



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

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

**Vocales Titulares:** María Julia ABAD  
Orlando Abel DÍAZ  
Marcelo RODRIGUEZ JORDÁN  
Carlos Alberto STORTINI  
Graciela Beatriz VEGA  
José Luis María VILLADA  
Jorge Luis ZUNINO

**Vocales Suplentes:** Andrea Iratí ROLL BIANCIOTTO  
Nicolás Ramón CEBALLOS  
Santiago QUIAN ZAVALÍA  
Jorge Eduardo GÓMEZ LENCINA

**ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN:**

Luis María CODEGLIA  
Patricia Mabel KLENTAK  
Estela ROBLES

**TRIBUNAL DE DISCIPLINA:**

Roger Andre BIALADE  
Delma Beatriz CABRERA  
Irma Edith CARNERO

**Representantes en la Comisión**

**Provincial de Secretarios, Aux.**

**Letrados y Funcionarios:**

Mariano Luis VIEYRA y Santiago Hugo MOISES

Belgrano 321 - 2º PISO – B1642DGJ – San Isidro - Tel/Fax: 4742-9939  
E-mail: info@magistradossisidro.org.ar / colmagasi@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.*

I.- A través de la Asamblea Extraordinaria celebrada el pasado 30 de marzo del año en curso, por decisión unánime de los miembros y apoderados presentes, se impuso la modificación al Estatuto con el objeto de que los asociados podamos, de ahora en más, elegir a las autoridades a través del voto personal, secreto y voluntario.

Celebramos desde aquí este importante cambio, ya que representa satisfacer no sólo el reclamo anhelado por los socios de nuestra institución, deseosos de participar en forma directa en la selección de sus delegados, sino también un acercamiento contundente al pensamiento de las mayorías, cualquiera sea el fuero al que se pertenezca.

Confiamos en que la participación de todos permitirá dirigir con mayor representatividad los destinos del Colegio, el cual intenta desde siempre estar cerca de las necesidades de cada uno de los miembros que lo integran.

Será, entonces, el cuarto oscuro el lugar adecuado para que el único compromiso que tenga el elector lo sea con el beneficio de la libertad y la tranquilidad de la independencia.

Participe y vote.

II.- En otro orden, de manera reciente hemos apreciado con beneplácito que el Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados se haya abstenido de someter a juicio político a los señores Jueces por el contenido de sus sentencias. No obstante, sin perjuicio de ser reiterativos, ha de insistirse que continúa siendo nuestra obligación saber transmitir a la opinión pública en general -como se ha hecho a través de distintos comunicados- que no son los intereses de la política, ni el justificado dolor de los familiares de víctimas por delitos violentos, los motores válidos para procurar el apartamiento de los Magistrados cuyas decisiones no satisfagan sus expectativas, sino el control que todas las partes puedan hacer de su gestión durante la tramitación de cada una de las causas asignadas a su competencia y jurisdicción. Un fallo adverso fundado en principios constitucionales no puede ser jamás sinónimo de "mal desempeño".

III.- Por último, no se puede pasar por alto el reciente fallecimiento del gran escritor argentino Ernesto Sábato (1911-2011); un hombre de pocos

libros, pero de mucho contenido. No nos hemos hecho espacio para una semblanza de su obra ni de su biografía, tan publicitada en estos días con motivo de su alejamiento definitivo. Sin embargo, vamos a transcribir un párrafo de uno de sus últimos ensayos a fin de dejar constancia de un mensaje esperanzador:

**“...Les pido que nos detengamos a pensar en la grandeza a la que todavía podemos aspirar si nos atrevemos a valorar la vida de otra manera. Nos pido ese coraje que nos sitúa en la verdadera dimensión del hombre. Todos, una y otra vez, nos doblegamos. Pero hay algo que no falla y es la convicción de que -únicamente- los valores del espíritu nos pueden salvar de este terremoto que amenaza la condición humana...”<sup>1</sup>**

Hasta la próxima.

---

<sup>1</sup> Ernesto Sábato: "La Resistencia", editorial Seix Barral, año 2000, p. 11.

EDITORIAL

<b>1. RECORDANDO AL DR. JUAN MAKINTACH</b>	
<i>Marcelo Rodríguez Jordán .....</i>	<b>9</b>
<b>2. JUSTICIA JUVENIL. CAPACITACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN. Multidisciplina y género</b>	
<i>Patricia Mabel Klentak - Rosa Cabral .....</i>	<b>13</b>
<b>3. EL PAGARÉ Y EL CONSUMIDOR. UNA RELACIÓN CONFLICTIVA</b>	
<i>Carlos Andrés Chedrese .....</i>	<b>29</b>
<b>4. PAGARÉ Y DERECHO DEL CONSUMIDOR. COMPETENCIA. JURISPRUDENCIA COMENTADA</b>	
<i>Facundo Araujo .....</i>	<b>51</b>
<b>5. LA JUSTA VALORACIÓN DE UNO MISMO</b>	
<i>Marina Julia Orchessi. ....</i>	<b>69</b>
<b>6. JURISPRUDENCIA: BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. ALCANCE Y LÍMITES. HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES. PERITOS.</b>	
<i>Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1<sup>a</sup> .....</i>	<b>79</b>
<b>7. ACTIVISMO JUDICIAL LEGÍTIMO. FUNCIONALIDAD Y OPERATIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.</b>	
<i>Delma B. Cabrera .....</i>	<b>83</b>
<b>8. LA PLANIFICACION EN LOS PROCESOS DE REFORMA</b>	
<i>Diego Matías Grau.....</i>	<b>95</b>
<b>9. LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE EN DELITOS TRANSNACIONALES</b>	
<i>Tomás Barbieri Prats.....</i>	<b>119</b>

<b>10. JUICIO DE DELITOS DE ACCION PRIVADA</b>	
<i>Sergio Manuel Terron</i> .....	<b>137</b>
<b>11. INCIDENTE DE ALIMENTOS. EL NUEVO ARTÍCULO 647 DEL CPCC Y ALGUNAS CUESTIONES DE COMPETENCIA.</b>	
<i>Sandra Veloso</i> .....	<b>149</b>
<b>12. FERTILIZACIÓN ASISTIDA. INTERROGANTES Y POSIBLES RESPUESTAS. DOCTRINA Y FALLO COMENTADO.</b>	
<i>María Del Carmen Barbero de Rébora</i> .....	<b>163</b>
<b>13. FERTILIZACIÓN ASISTIDA. SENTENCIA.</b>	
<i>Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata</i> .....	<b>195</b>
<b>14. ¿UN ESTADO DEBE MODIFICAR SU CONSTITUCIÓN SI ELLA ES INCOMPATIBLE CON UNA INTERPRETACIÓN DEL PACTO HECHO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN UN EXPEDIENTE DONDE AQUEL ESTADO NO FUE PARTE?</b>	
<i>Paula Valeria Oyola</i> .....	<b>231</b>
<b>15. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y MECANISMOS DE REVISIÓN</b>	
<i>Sebastián Diego Luján</i> .....	<b>241</b>
<b>16. UNA RESPUESTA OPORTUNA QUE DISIPA DUDAS. SUCESIONES. TASA DE JUSTICIA.</b>	
<i>Silvina Andrea Mauri</i> .....	<b>249</b>
<b>17. EXTRAS:</b>	
<b>“TANGENTES”</b> <i>Alicia Plante</i> – .....	<b>251</b>
<b>“ENTREGA”</b> – <i>Donatella Castellani</i> .....	<b>257</b>

**RECORDANDO AL DR. JUAN MAKINTACH:**

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

Hablar sobre alguien que uno apenas ha conocido siempre es arriesgado, por lo que espero coincidir en esta escueta semblanza con quienes más cerca estuvieron de él y mejor podrían evocarlo.

El pasado noviembre falleció el ex juez Dr. Juan E. R. Makintach, quien tantos años dedicó, desde la órbita penal, a la vida judicial de este Departamento.

Hombre bien dispuesto para la polémica, donde la había, ahí aparecía dando su punto de vista frontal, sincero y sin anestesia. En un ambiente en donde todos los temas son opinables, aquélla era la invitada permanente a toda reunión garantizando de algún modo su presencia, aunque no fuera expresamente convidado el tema que proponía.

Como consecuencia de haberme iniciado laboralmente en la Justicia Nacional, me consideraba un “extranjero” en la jurisdicción, no obstante, en varias ocasiones tuvimos la oportunidad de hablar de distintos asuntos. La diplomacia no era su estilo, mas uno sabía con quién estaba hablando cuando se sentaba frente a él, cualidad que valoro con gratitud, aunque no haya “nacido” aquí.

Conocedor y admirador como pocos de la obra de Jofré, me ilustraba sobre tiempos pasados que yo no había “vivido” teniendo en cuenta mi origen territorial y me explicaba cómo, para él, el viejo legislador y procesalista había sido un adelantado a su época.

Poco sé de su intimidad, pero nada diré de ella. No era su confidente, sólo la fugaz y ocasional oreja que prestaba algunas veces para

---

<sup>1</sup> Defensor Oficial en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de San Isidro.  
[marcelojordan2000@yahoo.com.ar](mailto:marcelojordan2000@yahoo.com.ar)

que pudiera apuntar sus enojos y sus críticas del momento. Racing fue nuestro común denominador y nuestra verdadera (y sufrida) excusa para compartir de vez en cuando un poco del dañino humo de cigarrillos permanentes.

Gran fustigador de la reforma introducida por la ley 11.922 al procedimiento penal (sin olvidar la transformación del Ministerio Público) hizo sentir su voz opositora donde pudo, aun, una vez implementada, trataba de hacer oír su desacuerdo rotundo. No, la diplomacia no era su estilo.

El progreso no dio marcha atrás y, como siempre, se impuso. No descarto que sus formas hayan generado que el destino lo dejara olvidado en la primera instancia; tampoco desecho que las mismas maneras -y cierto hartazgo- motivaran su retiro adelantado. Era previsible que la jubilación lo alejaría de las polémicas y, consecuentemente, del sentido que le había dado a su vida.

Yo lo estimaba.

No lo conocí en sus años mozos, hubiera sido interesante saber de él por aquellos días. Seguramente habrían sido otras las razones y las excusas para la discusión fuerte (no hay de otra clase) y, también con certeza, lo hubiera encontrado arremetiendo contra algún molino de viento construido en otros períodos. Le sobraba ímpetu y por eso parecía no amilanarse frente a empresas quijotescas.

No sé si el tiempo hizo mella en él, pero creo posible que los años transcurridos pudieran haber opacado con cierta parcialidad algunas de sus reacciones. Bueno, después de todo, saber que un juez es humano no es tan malo, ¿verdad? A su manera, vivió y disfrutó de lo que le tocó en suerte, quizás, añorando ciclos idos en los que se sentía a sus anchas.

De ser así, Oscar Wilde<sup>2</sup> sin saberlo, escribió una sentencia inmor-

---

<sup>2</sup> Escritor y dramaturgo irlandés cuyo verdadero nombre era Oscar Fingal O'Flahertie Wills Wilde (1854-1900).

tal para todas las personas que como él gozaron de lo que Dios les dio en vida: *“La tragedia de la vejez no es ser viejo, sino haber sido joven<sup>3</sup>”*.

**Hasta siempre.**

---

<sup>3</sup> De Oscar Wilde: “El Retrato de Dorian Gray”, traducción de Alfonso y José Sastre, Colección “Obras Inmortales”, editorial Edaf, Madrid, 1983, p. 220.

**Justicia Juvenil**  
**CAPACITACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN**  
**Multidisciplina y género**

*Patricia Mabel Klentak*<sup>\*</sup>

*Rosa Cabral*<sup>\*\*</sup>

**Multidisciplina:**

En el 18º Congreso de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados de la Juventud y Familia celebrado recientemente en Túnez, se reafirmó la necesidad de constante capacitación para todos los profesionales que trabajan con niños.

Las Guías elaboradas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia juvenil (CJS Ch- 2010- 3 E), en adelante las guías del Consejo de Europa, han significado un importante avance en ese sentido, ya que determinan que dicho entrenamiento ha de ser multidisciplinario. En su preámbulo señalan “*que todos los profesionales que trabajan en contacto con niños en la justicia deben recibir un apropiado entrenamiento y soporte para orientar sus prácticas a fin de garantizar e implementar adecuadamente los derechos de los niños*”....

Es indudable, que la capacitación para lograr este fin, ha de ser especializada integrando los saberes jurídicos con conocimientos provenientes de otras disciplinas, ya que la intervención en la justicia juvenil prevé espacios multidisciplinarios, y en ocasiones abordajes interdisciplinarios imprescindibles para el correcto enfoque de la cuestión.

El Máximo Tribunal Nacional de Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en su pronunciamiento, en el caso

---

<sup>\*</sup> *Jueza del Juzgado de Garantías del Joven nº2 del Departamento Judicial de San Isidro.*

<sup>\*\*</sup> *La Dra. Rosa Cabral es integrante del mismo Juzgado.*

“García Méndez, Emilio y otros”, causa nro. 7535 , se refiere al niño como un sujeto pleno de derechos, que transita un todavía incompleto desarrollo, madurativo, proceso natural de construcción de su aparato físico, psíquico y emocional, como así también la absorción de principios valores y normas que hacen a la convivencia y desarrollo pacífico de la vida de una sociedad democrática.<sup>1</sup>

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores en su numeral 5.1, fijan como objetivo de la justicia especializada, el fomentar el bienestar del menor, y conciben a la justicia de menores (numeral 1.4) como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país, estableciendo que deberá administrarse en el marco de la justicia social. Entonces, la función del juez de hacer justicia, en el marco del derecho, en todo proceso juvenil incluye favorecer e impulsar el desarrollo físico, social y espiritual del niño, de acuerdo a la evolución de sus facultades y madurez. En consecuencia un entrenamiento para dar contenido a la protección especial de los niños, requiere una perspectiva holística que integre .los puntos de vista de disciplinas no jurídicas.

Las guías del Consejo de Europa en su numeral II-b.4, hacen referencia a los mecanismos multidisciplinarios con el objetivo de acceder al interés superior del niño en las decisiones jurisdiccionales , en cada proceso en el que un niño esté involucrado” y también señalan en su numeral II-b\_5 la necesidad de entrenamiento profesional para intervenciones multidisciplinarias de jueces, abogados, policías, trabajadores sociales, psicólogos , oficiales de migración y todo otro profesional que trabaje con niños. En igual orden de ideas, el Comité de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados de la Justicia de la Juventud y Familia constituido para proponer los principios de ética destinados a Jueces y Magistrados de la Juventud y la Familia, en su informe de fecha 17 de marzo de 2010 formulan como principio número 11 que:” *el juez debe mantener permanentemente su idoneidad profesional tanto en el plano jurídico como en las otras disciplinas perten-*

---

<sup>1</sup> (1)“García Méndez .Emilio y Otro. s/causa nro. 7537”.Corte Suprema Justicia Nación S.C.G. 147. LXIV .

*tes al ejercicio de su función”*. La nota aclaratoria al principio once del referido informe amplía el tema diciendo que *“esta necesidad aparece particularmente pertinente para la práctica judicial en materia de juventud y familia, donde es constante la interacción con profesionales tales como los psicólogos, los psiquiatras , los asistentes sociales, los criminólogos y otros”*.

Los escenarios actuales son extremadamente complejos. En una época signada por el vértigo, la comunicación global, la nuevas tecnologías, el predominio de la imagen, la complejidad y el desorden, en la que se profundizan las diferencias económicas, culturales y sociales entre los sectores de la sociedad, se trabaja con niños, adolescentes y sus familias impulsando su desarrollo físico, psíquico, ético y espiritual, impulsando transformaciones estructurales con la mirada puesta en su futuro. El profesional ha de adaptarse a la velocidad de los cambios y construir un proceso de intervención eficaz para estos contextos. A este fin, resulta útil la capacitación transcultural y también la incorporación de algunas herramientas teóricas provenientes de distintas ciencias que faciliten la comprensión y el desenvolvimiento de los complejos y caóticos procesos de vida. Desde luego, que la incorporación de estos conocimientos, no implica perder de vista las propias incumbencias profesionales. No se trata de reemplazar la actuación del psicólogo, del criminólogo ni de otro profesional especializado, sino de adquirir los conocimientos básicos sobre otras disciplinas que permitan interactuar en los espacios multi y/o interdisciplinarios que se generen a partir de la intervención, adecuándola a los contextos actuales.

En este sentido, la UNESCO ha afirmado (<sup>2</sup>) que: *“La interdisciplinariedad realizada a través de grupos de materias conexas no implica el abandono de la noción de disciplina. Por el contrario, las disciplinas con sus métodos y epistemologías propias, en razón de su misma especificidad, deben considerarse necesarias tanto para una formación intelectual sistemática como para una buena comprensión del mundo. La interdisciplinariedad entonces no busca apartarse de la propia disci-*

---

<sup>2</sup> Interdisciplinariedad y ciencias humanas. L.Apostel y otros.Editorial Tecnos.Unesco 1983



plina sino que intenta apartarse de la parcelación del saber, para captar vínculos profundos entre los distintos aspectos de los conocimientos del hombre”.

### Perspectivas de género

El Sistema de Justicia Juvenil en Argentina ha recorrido un largo camino de desarrollo desde la aprobación, en el año 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño. La nueva Teoría General instituida desde entonces, en el derecho infanto-juvenil llamada “Doctrina de la Protección Integral de Derechos”, requirió la adecuación de la legislación y de las prácticas institucionales a partir de la concepción del niño como sujeto de derechos, en oposición a la anterior “Doctrina de la Situación Irregular” imperante, basada en la consideración del niño como objeto de protección.

Este sujeto niño tiene particulares necesidades que han justificado la aplicación del principio de “especialidad”, el que garantiza al niño en el sistema de justicia la aplicación de legislación especializada y la creación de órganos especializados como así también la implementación de intervenciones multidisciplinarias. En este contexto de adecuación paulatina de las leyes internas como de las prácticas institucionales a los postulados de la Convención sobre los Derechos del niño, el sistema de justicia juvenil no se ha dado aún los tiempos y los espacios en Argentina para realizar suficientes análisis en el sistema desde una perspectiva de género. Sin embargo, unas mínimas mediciones dan cuenta de las particularidades que surgen a partir de un análisis realizado desde el género.

