trabajo es harto diferente. Vía acción declarativa, se pretende la aplicación del sistema de la LRT sin cuestionamientos constitucionales. Es decir, el actor está conforme con el sistema, y no pretende tacharlo, sino aprovecharse del mismo.

En consecuencia creemos, más allá de los recientes fallos de la C.S.J.N. que han admitido la declaración oficiosa de inconstitucionalidad<sup>17</sup>, que en casos como el que planteamos, no puede desconocerse la competencia federal.

Sucede que las bases fácticas de “Castillo” son diferentes a las de

---

*sión la existencia o no de una contribución referida a nuestro amplio sistema de seguridad social que, al presente, engloba cuestiones que hacen al régimen de previsión social (ley 24.241), cobertura frente al desempleo (ley 24.013), Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557) y Ley de Obras Sociales (ley 23.660); sin que ello agote el amplio campo de competencia que, a su vez, dimana de lo preceptuado por el art. 14 bis de la Ley Fundamental ...” (“Banco Europeo para América Latina -BEAL- c/ Obra Social Bancaria Argentina”, 25/08/1998, SI 47.628, CFSS, Sala II; en Lexis Nexis Laboral, Seguridad Social, N° 12, 2003). Y sin ánimo de fatigar con citas, recordemos que en un caso donde se solicitó el dictado de una medida cautelar a los efectos la justicia suspenda la aplicación de la Res. SRT 490/03, el Juzgado Federal de 1º Instancia de la Seguridad Social N° 5 se declaró competente para entender en las actuaciones haciendo lugar a la medida solicitada (20/11/03, “Prevención ART S.A. c/ SRT”, Causa 31.690/03, JFSS N° 5).*

<sup>16</sup> CSJN, 07/08/04, “Castillo, Angel c/ Cerámica Alberdi S.A. y La Segunda ART”, LL 2004 F, 132.

<sup>17</sup> CSJN 19/08/04, in re “Banco Comercial de Finanzas S.A. en liquidación”, LL 2005 F 453.

nuestro caso. En aquél, el actor rechazaba la jurisdicción federal; en este, el accionante la pretende.

Es que incluso las circunstancias difieren con “Banco Comercial de Finanzas”. En éste, la norma inconstitucional afectaba derechos de los litigantes; en nuestro caso, no se advierte que la jurisdicción federal perjudique a los litigantes que no muestren reparos o planteos constitucionales.

Por ello creemos que, si no hay planteo de inconstitucionalidad, la jurisdicción federal continúa vigente en el sistema de la LRT y allí debería interponerse una acción como la que sugerimos<sup>18</sup>.

### C) Conclusiones:

Por todo lo expuesto creemos que ante el vencimiento del plazo bianual prescripto en el art. 44 de la ley 24.557, frente a la falta de especificación del texto legal con respecto al ámbito de aplicación del instituto, la ART o empleador autoasegurado no puede hacer valer la prescripción en sede administrativa en virtud de que los organismos del sistema especial carecen de facultades para decidir este tipo de cuestiones.

En consecuencia, para los casos no previstos como el presente, y en atención a la competencia taxativa otorgada por la ley a los organismos médicos -arts. 10 y 11 del Dec. 717/96-, la intervención judicial se torna indispensable.

Ante ello, la **acción declarativa de certeza** conforme el art. 322 C.P.C.C.N. se presenta como la única vía legal idónea para el progreso de la prescripción, en tanto y en cuanto, permite cesar con el estado de incertidumbre planteado, cuya prolongación en el tiempo, con palabras de Chiovenda “provocaría un daño injusto”.

Por último, en lo que a la competencia concierne, sin perjuicio de los precedentes jurisprudenciales registrados en torno a la inconstitucionalidad

---

<sup>18</sup> De hecho, son innumerables las causas vía apelación a los dictámenes de CM por infortunos laborales que recibe y resuelve la CFSS. En este sentido ver Scia. Interlocutoria 92.397 del 11/07/06, sala III, “Godoy, Roberto c/ Omega ART S.A.”.



lidad del sistema, en la presente problemática corresponderá entender a los juzgados federales de 1º instancia de la Seguridad Social. En primer lugar, por la especialidad de la cuestión y en segundo lugar porque el actor está conforme con el sistema, no pretende tacharlo, sino aprovecharse del mismo. Por lo tanto, no mediando planteo de inconstitucionalidad alguno, la jurisdicción federal continúa vigente en el sistema de la LRT, y allí deberá interponerse una acción como la sugerida, toda vez que se verifican todos y cada uno de los presupuestos de admisibilidad de la acción, en especial, la inexistencia de otro remedio legal hábil.

#### **Bibliografía consultada:**

- **CASTIGLIONE, Antonio V.**, *“Acción meramente declarativa”*, LL. 1991 C 733.
- **DE DIEGO, Julián Arturo**, *“Manual de Riesgos del Trabajo”*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 4º edición actualizada, 2003.
- **MORELLO, Augusto M.**, *“Las posibilidades de la acción meramente declarativa”*, LL Patagonia 2004 (agosto), 441.
- **NAVARRINE, Susana Camila**, *“La acción declarativa y sus efectos suspensivos en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema”*, LL 2006 A, 1285.
- **PALACIO, Lino Enrique**, *“Manual de Derecho Procesal Civil”*, Abeledo Perrot, 13º edición, 1997.

Fallos y demás artículos citados en las notas al pie

#### **TRANSACCIÓN. Acuerdo celebrado con posterioridad al dictado de la sentencia (firme). Homologación. Ejecutabilidad.**

En esta interesantísima sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza la Magistrada de primer voto Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci resuelve con su habitual versación un tema que no es extraño a la tramitación de procesos controvertidos. Nos ha parecido de gran utilidad para los colegas el exhaustivo tratamiento del tema y la solución criteriosa a la que arriba la distinguida Magistrada, sin mengua del sólido fundamento jurídico que la sustenta, que la torna doblemente valiosa.

Autos: ÁVALOS, Víctor A. c/ MANCUSO, Natalio \*

Mendoza, abril 4 de 2002.

1ª ¿Es procedente el recurso interpuesto? 2ª En su caso, ¿qué solución corresponde? 3ª Costas.

1ª cuestión.- La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

#### **I. Plataforma fáctica**

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes.

1. En octubre de 1980 Víctor Abalos, en autos N° 78.723 originarios del Cuarto Juzgado Civil, interpuso demanda por resolución de contrato contra Natalio Mancuso. El 26/8/1991 la Primera Cámara de

---

\* También publicado en LLGran Cuyo 2002, 377.

Apelaciones confirmó en todas sus partes la sentencia dictada por el juez de primera instancia que hizo lugar a la demanda y declaró resuelto el contrato celebrado entre las partes en 30/8/1979 y condenó al demandado a restituir al actor: a) el inmueble objeto del convenio; b) los accesorios detallados a fs. 28/31; c) los frutos percibidos o que hubiese podido producir el inmueble referido desde el 30/8/1979, con deducción de los gastos de cultivo, cosecha y extracción, cuyo valor sería determinado por el procedimiento establecido en el 273 inc. 3°. Por otro lado, dispuso que el actor restituyese al demandado la parte del precio recibida, consistente en el 61,538462% del valor del inmueble y accesorios objeto de la venta resuelta, valor que sería determinado con base en las pruebas que podrán ofrecer las partes en la etapa de ejecución de esa sentencia. En ese expediente, actuó con el carácter de tercerista coadyuvante, La Favorita SA, para quien el comprador Mancuso había manifestado comprar. Esa empresa formó parte del llamado "grupo Greco", luego intervenido por el Estado Nacional. Respecto de esta entidad el tribunal dijo que "como el actor no pidió la condena en su contra, el principio de congruencia impide que el tercero sea condenado so pena de fallar más allá de lo pedido. La sentencia no será ejecutable en su contra, pero le será oponible; el tercero no podrá eludir los efectos reflejos del decisorio y en un futuro proceso dicha sentencia tendrá en su contra los efectos de la cosa juzgada".

A fs. 723 de esos autos compareció el abogado del demandado e informó al tribunal que como consecuencia de la sentencia dictada en autos, el 4/3/1993 celebró en la ciudad de Bs. As, con el Gobierno Nacional, un acta-acuerdo, que acompañó en original. Con el fin de homologar el referido acta-acuerdo solicitó se notificase a Fernando Calvo (representante del gobierno nacional) en el domicilio que da cuenta dicho convenio a fin de que reconociera firma y contenido.

Conforme el documento acompañado, al acta-acuerdo referida comparecieron: Fernando Calvo, en representación del Estado Nacional y de La Favorita S.A. y como miembro ejecutivo de la comisión "ad hoc", autoridad de aplicación del decreto 1444/87; Augusto Hernández, en representación de Natalio Mancuso, y Aníbal Abalos en representación de Víctor Alberto Abalos. Las partes declaran que "Con

la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia firme dictada a fs. 551/565 de los autos 78.723 en los cuales tuvieron intervención como parte La Favorita S.A. y la sindicatura oficial ley 22.364, y teniendo en cuenta que dicho pronunciamiento judicial declaró resuelta la compraventa inmobiliaria y dispuso la restitución al actor del inmueble y de los accesorios detallados en el inventario corriente a fs. 28/31 de los mencionados autos, y también la restitución de los frutos percibidos o dejados de percibir desde el 20/8/1979, acordaron que, el representante del Estado Nacional y de La Favorita S.A. se obligaba a restituir al actor el inmueble referido, libre de ocupantes y con los accesorios que se hayan en él (a la fecha de propiedad de La Favorita S.A.); también se entregarán al actor en el plazo de 30 días el resto de los bienes accesorios detallados en el inventario que se encuentren en poder de alguna de las sociedades administradas comprendidas en el régimen de las leyes 22.229 y 22.334 y/o que hayan sido entregados a terceros, salvo los que hayan sido a título de venta". Por su parte, Abalos y Mancuso renunciaron a todo reclamo que pudiesen realizar al Estado Nacional por los frutos percibidos o dejados de percibir desde la vigencia de las leyes 22.229 y 22.334 y lo liberaron en forma expresa de toda responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del estado actual del inmueble; el Estado Nacional asumió la obligación de cancelar todos los impuestos, tasas, derechos, etc. adeudados por el inmueble hasta la fecha de entrega de la posesión y se obligó a liberar al actor, o a quien lo sucede en el inmueble, de toda responsabilidad laboral del personal que trabaje en ese inmueble, debiendo denunciar o rescindir los vínculos laborales existentes antes de la restitución de la posesión. También se comprometió a realizar todos los actos necesarios para que la resolución de la compraventa y la restitución de la posesión del inmueble operen plenos efectos registrales, o sea, para que la titularidad del dominio se retrotraiga en cabeza de Abalos. El miembro ejecutivo fijó domicilio especial en Avda. Julio A. Roca 651, subsuelo, de Capital Federal y el actor y demandado en un inmueble de la ciudad de Mendoza en forma conjunta. Se sometieron a la jurisdicción de los tribunales federales.