De los datos relevados desde la puesta en funcionamiento en una oficina judicial juvenil de la Provincia de Buenos Aires desde el 28 de noviembre de 2008, fecha de la puesta en funcionamiento del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil en este Departamento Judicial de San Isidro hasta la actualidad, sobre una muestra de 543 causas, surge que:

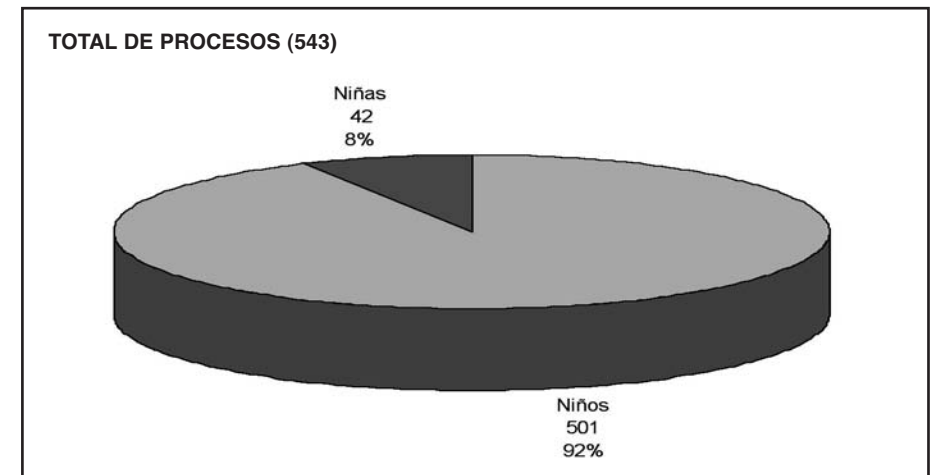
-se hallan imputadas niñas, solamente en el 8 % de los delitos investigados (Gráfico I)

- los delitos que mayormente involucran niñas son (Gráficos II y III) :

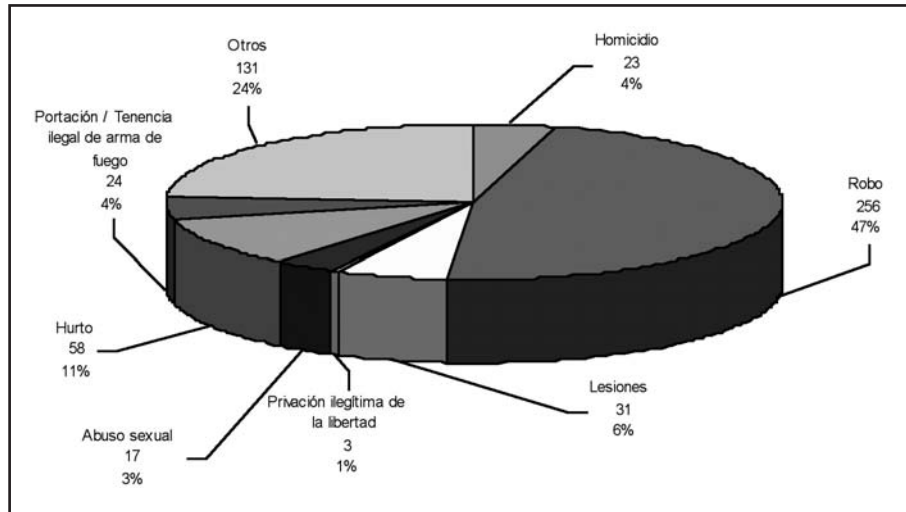
- \*hurto (22 %),
- \*amenazas (31 %)
- \*lesiones ( 10 % ).

(en los delitos de amenazas investigados que involucran niñas, la mayoría tiene su génesis en conflictos interpersonales vinculados a relaciones entre jóvenes o grupos de jóvenes en la escuela)

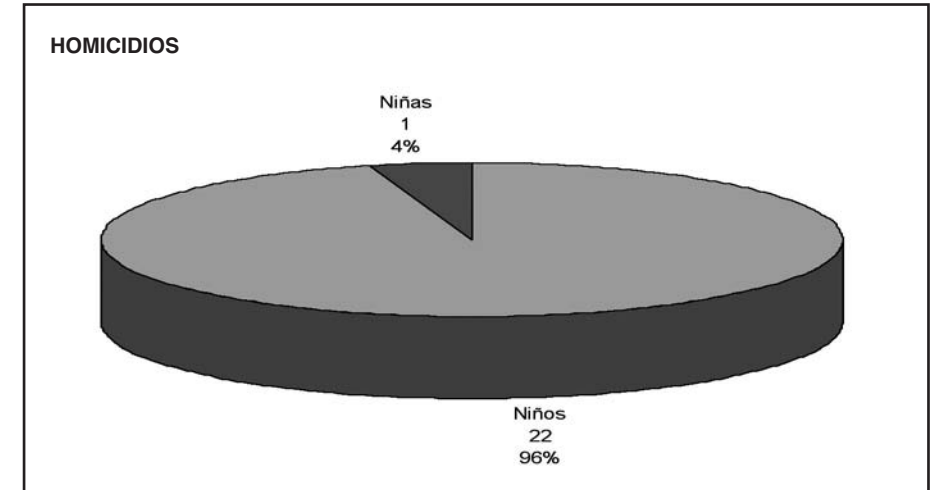
GENERO SOBRE EL TOTAL DE PROCESOS INICIADOS (gráfico I)



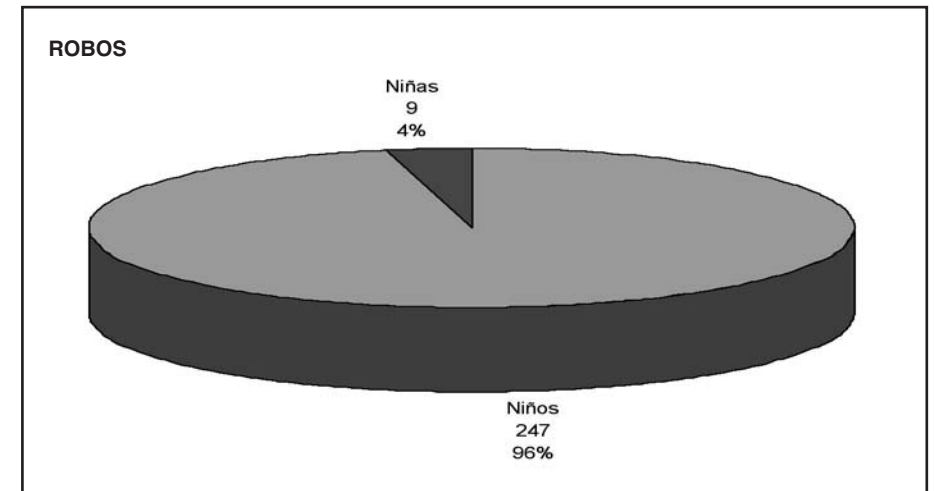
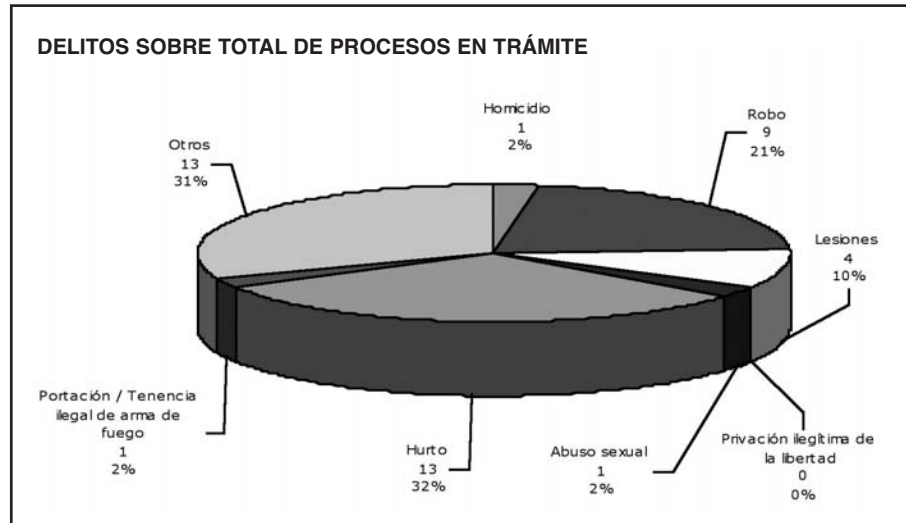
TIPOS DE DELITOS SOBRE EL TOTAL DE PROCESOS INICIADOS (gráfico II)

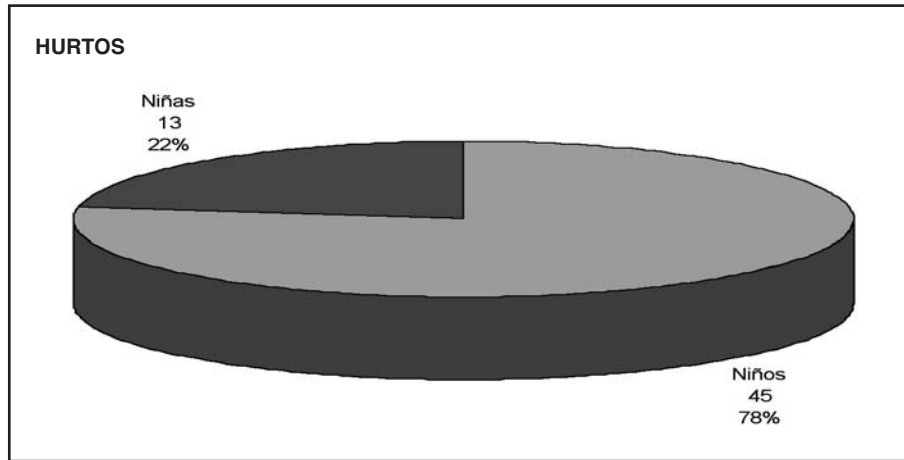


COMPARATIVA ENTRE NIÑOS Y NIÑAS RESPECTO DE LOS PROCESOS INICIADOS (IV)



TIPOS DE DELITOS en los que son imputadas NIÑAS (gráfico III)

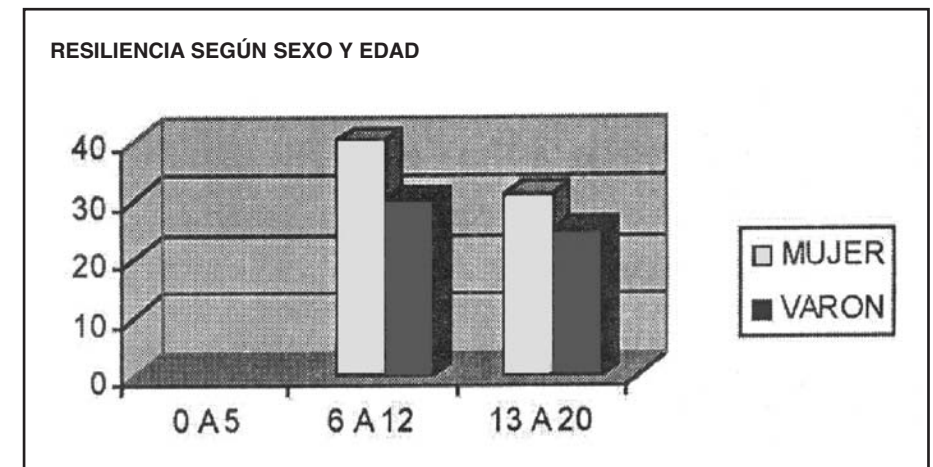
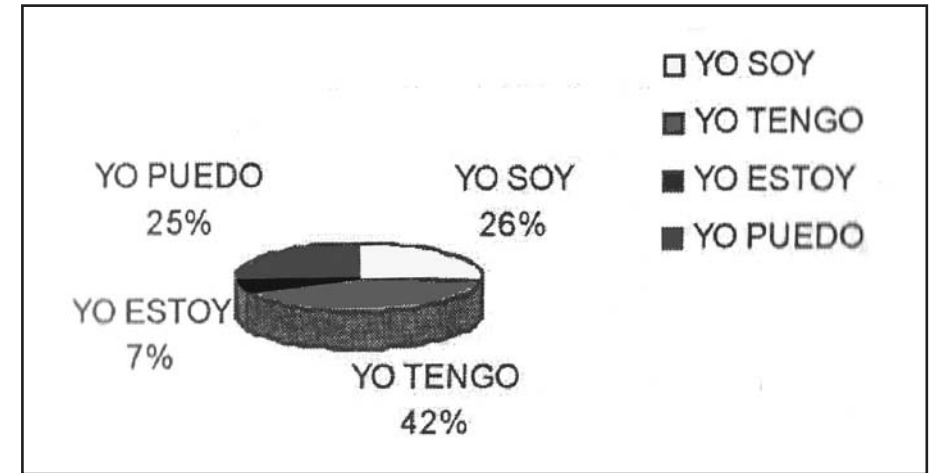




En otra medición realizada sobre una muestra de 200 niños, en relación a sus capacidades resilientes, se partió de la conceptualización de la resiliencia como la combinación de factores que permiten a un niño afrontar y superar los problemas y adversidades de la vida y construir sobre ellos (Suárez Ojeda), y las mediciones se efectuaron mediante un test de resiliencia, previamente elaborado, con cuestionarios para los niños y los padres y/o cuidadores, sobre la posesión o no de las condiciones de la resiliencia: “yo soy”, “yo tengo”, “yo estoy” y “yo puedo”. Los datos obtenidos son los siguientes:

-\*En los niños entrevistados (en causas de transición del Juzgado) la composición por capacidades resilientes fue la siguiente: yo tengo (42%), yo soy (26%), yo puedo (25%), yo estoy (7%)

- las niñas resultaron con mayores capacidades resilientes que los niños de la misma edad entre los 6 a 12 años. (más de un 10% de diferencia).



Desde la perspectiva de género que nos convoca y que es dable aplicar a las niñas en lo pertinente ha de tomarse en cuenta el corpus juris internacional y articular sus contenidos con las leyes internas, la normativa específica internacional y leyes internas aplicables a la niñez impulsando a los operadores del sistema de justicia juvenil a que se familiaricen con los textos de las convenciones y sus interpretacio-

nes autorizadas, en pos de una mejor calidad de intervención para la protección de los derechos humanos .

En este orden de ideas y al solo fin de iniciar este proceso de integración en el plano de las leyes y de las prácticas entre Niñez y Género hemos de analizar algunas cuestiones, a fin de detectar enclaves que permitan articular las legislaciones de género y niñez.

En relación a los derechos de las niñas, el conocimiento del pensamiento de la Comunidad Internacional se construye a partir de los fallos, opiniones consultivas y observaciones generales relacionadas con la materia. Desde estas consideraciones han de naturalizarse el uso de las herramientas normativas de derecho internacional enfocadas en la protección de los derechos de la mujer, incluida su aplicación en casos de niñas/adolescentes involucradas en procesos judiciales.

El principal documento para una perspectiva de género es sin lugar a dudas, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). En esta convención, se reconoce el derecho a no discriminación (art 1); la igualdad de derecho y de facto: medidas de acción positiva (art.4); el catálogo de derechos que abarca diferentes dimensiones de la vida de las mujeres y cuyo ejercicio evitará prácticas discriminatorias vinculadas a la nacionalidad, educación, salud y derechos reproductivos, trabajo, matrimonio y familia, entre otras. En ese sentido, la Convención mencionada, obliga a los Estados Partes a la adopción de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, las que no han de ser consideradas discriminatorias en la forma definida en la presente Convención. (art. 4)

A partir de este marco es que se crea el Comité CEDAW, donde los expertos/as examinan los progresos realizados por los Estados en la aplicación de la Convención.

En el Sistema Interamericano, en relación a los derechos de género, el corpus iuris interamericano se integra con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), que ha de articularse con los preceptos del principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y

Deberes del Hombre (1948), el artículo 19 de la Convención Americana, y los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)

En el ámbito de los derechos de la infancia, el derecho a la no discriminación y el derecho a la identidad están reconocidos por la Convención sobre los derechos del niño.(arts. 2 ,7 y 8 de la CDN). Entre los documentos elaborados a nivel internacional para interpretar los alcances de la Convención de los Derechos del Niño en relación a la situación de las jóvenes involucradas en procesos judiciales y su derecho a no ser discriminadas, se destaca la Observación General N° 10, elaborada por el Comité Internacional de los Derechos del Niño, en el año 2007, donde se desarrolla en profundidad el principio de “No discriminación” introducido en materia de niñez por el artículo 2 de la Convención sobre los derechos del niño La mencionada Observación General en su parte pertinente establece que: *“Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores (véase párr. 97 infra) y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización.”*

A esta altura es dable resaltar, que la incorporación al ámbito local de dicha observación 10, como pauta interpretativa se efectúa en el entendimiento de que los tratados internacionales se aplican “en las condiciones de su vigencia” conforme la manda del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

El derecho no ha sido ajeno a los cambios operados a nivel mundial a partir de los cuales la civilización evoluciona trascendiendo la nacionalidad, en un proceso de integración que a veces deviene en un verdadero proceso de síntesis. En esta línea de pensamiento, el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos A. A. Cancado Trindade en su voto razonado en el caso de las Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana, sostiene que con el pasar del tiempo se ha tornado evidente que el régimen de nacionalidad no era siempre suficiente a los efectos de protección de todas y cualesquiera circunstancias... y en ese contexto la protección de los derechos humanos, la obligación de respetar y asegurar el respeto de los derechos protegidos en beneficio de todos los individuos independientemente del vínculo de nacionalidad, hace necesario recurrir a la noción de sujeto del derecho internacional.

Las ideas precedentes tornan interesante el análisis de la Constitución Nacional, que en su artículo 75 inciso 22, reconoce jerarquía constitucional a una serie de tratados sobre derechos humanos. No obstante, esta jerarquía establece su aplicación “en las condiciones de su vigencia”. En este sentido, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación<sup>3</sup>: “...*Que la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en la condiciones de su vigencia (Art. 75 inc. 22, 2do. 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*”. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en los autos “PSGR s/amparo” se pronuncia en igual orden de ideas agregando que “...*los órganos judiciales comarcales, cuando tienen que resolver casos en los que están en juego materias incluidas en los tratados internacionales de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación efectuada por los organismos interna-*

<sup>3</sup> CNJN “Girolodi”G,342.XXVI,m 04-07-995.

cionales de aplicación...” El Dr. Cafferata Nores, en relación al fallo Girolodi, describe en su obra “Derecho a la Justicia” una nueva epistemología relativa a los derechos humanos, donde concibe la integración *para el análisis* de las normas, de la jurisprudencia y las opiniones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, el Dr. Germán Bidart Campos, en “La Constitución y los Tratados con Jerarquía Constitucional” expresa que “en las condiciones de su vigencia”, significa las condiciones en que los tratados han sido incorporados en el derecho argentino y que se siguen aplicando en la jurisdicción internacional, para lo cual habrá de tomarse en cuenta la interpretación y la aplicación que temporalmente les va asignando la jurisprudencia internacional emanada de los órganos competentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño N° 17/2002 en cuanto a la igualdad, resaltó: “...El artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, per se, incompatible con ésta.