A fs. 724 el juez citó a Calvo a ratificar la firma inserta. A fs. 735 obra misiva remitida por el Ministerio de Economía, firmada por

Fernando Calvo, dirigida al Juez titular del Cuarto Juzgado Civil en la que expresamente dice: "El convenio objeto de análisis es el suscrito por el Estado Nacional (representado por este firmante en la oportunidad) y Augusto Hernández y Aníbal Abalos con fecha 4/3/1993. Al respecto, ratifico que las dos firmas insertas en dicho documento debajo de las cuales figura un sello que reza "Fernando Calvo, miembro ejecutivo comisión "ad hoc" autoridad de aplicación leyes 22.229 y 22.334" son de mi autoría. Habiendo dado cumplimiento a la requisitoria efectuada se reenvían estos actuados a los efectos que pudieran corresponder".

A fs. 736 comparecieron Aníbal Ábalos, por Víctor Alberto Abalos, y Augusto Hernández, por Natalio Mancuso y dijeron que "Reconocían íntegramente el contenido y firma inserta en la denominada acta-acuerdo por lo que solicitaban que oportunamente, y luego de igual trámite a cumplir por Fernando Calvo se homologue ese acta-acuerdo".

A fs. 738 se corrió vista al Ministerio público quien no tuvo observaciones que formular a lo solicitado. A fs. 740, el 29/2/2000, el tribunal homologó el convenio celebrado por las partes. El auto de fs. 740 fue notificado a Fernando Calvo en el domicilio especial constituido en ese convenio en la Capital Federal, con la transcripción de la parte resolutive de la decisión.

2. El 11/8/2000, Jorge H. Sánchez, cesionario de los derechos que el acta-acuerdo otorgaba a Víctor Abalos inició "incidente de ejecución de sentencia" en autos N° 109.651 originarios del Cuarto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas. Invocó el acta acuerdo y su homologación. Dijo que el tribunal era competente para entender en la causa en tanto se ejecutaba un acta acuerdo homologada judicialmente que proviene de una sentencia firme dictada en autos, razón por la cual se está frente al típico trámite de ejecución de sentencia; por otra parte, de acuerdo a lo dispuesto por la fiscal y el juez interviniente en el expediente 2901/2000 tramitado ante el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial federal N° 9 resultaba incompetente el juez federal, sosteniendo la competencia del juez que dictó la sentencia y la homologación del acuerdo. Sostuvo que el convenio había sido parcialmente incumplido

por el Estado Nacional en tanto no había entregado el resto de los bienes accesorios detallados en el inventario, los que individualizó.

3. A fs. 241/248 el cesionario solicitó como diligencia preliminar que la demandada exhibiese las cosas muebles individualizadas y, en caso de no poseerlas, demostrar documentalmente su venta anterior al 4/3/1993.

4. A fs. 249 el juez resolvió "Intimar al Estado Nacional y a La Favorita S.A. bajo intervención según leyes 22.229 y 22.334 para que en el plazo de veinte días de notificados procedan a exhibir los bienes accesorios detallados en el inventario de fs. 28/31 del expediente 78.723, o en su defecto denuncien el lugar donde se encuentran, o en el supuesto de haber sido transferidos a título oneroso con anterioridad al 4/3/1993, adjunte los instrumentos respectivos". Esa decisión fue notificada al Estado Nacional y a La Favorita S.A. en el domicilio constituido en el convenio.

5. A fs. 256 compareció Nancy I. Jara por el Estado Nacional, constituyó domicilio procesal y opuso la defensa de "falsedad de la ejecutoria". Dijo que se resistía a esa ejecución pues el Estado Nacional había intervenido en el proceso sólo como tercero interesado, por lo que resulta "res inter alios acta" en la sentencia recaída, no alcanzándole los efectos de la cosa juzgada. Dijo también que el convenio celebrado por el Estado Nacional no fue motivo de controversia judicial previa entre las partes; que ese convenio fue posterior a la sentencia por lo que no puede darse el supuesto de transacción, que requiere la existencia de un litigio. Negó que en este proceso exista obligación a su cargo y, a todo evento, destacó que si la actora desea efectuar algún reclamo contra el Estado Nacional debe ocurrir por la vía que corresponda y radicar la misma ante el fuero federal.

6. A fs. 260/265 vta. la actora-cesionaria contestó las excepciones

opuestas. A fs. 291 solicitó ampliación de la demanda de ejecución de sentencia haciéndose lugar a la petición a fs. 292. Después de diversas incidencias procesales, a fs. 342/344 el tribunal resolvió "mandar seguir presente la ejecución adelante promovida por Jorge H. Sánchez a fs. 193/225, ampliada a fs. 291", desestimando la excepción interpuesta a fs. 256 y vta. por el Estado Nacional. Apeló el Estado Nacional.

7. La Primera Cámara de Apelaciones confirmó la decisión, con estos argumentos:

a) La Cámara no puede ni debe expedirse sobre cuestiones no expuestas ni controvertidas en primera instancia. Ante esta alzada se afirma por primera vez que debió accionarse por cumplimiento o incumplimiento de contrato y que la defensa opuesta obedeció a que no fue posible conocer el expediente y el trámite pues la cédula no menciona el artículo del Cód. Procesal Civil ni se acompaña escrito o resolución alguna. En consecuencia el tribunal no atenderá este planteo.

b) La excepción de falsedad opuesta con fundamento en que por ser posterior a la sentencia no existía controversia ni por ende transacción y, además, debía radicarse en la justicia federal, es insuficiente si, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, no se niega la deuda pretendida. El recurrente no niega la deuda y no deja de reconocer que, incluso, ha satisfecho en parte el convenio. Si reconoce la deuda y se la cumple sólo parcialmente, no puede pretenderse que le cause perjuicio que la ejecución tramite en la justicia provincial y no ante la federal. No se acredita que los resultados sean distintos ni concretamente cuál es el perjuicio o daño que se le está ocasionando. Se suma a lo expuesto, que la justicia federal declinó la competencia para la ejecución. Si hipotéticamente hubiese perjuicios, debe demostrarse que los supuestos daños son posteriores a que se aceptara el convenio del 4/3/1993. Es realmente insólito apuntar que por el exiguo tiempo se interpuso sólo la excepción que se desestima. Pudo defenderse y lo hizo. Además, el Estado Nacional no puede desdecirse, contradiciendo el acuerdo que en su representación se celebrara.

c) ¿Se está ante una homologación judicial de cuestión litigiosa

que puede ser transigida?. El art. 85 del Cód. Procesal Civil dice que toda cuestión en litigio puede ser transigida y homologada y tiene los mismos efectos que los acuerdos conciliatorios. A su vez, el art. 84 dice que la conciliación tiene autoridad de cosa juzgada y se procede a su cumplimiento como si fuera una sentencia. En el caso, el acta-acuerdo fue posterior a la sentencia; al haber pronunciamiento, habría cesado la litigiosidad por lo que, en principio, sería impropio pensar que se trata de una transacción. Se dice sería impropio, porque hay aspectos que no permiten desplazar la transacción lisa y llanamente. Al dictarse el fallo, se dispuso la restitución a Ábalos de la finca, los accesorios, y los frutos percibidos y dejados de percibir; éste, debía devolver la suma obtenida como pago parcial por la finca; además, la determinación de esos valores debía establecerse conforme el art. 273 inc. 3° del Cód. Procesal Civil y las pruebas que pudiesen presentar las partes. Como se advierte, el fallo fija pautas a seguir; se debe dirimir o fijar valores lo que implica la probabilidad de que respecto de ellos se dieran conflictos o litigios. Por ello, no es "contra legis", que para evitar proseguir con las controversias, todos suscribieran el acta-convenio homologada, precisamente para cumplir la sentencia sin hacer planteo alguno. El Estado, incluso, ha cumplido con parte de las obligaciones al entregar el inmueble, aspecto que expresamente se establece en el acta-acuerdo y que se hace constar en el acta notarial de restitución a Víctor Ábalos. Más aún, si no hubo transacción, el acto valdrá como una renuncia de derecho (art. 868 del Cód. Civil).

d) Por otra parte, cualquiera sea el instituto que se aplique, se está ante un convenio celebrado que ha sido homologado por el tribunal de primera instancia y en el que no estuvo ausente la aceptación del Estado Nacional. El mismo es válido (ver J.A. 1963-III-345).

e) Al margen de que no fue planteado en primera instancia, es impropio que el Estado adopte una actitud que se contradice con sus propios actos. Si tuvo ocasión de excepcionar, debió hacerlo en primera instancia, sin perjuicio que su defensa sea inaceptable.

## II. Los motivos de la casación deducida

El Estado Nacional-Ministerio de Economía denuncia: omisión de

aplicación de los arts. 832, 834, 838 y conchs. del Código Civil; errónea interpretación del art. 865 del mismo cuerpo legal, y errónea interpretación y aplicación de los arts. 85, 84 y 275 del Cód. Procesal Civil. Argumenta del siguiente modo:

#### 1. Errónea interpretación del art. 275 del Cód. Procesal Civil

El art. 275 del Cód. Procesal Civil prevé la defensa de falsedad de la ejecutoria cuando, como en el caso, el título con el que se pretende abrir la etapa de ejecución de sentencia no es ni título ni tiene ejecutoria, pues no es la sentencia recaída en autos sino un acto posterior a la misma, un convenio extrajudicial, al que se endilgó naturaleza de transacción y se homologó para crear un título executorio que no existía.

Podetti enseña que la excepción de falsedad se refiere específica y concretamente a la ejecutoria; es decir a la facultad de ejecutar que surge de una sentencia inimpugnable; que puede fundarse en que la sentencia es falsa y en falta de requisitos esenciales para que sea hábil.

En autos no se da el recaudo de la sentencia firme puesto que como esa misma sentencia lo afirma no puede ser ejecutoriada contra el Estado Nacional en razón de su condición de tercero coadyuvante voluntario; tampoco puede serlo el convenio, por ser posterior a esa sentencia.

El Estado Nacional no contradice la teoría de los actos propios porque no ha desconocido la firma del convenio; lo único que ha negado es que constituya título hábil o executorio en este proceso. Por eso, se equivoca el tribunal cuando afirma, en contra de la inteligencia y contenido de la excepción de falsedad contemplada en el art. 275 del Cód. Procesal Civil, que los daños debían ser posteriores al convenio.

#### 2. Errónea interpretación de los arts. 84 y 85 del Cód. Procesal Civil

El tribunal interpreta que el convenio extrajudicial celebrado confi-

gura una transacción; si bien en una primera aproximación afirma que es impropio hablar de una transacción desde que había cesado la litigiosidad en razón de la existencia de una sentencia previa, luego se aparta de la correcta hermenéutica cuando afirma que existía litigiosidad con posterioridad a la sentencia definitiva.

El art. 84 debe interpretarse en función del art. 83; en consecuencia, sólo procede la conciliación cuando existen cuestiones litigiosas y antes de dictarse el fallo. También el art. 85 declara procedente la transacción cuando existe cuestión en litigio, lo que no sucede luego de recaída la sentencia. El tribunal no advierte que la transacción está contemplada en el Código Procesal dentro del capítulo que regula los actos procesales que ponen o pueden poner fin al proceso, es decir que sustituyen a la sentencia. O sea, no son posteriores a la sentencia sino que, como ella, pueden poner fin al proceso. Así lo dice el codificador en las notas a los arts. 84 y 85 cuando afirma que estos acuerdos hacen innecesaria la sentencia. También en el Código Civil se regula la transacción refiriéndose a los derechos litigiosos, que dejan de ser tales, cuando existe sentencia firme.

El tribunal ha permitido que un acuerdo posterior suplante una sentencia firme desplazándola, generando un verdadero caos jurídico, al que no ha escapado el Estado Nacional sujeto a una sorpresiva y definitiva ejecución que no podía ejecutarse contra él por mandato de una sentencia ahora devenida ineficaz.

#### 3. Errónea aplicación del art. 832 del Código Civil

Las transacciones son acuerdos extintivos de obligaciones litigiosas y dudosas. La doctrina es coincidente en que recaída sentencia en juicio, no hay más litigio. De allí que la transacción que pone fin al pleito tiene los efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y su cumplimiento puede hacerse efectivo por el procedimiento de ejecución de sentencia. Por el contrario, la transacción extrajudicial está regida por las normas del contrato y sólo da acción para exigir su cumplimiento en juicio ordinario, salvo que el instrumento en el cual se hubiese documentado tenga fuerza ejecutiva. El tribunal al no aplicar el



art. 838 manda seguir adelante la ejecución en un proceso en el cual el Estado no podía ser ejecutado, y ello en virtud de un título ejecutorio falso impidiendo al Estado Nacional discutir ampliamente la interpretación de todas las cláusulas, en especial el verdadero contenido de la obligación de dar cosas indeterminadas que aquí se pretende ejecutar. Subsidiariamente se plantea que el título que se pretende hábil no se firmó ante el tribunal (art. 85 inc. 2° del Cód. Procesal Civil) y que la improcedente homologación no fue solicitada por el Estado.

En la nota al art. 275 Podetti explica que al disponerse se libre mandamiento de ejecución se ordenará se cite al deudor para defensa. Pero si se omitiera hacerlo, igualmente correrá el plazo desde la fecha del requerimiento de pagar o de cumplir la obligación. Es decir, el a quo no podía obviar se requiriese de pago al Estado Nacional. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta provincia que entiende que los presupuestos de procedibilidad actúan a manera de defensa, tal lo que sucede si el fallo no se hubiese ejecutoriado, o no hubiese transcurrido el plazo de cumplimiento, etc. El Estado Nacional nunca ha podido contradecir la inteligencia que el cesionario Sánchez otorga a las cláusulas del convenio que aquí se ejecuta, pues en realidad la obligación que surge de dicha acta respecto de las cosas muebles que pretende le sea entregada es otra. El Estado niega terminantemente que se trate de todas aquellas cosas requeridas por el ejecutante; pero además, el convenio o acta acuerdo del que Sánchez es cesionario es nulo, porque fue celebrado por Aníbal Abalos en representación de Víctor Abalos sin tener poder suficiente para tal fin. Sabido es que para transigir se necesita poder especial, tal como lo ordena el art. 839. Este vicio que afecta la esencia de la transacción coloca al Estado como obligado a cumplir con Sánchez sin poder oponer la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte de Víctor Abalos o Sánchez; y, además, como Víctor Abalos no firmó el acuerdo, ningún derecho tenía ni nada podía cederle a Sánchez, por lo que tampoco le asiste a Sánchez ningún derecho ya que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso del que tiene.

El tribunal cita como fundamento de su decisión una jurisprudencia publicada en J.A. 1963-III-345, pero la misma no es de aplicación al "sublite", pues además de haber recaído en un juicio laboral cuyo pro-

ceso se atiene a otras reglas procesales, se había efectuado pendiente un recurso de aclaratoria, lo que significa que la sentencia aún no había sido consentida por las partes, no era inimpugnable.

### **III. Algunas reglas que dominan el recurso de casación en la provincia de Mendoza**

1. Esta Sala resuelve de modo constante que, conforme lo disponen los incs. 3 y 4 del art. 161 del Cód. Procesal Civil y su nota, es imprescindible que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a las pretensiones del recurrente; consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (LS 67-227; LA 86-153; 98-197). En otros términos, la sola afirmación de una tesis jurídica no basta para configurar un agravio reparable por casación, desde que es absolutamente necesario la demostración del error de interpretación atribuido, a fin de que los argumentos de la queja alcancen la entidad requerida por el Cód. Procesal Civil (LS 127-1; 105-432; 147-442; 156-214).

2. Por aplicación del mismo texto legal, la procedencia formal del recurso de casación exige atacar todos y cada uno de los argumentos decisivos en los que se funda la sentencia recurrida, pues el hecho de que exista algún razonamiento jurídicamente equivocado no lleva inexorablemente a que la sentencia deba ser casada, si ésta se funda en otros razonables que se mantienen en pie por no existir agravios o queja contra ellos (Ver LS 261-383, 285-307, 289-335, 297-253).

### **IV. La aplicación de estas reglas al sublite**

#### **1. Síntesis de los agravios**

En definitiva, el Estado Nacional afirma que el trámite de ejecución de sentencia es improcedente porque:

a) En autos no existe una transacción, desde que por haberse dic-

tado previamente sentencia, no existía el recaudo de las cuestiones "litigiosas" (errónea aplicación de los arts. 832 y concs, del Cód. Civil y 83, 84 y 85 del Cód. Procesal Civil).

b) Consecuentemente, es procedente la excepción de falsedad de la ejecutoria, pues se ejecuta un acuerdo posterior a la sentencia contra quien la sentencia no era ejecutable, sin haberle dado oportunidad de defensa.

## 2. La "litigiosidad", requisito de la transacción

a) Coincidencias y discrepancias entre la sentencia impugnada y los agravios del recurrente

La decisión recurrida admite expresamente que -como regla- el dictado de la sentencia elimina el carácter "litigioso" de los derechos, uno de los presupuestos de toda transacción. La regla aceptada reconoce vieja prosapia y está fuera de discusión (Compulsar Butera, A., *Delle transazioni*, Torino, ed. Utet, 1933, p. 3; Rotondi, Enrico, *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, ed. Giuffrè, 1993, p. 2); consecuentemente, en principio, con posterioridad a la sentencia, las partes no "transan" propiamente, sino que se ponen de acuerdo sobre cómo ejecutarán la sentencia, al modo previsto por el art. 511 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (Compulsar Palacio-Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 1993, t. 7, p. 57).

Las discrepancias entre sentenciante y recurrente residen en que mientras el impugnante afirma el carácter absoluto de la regla (o sea, nunca habría transacción después del dictado de la sentencia), el tribunal argumenta sobre las especiales circunstancias de este expediente y señala que, en el caso, la sentencia no suprimió totalmente el conflicto porque dejó para la etapa de ejecución de sentencia cuestiones altamente conflictivas, como fueron, la entrega de los accesorios del inmueble o la estimación de su valor en el caso que fuese imposible la entrega en especie, y la determinación de los frutos del inmueble percibidos por el adquirente o que pudo haber percibido desde 1979, con deducción de los gastos para producirlos.

b) Defecto formal en la interposición del recurso

El recurrente no ataca suficientemente esta última conclusión. Se abroquela en la regla (la sentencia elimina la conflictividad), pero nada dice sobre la efectiva permanencia del conflicto en los aspectos señalados por el tribunal.

Por aplicación de los principios procesales que presiden la casación antes reseñados, este defecto de fundamentación basta para rechazar el recurso de casación, desde que el impugnante deja sin atacar un argumento decisivo de la sentencia que permite fundar su validez, mantenerse en pie, con independencia del acierto o error de otros razonamientos.

c) La improcedencia sustancial del agravio

De cualquier modo, una cuidadosa lectura del acta-acuerdo y de las constancias de la causa posteriores a su celebración me convencen de la sinrazón de la queja. Explicaré por qué, al solo efecto de dar respuesta al Estado Nacional en las cuestiones estrictamente casatorias planteadas, y con el deliberado propósito de intentar disminuir su inculcable desconfianza en la Justicia provincial.

- La palabra transacción proviene de "transigere" y este vocablo deriva de "trans" y "agere", o sea, conducir, llevar más allá, superar. Ahora bien, en el lenguaje técnico jurídico, ese superar se refiere a la eliminación de la incertidumbre, la duda, el conflicto de intereses (Santoro-Passarelli, Francesco, *La transazione*, 2º ed., Napoli, ed. Jovene, 1986, p. 4; Palmieri, Antonio *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, ed. Giuffrè, 2000, p. 8).

En consonancia con la etimología de la palabra, la opinión doctrinal mayoritaria afirma que se trata de un instituto que extingue una situación de incertidumbre ("res dubia"), o de conflicto (según cual sea la posición que se asuma) y, consecuentemente, la transacción genera un estado de certeza o de pacificación (Compagnucci de Caso, Rubén, *La "res dubia" como motivación totalizadora de la transacción*, ED 85-859 y sigs.; Gagliardo, Mariano, *La transacción y su operatividad*, ED 167-275. Para las dos alternativas y las críticas al concepto de "res dubia", ver, Gullón Ballesteros, *La transacción*, Madrid, ed. Instituto

Nacional de Estudios jurídicos, 1964, p. 12 y sigs.; Peláez, Francisco, La transacción. Su eficacia procesal, Barcelona, ed. Bosch, 1987, p. 12 y sigs.; Carresi, La transazione, Torino, ed. Utet, 1966, p. 6 y sigs.).