En su apartado 44, la mencionada opinión consultiva sostiene: “...*en un sentido más específico, el artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley*”.

Se resalta en esta línea de ideas, que un acto o una política pública es discriminatoria, cuando se aparta de la noción de igualdad, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma

lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

De acuerdo con esta concepción, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que *“no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”* En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en *“los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”*, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando *“carece de justificación objetiva y razonable”*. *Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. (Párrafo 44)*

Continúa aclarando en el párrafo 45: *“no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”*

Continuando con el análisis de la Opinión consultiva 17, en el párrafo 50 introduce los principios generales a resguardar al aplicar las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) estableciendo que dichas reglas deberán ser aplicadas con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de

raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, afirmando que tal como se señalara en la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Cuando más se profundiza en la perspectiva de género más notoria aparece la necesidad de repensar los contenidos de la Convención sobre los derechos del niño desde el género a fin de profundizar sus alcances. Por ejemplo, si bien los distintos documentos internacionales hablan de igualdad y no discriminación, la protección de los derechos de la infancia desde la mirada del género, requiere incluir en dichas nociones, entre otras las consideraciones de la Convención de Belem do Pará, referidas al derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Se parte de la concepción de un Estado Liberal, que ha adherido al sistema universal, y del que se han de requerir en consecuencia fuertes deberes de prestaciones con el alcance<sup>4</sup>. Ese es el sentido en el que se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que es "deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Opinión Consultiva OC 11-90, del 10 de agosto de 1990, parágrafo 23).

Por ello La Convención de Belem do Pará establece deberes inmediatos de los Estados<sup>5</sup> y también enumera los deberes progresivos de los Estados ratificantes a saber:

---

<sup>4</sup> CSJN, *“Casa, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”* -causaN°1681-C.1757.XL. Rta. el 20/09/2005.

<sup>5</sup> Dra Tojo- Miembro del CEJIL- Presentación en seminario de practicas- 2010

- Promover el conocimiento del derecho de la mujer a una vida libre de violencia;
- Modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres: reforma de programas de educación formal y no formal;
- Fomento de la formación del personal de la administración de justicia y personal encargado de la aplicación de la ley;
- Suministro de servicios adecuados para las víctimas;
- Políticas en los medios de comunicación;
- Ofrecer programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan a las mujeres participar plenamente de la vida pública, privada y social;
- Garantizar la investigación y la recopilación estadística sobre el tema

Estos deberes han de ser retomados e incluidos, entre aquellos que en el marco de la protección de la infancia, son exigidos a los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño en virtud del principio de efectividad incorporado en su artículo 4. Finalmente, a la luz de todo lo expresado y en atención a las particularidades referenciadas en razón del género, queda aquí planteada la vital importancia del compromiso de asumir una permanente capacitación (8) y un enfoque multidisciplinario, que incluya perspectivas de género y profundice la integración del Sistema de Derechos Humanos, fundamentalmente en el plano de aplicación de las normas, ya que tal como afirmara Winfered Hassemmer en “Crítica al derecho penal de hoy”, el Estado de derecho depende en buena medida de la formación de los juristas, ello a los fines de promover un tipo de intervención que mejore sustancialmente las prácticas y ayude en consecuencia, a garantizar de un modo más amplio y eficaz, la protección, ya en forma integral, de un mayor número de derechos para las personas, en este caso en particular, con el enfoque puesto en las niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

*Colaboraron en los gráficos: -Marcelo Invernize y Nahuel Ortiz.*

## **EL PAGARE Y EL CONSUMIDOR. UNA RELACION CONFLICTIVA.**

*Por Carlos Andrés Chedrese\**

### **INTRODUCCION**

El consumo, que crece a pasos agigantados día a día, hace que nos veamos involucrados cotidianamente en la utilización de una variedad de instrumentos jurídicos, ya sea en forma voluntaria ante la imperiosa necesidad de adquirir distintos productos y servicios que necesitamos, o cuando adelantamos gastos futuros con o sin sentido.

Algunas operaciones se desarrollan mediante contratos de cumplimiento inmediato, y en otras se difiere el pago para un momento posterior.

Existen en el mercado documentos varios: títulos de crédito, títulos valores y títulos circulatorios, que muchas veces son utilizados como sinónimos<sup>1</sup>, y en determinados casos nos facilitan el ejercicio de la actividad comercial y también el acceso al consumo. El creador del título incorpora al documento una declaración de voluntad, incondicionada e irrevocable, de carácter constitutivo y con alcance patrimonial, mediante la cual se coloca en una posición de obligado cambiario ante quien resulte portador legítimo del documento<sup>2</sup>.

El título cambiario es una especie dentro de este género.

Entre los títulos cambiarios, el pagaré y el cheque son los que en mayor medida se vinculan al consumo. Pero, actualmente el uso del pagaré se ha propagado no ya como instrumento utilizado entre comerciantes, sino también como medio de pago, como medio de financia-

---

\* *Auxiliar Letrado de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro*

<sup>1</sup> Sobre las ventajas e inconvenientes de estas denominaciones, véase Escuti, Ignacio A., “Títulos de Crédito”, Ed. Astrea, 9na edición, 2006, pág.1 y 2.

<sup>2</sup> Escuti, obra citada, pág. 7.

ción o de garantía del pago de mutuos bancarios o financieros y por ello será objeto del estudio realizado en este trabajo.

El pagaré es en sí mismo un título abstracto, que conforma una promesa del suscriptor de pagar incondicionalmente a determinada persona o a su orden una única y determinada suma de dinero en el plazo fijado en el propio instrumento<sup>3</sup>.

El pagaré debe reunir ciertos elementos que deben considerarse esenciales y otros que no lo son. La propia ley vigente nos dice que el lugar de pago debe indicarse en el pagaré (art. 101 inc.4° del dec. ley 5965/63), y que si no estuviera mencionado en el título, debemos considerar como lugar de pago al lugar de creación del título, lugar este último que también será considerado domicilio del suscriptor si no se hubiere especificado otro (cf. art. 102 -último párrafo- de la norma citada).

La importancia del lugar de pago radica, no sólo en que establece el lugar donde deberá pagarse el pagaré, sino que también fija la competencia para su cobro judicial en caso de que el deudor no pague la suma de dinero allí mencionada, pues el lugar de pago en definitiva es el lugar de cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que las leyes procesales utilizan para atribuir competencia cuando no existiere prórroga de jurisdicción expresa o tácita (arts. 5 inc.3° de los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Bs. As).

### **ACTUALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DEL PAGARE A LOS CONSUMIDORES.**

La complejidad de las operaciones con las que se desempeñan las empresas y grupos financieros dedicados a facilitar el consumo mediante el otorgamiento de créditos y amplias facilidades de pago para la adquisición de bienes y servicios, ha originado excesos en la

---

<sup>3</sup> Muguillo, Roberto A., "Letra de Cambio y Pagaré", Ghersi-Carozzo Editores, Tomo I, 1987, pág. 256

parte más poderosa (acreedor) cuando se aprovecha del desconocimiento o necesidad de la parte más débil, el deudor consumidor.

Ello ha potenciado la necesidad de regular tal intervención, en resguardo de los derechos que el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994 otorga a los consumidores.

Aparecieron afortunadamente por entonces con jerarquía constitucional los llamados derechos de tercera generación.

Acertadamente se ha sostenido que la protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución, mientras el espacio público disminuía ostensiblemente y cada persona se tornaba usuario vulnerable, en un creciente mercado de consumidores<sup>4</sup>.

Pero, en afán de proteger al más débil y regular esos derechos, que hoy en día seguimos viendo que son avasallados muchas veces por algunas empresas de servicios públicos, de telefonía y de transportes, entre otras, nos encontramos con que el legislador omite considerar la totalidad del sistema normativo en su intento de crear herramientas jurídicas claras y precisas que regulen la cuestión, y por el contrario, dicta normas que muy distante de ello, originan mayores problemas y conflictos que en definitiva tienen que ser resueltos por nuestra Justicia, que como todos sabemos ya tiene suficientes problemas para resolver en razón del congestionamiento del sistema judicial tanto nacional como provincial.

Así, la actual redacción del artículo 36 de la ley de defensa del consumidor 24.240, que fue sustituido por el artículo 15 de la ley 26.361 (B.O 7/4/2008), entra en clara colisión con las disposiciones del decreto ley de letra de cambio y pagaré antes mencionadas.

Con una finalidad desde ya muy respetable de proteger y garantizar los derechos del consumidor, que al fin y al cabo tarde o temprano somos todos, establece y enumera una serie de requisitos que deberán consignarse para nuestro conocimiento, o el del usuario, en la instru-

---

<sup>4</sup> Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", tercera edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, año 2008, pág. 460



mentación contractual de las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo, bajo apercibimiento de nulidad.

Ello no merece mayores reparos, pero a su vez, en el último párrafo de dicho artículo, se establece que será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a los contratos allí regulados, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor.

La norma es clara y precisa y no da lugar a mayores interpretaciones, ya que su texto establece expresamente que en los litigios relativos a los contratos allí regulados será competente para entender en su conocimiento el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. Sin embargo, actualmente se ha pretendido jurisprudencial y doctrinariamente extender su aplicación, buscándole un campo de acción mayor, a supuestos no previstos por el legislador, y de esta manera se ha interpretado la norma ampliando tal competencia a supuestos de litigios relativos a operaciones de origen no contractual en las que intervenga un consumidor, como ser en las ejecuciones de pagarés seguidas contra consumidores mediante el juicio ejecutivo previsto en los ordenamientos procesales tanto de la Nación como de las Provincias.

Esta última interpretación amplia y no literal de la ley, es la que en la práctica ha originado una creciente ola de conflictos de competencia, mayormente suscitados entre Juzgados Civiles y Comerciales de varias jurisdicciones de la Provincia de Buenos Aires, y también entre algunos de esos Tribunales provinciales y los Juzgados Nacionales en lo Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es que por un lado, como dijimos en la práctica la competencia para la ejecución judicial de un pagaré está dada según la normativa especial que regula la materia por el lugar establecido en el cartular para su pago, y a falta de mención de éste último, por el lugar de creación del título circulatorio, pues allí habrá de requerirse el cumplimiento de la obligación de pago del deudor. Pero por otro lado, quienes pretenden la aplicación del artículo 36 de la ley de defensa del consumidor –según su actual redacción–, sostienen que la ejecución de un pagaré, originado en una relación de consumo, y que sea seguida contra un

consumidor, debe tramitar inexorablemente ante los jueces del domicilio real de este último.

Las opiniones sobre el tema han sido varias y en todos los casos muy respetables.

Los argumentos de quienes se inclinan por otorgar competencia en la ejecución de un pagaré contra un consumidor al juez del lugar de pago pactado en el instrumento ó a falta de este al del lugar de creación, en aplicación de la normativa específica de letra de cambio y pagaré que regula la materia han sido de lo más variados.

En el Departamento Judicial de San Isidro, por ejemplo, la Sala Segunda -actual- de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, in re *“Bobbio, Rita Beatriz c/ Peñaflor, Rubén de Jesús s/ Cobro ejecutivo”*, causa 108.669, r.i 428 del 12/11/09, resolvió que si en el pagaré no consta el lugar convenido para su pago, el lugar de su cumplimiento coincide con el de su otorgamiento (art. 102, párrafo 3º, decreto/ley 5965/63), es decir el lugar de creación del título (cf. doctrina y jurisprudencia allí citada).

Entendió dicho Tribunal que contrariamente a lo que se había decidido en la instancia de grado, no era dable indagar o investigar y menos aun presumir si la causa del pagaré estaba dada por una obligación nacida de una relación de consumo regulada por la ley de defensa del consumidor 24.240 (t.o según ley 26.361), pues el pagaré como título abstracto se desprende del negocio jurídico que le ha dado origen, a los efectos de evitar la paralización de su transmisibilidad y con el fin de promover una más ágil circulación del documento que inspira el régimen legal vigente (cf. decreto ley citado).

De esta manera, revocó la resolución dictada en Primera Instancia que había declarado de oficio la incompetencia del Juez de grado para intervenir en la ejecución de un pagaré, con fundamento en las modificaciones introducidas por la ley 26.361 al artículo 36 de la ley 24.240, y que consideraba que resultaba competente para entender en las actuaciones el Juez correspondiente al domicilio real del deudor ejecutado, puesto que presumía la existencia de una relación de consumo y por lo tanto que el deudor era un consumidor.

Por su parte, la Sala Primera de dicha Cámara de Apelaciones, en autos *“Luna Cooperativa de Crédito Vivienda y Consumo Ltda c/ Ortega, Oscar Roberto s/ Cobro ejecutivo”*, causa 109.249, r.i 48 del 11/3/2010, adoptó igual solución a la de su par, con fundamento en que si bien en los contratos financieros y de crédito para consumo el juez competente será el del domicilio del consumidor, en el caso mencionado se trataba de la ejecución de un título ejecutivo pagaré) y no de una demanda con fundamento en derecho contractual. Sostuvo también que nada autorizaba a entrar en el análisis de la causa de la obligación; que en la ejecución de un pagaré el lugar de pago determinaba la competencia, y que ante su ausencia, debía tenerse por tal al lugar de suscripción, siendo este determinante de la jurisdicción a la cual debía someterse el litigio (arts. 101, inc.4 y 102 del D.L 5965/63). Revocó así el Tribunal la resolución del Juez de grado que había declarado de oficio su incompetencia para intervenir en la ejecución con fundamento en que el domicilio del deudor se encontraba en la Capital Federal y que por lo tanto por aplicación de la normativa de defensa del consumidor, la ejecución del pagaré debía tramitar ante la Justicia Nacional en lo Comercial de Capital Federal y no en la jurisdicción de San Isidro a la que pertenecía el lugar en donde se suscribió el pagaré ejecutado (ciudad de Martínez).

La Sala Tercera de dicho Tribunal de Alzada, in re *“Luna Cooperativa de Crédito Vivienda y Consumo Ltda c/ Ramírez, Angel R. s/ Cobro ejecutivo”*, causa 109.380, r.i 107 del 8/4/2010, también revocó la resolución por la cual el Juez de grado se había declarado incompetente para entender en la ejecución de un pagaré en la inteligencia de que debía intervenir en la causa la Justicia del domicilio real del consumidor deudor por aplicación de la ley de defensa del consumidor.

Para decidir como lo hicieron, los jueces de dicha Sala Tercera sostuvieron que si bien constituía un deber del juez el análisis oficioso del título en la oportunidad prevista por el art. 529 del CPCC, en el caso concreto, el apartamiento de las reglas de competencia en principio aplicables, se sustentaba en un examen que iba más allá del mentado “análisis oficioso del título”, ya que incursionaba en la relación jurídica que habría unido al librador del pagaré con su beneficiario, arribando a

conclusiones prematuras en virtud del estado de la causa (cf. doctrina del debido proceso, art. 18 de la C.N).

Podrían resumirse los argumentos importantes de estos fallos, que apuntalan el criterio relativo a que no debe aplicarse la ley de defensa del consumidor a la ejecución de un pagaré, de la siguiente manera.

El primero es el que nos señala que para definir la competencia para la ejecución judicial de un pagaré debemos considerar primordialmente las consecuencias que naturalmente se deducen de la aplicación de la ley específica que regula la materia de fondo, y por lo tanto si en el pagaré no consta el lugar convenido para su pago, el lugar de su cumplimiento coincide con el de su otorgamiento, es decir con el lugar de creación del título.

Parecería que tiene bastante sentido este fundamento en función de que si el legislador tenía intenciones de modificar las disposiciones y consecuencia aplicables de una norma tan específica como es el decreto ley de letra de cambio y pagaré, debió hacerlo en forma expresa y no puede pretenderse dejar sin efecto las disposiciones de la norma mediante la aplicación de regulaciones de otra ley especial que trata una materia distinta, y que si bien es posterior a la nombrada en primer término, sus disposiciones se refieren en concreto a operaciones instrumentadas en “contratos” de crédito y financiamiento de consumo y no al libramiento de títulos circulatorios como ser un pagaré, que de contrato no tiene nada, pues en definitiva el pagaré es como se dijo, una promesa unilateral de pagar una suma de dinero.

Otro fundamento de importancia que se extrae radica en que no es dable para el Juez indagar o investigar y menos aun presumir si la causa del pagaré está dada por una obligación nacida de una relación de consumo regulada por la ley de defensa del consumidor 24.240 (t.o según ley 26.361), en razón de que el pagaré como título abstracto se desprende del negocio jurídico que le ha dado origen.

Es claro que si bien los distintos Códigos de rito suelen autorizar al Juez a considerar como pruebas presunciones no legales, ello no es de aplicación a los procesos ejecutivos en los que no puede discutirse la causa de la obligación. Sólo está admitido considerar presunciones en la oportunidad de dictar sentencia definitiva en los procesos de conoci-

miento, y siempre que las presunciones se fundasen en hechos reales y probados, y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 163 inc.5°, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As y art. 163 inc.5° de igual Código de la Nación).

Entiendo que menos aun puede admitirse la aplicación de presunciones de oficio, sobre la existencia de una relación de consumo, en una etapa inicial del proceso donde ni siquiera se ha escuchado al ejecutado, quien no pudo ejercer su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N), derecho éste que incluye siempre la posibilidad de elegir la mejor estrategia de defensa, y que eventualmente lo llevaría a no plantear cuestiones de competencia en temas patrimoniales y a consentir tácitamente la competencia territorial planteada por el actor por una cuestión de conveniencia, como así lo autoriza el Código de rito (artículo 2° de los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Bs. As).

Ello es una consecuencia natural del principio según el cual en materia exclusivamente patrimonial la competencia territorial es prorrogable de conformidad de partes (arts. 1° de los Códigos de rito antes mencionados).

Por aplicación de ese mismo principio, es sabido que el juez no puede declarar de oficio su incompetencia territorial en asuntos patrimoniales, conforme así lo establece expresamente el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Aun cuando el Código Procesal de la Provincia de Bs. As no contiene tal prohibición expresa, la doctrina la ha consagrado como obligatoria, en razón de que lo contrario significaría anticiparse a la voluntad de las partes, y la decisión del juez se tornaría prematura, puesto que se estaría derogando la posibilidad de un pacto de prórroga de competencia celebrado por los justiciables o la aceptación tácita de una prórroga<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Fenchietto, Carlos Eduardo, "Código Procesal de la Provincia de Bs.As", Ed. Astrea, 9na edición, año 2009, pág. 13 en comentario al art. 4°.

## **LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DE LA LEY NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR QUE PROHÍBE LA PRORROGA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN MATERIA PATRIMONIAL.**

No escapa al sentido común, y menos a los hombres de ley que los derechos de unos terminan donde comienzan los de los otros.