En el caso, como lo señala el tribunal a quo, aún después de la sentencia, el conflicto de intereses subsistía; era necesario, en la etapa de ejecución de sentencia, solucionar una serie de cuestiones que normalmente no son pacíficamente resueltas; por el contrario, son los típicos casos en que la ejecución suele insumir muchos más años que el dictado de la sentencia. Pues bien, el acta acuerdo superó esos puntos litigiosos estableciendo cómo se cumplirían las prestaciones cuyo contenido y extensión la sentencia había dejado abiertos y para ser resueltos en la etapa de ejecución.

Más aún, el hecho de que mediante el acta acuerdo se obligara a cumplir a un sujeto a quien la sentencia le era oponible, pero contra quien no podía ejecutarse, lejos de provocar el caos procesal que señala el recurrente, dio certeza al cumplimiento en los nuevos términos concertados desde que, en principio, el demandado condenado no estaba en situación de cumplir porque no poseía los bienes que debía restituir. El acuerdo celebrado por los tres (actor, demandado y Estado Nacional interventor), entonces, fue algo más que un mero convenio sobre cómo se ejecutaría la sentencia, sino que claramente implicó la existencia de concesiones recíprocas (renuncia a reclamar frutos, entre otras). En autos, como dicen algunos autores españoles, la sentencia había "hallado" la verdad jurídica, pero había dejado para la etapa de la ejecución otras determinaciones; la transacción, en cambio, merced a la autonomía privada, fijó posiciones solventando los puntos de controversia subsistentes entre las partes (Para las diferencias entre sentencia y transacción ver, entre otros, Huergo Lora, Alejandro, La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, Bolonia, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, p. 33 y sus citas). De alguna manera, y sin ingresar en la discusión del derecho italiano, quizás podría decirse que el acuerdo tuvo algo de "transacción novativa" (Dattola, Francesca Panuccio, La transazione novativa, Milano, ed. Giuffrè, 1996; Gitti, Gregorio, L'oggetto della transazione, Milano, ed. Giuffrè, 1999, p. 187).

- En el caso, el acta convenio configura un acuerdo transaccional atinente al modo de cumplir el mandato contenido en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. No se trata de un convenio sobre la cuestión litigiosa materia de la litis que está extinguida, sino sobre la forma de cumplimiento de la sentencia, situación perfectamente lícita (Fornaciari, Mario A., Modos anormales de terminación del proceso, Bs. As., ed. Depalma, 1988, t. II, p. 105), que no impide la existencia de una transacción, si las circunstancias del caso así lo muestran. En este sentido, la doctrina italiana dice: "Puede ser tranzado el conflicto sobre la extensión o la interpretación de la cosa juzgada" (Del Prato, Enrico, La transazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, p. 109).

De allí que la jurisprudencia se mueva con flexibilidad. Así, la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio resolvió el 20/8/1996 que "si bien la sentencia de trance y remate pronunciada en el juicio ejecutivo aparece -en puridad formal- como incompatible con la ulterior petición de homologación de un convenio transaccional celebrado entre ejecutante y ejecutado, como la materia es de índole estrictamente patrimonial puede ser dispuesta libremente por los contendientes (art. 1197 del Cód. Civil), razón por la cual corresponde homologar el convenio (LA LEY, 1997-C, p. 171). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado implícitamente esta posición, al entender que los acuerdos transaccionales celebrados con posterioridad a la sentencia que ordenó el pago de un reajuste de haberes jubilatorios no quedaron incumplidos con la sanción de la ley 23.982 sino que sólo operó como sustitución del medio de pago (Ver, entre otros, CS, 17/11/1994, Del Rosso c/ Caja Nac. de Previsión, JA, 1995-II-409 y TSS, 1995-450).

- Por lo demás, la posibilidad de la existencia de una transacción válida con posterioridad a la sentencia está expresamente prevista en el art. 852 del Cód. Civil que dispone que "la transacción entre acreedor y deudor extingue la obligación del fiador, aunque éste estuviera ya condenado al pago por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada".

- Finalmente, señalo que el art. 860 del Cód. Civil no tiene vinculación con el caso a resolver pues nadie ha pretendido la peregrina idea de denunciar la nulidad de la transacción. Pero interesa recordarlo

pues, "a contrario sensu", de este artículo se deduce que la transacción puede producir efectos, aún celebrada después de la sentencia, pues la nulidad no puede ser reclamada si las partes -como en el "sublite"-conocían esa sentencia al momento de la celebración de la transacción.

Más aún, la transacción produce sus efectos mientras no se demande por anulabilidad, pues como dice un autor español al explicar el art. 1819 del Código Civil hispano -similar al art. 860 argentino- si la nulidad no se peticiona es porque las partes consideran mejor resuelto el conflicto en la transacción que en la sentencia (Loperena Rota, Demetrio, La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, Oñati, ed. Adm. de la comunidad autónoma del país vasco, 2000, p. 44. Es también la solución en el derecho italiano; ver Memmo, Daniela, La patologia del contratto di transazione: il regime della nullità e dell'annullabilità, en Andreoli E., y otros, La transazione nella prassi interna ed internazionale, Padova, Cedam, 2000, p. 27).

d) Síntesis parcial. En suma, no existe error de derecho en calificar de transacción al acta-acuerdo celebrada por actor, demandado y coadyuvante.

### 3. La ejecutoriedad derivada de la homologación consentida

#### a) La regla de derecho

Con independencia de cuál sea la interpretación que corresponda dar al art. 850 del Código Civil (para las interminables discusiones me remito, entre muchos, a Morello, Augusto, La transacción desde la perspectiva procesal, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, n° 11-375 y en Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso, Bs. As., ed. Hammurabi, 1981, t. I, p. 219), el art. 84 inc. IV del Código Procesal de Mendoza -cuya aplicación reclama el recurrente- dispone que la transacción homologada tiene los mismos efectos que los acuerdos conciliatorios. Por su parte, el art. 83 declara que "los acuerdos conciliatorios celebrados por los litigantes ante el juzgador tendrán autoridad de cosa juzgada y se procederá a su cumplimiento como si se tratara de sentencia". Concluyó de este modo con las discrepancias existentes

en la doctrina a la época de su sanción sobre si la transacción homologada tiene o no la fuerza de un título ejecutorio (Para esta discusión ver el erudito trabajo de Barraquero, Argentino, Transacción y cosa juzgada. Su régimen legal, JA, 1950-IV-189 y igs; ver también Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 8° ed., Bs. As., ed. A. Perrot, 1998, t. I, N° 940) y también con las aún hoy existentes si para gozar de esa ejecutoria se requiere la homologación o basta su presentación al expediente (Para esta disputa ver, entre muchos, Olcese, Juan M., La transacción: aspectos sustanciales y procesales, JA 2000-IV-950; Carbone, Carlos A., Algunos perfiles procesales de la transacción de derechos litigiosos referidos a la presentación y homologación, LA LEY, 1990-D, p. 683 y sigs.) inclinándose por la posición que sostiene que la homologación "confiere al acto el carácter de un título ejecutorio"; o sea, mediante la homologación se inviste al acuerdo de una específica ejecutabilidad (Morello, Augusto, La transacción desde la perspectiva procesal, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, N° 11-375 y en Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso, Bs. As., ed. Hammurabi, 1981, t. I, p. 219, y en La eficacia del Proceso, 2° ed., Bs. As., Hammurabi, p. 393 y sigs.; conf. Serra M.M. y otro, Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, dirigido por Jorge Peyrano y comentado por Vázquez Ferreyra, Santa Fe, ed. Juris, 2000, t. 1, p. 635; Payá, F.H. y Lima, S., Extinción del proceso civil por voluntad de las partes, Bs. As., ed. A. Perrot, 1989, p. 83).

Efectivamente, el proceso homologatorio es "el sometimiento jurisdiccional voluntario, que tiene por objeto hacer adquirir al convenio el carácter de título ejecutorio (Santiago, Alicia N., Qué es la homologación y cuándo puede ser objeto de revisión; Fassi-Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial, 3° ed., Bs. As., Astrea, 1989, t. 2, p. 615; Fornaciari, Mario A., Modos anormales de terminación del proceso, Bs. As., ed. Depalma, 1988, t. II, p. 82 y 91). En otros términos, ante un pedido concreto de homologación, el juez considerará el avenimiento externa e internamente, examinando las condiciones de capacidad y de cumplimiento de la ley; su tarea se encamina hacia la verificación del contenido y esencia del acto o negocio que debe o no ser homologado, a fin de otorgarle ejecutabilidad (Cám. Nac. Civ. Sala A, 23/11/1998, Simonelli c/Boston Capitol Argentina SA, 1999-E-443).



b) Lo sucedido en autos

- A petición del cesionario de los derechos del actor, el convenio fue homologado previa notificación del Estado nacional, quien reconoció expresamente firma y contenido. El acto judicial de homologación también fue notificado al recurrente en el domicilio constituido en el convenio.

- A solicitud del cesionario, se dispuso una diligencia preliminar, que fue notificada al Estado nacional en ese mismo domicilio. A esa diligencia preliminar, el Estado respondió oponiendo excepción de falsedad.

c) La irrelevancia del resto de los argumentos esgrimidos

Conforme los principios antes expuestos, del trámite de homologación derivó un título ejecutivo, ejecutable por la vía de la ejecución de sentencia.

Siendo así, resultan irrelevantes el resto de las argumentaciones del quejoso por las siguientes razones:

- No cabe distinguir quién solicitó la homologación, pues está fuera de discusión que cualquiera de las partes está legitimada para pedir ese acto judicial.

- El lugar donde se firmó el convenio es irrelevante, especialmente en este caso, en el que el Estado ha reconocido expresamente que la copia enviada se corresponde con el convenio suscripto por su representante.

- Es verdad que el procedimiento normal implica que el deudor sea citado para defensa, pero en el caso, este "salto" procesal fue realizado por la propia demandada, que habiendo sido citada a los fines de la medida preliminar dispuesta, opuso excepción de falsedad. Por otro lado, si alguna irregularidad procesal hubo, la consintió al permitir que los autos siguieran adelante y se pusieran para resolver las excepciones planteadas. Por otro lado, afirma que no ha podido contradecir la inteligencia que el cesionario Sánchez otorga a las cláusulas del convenio ejecutado, pero en ninguna de las instancias ha señalado mínimamente en qué consiste su discrepancia.

- La cuestión relativa a la falta de poder de Aníbal Ábalos es una cuestión novedosa, que no fue sometida a los jueces de grado, independientemente del carácter ratificatorio que puede darse a la actuación de fs. 736.

- El error o acierto en la cita de un precedente judicial no influye en el resto de las argumentaciones.

- El recurrente no ataca suficientemente otro argumento decisivo, cual es que el juez federal se había declarado incompetente señalando al cesionario el camino de la ejecución de sentencia ante el juez provincial.

## V. Conclusiones

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas del tribunal, corresponde rechazar el recurso de casación deducido. Así voto.

Sobre la misma cuestión, los doctores Romano y Moyano adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

2ª cuestión.- La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, pues ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. Así voto.

Sobre la misma cuestión, los doctores Romano y Moyano adhieren al voto que antecede.

3ª cuestión.- La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte recurrente que resulta vencida (arts. 36-I y 148 del Cód. Procesal Civil). Así voto.



Sobre la misma cuestión los doctores Romano y Moyano, adhieren al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, se resuelve: I. Rechazar el recurso de Casación deducido a fs. 7/18 por el Estado Nacional, Ministerio de Economía. II. Imponer las costas a cargo del recurrente vencido (arts. 36-I y 148 del Cód. Procesal Civil). III. Diferir la regulación de honorarios hasta tanto sea practicada la regulación en las instancias de grado (resolución fs. 371/373 del expediente principal).- Aída Kemelmajer de Carlucci.- Fernando Romano.- Carlos Moyano.

## SENTENCIAS ACEPTADAS

Recordamos que en este acápite incluimos sentencias que, por consentirlas las partes, adquirieron firmeza en primera instancia. De alguna manera, son sentencias “invictas”. La presente fue dictada por la Dra. Estela Robles, titular del Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial nº12 de este Departamento Judicial. En ella se aborda el controvertido tema de la “pesificación” y las especiales dificultades que genera en punto al “pago por consignación” y la suficiencia del pago.

### SUMARIO:

**Pesificación. Paro por consignación. Vivienda familiar. Caso “Bezzi”, CSJN. Principio del esfuerzo compartido. Proporciones. Compensación de intereses pagados en demasía. Improcedencia. Costas.**

San Isidro, 11 de noviembre de 2008

### Y VISTOS:

La presente caratulada "**CALABRÓ RUBEN DARIO Y OTRA C/ LATORRACA LUCIO OSVALDO Y OTRO S/ PAGO POR CONSIGNACION Y CANCELACION DE DEUDA**", expediente número 69187 en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número 12 de San Isidro, venido para dictar sentencia de cuyas constancias,

### RESULTA:

Se presentan **Rubén Darío Calabró y María Alejandra Guizzo de Calabró** promoviendo demanda de pago por consignación y cancelación de deuda por mutuo hipotecario contra Luis Osvaldo Latorraca y Olga Angélica Ríos de Latorraca. Relatan que el 16 de octubre de 1997 adquirieron la propiedad sita en Bolivia 488 de Villa Martelli, por 35.000\$, constituyéndose una garantía real en favor de los demandados por el préstamo que les hicieron de \$23.000, aclarando que la moneda que consta en el mutuo es dólares estadounidenses. Advierten

que la deuda se contrajo durante la vigencia de la convertibilidad y que a la fecha de la demanda solo procede la aplicación del índice de coeficiente de variación salarial. Sostienen que de acuerdo a lo pactado se abonaría mensualmente una cuota del 1,5 % mensual en concepto de intereses y a los 12 meses se cancelaría el capital.

Dicen que se siguieron pagando cuotas mensuales en forma normal, pero en mayo del año 1998 se efectuó una importante cancelación parcial, de U\$S 6.500, quedando un saldo de \$16.500, y que siguieron pagando una cuota por intereses de \$248. Advierten que por ese pago se consignó una nueva hipoteca a favor de un tercero el Sr. Paez a quien le cedieron los demandados los derechos de la hipoteca por la suma cancelada. Esta última hipoteca fue luego cancelada y se continuaron pagando los intereses por el saldo.

Entienden que acordaron prorrogar indefinidamente los términos del mutuo, y que el pago del capital dependía de su situación económica. Dicen que unos meses antes de promover la demanda, en la necesidad de dar por concluida la relación contractual cancelando el mutuo, se generaron diferencias, que se plasmaron en un intercambio de C.D Y estando el acreedor hipotecario constituido en mora, consignan la suma que estiman corresponde solicitando se decrete la cancelación de la deuda.

La suma consignada es de pesos 19.636,20, reconociendo como único coeficiente precedente para supuestos similares el CVS. Hacen liquidación del mismo desde el día 31 de marzo del 2004 al último día del mes de septiembre del 2002, entendiendo que el capital actualizado asciende a pesos 19.636,20, suma que consignan en pago. A fs. 91 invocan los antecedentes de los fallos Rinaldi y Bezzi, que estiman aplicables en la especie.

Ofrecen prueba, fundan en derecho y solicitan que oportunamente se haga lugar a la demanda por pago por consignación, condenando a los demandados a percibir el importe correspondiente y se tenga por cancelada la deuda ordenando el levantamiento de la garantía hipotecaria.

2 A fs. 70 y ss. contestan demanda Lucio Osvaldo Latorraca y Olga

Angélica Ríos de Latorraca. Niegan en primer término la relación de confianza invocada por los actores y que hubiesen acordado prorrogar indefinidamente los términos del mutuo, que no corresponda el recálculo de la deuda y que se dependiese de la situación económica de los deudores para dar por terminada la relación contractual. Dicen que el 16/11/98 venció el plazo para que lo deudores cancelaran el mutuo, que hubo negociaciones durante largos años para cancelarlo, rechazando ahora la pretensión de pago a una paridad diferente a la vigente en la fecha en fue acordado. Niegan haber recibido ofertas de pago, que siempre esperaron los pagos, sin impedir que se realizaran. Entienden que recién tuvieron ánimo de cancelar la hipoteca en el año de la promoción del juicio, pese a encontrarse en mora desde el 16/11/98.

Alegan que no están cumplidos los recaudos del pago por consignación, toda vez que no se han cumplido las diligencias previas al depósito, no hay identidad con el objeto debido, el pago no es íntegro, que no se han pagado algunos servicios de intereses.

Desconocen luego las C.D. acompañadas por los actores y se niegan a realizar liquidación por no ser aquella la oportunidad procesal correspondiente. Ofrecen prueba confesional y solicitan que oportunamente se rechace la demanda con costas.

3. El proceso se abrió a prueba a fs, 89, proveyéndose las ofrecidas a fs. 89, y certificándose sobre su producción a fs. 114/5. A fs. 140 se llamó los autos para sentencia, mediante providencia a la sazón firme y con ello purgados eventuales vicios procesales que pudieran haberla precedido, quedando la causa conclusa para definitiva.-

### **Y CONSIDERANDO:**

El pago por consignación implica la extinción de la obligación controvertida, dando derecho al solvens para obtener su liberación (arts. 505, 725, 759 C.C.), siendo procedente cuando hay controversia sobre el crédito y también si existe litigio sobre el objeto del pago (Cam. C y C. SIs. Sala II causa N<sup>o</sup> 93695 r.s.d. del 26-03-04 "Marinetto Rodolfo Valentino y ot. c/ Lodeira Patricia B. s/ Pago por consignación).

La parte actora inicia la presente consignación de sumas de dinero ante la negativa de la aquí demandada de recibir el pago del mutuo con garantía hipotecaria suscripto con fecha 16/09/97 e instrumentado en la Escritura 212 pasada por ante la Escribana Lydia María Bonora de Mogni (v. fs. 34/9), de acuerdo con la cual los cónyuges Calabró adquirieron un inmueble ubicado en la calle Bolivia 488 y 490 identificado como Unidad N<sup>a</sup> 2, de la localidad de Villa Martelli, Pcia. de Buenos Aires, y a los fines de abonar parte del precio recibieron en préstamo una cantidad suministrada por los demandados, cónyuges Latorraca, constituyendo a su favor una garantía hipotecaria sobre el mismo bien.

La parte demandada rechaza su pretensión por considerar que encontrándose los actores en mora no pueden pretender cancelar la deuda a una cifra totalmente diferente de la que originariamente se pactó (v. fs. 70 vta.), sin precisar cuál sería la que estiman procedente y sin cuestionar la aplicabilidad de las normativas de emergencia que rigen la materia, por ser de orden público.

Es dable recordar que el deudor de una obligación no sólo tiene el deber de pagarla, sino el derecho de hacerlo. Es por ello que entre los efectos de las obligaciones con respecto al deudor se encuentra la posibilidad de obtener su liberación forzada mediante el pago por consignación. Es decir que el deudor goza del derecho de obtener su liberación forzada pagando con intervención judicial, no sólo ante la negativa del acreedor a recibir el pago, sino en los demás supuestos en que encuentre dificultades que impidan efectuar el cumplimiento específico y espontáneo de la obligación directamente al titular del crédito (Conf. Belluscio y Zannoni, "Código Civil y leyes complementaria", T III, pg. 529 y ss.).

En el caso de autos la legislación de emergencia autorizaba al deudor a pagar en moneda distinta a la que se había pactado, y si bien la parte acreedora en su libelo de responde afirma que los actores "nunca se acercaron a esta parte para ofrecer la cancelación total" (v. fs. 71), en la audiencia de absolución de posiciones confesaron que las cuotas mensuales pactadas correspondieron a intereses, que a su vencimiento acordaron su continuación en los mismo términos en que

venía rigiendo, que en esos términos los efectos del mutuo se extendieron hasta junio del 2007, fecha hasta la cual abonaron los intereses, que su conclusión dependía de la decisión de cualquiera de las partes, que esta decisión la tomó la deudora, pero que no hubo acuerdo sobre el monto final (v. pliego de fs. 98 y respuestas de fs. 101/2).

Respecto a esta prueba es dable recordar que la absolución de posiciones es un medio para provocar que el adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento personal de aquél y contrario al interés que sostiene en la concreta causa (SCBA L83398 31-8- 2007, Juez Pettigiani "Berterame Alfredo c/ Empresa Libertador San Martin S.A.T. s/ Despido JUBA B52431). Por ello "Las manifestaciones del propio demandado al absolver posiciones nunca pueden servir de elemento de convicción favorable a esa parte. Ello así, pues se encuentra en pugna con los principios que informan a la teoría general de la prueba, desde que las proposiciones que emanan de la parte no prueban a su favor. Sólo operarán las manifestaciones que fueron desfavorables o perjudiciales para el absolvente" (conf. CC0201 LP B 67027 RESD 110-89 S 23-1989, Juez Sosa, Panizza Oscar c/ Costa Hugo s/ Ds. y Ps.).

Las respuestas del absolvente deben ser terminantes, afirmativas o negativas (conf. art. 411 del CPCC), y dado que es de la esencia de este medio que la declaración sea favorable a su adversario (arts. 384, 402, 407, 408, 409, 415 y 421 del CPCC), su silencio o respuesta evasiva no puede interpretarse de modo favorable al absolvente. Por ello tengo por confesadas aquellas posiciones en las cuales los absolventes manifestaron no recordar o desconocer el hecho personal afirmado. Y en lo referente al acercamiento e intención de pago invocada por los actores, lo corroboro con las declaraciones testimoniales brindadas a fs. 110/1.