Así se ha sostenido con acierto, que la protección constitucional de consumidores y usuarios, debe ser compatible con los demás derechos declarados y con los principios y valores de la Constitución<sup>6</sup>.

Entonces, sin perjuicio de que la ley de defensa del consumidor 24.240 es de orden público y rige en todo el territorio nacional (cf. art. 65), ello de ningún modo autoriza a que en afán de proteger los derechos que la Constitución Nacional le garantiza al consumidor, se vulnere otras normas y derechos de igual jerarquía constitucional.

Aun cuando algunos pudieran considerar aplicable la legislación de defensa del consumidor a la ejecución de un pagaré, cuestión que no se comparte, la norma del art. 36 -último párrafo- de la ley 24.240 (texto sustituido por la ley 26.361, B.O 7/4/08) que prohíbe la prórroga de competencia territorial en materia patrimonial y que sustenta tal opinión es de dudosa constitucionalidad.

Por un lado, atenta contra el derecho constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), ya que en la práctica crea arbitrariamente una competencia territorial diferenciada en materia disponible como lo es la de cuestiones patrimoniales, según fuere la persona interviniente en el contrato en litigio, consumidor o no.

De esta manera, según dicho artículo de la ley de defensa del consumidor, si el litigante fuera consumidor, los litigios relativos a los contratos allí mencionados quedan sometidos a la jurisdicción del Tribunal correspondiente a su domicilio real, impidiendo toda prórroga de competencia que pudiera haberse pactado en contrario, a la que, de existir, tacha de nula.

---

<sup>6</sup> Gelli, María Angélica, obra citada, pág. 462

Entonces, de admitirse hipotéticamente que tal disposición alcanzara a las ejecuciones de pagarés seguidas contra presuntos consumidores, tales procesos deberían tramitar inexorablemente ante los jueces del domicilio real de estos últimos, pues el legislador considera en su esencia que es allí donde mejor se le puede garantizar un juicio justo.

Por el contrario, si nos encontramos en una idéntica situación, es decir en una ejecución de un pagaré de similares características, pero en el que el deudor no es ya consumidor, sino que es un comerciante al que aquella norma no lo ampara, al legislador ya no le interesa garantizarle el mismo juicio justo y deja atribuida la competencia para la dilucidación del proceso de ejecución al juez del lugar de pago pactado en el instrumento (con la implicancia de prórroga de jurisdicción que ello acarrea) ó a falta de indicación de este lugar de pago en el título, al del lugar de su creación, que muchas veces puede no coincidir en la práctica con su domicilio real vigente.

Esta diferenciación indebida establece una desigualdad que no debe admitirse. A decir de nuestra Corte Suprema, la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias.

No puede sostenerse entonces válidamente en desmedro de ello, que tal situación de igualdad no se da en este supuesto, pues unos son consumidores y los otros no lo son, ya que en realidad la importancia radica en que ambos son deudores de una deuda dineraria instrumentada de igual manera y esa es la situación igualitaria que debe protegerse y no diferenciarse con la creación de una nueva categoría de deudores patrimoniales con privilegios (el consumidor).

No obstante, la norma del art. 36 de la ley defensa del consumidor mencionada, en cuanto prohíbe la prórroga de competencia en casos patrimoniales como los que contempla, también desconoce otras disposiciones constitucionales.

Por un lado, no contempla que las Provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal (art. 121 de la Constitución Nacional), y que si bien carecen de la facultad de dictar Códigos de fondo (art. 126), tales Códigos no deben alterar las jurisdicciones loca-

les (cf. art. 75 inc. 12) pues estas se han reservado para sí la facultad de dictar las normas de procedimiento que regirán en la jurisdicción provincial, y que es en aplicación de tal precepto que los Códigos Procesales autorizan la prórroga de la competencia territorial en razón de la materia. Por lo tanto, el ejercicio de tal derecho a prorrogar la jurisdicción territorial en materia patrimonial que otorgan a los ciudadanos las leyes provinciales de procedimiento no puede ser lesionado por disposiciones de una ley Nacional como lo es la de Defensa del Consumidor.

Debe recordarse que esas atribuciones delegadas constituyen competencias de excepción amplias, pero no por eso menos excepcionales<sup>7</sup>.

Por lo demás, si se permitiera entrar en el análisis de la causa en la ejecución de un pagaré, por la mera presunción de la existencia de una relación de consumo entre el librador y el beneficiario, o incluso en el supuesto de que estuviera probada ella, tal cuestión también deviene de dudosa constitucionalidad, pues como se sostuvo la facultad de dictar los Códigos Procesales es privativa de las Provincias. Por lo tanto si tales normas prohíben generalmente adentrarse en su análisis en los procesos ejecutivos (vrg. arts. 542 inc.4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Bs.As), mal puede una ley nacional pretender mediante su aplicación la derogación implícita de aquellas.

Aun cuando de algún modo pudiera alegarse que existan respecto de los derechos del consumidor competencias concurrentes entre la Nación y las Provincias, así como ocurre en el caso de las cuestiones ambientales por disposición expresa de la Constitución Nacional luego de la reforma del año 1994 (cf. art. 41 tercer párrafo), esa concurrencia debe estar orientada en la materia del consumidor o usuario a establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. A tal fin la Constitución autoriza a las Provincias a participar en los organismos de control (art. 42 tercer párrafo), pero no por ello pierden las jurisdicciones locales la competencia excluyente que tienen para regu-

---

<sup>7</sup> Gelli, María Angélica, obra citada, pág. 1009

lar los procedimientos de cobros ejecutivos en sus provincias, incluso en el supuesto de que el deudor fuere un consumidor.

Debe tenerse en cuenta también, que si bien en algunos supuestos distintas leyes nacionales contienen normas procesales que en la práctica modifican la competencia jurisdiccional aplicable a distintos procedimientos de carácter patrimonial, desconociéndose de esta manera la prerrogativa constitucional que atribuye a las provincias tal regulación como se sostuvo precedentemente, lo cierto es que ello se da mayormente de manera excepcional en procesos que contemplan la universalidad del patrimonio de una persona, como ser los juicios de concursos y quiebras y los procesos sucesorios (cf. arts. 21 y 132 de la ley 24.522 y 3284 del Código Civil respectivamente). Allí se justifica en cierta medida la intervención mediante el fuero de atracción de un único juez para evitar decisiones contradictorias o contraproducentes a los intereses protegidos en tales procesos universales, pero esos fundamentos de importancia no se vislumbran en procesos individuales de ejecución de pagarés en los que el deudor fuere consumidor.

#### **LA OPINION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni, Argibay y Maqueda, se expidió con fecha 24 de agosto de 2010 sobre el tema en autos “Compañía Financiera Argentina S.A c/ Toledo, Cristian Alberto”.

Decidió la cuestión adhiriendo a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, que citando precedentes del Alto Tribunal, dictaminó que la cuestión de competencia suscitada en el caso entre Tribunales de distinta jurisdicción territorial (uno era un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial que se declaró incompetente al entender que el demandado era un consumidor y que la relación jurídica que vinculaba a las partes tenía sustento en la ley 24.240, y que por lo tanto en aplicación de su art. 36, la jurisdicción correspondía a los jueces del domicilio del deudor; y el otro un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, provincia de

Bs. As que resistió la radicación del juicio), debía resolverse por aplicación de las leyes nacionales de procedimiento. Por lo tanto como el art. 4º, tercer párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prohibía declarar de oficio la incompetencia en asuntos exclusivamente patrimoniales cuando ella se fundaba en razón del territorio, pues ella podía ser prorrogada por las partes (cf. art. 1º, segundo párrafo del Código citado), la incompetencia decretada de oficio por el magistrado nacional era improcedente. Por ello resolvió que los autos debían continuar tramitando por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial.

De esta manera sin lugar a dudas la Corte Federal ha dado preeminencia en los hechos a lo que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto autoriza la prórroga de jurisdicción territorial en materia exclusivamente patrimonial, y prohíbe a los jueces declararse incompetentes de oficio en tales casos.

Implícitamente, al no hacer mérito de las normas de defensa del consumidor invocadas por el magistrado que se había declarado incompetente, le quitó la preponderancia que se le ha querido dar por otros tribunales, a los efectos de asignar competencia territorial en los cobros ejecutivos a favor de los jueces de los domicilio reales del deudor consumidor.

#### **LA POSICION CONTRARIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tuvo la oportunidad de expedirse sobre la cuestión con fecha 1º de septiembre de 2010, Ac.C. 109.305, en la causa “Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro Ejecutivo”.

Allí resolvió una cuestión de competencia entre el Juzgado de Paz de Escobar y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 12 de San Martín. El actor había iniciado la ejecución de un pagaré en el Juzgado de Paz de Escobar, y el magistrado interviniente se inhibió de entender en las actuaciones por considerar aplicable la ley de defensa del consumidor a la relación existente entre las partes; en

razón de que el domicilio del ejecutado correspondía a Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas, ordenó la remisión del expediente a la Receptoría General de Expedientes del Departamento Judicial de San Martín; la radicación le fue asignada al Juzgado N° 12 mencionado. El titular de dicho Juzgado no aceptó la intervención por considerar que la competencia era prorrogable, que no podía entrarse a juzgar la causa de la obligación y remitió las actuaciones al Tribunal Superior Provincial.

En su voto, el Dr. Hitters reconoció la problemática como una cuestión a la que el legislador nacional, al promover la protección a la parte más débil del contrato financiero de consumo, no ha dado una respuesta concreta.

Expresó que si bien era cierto que el nuevo art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor impedía la prórroga de jurisdicción realizada en perjuicio del usuario e imponía que las controversias respectivas tramitaran ante los tribunales más próximos a éste, no lo era menos que al impedir los títulos abstractos toda discusión fondal sobre la causa de la obligación (art. 542 del CPCC), no resulta posible –por regla- indagar más allá del documento para verificar si la convención que dio lugar al pagaré era efectivamente una de aquellas protegidas por el indicado precepto tutelar.

Pero, dedujo el Dr. Hitters de ello, que una interpretación literal de dichas previsiones llevaría a entender que el amparo del consumidor contra las prórrogas de competencia quedaba acotado a las acciones promovidas sobre la base de convenciones “causales”, en las que fuere posible examinar sus antecedentes para inspeccionar si se trataba de una operación financiera para consumo.

Si bien uno podría pensar que tales argumentos bastaban para definir la cuestión, el Dr. Hitters expresó luego sus argumentos por los cuales le dio mayor preeminencia a la ley de defensa del consumidor.

Para decidir así sostuvo que debía imperar un criterio hermenéutico que permitiera arribar a la solución que tendiera a proteger del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables como ocurre con los consumi-

dores y usuarios, y que por lo tanto debía en definitiva, verificarse si era posible extender la eficacia del art. 36 de la ley 24.240 (cf. ley 26.361) más allá de las acciones sustentadas en instrumentos causales, en los que –por ser viable penetrar en los antecedentes del negocio- el juez podía determinar si se trataba de una operación de crédito de las normadas en el citado dispositivo legal.

Amén de ello, reconoció que el magistrado de origen había traspasado los límites del art. 542 del CPCC al juzgar más allá del instrumento aportado junto con la demanda ejecutiva, que el accionante resultaba ser cesionario de una empresa dedicada a operaciones financieras para consumo, que frecuentemente tramitaba ante sus estrados el cobro de documentos de dicha índole, pero que sin embargo al hacerlo había exteriorizado razones justificadas para resolver de ese modo, advirtiendo con un criterio realista la multiplicidad de procesos de idéntico tenor iniciados por la empresa “Katefa S.A” (cedente), dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo, de conformidad con su objeto social, y por el otro, la circunstancia de que los demandados eran personas físicas destinatarias finales del crédito, y que el accionante pretendía el cobro de una suma de \$ 3.500 acorde con dicha calidad negocial.

Consideró entonces el Dr. Hitters en su voto que era posible una interpretación de la regla que impedía debatir en los procesos de ejecución aspectos ajenos al título, acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240), y que dicha lectura “armonizante” consistía en autorizar a los jueces a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la L.D.C.

A tales fundamentos del voto del Dr. Hitters adhirió el Dr. Soria, y el Dr. de Lázzari por su lado adhirió a los de este último.

Por su parte, el Dr. Pettigiani también adhirió a los fundamentos del voto del Dr. Hitters, y agregó entre otros argumentos que el texto de la norma del art. 36 de la LDC le resultaba aplicable al caso allí analizado, puesto que si bien el pagaré a la vista ejecutado había sido otor-

gado por los ejecutados en fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 26.361, la calidad de orden público que ostenta esta última por tender a la organización de la actividad jurisdiccional, surte efectos inmediatos sobre situaciones jurídicas no consumidas al comienzo de su vigencia.

Sostuvo que el nuevo texto del art. 36 in fine de la ley 24.240 establece una excepción a la posibilidad de prorrogar la competencia territorial atribuida a tribunales provinciales en cuestiones patrimoniales y que autoriza el art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As., ya que tiene como objeto tutelar en forma efectiva el derecho de defensa en juicio de los usuarios y consumidores en operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo.

Expuso también que el juez se halla habilitado para rechazar de oficio su competencia si constata que en fraude a la ley la ejecución que se le trae a conocimiento se encuentra causada por una operación de ese tipo.

Afirmó que de lo contrario habría quedado configurado un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley, puesto que se presentaría el título cambiario para su ejecución en un domicilio distinto al real del consumidor, importando ello contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo (arts. 36 y 65 de la ley 24.240, según texto de la ley 26.361; arg. arts. 21, 953, 1071, Código Civil).

Reconoció que el esfuerzo normativo que hizo el legislador nacional, al establecer una competencia territorial improrrogable en beneficio de la parte débil de la relación de consumo, no puede ser dejado de lado olímpicamente por el simple recurso de acudir a los títulos cambiarios para instrumentar la deuda contraída por el consumidor con los profesionales del negocio del crédito para consumo. Ello violaría a su entender la norma del consumidor al amparo sólo aparente de una normativa prevista para definir la competencia jurisdiccional de esta clase de ejecuciones ante otras circunstancias (arts. 1, 4, 5 inc.3° del CPCC, arts. 101 y 102 del Código Civil y arts. 1 inc.5, 41, 101, 102 y 103 del dec.ley 5965/63), contraviniendo la finalidad para la que fue dictada y

con afrenta del imperativo de buena fe, situación que tornaría ostensible el carácter abusivo.

Expuso que tampoco podría justificar una solución distinta la existencia de una serie ininterrumpida de endosos, pues concluyó que basta para quien pretenda una mayor agilidad en el pago o negociabilidad de un crédito para consumo, a todo evento requerir del librador-consumidor la emisión de un pagaré cuyo domicilio de pago coincida con su domicilio real al tiempo de su otorgamiento.

Entiendo que los conceptos mencionados originan para muchos distintos interrogantes que debieron tener un tratamiento y una respuesta más acorde a la complejidad de la temática, y que la solución adoptada por el Máximo Tribunal provincial no parecería una interpretación armoniosa sino más bien parcial del sistema jurídico vigente.

Por un lado, si el legislador no legisló en la Ley de Defensa del Consumidor sobre las operaciones instrumentadas mediante títulos abstractos, ¿puede el juez atribuirse tal función interpretando de manera extensiva una norma (el art. 36), haciendo decir lo que ella no dice, y de esta manera contradecir previsiones concretas de normas especiales vigentes sobre letra de cambio y pagaré -que no han sido derogadas por la normativa del consumidor- y de normas provinciales de procedimiento? La respuesta que se impone es la negativa.

En segundo lugar, si no se puede discutir la causa en procesos ejecutivos, conforme así se reconoce expresamente en el fallo, ¿no implicaría una violación del principio de igualdad ante la ley la autorización para que sí se lo haga en los procedimientos de ese tipo en los que el consumidor sea el ejecutado? Entiendo que sí. Por otro lado, de permitirse la discusión de la causa a los efectos de atribuir competencia se desvirtúa el procedimiento, pues entonces, ¿cuál es la razón por la que no debería luego permitirse que se discuta la causa en ese tipo de proceso ejecutivo ante la oposición de excepciones por el deudor ejecutado? Por lo demás, si está vedado discutir en un proceso ejecutivo la causa de la obligación, ¿cómo podría sostenerse válidamente que el ejecutado pertenezca o no a un grupo postergado y vulnerable como ser el de consumidores y usuarios?

Entiendo que de llevarse a la práctica la solución adoptada por el Superior Tribunal provincial podría lesionarse los derechos constitucionales de defensa en juicio del ejecutante y del ejecutado, y los derechos procesales a la bilateralidad, pues se estaría autorizando a que se afirme en los procesos ejecutivos de oficio por el Juez que la causa de la operación está vinculada a una relación de consumo. Es que en realidad, mal podría concluir ello el magistrado cuando no ha escuchado a todos los litigantes, ya que incluso de admitirse que pudiera aplicarse presunciones en los procesos ejecutivos, cuestión que no comparto, dichas presunciones deberían ser reales y probadas y no puede arribarse a tal conclusión, cuando los litigantes ni siquiera han sido escuchados. Me pregunto, ¿qué pasaría luego si el propio ejecutado en el plazo para oponer excepciones en ese mismo proceso ejecutivo negara su condición de consumidor y probara que es comerciante y que firmó el pagaré para financiar operaciones comerciales y no de consumo? ¿Qué dirá entonces el Juez en esa circunstancia?, ¿se le permitirá probar tal condición de “no consumidor” al ejecutado, cuando se le atribuyó la condición contraria con anterioridad sin haberlo escuchado? ó por el contrario ¿se le negará el derecho a discutir tal condición so pretexto ahora de que ello excede el trámite del proceso ejecutivo que impide discutir la causa de la obligación?

Por la importancia que tiene en la práctica el tema que nos convoca, una eventual reforma de la legislación del consumidor analizada (art. 36) merece indudablemente que sea discutida con un abordaje que recepte las dudas y críticas evidenciadas en gran parte de la jurisprudencia estudiada. Es de esperar entonces que en el futuro la legislación del consumidor mencionada pueda compatibilizarse con distintas ramas del saber jurídico, a saber: el derecho constitucional, civil, comercial y procesal. Así podrá evitarse situaciones poco felices en las que con miras de proteger los derechos de la llamada “parte débil” (el consumidor) se terminen violando los de la otra parte de la relación (el acreedor), o incluso los del propio deudor consumidor.