Si bien es cierto, como lo afirman los demandados, que el art. 757 del C.C. enumera varios supuestos de consignación, sin que en ninguno de ellos encuadre estrictamente el caso de autos, no menos cierto es que la emergencia acaecida en el país no quedó contemplada en las previsiones del codificador. La doctrina le ha dado carácter enunciativo

a sus contenidos, por ello se suele afirmar que si la situación de un deudor no está contemplada en alguno de los supuestos, pero a consecuencia de ella aquél tiene reales dificultades para efectuar el pago o existe un serio riesgo de efectuar un pago equivocado que lo obligue a pagar de nuevo, puede intentar el procedimiento consignatario para lograr su liberación coactiva (confs. Wayar, Ernesto C. "El pago por consignación", 1983 Ed. Depalma pgs. 70/1).

En consecuencia estimo que no habiendo acuerdo de partes en lo que corresponde pagar, en el marco de la emergencia económica declarada, diversas condiciones legales de pesificación, en un escenario de desconcierto, acudir al pago por vía de la consignación es adecuado.

Para que la consignación tenga fuerza de pago deben concurrir los requisitos de persona, objeto, modo y tiempo, todos ellos sin los cuales el pago no puede ser válido, conforme lo dispuesto por el art. 758 del C.C En consecuencia, para que la consignación sea válida deben cumplirse respecto del objeto de pago los principios de identidad e integridad. Además, dicho pago deber ser efectuado oportunamente, es decir que el deudor no debe estar en mora. Ahora bien, aún estando en mora, como aquí acaece, esta circunstancia no hace caducar el derecho a pagar del deudor. "La constitución en mora supone que no media algún factor impeditivo cuya presencia neutralice los efectos del vencimiento del plazo, o en su caso, de la interpelación" (conf. C.C.y C. SIS. Sala I "Font. Alberto c/ Conte Salvador s/ Cobro de Hip. ausa 93.303 Reg. 823 del 30/11/2004). Luego cobra relevancia la actitud del acreedor, sobre quien pesaba el deber de cooperación o colaboración con su contraria a efectos de que el deudor, aún en mora, pudiera cancelar su deuda. A tal fin la deudora, remitió diversas cartas documento cuya autenticidad no puedo tener por acreditada pues fueron negadas por la acreedora, más la obrante a fs. 21, por ella remitida revela las instancias de negociación que mediaron antes de la promoción de las actuaciones, y el silencio de la acreedora a precisar el monto pretendido en su parte ilíquida.

No habiendo discusión en cuanto al saldo de capital adeudado, sí lo existe en cuanto a la integridad del pago de los intereses pactados y

la recomposición debida a la pesificación, liquidándolo la deudora mediante la aplicación del índice C.V.S, y dejando a salvo que en caso de haber "alguna mínima diferencia, no habrá ningún inconveniente en depositar la diferencia" (v. fs. 54 vta.). Resulta pues que el solvens depositó la parte líquida, esto es el monto del capital adeudado pesificado -conforme legislación de orden público no cuestionada- estimando lo ilíquido y ello sería suficiente para imponer la consignación al acreedor (conf. C.C. y C. SIS. Sala II causa 98.768 del 28-3-06 RSD: 55/06 "Willberger c/ Pistolesi s/ Sumario", orden: 4-6-5, causa 101.757 del 7-12-06 RDI: 1079/06 "Alarcon c/ Corrente s/ Cancelación de Hipoteca ).

La Sala I departamental ha resuelto que aún cuando el acreedor no puede ser obligado a recibir menos de lo debido, frente a una diferencia mínima, producido el conflicto a raíz de la aplicación de las leyes de emergencia, surge la necesidad de rever los criterios tradicionales que llevaban al rechazo de la consignación, por importar tal solución un rigor ritual excesivo (conf. Conte Salvador c/ Font Alberto s/ Pago por consignación y cancelación de Hip., causa 94261; "Font. Alberto c/ Conte Salvador s/ Cob. Hip." causa 93.303 Reg. 823, 30/11/2004).

Procede pues analizar si el pago del monto ilíquido es suficiente. Las normas de emergencia imponen la necesidad de que todos soporten equitativamente las consecuencias de la crisis, de modo que nadie se beneficie a expensas de otro. Y como ya se ha resuelto, las pesificación forzosa comprende a toda obligación, cualquiera fuese su causa u origen, estén o no en mora (conf. C.C.y C. SIS. Sala II del 10/7/2002, Inversiones Yatay S.A. c/ Ferreyra Ramón s/ Ejec."). El art. 11 de la ley 25561 ha sido derogado implícitamente por el art. 17 del decreto 214/2002. Este decreto corrige la expresión del art. 11 de la ley 25561 al referirse a prestaciones exigibles desde la fecha de promulgación de la ley. El legislador explícitamente incluyó una enorme cantidad de prestaciones pendientes de cumplimiento vencidas pero no cumplidas porque fueran "exigibles " antes de la promulgación de la ley. Queda claro que ésta se aplica a todas las obligaciones dinerarias de cualquier causa y origen, de plazo pendiente o de plazo vencido, las que están en demora en el pago y también las que están en mora. Ha resuelto la

Suprema Corte de Justicia de la Nación que "la discusión acerca de si la recurrente incurrió o no en mora y de la posible fecha en que ésta tuvo lugar, resulta inconducente para decidir sobre la aplicabilidad del régimen de refinanciación hipotecaria, habida cuenta de que tanto desde la postura de la demandante, que entendió no haber incurrido en mora y dedujo la consignación, como de lo invocado por la demandada en su responde, se llegaría a idéntica conclusión en cuanto a la aplicación del citado régimen legal, sin que exista razón para soslayar eventualmente esta conclusión frente a lo dispuesto por el art. 15 de la ley 26.167 (C.S.J.N. Delmagro Cristina Inés c/ Pisani Rosa, del 4/9/07, D. 817 XLII).

Establece el citado artículo que los jueces decidirán en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda, y encontrándose reconocido en autos que el inmueble adquirido por los actores es de tipo vivienda única de ocupación permanente (v. fs. 124 y 129), estimo irrelevante la situación de mora en que se encuentran los accionados para desestimar la aplicación de la normativa de emergencia que dispone la pesificación de la deuda en dólares y la recomposición de las prestaciones.

En orden a determinar el monto ilíquido adeudado la parte actora aplica el coeficiente de variación salarial, que tuvo vigencia desde el 1<sup>a</sup> de octubre del 2002 hasta el 31 de marzo del 2004, con más el interés a la tasa nominal anual convenida en el contrato que dice haber abonado mensualmente antes de la promoción de la demanda. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que en razón de las consecuencias inequitativas que se derivan de la aplicación lisa y llana del coeficiente de actualización referido, y en el entendimiento de que restituir el equilibrio de las prestaciones no es tarea sencilla, utilizó un porcentaje que estimó contempla la brecha entre los signos monetarios, de modo que ninguna de las partes se beneficie a expensas de otro de las consecuencias generadas por la crisis (Conf. considerando 13 del fallo Bezzi Ruben y otro v. Valentín Sixto C. s/ Ejecución Hipotecaria del 11/09/07).

Infiero de la posición asumida por la demandada que el índice utilizado por los actores no lo satisface, y admitiendo la procedencia de su

objección, estimo de aplicación inmediata el principio del esfuerzo compartido corroborado por la ley 26167 que, al interpretar la ley 25561 y sus normas modificatorias, complementarias, prórrogas y aclaratorias, previó el reajuste equitativo de las prestaciones a los efectos de determinar el monto adeudado sustentándolo en pautas propias del derecho civil, tales como la imprevisión, el enriquecimiento indebido, el desequilibrio de las prestaciones, abuso de derecho, la usura y el anatocismo (conf. arts. 1<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup>). Estimo inoficioso imprimir en autos el procedimiento previsto por la referida norma, ya que las partes no han logrado auto-componer el conflicto pese a las audiencias celebradas, lo que habilita a la suscripta a dar las pautas para determinar la suma adeudada.

Y a tal fin, en orden al seguimiento que por su solvencia intelectual y la economía procesal imponen, de modo de no transitar todas las instancias para arribar a la solución ya decidida por el máximo tribunal de la Nación, resulta de aplicación el antecedente ya citado, caratulado "Bezzi". En estas actuaciones como en aquellas se trata de un mutuo inferior a U\$S 100.000 garantizado con un inmueble que constituye la vivienda familiar de los deudores, por lo que es objeto de la máxima protección que deriva del art. 14 bis de la Constitución Nacional al proteger la familia y el acceso a la vivienda digna. No es de aplicación el precedente "Rinaldi" en virtud de que la fecha de devolución del capital fue anterior al 1/01/01, y por ello este mutuo es ajeno a la normativa de refinanciación ley 25798.

Sin desconocer que hubo tribunales que declararon la inconstitucionalidad de este fallo, pues se aparta del principio del esfuerzo compartido en igual proporción, dado que no ha sido planteado, que los acreedores no especificaron el monto de su pretensión y estimando que en la especie, de acuerdo a la conducta seguida por las partes, su aplicación no deviene irrazonable o injusta, he de aplicar dicho precedente.

Por lo expuesto, tratándose de un contrato afectado por la emergencia económica que debió ser reestructurado por aplicación del esfuerzo compartido, el capital adeudado en dólares estadounidenses o su equivalente en moneda de curso legal se convertirá a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre de la



moneda estadounidense a la fecha en que se practique la liquidación, fijándose los accesorios del crédito desde la fecha en que se dejaron de abonar los pactados en el mutuo, esto fue en el mes de junio del 2007 -conforme resulta de la posición 11ª del pliego de fs. 98 y las respuestas dadas por los codemandados a fs.99/100- hasta el efectivo pago a una tasa de interés del 7.5 % anual entre moratorios y punitivos.

Mas estimo improcedente la compensación que los actores ensayan con lo pagado en más por intereses, conforme lo pactado en el contrato, que es mayor a los intereses ahora fijados. Ello así toda vez que el pago fija de manera irrevocable la situación de las partes; quien paga no puede repetir lo pagado, salvo que se trate de un pago indebido (conf. Salas, Código Civil Anotado T 1 pg. 367, CNCiv. Sala A sept. 27-966, LL T. 125 pg. 113). Es que "El pago voluntario fija la situación de las partes en la obligación. El solvens no podría volver sobre sus pasos y pretender la revocación del pago, salvo en los casos en que existiera pago indebido por error, pago sin causa" (Busso, Código Civil Anotado T V pg. 325). Es en esa situación que la recepción de un pago indebido genera al accipiens la obligación de restituir, debido a su enriquecimiento injusto.