Vale mencionar aquí que la solución que con buenas intenciones propone el Dr. Pettigiani, relativa a que para quien pretenda una mayor agilidad en el pago o negociabilidad de un crédito para consumo, a todo evento debe requerir del librador-consumidor la emisión de un pagaré

cuyo domicilio de pago coincida con su domicilio real al tiempo de su otorgamiento, sería lesiva igualmente del derecho que presuntamente se pretende proteger con la norma del último párrafo del art. 36 de la LDC (texto actual), pues indudablemente el fin tuitivo de la disposición se orienta a que el proceso tramite ante el juez del domicilio real del consumidor al tiempo del juicio, y no ante el domicilio que este pudiera haber mencionado como real al momento en que suscribió el pagaré. Por lo demás, tal accionar implicaría, para los que sostienen la aplicación de la norma de la Ley de Defensa del Consumidor a la ejecución de un pagaré, admitir la autorización del pacto de prórroga expresa de jurisdicción territorial, en clara violación a los términos prohibitivos que aquella norma pregonaba.

## LA OPINION DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN LA MATERIA

La jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Comercial no ha sido uniforme.

La Sala “B” en las causas “*HSBC Bank S.A c/ Domínguez, Juan Federico s/ Ejecutivo*”, fallo del 27/8/2009 (publicado en La Ley 25/11/2009) y “*Compañía Financiera Argentina S.A c/ Leguizamo, Mariana I.*” fallo del 16/9/2009 (J.A, Fascículo 2, 2010-II. Bs.As, 14/4/2010), no admitió la aplicación de la ley de defensa del consumidor para decidir de oficio sobre la competencia en la ejecución de pagarés y por lo tanto revocó, por mayoría, las decisiones de los jueces de primera instancia que habían declarado en cada caso de oficio su incompetencia para entender en las ejecuciones en función de que consideraban que debían tramitar ante la jurisdicción correspondiente al domicilio real del deudor al presumir la existencia de una relación de consumo.

Por el contrario, la Sala “C” en autos “*Cooperativa de Crédito y Consumo Nuevo Siglo Ltda c/ Almeida, Ana s/ Ejecutivo*”, resolución del 12/6/2009, la Sala “D” en autos “*Compañía Financiera Argentina S.A c/ Heredia, Rodolfo Martín*”, fallo del 26/5/2009 y la Sala “E” en la causa “*Compañía Financiera Argentina S.A c/ Castruccio, Juan Carlos*”, reso-



lución del 26/8/2009 (La Ley 25/11/2009), se inclinaron por confirmar las declaraciones de incompetencia dictadas por los magistrados de grado, admitiendo la aplicación del art. 36 de la LDC a las ejecuciones de pagaré contra consumidores y que por lo tanto los procesos debían tramitar ante los jueces del domicilio real del deudor ejecutado.

### LA OPINION DE LA DOCTRINA

La doctrina en algunos casos se ha inclinado, con argumentos muy respetables, a favor de la aplicación de la ley del consumidor a las ejecuciones de pagaré seguidas contra presuntos consumidores<sup>8</sup>.

Incluso se ha esgrimido en apoyo de tal tesis, con fundamentos interesantes: no es que el macrosistema de derecho privado decaiga ante el microsistema del consumo, sino que éste, a partir de su raíz constitucional que lo hace distinto a todo, impone el cambio de paradigma que nos dirige de un Estado Liberal basado en la idea representativa del “contrato social”, a un Estado Social, basado en la idea de la “socialización del contrato”. Para los iguales el Código de Comercio. Para los desiguales el Derecho del Consumo. Estas serían para algunos las nuevas reglas de juego que han impuesto los Constituyentes del año 1994<sup>9</sup>.

En otros casos, la doctrina se ha manifestado en contra, tratando de evitar abusos por parte del consumidor<sup>10</sup>.

### CONCLUSIONES

Si bien como hemos visto la cuestión ha merecido una discusión

---

<sup>8</sup> Casadio Martínez, Claudio Alfredo, “Ley de Defensa del Consumidor Vs. Ley Cambiaria: ¿Cuál domicilio prevalece?”, en “Compendio Jurídico -Doctrina, Jurisprudencia, Legislación-”, Editorial Errepar, N° 44 –septiembre de 2010-págs. 95 y 96.

<sup>9</sup> Alvarez Larrondo, Federico M., “Juicio ejecutivo de consumo y las últimas resistencias del “Ancien Régime””, La Ley 2009-F, 708).

<sup>10</sup> Gamen, Sebastián A., “La prórroga de jurisdicción pactada en operaciones financieras para consumo”, La Ley 2009-F, 720).

importante en la jurisprudencia, existen bastantes argumentos de peso ya expresados que permiten concluir que las disposiciones sobre competencia establecidas por el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor en su redacción actual, no son de aplicación automática a las ejecuciones de pagarés, aun en los supuestos en los que el ejecutado pudiere ser considerado consumidor, ya que tal condición no puede ser discutida ni analizada en aquellos tipos de procesos ejecutivos<sup>11</sup>.

Por lo demás, las buenas intenciones que el legislador pueda tener en afán de garantizarle a los consumidores el mejor y más eficiente ejercicio de sus derechos constitucionales, que en definitiva a todos nos benefician, deben ser plasmadas de manera precisa en la normativa, mediante el dictado de una legislación que tenga en cuenta la totalidad del sistema jurídico y los distintos tipos de operaciones que puedan desarrollarse bajo otras leyes, con el debido respeto de los derechos de quienes interactúan con los consumidores, so pena de caerse en interpretaciones que puedan ser consideradas arbitrarias y que contraríen los valores que han debido sustentarlas.

Es de esperar en definitiva que el legislador analice el régimen aplicable al consumidor y eventualmente realice las correcciones que resulten más convenientes a la defensa apropiada y legal del consumidor. El legislador no puede evadir la responsabilidad que le compete, puesto que como se ha visto, es quien debe definir y limitar de manera correcta y razonable los derechos de unos y otros.

Ello otorgará mayor seguridad jurídica a las operaciones que se realicen entre los acreedores y los deudores consumidores. Facilitará el crédito y dará seguridad a todas las partes de la relación crediticia. Si el legislador valora que la instrumentación de operaciones de crédito para consumo mediante títulos circulatorios abstractos impide el efi-

---

<sup>11</sup> Chedrese, Carlos Andrés, “Cuestiones de Competencia establecidas por el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor”, Ponencia presentada en el “52° Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y 4° Congreso Bonaerense de Derecho Comercial”, N° 2 de la Comisión N° 2, Colegio de Abogados de San Isidro, en San Isidro, Provincia de Bs. As, 25 y 26 de noviembre de 2010.

caz ejercicio de los derechos constitucionales del consumidor, ello debe estar plasmado inexorablemente en la ley, y por lo tanto debe evaluar la posibilidad de realizar reformas legislativas que impidan o regulen de manera exclusiva el financiamiento del consumo mediante tales instrumentos.

Así, como se mencionó anteriormente, debe evitarse que en defensa de quien se dice “débil consumidor” y en aplicación de la normativa de orden público que lo protege, se termine vulnerando los derechos de los que supuestamente eran la parte fortalecida de la relación (el acreedor), o incluso los del consumidor mismo, pues en estos casos pierde la ley la importancia que el legislador ha querido atribuirle, y desencadena en interpretaciones más propias de lo querido por el interprete que de lo justificable en derecho.

## PAGARÉ Y DERECHO DEL CONSUMIDOR. COMPETENCIA. JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Facundo M. Araujo\**

En atención al asunto indicado, hago referencia a los autos "**CLAFIN S.A. C/ SANDOVAL MARILÍN BELÉN S/ COBRO EJECUTIVO**" (Causa n° 5403); que puede resultar de interés para el resto de los colegas.

Los antecedentes del caso son simples: En el marco de ese juicio ejecutivo, el Juzgado Civil y Comercial n° 8 de la Departamental de General San Martín resolvió declinar su competencia a favor del Juzgado Civil y Comercial n° 12 de San Isidro por considerar aplicable la ley nacional 24.240 –actual redacción-, en función del precedente de la Suprema Corte bonaerense "**Cuevas, Eduardo Alberto contra Salcedo, Alejandro Rene. S/ Cobro Ejecutivo**" (C. 109.305). A su vez, el Juzgado civil departamental, sin pronunciarse respecto de la competencia que le fuera endilgada, dispuso remitir tales obrados al Juzgado de Paz Letrado de San Fernando. Ante ello, **éste Juzgado de Paz no aceptó la competencia.**

Entre otros fundamentos se arribó a tal conclusión por lo siguiente:

- (i) Los Juzgados de Paz del conurbano son materialmente incompetentes para entender en "... Juicios ejecutivos y ejecuciones especiales" (Conf. inciso "k" del Ap. II del artículo 61 de la Ley Orgánica).
- (ii) Al tratarse de una cuestión patrimonial no debe declararse de oficio la incompetencia –por aplicación del precedente "**Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo, Cristian Alberto s/ cobro ejecutivo**" del Tribunal Címero.

---

\* *Auxiliar Letrado, Juzgado de Paz de San Fernando, Departamento Judicial de San Isidro.*

- (iii) El objeto de esos autos no versa sobre contrataciones financieras. Al no verificarse una relación de consumo, le resulta inaplicable la ley de defensa al consumidor.
- (iv) Ni del cuerpo positivo ni de los fundamentos de la ley nacional 26.361 puede inferirse la derogación del sistema mercantil de títulos de crédito.
- (v) A su vez, porque al ser el objeto de la demanda el cobro de un título ejecutivo –pagaré– “... *es improcedente el análisis causal de fondo. Una interpretación contraria es incompatible con la directriz esencial del derecho cartular que impone la disgregación del documento con su causa obligacional*”. De ello desprende que “...*las obligaciones consignadas en el pagaré no pueden estar comprendidas en una relación de consumo, puesto que ello importaría indagar en la causa de la obligación, lo cual está vedado por la propia legislación en materia cambiaria (Conf. Art.18 Dec-Ley 5965/63 y art. 212 Cód. Com.), a tenor de la naturaleza abstracta del título y del estrecho marco cognoscitivo que rige el presente proceso ejecutivo (Conf. art. 518 y sigs. del CPCCBA)*”.
- (vi) En lo tocante al fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "***Cuevas, Eduardo Alberto contra Salcedo, Alejandro Rene. S/ Cobro Ejecutivo***" (C. 109.305), **entiende que es inaplicable al caso.** Ello porque “... *en tal causa el Juzgado de Paz al cual le fue asignada la competencia era el de Escobar, de competencia amplia en los términos del apartado II del artículo 61 de la L.O., lo cual difiere palmariamente con el supuesto de autos*”, al ser un Juzgado de Paz letrado con competencia restringida en los términos del artículo 61 de la Ley Orgánica.
- (vii) También particulariza que las tres Salas de la Cámara de Apelaciones Civiles y Comerciales Departamentales entienden que es inaplicable la LDC a los juicios ejecutivos que persiguen el cobro de pagarés.

En lo personal, creo que esta resolución es valiosa en tanto ningu-

na de las bases de datos de jurisprudencia conocidas –ni Lexis Nexis, ni La Ley online, ni el Dial- registran jurisprudencia sobre el tema respecto de Juzgados de Paz con competencia restringida. De hecho, el *leader case* ‘Cuevas’ -cuyo criterio no hace suyo SS- tuvo como juzgado de primera instancia a un Juzgado de Paz con competencia amplia –el de Escobar-. Al tratarse de un nuevo inconveniente al ya tan trabajado problema de la competencia territorial de los pagarés tras la reforma de la ley de defensa al consumidor, por original, creo que adquiere relevancia jurídica que amerita compartirla con el resto de los colegas.

Finalmente, como tampoco son conocidas las resoluciones que versan sobre los problemas de competencia de los Juzgados de Paz Letrados, puede que –oblicuamente- alcance cierto relieve por tal lado.

#### La Sentencia:

#### AUTOS Y VISTOS:

Los autos de la presente causa n° 5403 caratulada "**CLAFIN S.A. C/ SANDOVAL MARILÍN BELÉN S/ COBRO EJECUTIVO**" del registro de ésta Secretaría Única;

#### Y CONSIDERANDO:

**1.** Que, a fs. 1/14 la señora Clara Klaiterman en su carácter de presidenta de CLAFIN SA inicia las presentes actuaciones ante la Receptoría de Expedientes de la Departamental de Gral. San Martín, por medio de su apoderado, el doctor Norberto Osmar José Querol, con el fin de "... promover juicio ejecutivo" contra la señora MARILÍN BELÉN SANDOVAL por la suma de un mil setecientos setenta y ocho pesos (\$ 1.778,00) con mas accesorios y costas, en virtud del título glosado a foja 5.

**2.** Que, a foja 12 el titular del Juzgado Civil y Comercial n° 8 de la Departamental de General San Martín resuelve declinar su competencia.

Asimismo, ordena la remisión del expediente a "... *la Receptoría General de Expedientes del Departamento Judicial de San Isidro para su debida radicación*".

Funda su postura en que "... *el artículo 36 de la ley 24.240 establece que será competente para entender en el conocimiento de los litigios como el presente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor y que todo pacto en contrario será nulo*".

Su basamento normativo se erige en torno a los artículos 36 y 65 de la ley nacional 24.240.

Cita jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

3. Que, desinsaculada la titular del Juzgado Civil y Comercial n° 12 de San Isidro, a foja 17 resuelve que "... pasen los presentes al Juzgado de Paz de San Fernando".

Edifica su decisión sobre "... *los argumentos esgrimidos por el juez remitente, y teniendo en cuenta el domicilio del ejecutado denunciado en el escrito de inicio*".

4. En este marco, la cuestión estriba en definir si el Juzgado de Paz Letrado de San Fernando es competente para entender en el presente juicio ejecutivo.

A fin de cumplir tal objetivo, primeramente se estudiará la plataforma de hecho en que se ciñe la cuestión a analizar.

#### **5. SUSTENTO FÁCTICO:**

Sin adentrarse en el examen de la habilidad del título glosado a foja 5, corresponde señalar que se trata de un **pagaré** con cláusula "*sin protesto*" librado el 23/03/2010 en "... *Buenos Aires*" por "**SANDOVAL MARILÍN B.**" por la suma de un mil setecientos setenta y ocho pesos (\$ **1.778,00**) y a favor de **CLAFIN SA.** Su vencimiento operó el 05/05/2010.

Asimismo, del cuerpo del documento puede leerse que es "... **pagadero en Italia 1210 San Miguel, Pcia. De Bs. As.**" (el resaltado es propio).

#### **6. SUSTENTO NORMATIVO:**

Descripto que fue el sustento fáctico, corresponderá desplegar la plataforma normativa en que se inscribe la cuestión a estudio:

6.1. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires -en adelante, la "*Constitución*"- establece en su artículo 172 que los Juzgados de Paz "... *serán competentes, además de las materias que les fije la ley...*".

6.2. La ley n° 5.827 (BO. N° 13/07/55) más conocida como "*Ley Orgánica del Poder Judicial*", -la "LO"- establece en su artículo 4 que "... *los Tribunales y jueces ejercerán su jurisdicción en el territorio de la Provincia con la competencia que les atribuyen la Constitución, la presente ley y las leyes especiales*" (Texto según decreto-ley 7.896/72).

En la medida de lo atinente, el artículo 61 de la LO reglamenta el artículo 172 de la Constitución y especifica taxativamente la competencia de los Juzgados de Paz Letrados.

Así, **en el apartado "I" de la precitada norma se puntualiza la competencia de los Juzgados de Paz del conurbano bonaerense, entre los cuales se encuentra el Juzgado a mi cargo -competencia restringida-**.

Específicamente el texto de la norma dice: "... *Los Jueces de Paz Letrados de los partidos de Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, Lanús, Malvinas Argentinas, Merlo, Presidente Perón, San Fernando, San Miguel, Tres de Febrero, Tigre y Vicente López, conocerán: 1- De los siguientes procesos: a) Cobro de créditos por medianería. b) Restricciones y límites al dominio o sobre condominio de muros y cercos y en particular los que se susciten con motivo de la vecindad urbana o rural. c) Deslinde y amojonamiento. d) Beneficio para litigar sin gastos en los procesos que corresponde tramitar ante los mismos. e) Medidas preparatorias de los procesos de conocimiento y prueba anticipada. f) Apremios. 2- De los siguientes procesos voluntarios: a) Asentimiento conyugal en los términos del Artículo 1277° del Código Civil. b) Autorización para comparecer en juicios y realizar actos jurídicos. c) Autorización para contraer matrimonio a menores de edad, domiciliados en su jurisdicción. d) Copia y renova-*

ción de títulos. e) Inscripción de nacimientos fuera de plazo. f) Informaciones sumarias requeridas para la acreditación de hechos por organismos públicos o por personas de derecho privado. g) Mensura. h) Reconocimiento, adquisición y venta de mercaderías en los términos del Capítulo VI del Libro VII, Código de Procedimiento Civil y Comercial. i) Rectificaciones de partidas de estado civil. j) Certificaciones de firmas, constatación del estado material de documentos y autenticidad de copias de documentos públicos o privados, mediante la registración de aquellas y del estado material o copia de éstos en los libros que establece la Suprema Corte. 3. De los trámites de notificaciones, intimaciones, constataciones y demás diligencias judiciales previstas por el Código Procesal Civil y Comercial, a solicitud de otros órganos jurisdiccionales. 4. En materia de faltas (Decreto-Ley 8031/73, TO. por decreto 181/87 y sus modificatorias). 5. De la aplicación de las sanciones previstas por el Artículo 78° del Decreto Ley Nacional 8.204/63 y contemplado por el Artículo 6° del Decreto Provincial 7.309/68.” (Conf. Ap. I del artículo 61 de la LO, texto modificado por ley 13.634, el resaltado es propio).

Finalmente el apartado “II” establece una competencia “ampliada” para los Jueces de Paz Letrados alejados del “Gran Buenos Aires”. Entre otras cuestiones, ellos resultan competentes para entender en “... Juicios ejecutivos y ejecuciones especiales” (Conf. inciso “k” del Ap. II del artículo 61 de la LO).

**6.3.** Con relación al régimen de títulos de crédito y obligaciones cambiarias, en lo atiente, se encuentra normológicamente previsto en el decreto-ley 5965/63 (BO. de la Nación nº 20.179 del 25/07/1963) de “Letras de cambio y pagarés”.

Así, respecto del domicilio de pago, “... Son igualmente aplicables al vale o pagaré las disposiciones establecidas para la letra de cambio pagable en el domicilio de un tercero o en otro lugar distinto del domicilio del girado (artículos 4 y 29)” (Conf. art. 103). De ahí que “... Cuando el librador hubiese indicado en la letra de cambio un lugar para el pago distinto del domicilio del girado, pero sin indicar una tercera persona en cuyo domicilio el pago debe efectuarse, el girado puede indicarla en el momento de la aceptación. A falta de esta indicación se con-

sidera que el aceptante queda obligado a pagar él mismo en el lugar del pago. Si la letra debe pagarse en el domicilio del girado, éste puede, en la aceptación, indicar una dirección del mismo lugar en la cual el pago debe efectuarse” (Conf. art. 29 de la Ley).