Quien pagó lo que no debía debe probar el pago - en autos admitido- y el error en que incurrió, pues el vicio de la voluntad no se presume. Resultan de aplicación los principios generales de la teoría del error, pues su fundamento es la preservación de la pureza de la voluntad, dado que faltaría -de acreditarse el vicio de la voluntad- la intención (conf. Busso op. leg. cit. pg. 201).

Dice Salas (op. leg. cit. pg. 395) "La repetición de lo pagado por error procede cuando éste resulta claramente probado, porque si quien lo hizo hubiera sabido o debido saber que no estaba obligado a efectuarlo, debe presumirse que su propósito fue realizar un acto distinto para la procedencia de la "condictio indebit". Y ejemplifica: Por ello no se ha admitido la repetición en los siguientes casos: el locatario sabe que no debe, pero paga los alquileres que se le reclaman para evitar futuras dificultades.

Y similar situación se presenta en autos ya que los deudores con-

tinuaron abonando los intereses pactados a fin evitar inconvenientes (v. fs. 52 vta.). Por ello, lejos de encontrarse acreditado el error, se encuentra acreditado el efectivo conocimiento del verdadero estado de las cosas, circunstancia que le impide invocar vicio de voluntad de modo que se encuentren habilitados a repetir lo pagado por vía de compensación con lo que deben (arts. 818, 929 y 902 del C.C.). Mediando un vínculo obligacional y pago voluntario por persona capaz, sin haberse acreditado vicio alguno, no media fundamento legal que habilite a los actores a pretender la compensación de los intereses que pagaron hasta el 24/7/07 con los que ahora se liquiden.

Es evidente que el intento cancelatorio resulta insuficiente, más habiendo mediado un compromiso de hacer frente a una diferencia "mínima", siendo este un concepto abierto de interpretación subjetiva, considero que no procede el rechazo de plano de la consignación. A la par tampoco corresponde acceder a la cancelación de la deuda pues el pago es insuficiente, quedando ello supeditado a que los deudores abonen las diferencias que por capital e intereses resulten de la liquidación que al efecto deberán practicar (conf. CNCiv. Sala F, del 6/02/2004 Angrigani Carlos A c. Russo Alfredo J.A. 2004-II pg. 659). A tal fin señalo audiencia para el día 17 del mes de diciembre a la hora 9.00 a la que deberán concurrir ambas partes con la liquidación que estimen corresponda según las pautas dadas en este pronunciamiento, bajo apercibimiento de llevarse a cabo con la parte que concurra en caso de incomparecencia injustificada (art. 36 inc. 4ª del CPCC).

Se difiere la imposición de costas a la resultas de la audiencia precedentemente señalada.

Por las consideraciones vertidas, citas legales y jurisprudencia citadas **FALLO**este proceso seguido por **Rubén Darío Calabró y María Alejandra Guizzo de Calabró contra Lucio Osvaldo Latorraca y Olga Angélica Ríos de Latorraca, estableciendo que la procedencia de la consignación queda supeditada a que el deudor abone las diferencias que por capital e intereses resulten de la liquidación a aprobarse según las pautas dadas, fijándose a tal fin audiencia para el día 17 del mes de diciembre del 2008 a la hora 9.00, bajo apercibimiento de resolverse según corresponda en**

**caso de no arribarse a un acuerdo.** 2ª) Se difiere la imposición de costas para una vez resuelta la procedencia de la consignación.

**REGISTRESE y NOTIFIQUESE.**

FIRMADO: Dra. Estela Robles, Juez

**UN HOMENAJE COMPARTIDO**

*Delma B. Cabrera\**

Por iniciativa del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de San Isidro, y en razón de cumplirse 20 años de la sentencia que constituyó un “leading case” sobre el tema (indemnización del daño moral del hijo no reconocido injustificadamente por el padre, ED t. 128 p. 330) tuve el honor de recibir un verdadero “homenaje” a mi trayectoria como juez.

A la generosidad del Colegio de Abogados Departamental que lo propició y facilitó su espléndido salón de actos, se sumó la para mí conmovedora presencia de dos juristas que disertaron en la ocasión: las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Graciela Medina. También ellas, con extrema generosidad, tuvieron palabras de apoyo al acto y a mi persona, y nos regalaron dos magníficas disertaciones relacionadas con la evolución de la responsabilidad por daños en el derecho de Familia.

En mis palabras de agradecimiento recordé anécdotas varias sobre el caso que originó el “leading case” y destacué algunos puntos que aún hoy me siguen importando.

Uno de ellos –y no menor- fue destacar la función creadora del abogado para el progreso del derecho: en la demanda del caso el letrado formuló la pretensión (que antes no había sido propuesta en ningún precedente) indemnizatoria del daño moral del hijo no reconocido. Ello obligó a considerarla fuera para admitirla o para rechazarla, en ambos supuestos con la suficiente fundamentación en derecho.

Otro aspecto que la búsqueda de la solución generó, fue comprobar una vez más, que el Derecho como ordenamiento jurídico es un todo integral y armónico, sin vacíos ni lagunas, lo que siempre permitirá resolver las cuestiones propuestas.

---

\* Juez del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial n°9 de San Isidro

Por fin, todo adquiere mayor sentido si podemos compartirlo. Así que me permito transcribir parcialmente mis palabras de agradecimiento:

“... Finalmente, este homenaje me hace doblemente feliz porque entiendo que a través de mí, se premia a **todos los que trabajamos en la justicia**, por años, silenciosamente, quizás sin mayores brillos, en tareas de índole diversa pero todas importantes y como hormigas laboriosas llevamos adelante esta maravillosa tarea.

Suelo decir en el trabajo que el juzgado es como una **orquesta**: todos deben ejecutar bien su parte porque basta que uno desafine para que falle el resultado... no habrá música...

Me parece que esta especie de metáfora, demuestra la importancia de todos los que integramos el servicio de justicia, cualquiera sea el cargo o la tarea. Por lo tanto, permítanme que incluya en este reconocimiento a todos los compañeros y compañeras de trabajo de nuestro querido Departamento Judicial de San Isidro.

...

En síntesis, valoro muchísimo este acto: considero importante que se premie una vida de trabajo que tuvo como norte hacer las cosas honorablemente y lo mejor posible. Creo que nos hace bien a todos como personas y como ciudadanos.

San Isidro, 7 de octubre de 2008.”

He aquí versos nacidos entre demandas y contestaciones, términos que vencen, pleitos enmarañados. Es que los autores son abogados del foro de San Isidro y ambos se atreven a dejar los códigos –por momentos- para vivir la poesía. Del Dr. Rocino ya publicamos su hermosísimo “Abuela de nube” (rev. 19,p.200). Ahora va uno por los hijos. En cuanto a la Dra. Durante, de su libro “Poemas para leer en soledad” elegí los aquí incluidos.

D. C.

### Poema del Dr. Carlos A. Rocino

#### **DUETO DEL AMOR Y DE LOS HIJOS**

*Yo que los he engendrado en sangres nobles  
de amores, les pregunto si el ocaso  
del padre se apacigua en el acaso  
o apunta al improvisado de los robles.*

*Yo que los he crecido entre mandobles  
del alma, les pregunto si en el paso  
aprendido de azul en mi sargazo  
se repite el velamen de mi doble*

*anatomía: terco en la maestranza  
de elegir al dolor por enseñanza  
y a la impronta del dios que cauteriza*

*los vinos de la luz. Si es esa misa  
la que alienta al amor con otra prisa,  
habré apostado al sol y a la esperanza*

*Si no puedo ser Dios –aunque quisiera-  
al menos lo seré en el atrevido  
misterio de las sangres que ha nacido  
para ayunar el tiempo a mi manera*

*de mirarme en el tiempo: lisonjera  
actitud de dolor que fue testigo  
de la resurrección y enardecido  
rencor de no esperar a las esperas.*

*La bitácora azul que fataliza  
al dios que me concierne, se eterniza  
en el cántaro fresco que sonrío*

*y sintetiza al rumbo poderoso:  
entonces, por mi sol y por los gozos  
se hacen carne de Dios mis hematías.*

**Poemas de la Dra. María de los Ángeles Durante**

**RECLAMO**

*Tarde oculta de delirios,  
de mustias languideces,  
borrosas horas,  
de momentos, de soledad profunda,  
de quieto mar, de cielo inmenso,  
playa abierta, infinito vaivén de eternas  
olas adormecen los tiosos acantilados  
cual colosos semidesnudos embebidos de arena.  
El sol amarillo, débil de un otoño de nardos,  
cae borrado por la brizna que salpica.  
Sola ante dios nada le reclamo  
quizás sólo su promesa de eternas gaviotas en el cielo.  
Más allá del ancho mar el cosmos perfecto.  
Será todo tan sencillo, natural  
como el agua solitaria que besa la playa muriendo  
¿habrá para este infierno cielo?  
o sólo será el rutinario despojo del invierno  
de la vida que llorando pasa.*

## TALAMPAYA

*Evoco un paisaje  
de tierra rojiza  
como arrebozada en corales  
que me llega ardida en sol.  
Evoco un estío árido de sedientas raíces  
de abejas doradas  
de espinillos y algarrobos,  
el río seco me hunde en el cañón  
bajo una luz desértica  
que me cubre con su arenilla de lucero.*

*Estoy ante el misterio indescifrable de la vida  
que taladra con su fino viento  
tallando segundos, bosquejando milenios.  
Donde todas las huellas  
son parte de mi huella en algún momento;  
donde el dolor es comprendido en mi dolor.  
El silencio se agrieta en las desnudas arcillas transversales,  
la piedra se levanta muda sobre el ayer  
entreabriendo los ojos bajo un lento parpadeo.  
Mi voz recorre al unísono con otras voces el talampaya  
y en eco repetitivo se proyecta al infinito  
sobre los médanos y las pasadas eras  
cuando la tierra no sabía del hombre.  
En un lento caminar me enmudece un sentimiento  
y despienso la patria y destejo los límites de la tierra.  
Lo humano pareciera insignificante.  
En este misterio,  
en soledad se comprende en la íntima esencia  
que somos parte del desierto rojo, un pétalo de polvo en un  
vencido atardecer.  
La nada en el devenir del ser, en el tiempo eterno.  
El aliento de los pájaros aletea sobre mis hombros.  
Entre las altas murallas  
el cielo pasa... Hoy como ayer.*

## CUENTO BREVE

### LA FLOR DE ALAMBRE

*Alicia Plante\**

Contempló lo incierto del cielo como buscando algo, y sin mirar para atrás arremetió contra la noche a tremenda velocidad. El aire, transformado en viento por el atropello, se hizo cargo de su cuerpo y a zarpazos le tironeó del pelo y le infló las mangas. Hizo un esfuerzo por mantener los ojos abiertos y lágrimas involuntarias resbalaron como venas por sus sienes.