**6.4.** Por su parte, la ley nacional 24.240 (BO de la Nación nº 27744 del 15/10/1993), la “Ley de Defensa del Consumidor” -en lo subsiguiente, la “LDC”- de basamento constitucional –artículo 42 de la Constitución Nacional y 38 de la provincial- tiene por norte la regulación de los derechos del usuario y del consumidor, las obligaciones y facultades de los sujetos vinculados con la relación de consumo y consecuentemente el régimen de perinormas ante el incumplimiento. La ley señala que es “... consumidor o usuario, [...] toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (Conf. art. 1 de la LDC).

El artículo 36 -citado por el Magistrado- dispone las solemnidades que deben contener los contratos en los que se establezcan operaciones financieras para consumo y/o crédito para consumo. También prescribe que “... será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, **siendo nulo cualquier pacto en contrario**, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor” (Conf. art. 36 de la LDC, sustituido por el art. 15 de la ley nacional nº 26.361. El resaltado es propio). En suma, la “... ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional” (Conf. art. 65 de la LDC).

## **7. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN:**

Tal como puede advertirse, por un lado se divisa una **cuestión negativa de competencia territorial suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº 8 de General San Martín** (por ser aquél el que corresponde al domicilio de pago previsto en el pagaré ejecutado) **y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº 12 de San Isidro** (por ser éste último el del domicilio real de la accionada), al cual le fue atribuida la competencia por el decli-

nante. **La atribución del primero es fundada en el decreto-ley 5965/63 y del segundo en la LDC.**

La problemática se ve agravada en cuanto el Juzgado Civil y Comercial n° 12 Departamental, **en un esfuerzo interpretativo, remite ante éste Juzgado de Paz Letrado la presente causa por entender que territorialmente soy competente.**

Descripta la plataforma fáctica de autos y la normativa pertinente, se analizarán separadamente cada uno de los fundamentos estructurales de sendos resolutivos.

### **7.1. IMPROCEDENCIA FORMAL:**

Liminarmente se señala que es improcedente la declaración de incompetencia de oficio en asuntos patrimoniales.

En tal sentido es dable indicar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado que “... **el juez no debe declarar de oficio su incompetencia en asuntos exclusivamente patrimoniales cuando ella se funda en razón del territorio, pues ésta puede ser objeto de prórroga mediante la conformidad de las partes [...] y habida cuenta de que la presente causa es de índole exclusivamente patrimonial –ejecución [...]-, estimo que, a la luz de una interpretación armónica de las normas procesales citadas supra, la incompetencia decretada de oficio por el magistrado provincial, [...], es improcedente**” (Conf. Dictamen de la Procuración General de la Nación “Competencia N° 1187. XLII.”, confirmado por la CSJN en “Pirelli Neumáticos S.A.I. y C. c/ Ferretti, Rubén Alfredo s/ ejecución hipotecaria”, en CSJN: Fallos 330:1629”. La doctrina del fallo se vio recientemente revalidada por el Tribunal Cimero en “**Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo, Cristian Alberto s/ cobro ejecutivo**”, sentencia del 24/08/2010).

Nótese que **el código adjetivo local, de la misma manera que el de Nación, permite la prórroga de competencia en cuestiones patrimoniales**, siempre y cuando medie conformidad de las partes (Conf. art. 1 del CPCBA).

Toda vez que el objeto de autos es patrimonial, y en virtud del esta-

do procesal de las presentes actuaciones, **por aplicación de tales precedentes deviene inadecuada e inoportuna -por prematura- la declaración de incompetencia del Juez de General San Martín. Objeción similar puede hacerse de la sentencia de foja 17.**

Ahora bien, por principio de economía procesal y a fin de concentrar en un mismo acto todas las cuestiones atinentes a la temática abordada, a todo evento se continuará con el análisis. **Ello, sin perjuicio de señalar que lo expuesto es motivo suficiente para no coincidir con lo resuelto por ambos magistrados.**

### **7.2. ANÁLISIS DE LA DECLINATORIA DE FOJA 15:**

Despejadas que fueron las observaciones formales, a los efectos de resolver el presente se examinará, a continuación, la sentencia de foja 15.

El señor Magistrado en lo Civil y Comercial de San Martín asigna competencia territorial al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Departamental con fundamento en la LDC. Así sostiene que a su criterio comprendería tal juzgado porque “... **el artículo 36 de la ley 24.240 establece que será competente para entender en el conocimiento de los litigios como el presente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor**”. Nada dice de las razones que lo llevaron a subsumir el cobro de un pagaré a la LDC. Sin perjuicio de ello, se puntualizarán las siguientes observaciones:

#### **7.2.1. La sentencia se funda sobre hechos inexistentes.**

Ahora bien, los presentes obrados tienen por objeto el cobro ejecutivo de una supuesta deuda devengada sobre el título de foja 5, siendo así que, **los hechos sobre los que se erigen cada uno de los fundamentos de la sentencia estudiada son incorrectos y apartados de la realidad del caso.**

En consecuencia, **el sustrato fáctico de autos es diferente al reseñado por el declinante.** No se encuentra glosado contrato financiero alguno, ni está en juego ningún vínculo de consumo en los términos de la LDC.

Por lo dicho, deviene pertinente recordar que el tribunal cimero de

la nación ha sentado que “... existe arbitrariedad cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso o se prescinde de pruebas fehacientes, regularmente traídas a juicio o se hace remisión a las que no constan en él” (Conf. CSJN, Fallos 207:72, citado por CARRIO, Genaro en “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, tercera edición, Abeledo Perrot, Pág. 210).

Como la sentencia bajo análisis trae a estudio cuestiones ajenas a las constancias de autos y con total prescindencia de las leyes específicas que gobiernan el caso, es que tampoco corresponde que compareta el criterio del declinante.

### **7.2.2. Inaplicabilidad de la LDC.**

Efectivamente, de consuno con lo expuesto *ut supra*, el objeto de autos no versa sobre contrataciones financieras, tal como erróneamente supone el Judicante, siendo así inaplicable la LDC al supuesto *sub-examine*.

Máxime, cuando del propio expediente no se verifica la existencia de contratos financieros ni de relaciones de consumo. Tampoco se encuentra en tela de juicio los supuestos asidos al artículo 36 de la LDC. Es más, **no obra elemento alguno del que se pueda inferir el vínculo causal** que dio origen al pagaré.

Tal como fue apuntado, cuadra particularizar que el artículo 36 de la LDC -que regula los requisitos que debe contener el instrumento en el cual se constituyan operaciones de venta de crédito-, al no guardar ninguna relación con el objeto de los presentes obrados, resulta inaplicable. Lo propio sucede con el artículo 65 de la LDC.

**De lo expuesto se deduce que la cuestión a estudio no puede subsumirse en las situaciones regladas por la LDC.**

A lo dicho se suma que **ni del cuerpo positivo ni de los fundamentos de la ley 26.361 (BO de la Nación del 7/4/2008) puede inferirse la derogación del sistema mercantil de títulos de crédito.** Máxime, cuando regulan hechos y actos jurídicos distintos.

Por consiguiente, tampoco puedo compartir la subsunción norma-

tiva propuesta a foja 15.

### **7.2.3. Injustificado apartamiento de los principios del derecho cartular.**

Es principio del derecho mercantil en materia de títulos circulatorios el de **abstracción**, el cual “... consiste en la desvinculación del documento respecto de la relación causal. Con ello se facilita y se asegura la adquisición y transmisión del documento abstracto –y del derecho a él incorporado- con el fin de evitar que su causa entorpezca el ejercicio de los derechos emergentes del título. Cuando el título es abstracto al portador no se le pueden oponer defensas emergentes de la causa del documento [...] En los documentos abstractos no solamente es posible prescindir de la causa, sino que también es posible afirmar que no tienen necesidad que ella exista” (ESCUTI, Horacio A., “Títulos de crédito”, Astrea, 8ª edición, Ciudad de Buenos Aires, Pág. 16).

**Toda vez que el objeto de autos es el cobro de un título ejecutivo -pagaré-, es improcedente el análisis causal de fondo. Una interpretación contraria es incompatible con la directriz esencial del derecho cartular que impone la disgregación del documento con su causa obligacional.**

Este punto de vista estriba en que “... el pagaré es un ‘valor cartular’, es decir un documento escrito representativo de un derecho creditorio literal y autónomo. Además es un valor abstracto pues está desvinculado de la relación contractual que le da origen y se independiza de ella” (VILLEGAS, Carlos Gilberto, “Título valores y valores negociables”, editorial La Ley, 2004, Buenos Aires, Pág. 550).

De lo expuesto se colige que tampoco puedo compartir la sentencia de foja 15 al proyectarse de forma marginal a los principios rectores del derecho cartular, que le son directamente aplicables.

### **7.2.4. Improcedencia del análisis fondal.**

Tal como fue puntualizado *ut supra*, los presentes obrados persiguen el cobro ejecutivo de un pagaré. Así, al tratarse de un juicio ejecutivo, es directamente aplicable el artículo 542 del CPCBA.

Consecuentemente, **del plexo ritual que efectivamente debe**

**aplicarse en autos surge que es improcedente el análisis del origen, existencia o legitimidad del crédito en una ejecución** (Conf. art. 542 del CPCCBA). Sostener lo contrario, adentrándose en el meollo de las obligaciones comprendidas en el título, es apartarse ilegítimamente de los principios rectores de la ley adjetiva que rige el caso.

Más aún, **las obligaciones consignadas en el pagaré no pueden estar comprendidas en una relación de consumo, puesto que ello importaría indagar en la causa de la obligación, lo cual está vedado por la propia legislación en materia cambiaria** (Conf. Art.18 Dec-Ley 5965/63 y art. 212 Cód. Com.), a tenor de la naturaleza abstracta del título y del estrecho marco cognoscitivo que rige el presente proceso ejecutivo (Conf. art. 518 y sigs. del CPCCBA).

A modo ilustrativo, se señala que lo propio tiene sentado la jurisprudencia nacional, en cuanto “... *la circunstancia que el pagaré muñado de todos los recaudos que para ser tal requiere el artículo 101 del decreto-ley 5965/63 se encuentre vinculado a un contrato de crédito, en modo alguno puede afectar su condición de tal ni impedir su ejecución independiente del mismo, dado que la literalidad y autonomía de éste título-valor no puede ser desvirtuada por elementos ajenos al propio título, sin perjuicio del derecho del ejecutado de hacerlos valer por la vía ordinaria prevista por el artículo 553 del Cód. Procesa*” (Conf. CNCom, Sala D, 22/09/1975, LL, 1976-C, 430, citado en VILLEGAS, Carlos Gilberto, “*Título valores y valores negociables*”, editorial La Ley, 2004, Buenos Aires, Pág. 574).

#### **7.2.5. Inaplicabilidad de la jurisprudencia citada.**

Con relación al fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires “**Cuevas, Eduardo Alberto contra Salcedo, Alejandro Rene. S/ Cobro Ejecutivo**” (C. 109.305), citado a foja 15, éste juzgado sostiene que **es inaplicable al caso**.

En efecto, en tal causa el Juzgado de Paz al cual le fue asignada la competencia era el de Escobar, de competencia amplia en los términos del apartado II del artículo 61 de la LO, lo cual difiere palmariamente con el supuesto de autos –a mayor abundamiento, me remito *brevisatis causae* a lo expuesto *ut-infra*, en oportunidad del análisis de la

competencia del juzgado de paz letrado-.

También es dable advertir que en aquel caso la Corte tuvo por acreditado el fraude a la ley a partir de las constancias del expediente, en cambio, en los presentes obrados, **no hay constancia alguna referida a la obligación de fondo**.

A todo evento se destaca que **Eduardo Alberto Cuevas no es parte en autos**.

Por lo expuesto estimo que tal precedente es inaplicable al caso *sub examine*, lo que también me lleva a disentir con los argumentos vertidos en la sentencia estudiada.

#### **7.2.6. Orfandad del criterio esgrimido.**

Como se ha venido reseñando, la sentencia estudiada se estructura sobre la aplicación de la LDC en éste juicio ejecutivo.

Tal argumento contradice el criterio unánime de **TODAS las Salas de la Cámara de Apelaciones del Departamento, en cuanto son contestes en la inaplicabilidad de la LDC a casos análogos al de autos**.

En efecto, las salas interpretaron que “... *en los 'contratos' financieros y de crédito para consumo el juez competente será el del domicilio del consumidor. No obstante, en el caso que nos ocupa se trata de un título ejecutivo [...] y no de una demanda con fundamento en derecho contractual.[...] Nada autoriza a entrar en la causa de la obligación, y [...] no puede dejarse de lado la aplicación de la legislación especial que dispone las reglas pertinentes en cuanto a que el lugar de pago fija la jurisdicción que debe entender en el ejercicio de la acción cambiaria*” (CCivCom de San Isidro, Sala I, sentencia del 11/03/2010 en autos “*Luna Cooperativa de Créditos de Vivienda y Consumo Ltda. C/ Ortega, Oscar Roberto s/ Cobro Ejecutivo*”, causa n° 109.249, reg. 48).

Nótese que Sala II particulariza que “... **no es dable en la especie indagar o investigar y menos aun presumir sin prueba alguna (art. 163 inc. 5° del CPCC), si la causa del pagaré fuera una obligación nacida de una relación de consumo regulada por la ley de defensa del consumidor [...] pues del pagaré como título abstracto se despren-**



de del negocio jurídico que le ha dado origen , a los efectos de evitar la paralización de su transmisibilidad y con el fin de promover la agilización de la circulación del documento que inspira el régimen legal vigente” (CCivCom de San Isidro, Sala II, sentencia del 01/07/2010 en autos “Luna Cooperativa de Créditos de Vivienda y Consumo Ltda. C/ Albarracin Antonia Eunelia s/ Cobro Ejecutivo”, causa n° 109.853, reg. 207, el resaltado es propio).

A ello cabe añadir que la Sala III dispuso que el análisis del título previsto en el art. 529 del CPCC no debe incursionar en las obligaciones y relaciones jurídicas de fondo, por cuanto “... el examen cuidadoso del título que debe hacer el juez en la oportunidad prevista por el art. 529 del mencionado código, solo debe limitarse a comprobar si éste se halla comprendido en los arts. 521 y 522 del mismo código o en otra disposición legal, y si se encuentran cumplidos los presupuestos procesales” (CCivCom de San Isidro, Sala III, sentencia del 13/04/2010 en autos “Luna Cooperativa de Créditos de Vivienda y Consumo Ltda. C/ Ramírez Ángel R. s/ Cobro Ejecutivo”, causa n° 109.380, reg. 107).

De lo expuesto se colige que **las tres Salas de la Cámara de Apelaciones Civiles y Comerciales Departamentales sostienen la inaplicabilidad de la LDC a los juicios ejecutivos que persiguen el cobro de pagarés.**

**7.2.7.** A tenor de todas las consideraciones desarrolladas precedentemente, **no puedo compartir lo resuelto por el Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 8 de General San Martín.**

### **8.3. EXAMEN DE LA RESOLUCIÓN DE FOJA 17:**

**8.3.1.** Expuestas y desarrolladas las observaciones a la declinatoria de foja 15, se estudiará el decisorio de foja 17.

El Juzgado Civil y Comercial n° 12 de San Isidro resuelve remitir las actuaciones a éste juzgado “... Atento los argumentos esgrimidos por el juez remitente, y teniendo en cuenta el domicilio del ejecutado denunciado en el escrito de inicio”. Tales son todos sus fundamentos.

En este estado cuadra puntualizar que **el juzgado omite pronunciarse explícitamente respecto de su competencia, limitándose a remitir los presentes obrados ante éste juzgado de paz.**

De esta forma parecería que se circunscribe a actuar como ‘nexo’ entre ambos juzgados, sin pronunciarse expresamente sobre la competencia que le endilgó el Juez de General San Martín.

Por ello, **corresponderá devolver las actuaciones a fin de que pueda expedirse sobre su competencia.**

**8.3.2.** Asimismo, se hace saber que en los fundamentos de la sentencia estudiada fueron omitidas las razones por las que considera apartarse del artículo 61, párrafo II de la LO. **Al no estar adecuadamente fundada, tampoco comparto lo decidido a foja 17.**

**8.3.3.** No obstante este curioso tratamiento y pese a lo expuesto en los dos apartados anteriores, a todo evento y por economía procesal interpretaré que implícitamente no acepta su competencia con tácita anuencia a los fundamentos vertidos en la sentencia del juzgado de General San Martín.

Por ello, reiterando en éste apartado las objeciones esgrimidas *supra* respecto del resolutivo de foja 15, **tampoco puedo participar de lo resuelto a foja 17.**

### **8.4. IMPROCEDENCIA DE LA COMPETENCIA ENDILGADA:**

Nuestra competencia, la de los JUZGADOS DE PAZ LETRADOS, es la establecida por la LO y es “... *excepcional y la enumeración de los temas ratione materiae [...] de su competencia, establecida por el art. 61 ley 5827 [...] es taxativa y de orden público, no admitiendo amplitud su interpretación que debe ser restrictiva*” (DRAKE, Carlos E., “*Cuestiones de competencia de la Justicia de Paz Letrada en la Provincia de Buenos Aires*”, LexisNexis Online, Lexis n° 0003/001109).

**8.4.1. Así, los Jueces de Paz Letrados somos incompetentes para entender en asuntos relativos a la LDC. Ello es así, porque tal materia no se encuentra inventariada en el artículo 61 de la LO y**

porque no existen leyes especiales que nos atribuyan tal competencia.

**8.4.2.** También es pertinente destacar que el apartado II del artículo 61 de la LO es inaplicable a la Justicia de Paz letrada del conurbano bonaerense. De ahí que, como **la Justicia de Paz de San Fernando es de competencia restringida, no puede entender en "... Juicios ejecutivos y ejecuciones especiales"**, supuesto fijado por el inciso "k" del apartado II del art. 61 de la LO.

**En definitiva, otros supuestos no incluidos en el apartado "I" del precitado artículo no son materialmente de nuestra competencia.**

**8.4.3.** Con el fin de ilustrar dicho extremo, se señala que la doctrina es conteste en considerar que *"... en virtud de la naturaleza de la justicia de paz y el carácter excepcional que reviste, solo puede atribuírsele competencia para conocer en un litigio determinado cuando un precepto legal expresamente lo establezca [...] toda vez que el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [...] y la enumeración contenida en dicha norma legal, es taxativa"* (FENOCHIETTO, Carlos E., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Comentado, Anotado y Concordado, editorial Astrea, Págs. 7/8).

De no ser así, los jueces de paz letrados seríamos: jueces civiles y comerciales, jueces de garantías, jueces correccionales, etc., etc., etc.,-

## **8.5. RECAPITULACIÓN:**

**8.5.1.** Analizadas ya ambas sentencias cabe reiterar que **independientemente de la norma que se considere aplicable –ya sea, la LDC o el decreto-ley 5965/63- éste juzgado de paz letrado es materialmente incompetente** para entender en los presentes obrados.

**8.5.2.** En efecto, de compartir el criterio expuesto en cuanto a la inaplicabilidad de la LDC al supuesto de autos, este juzgado resulta incompetente en virtud de que su aptitud jurisdiccional es restringida y circunscripta al apartado "I" de la LO, el que no contempla el objeto de la pretensión esgrimida en la presentación inicial.

Así, **no soy competente en juicios ejecutivos ni en ejecuciones especiales**, ya que son supuestos reservados solo para los Juzgados de Paz con competencia amplia.

**8.5.3.** Ahora bien, de no compartir lo expuesto **y de considerar aplicable la LDC a las cuestiones sub judice, tampoco soy competente** porque ni la LO ni ley especial alguna me facultan a intervenir en las materias normadas por la LDC.

## **9. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA:**

Examinadas las actuaciones y sentada mi incompetencia, resta definir el juzgado con aptitud jurisdiccional para entender en estos obrados.

A fin de cumplir tal cometido se recuerda que la doctrina es conteste en sostener que *"... la indicación del lugar de pago es determinante de la competencia. En el caso de que no lo indicare, cabe estarse al sitio de creación del título"* (SOSA, Gualberto Lucas, "Instituciones de la moderna Justicia de Paz Letrada", Librería Editora Platense SRL, La Plata, Pág. 199).

Por ende, estimo que **deben entender los Juzgados Civiles y Comerciales de General San Martín** (Conf. artículos 4, 29 y 103 del decreto-ley 5965/63 y dirección de pago consignada a foja 5). Ello, sin perjuicio de que **previo a todo trámite corresponderá remitir los presentes obrados al juzgado n° 12 en lo Civil y Comercial Departamental** a fin de que pueda subsanar su omisión y expedirse respecto de la competencia que le fue endilgada.

**10. En definitiva, por todos los argumentos desplegados considero que en los presentes obrados no se verifican los supuestos establecidos por la ley adjetiva que me permitan ejercitar en autos el Poder Estatal de Jurisdicción.**

Es por lo expuesto que;

## **RESUELVO:**

**1) NO ACEPTAR LA COMPETENCIA:** que oblicuamente me atribuiría el Juzgado en lo Civil y Comercial Departamental n° 12, a cargo de la doctora Estela Robles, ni lo resuelto por el Señor Juez a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 8 de General San Martín, a cargo del doctor Sergio José Prato.

**2) REMITIR SIN MAS TRÁMITE AL JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL DEPARTAMENTAL n° 12** a fin que tome la intervención que estime corresponder y pueda resolver expresamente sobre la competencia que le fue asignada por el Juez de Gral. San Martín, o en su caso, la remita ante el Juzgado competente. **Sirva la presente de atenta nota de envío.**

**REGÍSTRESE.** Dése de baja de los Libros de Secretaría y remítase a la Receptoría General de Expedientes Departamental para su conocimiento.-

**Patricia E. Carranza.**

Juez

**Nota:** El día            de febrero de 2011 se registró la resolución que antecede y se procedió a la baja de los presentes obrados en los libros de Secretaría. Conste.

**Facundo M. Araujo.**

Auxiliar Letrado

**Nota:** El día            de febrero de 2011, en cumplimiento de la resolución que antecede, se remitieron los presentes obrados a la Receptoría General de Expedientes de San Isidro. Conste.

**Facundo M. Araujo.**

Auxiliar Letrado

## LA JUSTA VALORACIÓN DE UNO MISMO<sup>1</sup>

*Marina Julia Orchessi\**

*“La mejor forma de conocerse a uno mismo no es la contemplación, sino la acción.*

*Esforzaos por cumplir vuestro deber y pronto sabréis de qué sustancia estáis hechos” Johann W. Goethe.*

### INTRODUCCIÓN.

Con el presente trabajo me propongo contar mi experiencia dentro del ámbito judicial. Que a partir de allí el lector se identifique con algunos de los aspectos que presenta la organización judicial y con algunos de los perfiles de los empleados judiciales. Es mi intención que el actor judicial que lea estas líneas tome conciencia del lugar que está ocupando en su puesto de trabajo, preguntándose: ¿Qué tipo de empleado judicial es? y ¿cuál desea realmente ser?

Trabajo desde hace doce años en el Poder Judicial. Comencé a los 19 años como meritoria y hoy, me desempeño como Secretaria del Juzgado de Garantías del Joven.

A lo largo de mi carrera he pasado por un Juzgado Civil; Por diferentes Unidades Funcionales de Instrucción; Y por un Juzgado de Garantías de Adultos. Fue en las Unidades Fiscales, donde realmente me formé como empleada y Secretaria, pudiendo desarrollar gran parte de mi verdadera vocación.

De aquello que hace al poder judicial rescato características positivas, sin embargo, observo un factor común: la falta de proactividad en el desempeño del operador judicial.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se presenta por el compromiso asumido por la colegiada al cursar la Diplomatura en Gestión Judicial en la Universidad de San Andrés con la ayuda que por medio de becas que otorga nuestro Colegio Departamental.

En este sentido, comenzaré por definir los términos “Proactividad” y “Reactividad”. Luego identificaré las cuestiones a las que considero prima la reactividad, aportando algunas herramientas que resultan aplicables y adecuadas para que todos podamos desarrollar el hábito de la proactividad.

### **PROACTIVIDAD VS. REACTIVIDAD.**

La Proactividad es *"la libertad de elegir nuestra actitud frente a las circunstancias de nuestra propia vida"*.<sup>2</sup> *"La esencia de la persona proactiva es la capacidad de dirigir su propia vida"* *"El ser humano actúa... es capaz de tomar decisiones basándose en valores..."* *"... Ser proactivo es algo más que tomar la iniciativa. Es reconocer que somos responsables de nuestras elecciones y que tenemos la libertad de elegir basándonos en principios y valores, y no en estados de ánimo o condiciones. Las personas proactivas constituyen motores del cambio y optan por no ser víctimas..."*<sup>3</sup>

### **El desempeño en el ámbito judicial.**

Respecto de la tarea, muchos empleados judiciales tienen una actitud expectante; se dejan sorprender o bien, dejan que otros se ocupen de ella. En cambio, solo algunos toman la iniciativa, actúan y hacen que las cosas sucedan. Son proactivos. Existe la idea de que la proactividad es un don que como tal, se tiene o no. Se cree entonces, que sólo unos pocos pueden desempeñarse de la manera correcta. Sin embargo, todos podemos ser proactivos y beneficiarnos con ello. Si pensamos que hay que ser proactivo para que nos aumenten el sueldo o el cargo, estamos equivocados. Ser proactivo es una actitud ante la vida, no ante los demás. Es el que tiene una actitud para ejecutar la tarea maximizando las herramientas - el tiempo y los recursos- para

---

<sup>2</sup> Víctor Frankl, “El hombre en busca de sentido”.

<sup>3</sup> Steven Covey, “El 8º hábito. De la Efectividad a la Grandeza”.

poder ir más allá de los resultados planificados. Todos poseemos este potencial de satisfacer una demanda con actitud placentera.

El empleado proactivo tiene sentido común y criterio para tomar una decisión sin depender del jefe inmediato. Hace las cosas por aprender o para hacerlas más efectivas. Y no significa tomar solo la iniciativa, sino asumir la responsabilidad de ello. Pero tienen que poseer capacidad, información y conocimientos específicos. Saber responder por sus errores ante cualquier eventualidad. Decidir en cada momento lo que debe hacerse y cómo llevarlo a cabo. Es cuestión de actitud y no de aptitud.

Sin embargo, la actitud positiva no basta. Se requiere la capacidad de tomar decisiones y elegir el criterio que más se adecue a la situación dada. Proactividad es accionar con antelación a los hechos, brindar la utilidad de prever situaciones. Ahora bien, no se debe confundir ser proactivo con ser voluntarioso. El “voluntarioso” no siempre hace las cosas bien. No brilla por sus intervenciones sino por su oportunismo; quiere “asumir el reto” a condición de ser notado. Es el empleado que se embarca en todo tipo de tareas con una cuota de inoperancia. Tampoco tiene que ver con el activismo o la hiperactividad. Ser proactivo no significa actuar de prisa, de forma caótica y desorganizada, dejándose llevar por los impulsos del momento.

Las personas que desarrollan el hábito de la proactividad se mueven por valores, saben lo que necesitan y actúan en consecuencia.

Entonces, podemos afirmar que un empleado proactivo toma la iniciativa y pone en funcionamiento su capacidad - entendida como experiencia y búsqueda de herramientas de trabajo - generando así su responsabilidad como ser integral y ante la sociedad.

### **La nociva reactividad.**

Una persona reactiva no reconoce su poder personal, no se hace responsable de las circunstancias en que está inmerso porque simplemente no cree que tenga que ver con eso. Siente que su trabajo es una carga, en lugar de una oportunidad de servicio y crecimiento. Las per-

sonas que actúan de esta manera, generalmente se quejan en lugar de aportar soluciones. Podemos decir, que son parte del problema. No se responsabilizan de sí mismos ni de su realidad, “se convierten en víctimas”. En esa postura la persona es incapaz de cambiar las cosas que él mismo está generando. Siempre está en espera de que las soluciones vengan de fuera, por lo tanto cede su poder a sus compañeros del trabajo, a su jefe o al sistema judicial. Las personas reactivas buscan soluciones frente a los conflictos, los cuales han sido creados por sus ideas y comportamientos.

#### **“Cuerpo, Corazón, Mente y Espíritu”<sup>4</sup>**

En la estructura de la organización judicial, un empleado solo aporta una porción del valor que puede entregar en su puesto de trabajo a través de su iniciativa en todo aquello que no resulta su obligación. Es por eso que el factor humano es la pieza fundamental con la que cuenta nuestra administración de justicia ¿Pero qué pasa cuando el empleado se posiciona en su oficina judicial como aquél que pone el cuerpo nada más?

Es preciso que además del cuerpo ponga la cabeza (mente). Poner la cabeza, implica no un compromiso de mera rutina, como cumplir un horario por ejemplo, sino entender que forma parte de una cadena que pretende solucionar un conflicto social. Ser conciente y responsable son las bases para desarrollar la vocación. Al tener una visión clara de esa vocación y de los objetivos, valores que persigue la oficina judicial de pertenencia, se puede transmitir los objetivos e inspirar a su grupo de trabajo para que encuentren su vocación. Esto le da un sentido a nuestra existencia en el ámbito judicial. Quien sabe lo que quiere identifica sus prioridades, elabora estrategias de ejecución para servir al bien común.

---

<sup>4</sup> Steven Covey, obra citada.

#### **Caballito de batalla vs. Empleado Rezongón.**

Puede ocurrir que en una oficina judicial, existan empleados negativos, afectados por las circunstancias y las condiciones laborales. Aquellos que solo se sienten bien si su entorno es bueno, interfieren en las decisiones de los demás y tienden a culpar al otro. No se comprometen con la gente, atienden de mala gana a los justiciables. Brindan la información que se solicita en forma desganada. Incluso no saben usar los programas de computación o no los aprenden.

Pareciera no haber manera de comprometerlos. Entonces: ¿Qué se hace con las personas que no son proactivas? La respuesta es, generalmente se usa un mecanismo compensatorio que salve los baches, a saber: el “caballito de batalla”. Es aquél que por sus características puede con todo, porque actúa con decisión y determinación para alcanzar sus metas. El problema se suscita en la delegación de aquellos trabajos que el empleado rezongón, malhumorado, es incapaz de resolver. Entonces se sobrecarga de oficios y trabajos extras al “caballito de batalla”, que toma la iniciativa, emprende la acción con responsabilidad y dedicación. Se premia al gruñón, y se castiga al proactivo. Adoptar una actitud proactiva dentro de un equipo de trabajo es comenzar a pensar en las buenas cualidades que tienen las personas. Es decir observar lo bueno sin resaltar lo malo y empezar a entender que con los recursos humanos de los que se dispone, se puede salir adelante. Solo hay que identificar las fortalezas de una persona y procurar que la tarea sea acorde a sus capacidades.

Todas las personas tienen diferentes características que las hacen más o menos adecuadas para una u otra labor. El liderazgo en este sentido desempeña un papel muy importante: identificar capacidades y distribuir tareas. La motivación debe acompañar el desempeño del empleado, fomentando el compromiso grupal y el bien común.

#### **La historia de uno mismo vs. Espíritu de Grupo.**

*“El ego se centra en la propia supervivencia, en el propio placer y en la propia mejora sin tener en cuenta a los demás, su ambición es egoísta, contempla la relaciones en función de que supongan o no una*

*amenaza...El ego no descansa...impide nuestro facultamiento. Reduce nuestra capacidad...”*<sup>5</sup>

Si hay algo que nos caracteriza a todos los empleados judiciales sobre todo cuando uno fue meritorio tanto tiempo, es el tan ansiado “nombramiento”; en muchos casos llega con el nivel de auxiliar cuarto. Luego en ese mismo momento se piensa como llegar a ser oficial, “para pasar a despachar”. Cuando se pasa a despachar, el descontento radica en que “el otro empleado no hace nada” o hace menos que uno. Cabe preguntarnos ¿y el espíritu de grupo? ¿Qué es lo que pasa? ¿Puede ser que aquellos que ascienden rápidamente posean estas actitudes individualistas? ¿O tiene que ver con la inconformidad propia del ser humano?

Es habitual escuchar en muchos empleados la siguiente frase “te hice los oficios que me pediste”... “te despaché tal o cual causa”,... te, te... como si el trabajo fuera para un rédito personal, “para el del otro”. Cada uno trabaja en forma individual sin tener conciencia de grupo, por el mero hecho de conseguir un ascenso, agradarle al juez, fiscal o su superior inmediato. En ocasiones adoptan criterios que no se condicen con su ideología o lo que es peor aún con la ética. Preguntémonos ¿Cuántos de nosotros pensamos en el cargo que tenemos y en la función que deberíamos hacer?, ¿Cuántos de nosotros tiene un propósito, visión, valores y pone en marcha realmente todo su potencial para cumplir la función para la cual fue designado? ¿O cuántos han llegado a tener un determinado cargo en el que ameritaba el desempeño de una función específica realizando un trabajo que nada tiene que ver con su función? Si todos realmente tomáramos conciencia de que trabajando en equipo se puede mejorar la calidad en el servicio público, seguramente se adoptaría otra postura frente al desempeño cotidiano.

Fomentar el espíritu de grupo dentro del ámbito laboral, aunque más no sea dentro de un lugar de trabajo específico, es un acto de proactividad que cada persona debiera ejercitar. Esto se logra aportando lo propio (conocimientos y experiencias) y aprendiendo de los otros. Este

---

<sup>5</sup> Steven Covey, obra citada.

aprendizaje progresa si aprendemos de los otros. Se interrelaciona con los otros e intercambian en muchas ocasiones valores, niveles culturales. El fomento de la creatividad, el empowerment, son dos de los elementos fundamentales para lograr calidad en el trabajo en equipo.

### **Quando el ámbito en el que estás comienza a cambiar tu esencia personal.**

Entiendo que la iniciativa y la proactividad son las cualidades que debiera tener un empleado judicial efectivo, pero cabe preguntarse ¿se requiere que un operador judicial tenga iniciativa en todos los ámbitos y en todos los cargos? ¿O hay muchos puestos donde se prefiere el control y la previsibilidad en vez de la iniciativa? En algunos ámbitos de trabajo las personas comprometidas con su función, poseen una inteligencia, capacidad para crear y talento para innovar mucho más del permitido o exigido. Se controla cada movimiento dado. Toda tarea encomendada, resulta tener el mismo nivel de urgencia. Se siente una presión tal que frustra la iniciativa, desanimando la capacidad para cambiar las cosas.

Los que desde jóvenes nos formamos en una carrera judicial con un objetivo en mente, nos gusta lo que hacemos. Es posible que todo el entorno laboral nos genere un cambio en el carácter. Aquella empleada que un día era amable en la mesa de entradas, atendiendo al público, escuchando los problemas de los justiciables, en aras de poder darle una solución efectiva a sus problemas, se encontró un día empapada de mil funciones distintas a la vez y algunas de ellas nada tenían que ver con el cargo asignado. Esto genera un cambio en la esencia de la persona, el enfrentamiento entre los pares y la disolución del espíritu de equipo. Es posible que ya no se tenga una visión clara del lugar que uno ocupa, por eso en esas circunstancias se debe adoptar una actitud proactiva: cambiar de ámbito laboral o bien optar por mejorar en su grupo de trabajo luchando con esa forma estructural.

### **Hacia el cambio – proactividad pura:**

“Cuando todo lo que hay que tomar son decisiones”. Acá resulta

necesario relatar lo que me ocurrió cuando me encontraba trabajando en una de las dependencias que mencioné al inicio de este trabajo. Me sentía sofocada, desganada, impotente y limitada para poder lograr mi objetivo (poder aportar para lograr un buen servicio de justicia), me daba cuenta de que realizaba mi trabajo con mediocridad ante la extralimitada delegación de tareas y los pocos recursos humanos y materiales con los que se contaba en aquel entonces. Siempre me pregunté cómo sería comenzar en una oficina judicial desde su inicio, en donde tu superior tenga el mismo objetivo y las mismas ganas de encaminar la unidad funcional de pertenencia. Donde se pueda trabajar con conciencia y espíritu de grupo. Fue por ello que decidí tomar una actitud proactiva y no resignarme esperando que las cosas sucedan por sí mismas. No eran muchas las posibilidades que se me presentaban, pero cualquiera de ellas se presentaba como “la mejor posible” de mi realidad. En ese contexto me enteré de que existía la posibilidad de un cargo vacante en el actual juzgado en el que me encuentro. Sin dudarlo tomé la decisión y solicité una entrevista con el futuro juez que designarían en el cargo (actitud que considero puramente proactiva). El beneficio de un empleado proactivo es que sabe hacia dónde se dirige y elige en función de ello. Su conciencia de poder personal, lo lleva a corregir su rumbo si donde se encuentra es donde precisamente no quiere estar.

### **Un camino largo hacia la plenitud laboral.**

Los valores y principios que debemos adoptar para ser proactivos es generar la conciencia de responsabilidad en la realidad laboral, el tener claras las metas. Saber hacia dónde se quiere llegar es esencial para enfocarse en ello.

Sin embargo el camino hacia la plenitud laboral es largo, si hablamos de cómo crear una realidad satisfactoria. No alcanzan los pensamientos positivos para revestir emociones negativas que han prevalecido en nosotros durante años. Lo primordial es reconocerse como creador de tu propia realidad y ser conciente de la realidad que nos hemos forjado hasta hoy. A partir de ello se puede transformar la actitud para lograr los resultados que se ansíe conseguir en pos de nuestros objetivos.