El dolor le cundió de golpe por el pecho como una flor de alambre. Livianamente, sin explicaciones, él se había ido. Ahora ella también se iba, aunque no supiera adónde. Sintió pena de sí misma, pero la angustia y el viento la confundían.

Su veloz desplazamiento convirtió la ristra de ventanas en una estela de luz que cortaba en dos la noche: de reojo, fugazmente, creyó percibir retazos de intimidad. A la flor que había mordido su pecho le crecía un nuevo pétalo de alambre pero no le prestó atención, la mirada lamiendo las ventanas: distinguió una forma de mujer derramada sobre una cuna, casi pudo sentir sus manos acariciarle la cara y quiso estar frente a sus ojos para ver si sonreía. La música de un piano planeó sobre el quejido del viento y ella sospechó el afilado perfil del pianista, tenso de pasión sobre un acorde, su imagen congelada.

---

\* Alicia Plante es psicóloga y escritora. Fue la primera mujer –y el primer escritor extranjero- que ganó el premio literario “Azorín” de España con su novela “Un aire de familia”, en el año 1990. Tiene publicado un libro de poemas (“Asumiendo mi alma”, año 1975) y otra novela (“El círculo imperfecto” -año 2004-). Es colaboradora del diario “Página 12” de Buenos Aires, donde publica cuentos, notas y hace crítica literaria.



La flor desplegaba otro pétalo ardiente y puntiagudo cuando sintió que lloraba: quizás él volviera y ella no estaría. Movi6 la cabeza y la noche entera acompañ6 su movimiento. Todo oscilaba, arriba o abajo. El viento le llen6 la boca cuando quiso gritar: sentía miedo al vacío por delante, ¿qué había hecho?

Lo flor ech6 de golpe el último pétalo y al pie de la guirnalda vertical de ventanas su cuerpo peg6 en la calle como venía, de brazos abiertos.

Copyright 2009 Alicia Plante ©

## COMENTARIOS DE LIBROS

### **Comediantes y mártires**

*autor Juan José Sebreli*

*Ed. Debate*

*227 pág.*

*Comentario: Dr. Carlos Enrique Ribera\**

Con motivo de los íconos elegidos en su momento para representar a nuestro país en la Feria del Libro a celebrarse en Frankfurt en el 2010 (Carlos Gardel, Evita, el Che Guevara y Maradona), Sebreli encara un análisis crítico, efectuando comparaciones, destacando similitudes y desvirtuando la categoría de mito de cada una de esas figuras públicas.

En los dos primeros capítulos analiza lo que es un mito o ídolo popular y su relación con la religión, la política y la sociedad de masas, para luego señalar las diferencias, similitudes y contradicciones de los cuatro personajes, recordando las leyendas que se han construido y el culto elaborado sobre estos héroes populares.

En los capítulos siguientes, el autor desmitifica a cada uno de ellos, para lo cual se ocupa en desvirtuar la idolatría popular creada en torno a estos mitos argentinos.

Se trata de un ensayo polémico, en el cual su autor, un controvertido autor y sociólogo argentino contemporáneo, traza una crítica despiadada de los referidos ídolos de proyección internacional.

Para finalizar, Sebreli expresa en el último capítulo que “El culto de los héroes es pernicioso porque proclama el fanatismo como virtud, fomenta el odio y la intolerancia hacia el disidente, remite a impulsos inconscientes destructivos y ataca al pensamiento racional y crítico”; justifica así de alguna manera su desprecio por la moderna mitología popular.

---

\* Magistrado integrante de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro

**SERVICIO DE REFERENCIA ESPECIALIZADA  
GUÍA DE SITIOS JURÍDICOS EN INTERNET**

**Sitios jurídicos de Argentina**

<http://www.scba.gov.ar> - **Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires**

<http://www.mpba.gov.ar> – **Procuración de la Pcia. de Buenos Aires**

<http://www.gob.gba.gov.ar> - **Ministerio de Gobierno Pcia. de Bs. Aires**

<http://www.mjus.gba.gov.ar> - **Min. de Justicia Pcia. de Buenos Aires**

<http://www.senado-ba.gov.ar> – **Senado de la Pcia. de Buenos Aires**

<http://www.gob.gba.gov.ar/portal/boletin/> - **Boletín Oficial Pcia. Bs. As.**

<http://www.pjn.gov.ar> - **Poder Judicial de la Nación**

<http://www.csjn.gov.ar> - **Suprema Corte de la Nación Argentina**

<http://www.jus.gov.ar> - **Ministerio de Justicia de la Nación**

<http://www.senado.gov.ar> - **Senado de la Nación**

<http://www.boletinoficial.gov.ar/> - **Boletín Oficial de la Nación**

<http://www.legislaw.com.ar> - **Leyes, jurisprudencia, doctrina**

<http://www.societario.com/> - **Todo sobre sociedades**

<http://www.laley.com.ar> - **La Ley, Argentina**

<http://www.legislaw.com.ar/legis/consti.htm> - **Constitucional y tratados**

<http://infoleg.mecon.gov.ar> - **Legislación Min. Economía de la Nación**

<http://infoleg.mecon.gov.ar/basehome/tratados.htm> - **Tratados materia económica**

### Sitios jurídicos internacionales

- <http://www.corteidh.or.cr> - Corte Interamericana de Derechos Humanos
- <http://www.cajpe.org.pe/rij> - Red de Información Jurídica de la Comisión Andina de Juristas
- <http://www.findlaw.com/cascode/supreme.html> - Fallos US Supreme Court
- <http://www.echr.coe.int/> - Corte Europea de Derecho Humanos
- <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ljjudinf.htm> - House of Lords
- <http://www.adminet.com/min/jus> - Links a los principales sitios de Derecho Francés
- <http://www.austlii.edu.au/> - Australasian Legal Information Institute
- <http://www.boe.es> - Boletín Oficial del Estado, España
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr> - Consejo Constitucional francés
- <http://www.courdecassation.fr> - Cour de Cassation
- <http://www.oas.org/> - Organización de Estados Americanos
- <http://www.coe.int> - Consejo de Europa
- [http://europa.eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/index_es.htm) - Unión Europea

### Tribunales Internacionales:

- <http://www.corteidh.or.cr/> - Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):
- <http://www.icj-cij.org/> - Corte Internacional de Justicia (CIJ)
- <http://www.un.org/icty> - Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia
- <http://www.un.org/icc> - Tribunal Penal Internacional

### Sitios jurídicos latinoamericanos

- <http://www.iadb.org/intal/> - INTAL: Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe - Banco Interamericano de Desarrollo
- <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/esquemas.asp> Bibliografía sobre: Mercosur, Alca, Comunidad Andina, Mercado Común Centroamericano; Región del Caribe, Tratado de Libre Comercio de America del Norte-NAFTA/TLCAN:
- <http://www.caricom.org> - Caribbean Court Community (CCJ)
- <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/> Legislación:Brasil:
- <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/> Legislación:Brasil
- <http://www.mercosur.gov.ar/> (ver Normativas) – Normativa Mercosur
- <http://www.rau.edu.uy/mercosur/m-mlegal.htm> - Marco legal del Mercosur (de la Red Académica Uruguay)
- <http://www.diputados.gov.py/> - Cámara de Diputados del Paraguay
- <http://www.senado.gov.py/> Cámara de Senadores Paraguay
- <http://www.pj.gov.py/> - Poder Judicial del Paraguay
- <http://www.sica.int/> - Sistema de Integración Centroamericana
- <http://www.sieca.org.gt/> - Sistema de Integración Económica Centroamericana
- <http://www.ccj.org.ni> - Corte Centroamericana de Justicia

### Tribunales Supremos de los Estados miembros del Mercosur:

- <http://www.csjn.gov.ar> - Corte Suprema de Justicia - Argentina
- <http://www.stf.gov.br> - Supremo Tribunal Federal - Brasil

<http://www.stj.gov.br> - **Superior Tribunal de Justiça - Brasil**

<http://www.pj.gov.py/> - **Corte Suprema de Justicia - Paraguay**

<http://www.unesco.org/webworld/paraguay/> **Centro de documentación y archivo para la defensa de los derechos humanos de la CSJ del Paraguay**

#### **Diarios jurídicos en línea**

<http://www.diariojudicial.com> - **Diario judicial**

#### **Buscadores internacionales**

<http://www.altavista.com>

<http://www.lycos.com>

<http://www.webcrawler.com>

<http://www.yahoo.com>

#### **Buscadores especializados en Derecho**

<http://www.derecho.com> - **Derecho español. Leyes, fallos y doctrina jurídica**

<http://www.lawcrawler.findlaw.com> – **USA**

<http://www.ilrg.com> - **International Legal Resources Guide (4000 sitios de 238 países)**

<http://www.elwebjuridico.com> -

<http://www.law.com> – **USA**

#### **Diccionarios jurídicos**

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary.aspx> **Duhayme's Law Dictionary - Canadá**

[http://www.europa.eu/scadplus/glossary/index\\_es.htm](http://www.europa.eu/scadplus/glossary/index_es.htm) - **Unión Europea - Tiene un glosario en todas las lenguas de la Unión**

<http://www.uspto.gov/main/glossary/> **Glossary of the U.S. Patent and Trademark Office** (Estados Unidos)

<http://www.ilis.ilo.org/ilis/ilisterm/ilintrte.html> **ILOTERM** (EN,ES,DE,FR)  
Base de datos terminológica de la **Organización Internacional del Trabajo (OIT/LO)** en inglés, francés, español y alemán de términos utilizados en los ámbitos social y laboral.

<http://www.dictionary.law.com/> **Law.com dictionary** Diccionario de términos jurídicos en inglés.

<http://www.dictionary.lp.findlaw.com/> **Legal Dictionary (FindLaw)** (EN)

<http://www.untreaty.un.org/english/guide.asp> **Treaty Reference Guide** (EN) Definition of key terms used in the UN Treaty Collection.

<http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/vojula00.htm> **Vocabulario Jurídico Latino** (Latín) Con definiciones en español de los 'latinajos' jurídicos.

#### **Traductor:**

<http://babelfish.altavista.com/>

#### **Biblioteca Pública en Internet:**

<http://www.ipl.org/> (INGLÉS)



Impreso en la imprenta del  
Colegio de Abogados de San Isidro.  
4743-4947

Junio de 2009