Hoy me pregunto: ¿Tomé la decisión correcta? Sí, lo hice. Fue una actitud proactiva el haber puesto en funcionamiento todas aquellas herramientas en pos de modificar mi realidad laboral.

El primer o segundo día de trabajo mi jefe me dio un listado de hábitos. Quisiera compartirlos para que, sin importar el lugar en el que uno se encuentre, se pueda empezar a ejercitar el hábito de la proactividad.

- Preparar el escritorio día a día, despejándolo de todo papel que no se refiera al problema inmediato.
- Planificar el trabajo en bloques, haciendo un listado de las cosas que se deben hacer según el orden de importancia e ir tachando lo que se va realizando.
- Cuando existe un problema o una tarea de mayor valor se debe comenzar por ella, resolviéndola inmediatamente. Si se tienen las herramientas necesarias para tomar la decisión no posponerla. Lo que lleve un minuto ¡hacerlo ya!
- Controlar los vencimientos del día al comienzo de la jornada.
- No confiar en la memoria (cada vez que uno tenga una idea o recuerde una tarea que hay que hacer, hay que anotarla inmediatamente en la lista de tareas, lo mismo cuando se recibe un llamado para otra persona que en ese momento no está presente).
- Hacer un listado de llamados telefónicos que se deben realizar en el día y hacerlos todos en un solo momento del día; ayuda a despejar la cabeza.
- Terminar el día con la tarea que exija menos concentración y que el margen de error tenga consecuencias menores.
- Planificar el día siguiente.
- Aprender a organizar, delegar y supervisar. <sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Dale Carnegie, “Como disfrutar de la vida y del trabajo”.

## **CONCLUSION.**

Muchos jóvenes que recién ingresan al poder judicial, son herederos de una generación individualista, que vivieron una serie de cambios en el modelo de estructura judicial. Estas transformaciones provocaron situaciones que cotidianamente siguen perjudicando el desarrollo del hábito de la proactividad. Esto es exactamente lo que hay que evitar. Hay muchísimas personas que trabajan por su vocación, no importa el cargo que ocupen, lo hacen desde lo profundo de su corazón. El entorno a veces juega una mala influencia y va modificando su esencia. Pero es necesario determinar un objetivo específico dentro del lugar que se integra. Solo a través de la unidad del grupo se puede cumplir con la misión para la que fuiste designado (aunque sea poco lo que puedas cambiar). Es decir está en cada uno de nosotros, quedarnos sentados quejándonos del medio que nos rodea o comenzar a cambiar mediante la adopción de una actitud proactiva.

Hoy me siento convencida de que dentro de un ámbito asfixiante de trabajo, o dentro de un lugar nuevo, con gente de carrera judicial, con un objetivo común se puede producir el cambio, solo hay que creerlo. Mientras cada uno busque el desarrollo de su persona como ser integral, fomentado en el espíritu de grupo, se logran las mejores cosas, “plenitud laboral” - “plenitud personal”.

## **Jurisprudencia Departamental.**

### **BENEFICIO DELITIGAR SIN GASTOS. ALCANCE Y LÍMITES. HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES. PERITOS**

“ROZALEZ, EMILIANA,  
C/ CENTRO DE SALUD NORTE  
S/DAÑOS Y PERJUICIOS”  
Causa N° 84.489 (J.8) Reg. 260  
C.C.C. San Isidro Sala Iª

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 25 días del mes de octubre de dos mil diez, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Alejandro Lesser, para dictar sentencia interlocutoria en el juicio: -Rozalez, Emiliana c/ Centro de Salud Norte s/ Daños y Perjuicios- y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Lesser y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

#### **CUESTIÓN**

¿Son justas las resoluciones de fs. 1710 Y fs. 1712?

#### **VOTACIÓN**

**A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. LESSER,  
DIJO:**

I. Vienen las presentes actuaciones a esta Alzada para entender en los recursos de apelación interpuestos a fs. 1724/1725 y fs. 1736/1738.



## II. Los recursos planteados.

A fs. 1712 el señor Juez de Primera Instancia decidió trabar embargo sobre las sumas depositadas en autos que correspondan a la actora Emiliana Rozalez, hasta cubrir el monto de los honorarios regulados al perito contador, más los aportes -\$10.000 y \$1.000-, con más el 50% presupuestado para responder a intereses y costas de la ejecución.

La actora se agravia de tal decisión y sostiene que goza del beneficio de litigar sin gastos, circunstancia que impide la ejecución de los honorarios del perito a su respecto.

Asimismo, señala que el art. 84 del C.P.C.C. refiere que el beneficio persiste hasta tanto se mejore de fortuna, lo cual no ha sucedido en autos, ya que la indemnización recibida no implica tal mejoramiento.

Por otra parte, a fs. 1710, punto V.2, el señor Juez de grado anterior sostuvo que previo a ordenar el giro solicitado deberá dejarse una suma para atender a honorarios de los peritos actuantes.

La apelante sostiene que existió una errónea interpretación del art. 84 citado, pues a su entender las costas o gastos judiciales allí referidos no comprende la actuación de los peritos.

III. En primer lugar, resulta prudente recordar que por la función que corresponde al perito en su carácter de auxiliar del tribunal, puede perseguir el cobro de sus honorarios contra cualquiera de las partes y con abstracción del resultado del pleito, sin perjuicio de repetir la parte que los abonó contra la contraria, de acuerdo con la forma en que se hubieran impuesto las costas (SCJBA, Ac. 54434 S 20-02-1996).

Asimismo, el perito podrá pedir su reembolso: 1) al que actuó con beneficio, si mejorare de fortuna o fuere vencedor en el pleito con los límites establecidos por el art. 84 del citado cuerpo legal; y 2) al litigante contrario, cuando fuere condenado en costas (salvo que se dé el supuesto del arto 476 del C.P.C.C.), o hubiese resultado vencedor en el pleito con apoyo del dictamen pericial (CCC. Mar del Plata, causa n° 114.806 R.S.I. 41/2001).

Tanto los letrados como el perito, gozan de igual rango, desde que sus créditos por honorarios se encuentran comprendidos en los arts. 3879 inc. 1° y 3900 del Código Civil, como gastos de justicia que son. Ello así, de acuerdo al art. 218 del C.P.C.C., el acreedor que ha obtenido embargo de bienes de su deudor, como en la especie sucede con el perito contador, tiene derecho a cobrar íntegramente su crédito con preferencia a otros acreedores, salvo que dichos bienes se encuentren afectados a los créditos privilegiados; esto es, que la preferencia del primer embargante desaparece frente a la existencia de privilegios especiales (art. 218 citado). Más siendo que los honorarios de los peritos se devengaron en el proceso principal y los estipendios de los letrados, son costas de la ejecución forzada del deudor, en virtud del art. 590 del C.P.C.C. y art. 38 inc. 1° del Código Civil, corresponde su pago preferente (art. 3879 inc. 1°; CCI. Art. 3900; CPCB art. 218; conf. Causa 88.766 R.S.I. N°880/2004, de este Tribunal).

IV. En el caso, el señor Juez de Primera Instancia procedió a la traba de embargo sobre las sumas depositadas a favor de la accionante y en resguardo de la garantía del perito Contador -Cuevas- por honorarios regulados.

Ahora bien, habiéndose decidido la posibilidad que tiene el perito de cobrar sus honorarios a cualquiera de las partes (art. 1627 del Código Civil), corresponde determinar el alcance del art. 84 del C.P.C.C.

El mismo exime al beneficiario del pago de las costas o gastos judiciales hasta que mejore de fortuna, con excepción de las generadas en su defensa, que debe soportar hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba, en caso de resultar vencedor en el pleito.

V. Teniendo en cuenta lo expuesto, a criterio del Tribunal, resulta procedente el embargo trabado a fin de garantizar el cobro de los honorarios del perito Contador con la limitación del art. 84 del C.P.C.C., respecto de la suma depositada en autos en concepto de indemnización

de la víctima, como también disponer la retención de una suma para atender a honorarios de peritos pendientes de regulación.

Voto pues por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión, el señor Juez Dr. Ribera, por iguales fundamentos, votó también por la **AFIRMATIVA**.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

### **SENTENCIA**

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se confirman las resoluciones de fs. 1710 y fs. 1712, con costas de Alzada a la accionante vencida (art. 68 del C.P.C.C.). Mediante las resoluciones obrantes a fs. 1676 y fs. 1678, se le fijaron honorarios al señor perito Contador, Gonzalo Daniel Cueva y a la Dra. Adriana Patricia Riva, en las sumas de Diez mil y Diez mil pesos, respectivamente; los cuales habida cuenta de la naturaleza, importancia y mérito de los trabajos realizados por los mencionados profesionales, a criterio de esta Sala, se ajustaron a derecho y por ende se los confirma (art. 1627 del Código Civil, conforme Ley 24.432). ,

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FIRMADO: Dres. Alejandro LESSER, Juez; Carlos RIBERA, Juez; Miguel Luis ÁLVAREZ, Secretario.

## **ACTIVISMO JUDICIAL LEGÍTIMO. FUNCIONALIDAD Y OPERATIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

*Autor: Delma B. Cabrera\**

Las medidas cautelares proveen el juzgador de una herramienta sencilla y expeditiva para solucionar con rapidez circunstancias que no admitirían la demora normal de la tramitación del proceso.

El caso en cuyo marco se dictó la medida cautelar que se publica fue un juicio de daños y perjuicios en el cual el actor había quedado gravemente discapacitado a raíz de las heridas recibidas como tercero ajeno a un enfrentamiento entre fuerzas policiales y delincuentes. El reclamante resultó vencedor en primera instancia y la Provincia de Buenos Aires como demandada fue condenada a pagar una importante indemnización, acorde con la gravedad de los daños.

Ante tal situación la demandada interpuso recurso extraordinario y antes de que el Superior Tribunal se abocase a tratarlo, el actor solicitó a modo de medida cautelar (sic) que, ínterin se resolviera en definitiva, se le entregara el monto de la condena para afrontar los gastos en que debía incurrir como consecuencia de la incapacidad permanente que padecía.

En rigor, la Provincia demandada había planteado la nulidad del proceso porque se dictó la sentencia indemnizatoria sin que hubiera recaído resolución definitiva en la causa penal (de hecho largamente demorada en su trámite y sin miras de pronta terminación) con fundamento en la infracción del art 1101 del Código Civil.

En ese contexto procesal se dictó la medida que transcribimos y en la que hago hincapié especial en la influencia del transcurso del

---

\* Juez del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 9 del Departamento Judicial de San Isidro.

tiempo y las demoras del proceso, frente a urgencias vitales de los justiciables.

Vale resaltar que soluciones como la propuesta pueden lograrse gracias a la aplicación funcional de esta institución procesal, las medidas cautelares, y el inteligente tratamiento del tema en el Código Procesal, que es lo suficientemente dúctil y generoso como para que el juzgador pueda encontrar en ellas la medida que mejor se adecue a los requerimientos urgentes de los justiciables. El uso prudente pero sensible de esta herramienta permite al juzgador paliar situaciones de evidente penuria que de otro modo deberían prolongarse en el tiempo con grave detrimento de quien las esté padeciendo.

Se incluye también el fallo confirmatorio de la Excm. Cámara Departamental (Sala Iª) que aporta además, la solución constitucional al reparo de la demandada para afrontar pagos, por considerarse amparada por la ley 12.836 de consolidación de deudas.

La Alzada resolvió la cuestión con abundancia de citas de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de esta Provincia y en consonancia con la doctrina coincidente de ambos Tribunales Supremos, se pronunció por la inconstitucionalidad de la citada ley, aún con las modificaciones introducidas por la ley 13.436, frente a excepcionales circunstancias que permitirían inferir que su aplicación generaría un gravamen o perjuicio irreparable a la esencia o sustancia de derechos constitucionales. En tales casos, tal como lo expresó la Alzada, se impone la inaplicabilidad de la ley en cuestión. En definitiva, confirmó la resolución y el monto que se mandó pagar (que no fue materia del recurso).

FERNANDEZ GACHE, MANUEL  
C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS  
Expte. N° 41.225, JCC n°9 San Isidro

San Isidro, 7 de mayo de 2008.

#### **AUTOS Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:**

Para resolver la medida cautelar solicitada por la parte actora a fs. 2450 a fin de que, sin perjuicio de la tramitación pendiente de un recurso extraordinario, se le pague el monto de la condena.

Es un hecho notorio que los tribunales de esta provincia padecen una situación de virtual colapso por el cúmulo de causas a resolver y la carencia de medios para afrontar la tarea. A ello no escapa, lo cual también es sabido, nuestro Superior Tribunal.

De donde fácilmente se infiere que merced a un recurso extraordinario planteado por la parte demandada, el daño sufrido por el actor -cuestión que está fuera de controversia-, debería esperar largo tiempo para ser reparado. Tiempo que ya es inaceptable si se tiene en cuenta que el hecho dañoso ocurrió el día 29 de septiembre de 2000. Máxime considerando que el planteo de nulidad materia del recurso citado, en su momento mereció dos sentencias desestimatorias (primera y segunda instancia, fs. 2349/vta. y 2363/2366 respectivamente) que hicieron mérito de jurisprudencia -hoy pacífica, incluido el Alto Tribunal destinatario del recurso y la Corte Suprema de Justicia de la Nación- sobre las excepciones admisibles a la prejudicialidad establecida en el art. 1101 del Código Civil.

Es decir, a la fecha, el damnificado lleva casi ocho años padeciendo las lesiones físicas y espirituales sufridas como consecuencia del enfrentamiento ocurrido entre fuerzas policiales de esta provincia y delincuentes: amputación de una pierna, intervenciones quirúrgicas varias, intensos dolores, sufrimientos morales y físicos por el brutal

cambio de su vida anterior al hecho; todo lo cual comenzó cuando contaba apenas 19 años.

Huelga recordar que, como nadie lo discute, la justicia tardía puede llegar a no serlo. Normas constitucionales -pactos internacionales incluidos- reclaman de la justicia respuestas "en tiempo razonable".

En tales condiciones el tiempo que insuma el tratamiento del recurso en cuestión agregaría más dolor al damnificado: evidentemente el daño quedaría impune por ese lapso y hasta podría eventualmente agravarse si el actor no puede acceder a los paliativos y terapéuticas a las que tiene derecho: tratamiento psicológico, prótesis adecuada, gastos de movilidad, adaptación de la vivienda.

Estimo que nada de lo señalado puede esperar más aún de lo que lleva tramitando el reclamo.

Esto vale para el requisito del peligro en la demora.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, basta señalar que hay dos sentencias de condena (primera instancia y Cámara) que han mandado indemnizar al actor.

Como ya lo señalé en mi sentencia de fs. 2386/2395, merced a la evolución del concepto de la responsabilidad civil, se ha impuesto un enfoque constitucionalista del Derecho de Daños que de alguna manera, se hace eco de la consagración universal de los derechos humanos en general y de la profunda consideración y respeto de la persona (Miguel A. PIEDECASAS, "Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil", Revista de Derecho de Daños, "Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002-3, p.108 ).

Por eso, seguir manteniendo en el desamparo económico al actor sería desentenderse de aquel respeto. Véase que, tal como hube de señalarlo en la citada sentencia, es la misma sociedad, beneficiaria de la protección policial, la que debe hacerse cargo de los daños cuando en el ejercicio de esas funciones de seguridad, se afecta a víctimas inocentes.

Por lo tanto el Estado Provincial, que somos todos, debe asumir con urgencia ese rol reparador.

La doctrina procesal nacional y la extranjera han enfatizado el enfoque humanista que ciertas situaciones imponen al juzgador. A modo de brevísimas referencias, el actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti ha señalado que "no es necesario tratar a todos los conflictos con un solo tipo de proceso, sino que puede haber una gran diversificación y es más eficiente una segmentación atendiendo a las partes, el objeto, el tiempo y el lugar" y ubica a los procesos urgentes entre las diversas subclases de procesos (cit. por J.N. Peyrano y M.C. Eguren en "La batalla de la entronización legal de la medida autosatisfactiva", J.A. 2007-IV, fasc. n° 5 del 31 de octubre de 2007).

En el trabajo citado se recuerda el informe de la ilustre procesalista brasileña Ada Pellegrini Grinover emitido en el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal (México, septiembre de 2003), donde se hizo referencia a la desmitificación de la concepción rígida del proceso ordinario, que "no puede ser considerado más una técnica universal de solución de controversias siendo necesario sustituirlo, en la medida de lo posible y observados determinados presupuestos, por otras estructuras procedimentales más adecuadas al derecho a ser tutelado y capaces de hacer frente a situaciones de urgencia".

En el caso en examen el derecho tutelado es la salud e integridad física y espiritual del actor injustamente dañado y es insoslayable que el sistema judicial permita cuando antes facilitar la reparación del perjuicio (C.N., doctrina de los arts. 14bis, 41, 43, 75 inc. 22; Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, arts. 1, 11, 16, 18, 28 y cc.; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4, 5 y conchs.; también, Ley 24901 de Protección Integral de las Personas con discapacidad, etc.).

La Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de acoger soluciones adecuadas a problemas urgentes del justiciable: "...atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional" (dictamen del Procurador Fiscal con cita de Fallos

342:122, Autos F., A.C. y ot. c/Estado Nacional, 11-07-2006, publicado en J.A. 2007-III, "Derechos sociales ...", ejemplar especial del 22-08-2007, p.35).

Por lo demás, a partir del leading-case "Camacho Acosta" (Fallos 320:1633) reiteradamente ha atendido peticiones en que la no adopción de una medida cautelar puede generar un perjuicio grave e irreparable en los derechos del justiciable.

Por lo tanto, y estimando atendible la pretensión en examen, dispongo como medida cautelar que la Provincia demandada deposite en autos en el plazo de diez días y a cuenta de la que en definitiva resulte de la liquidación correspondiente, la suma de pesos TRESCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 350.000.-) para atender - aunque parcialmente- los rubros indicados más arriba (arts. 195, 198, 232 y concs. del Código Procesal). Admítase la caución juratoria formulada por el peticionante en el escrito en despacho (art. 199, Cód. cit.). Regístrese. Notifíquese.

FIRMADO: DELMA B. CABRERA, Juez

FERNANDEZ GACHE, MANUEL  
C/PROVINCIA DE BUENOS AIRES

S/DAÑOS Y PERJUICIOS

S/INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR -ART. 250 CPCC

Causa nº 106.032 JC9 Reg. 369

CCC Sala 1- San Isidro

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los ocho días del mes de octubre de dos mil ocho, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Hugo O. H. Llobera y Carlos Enrique Ribera para dictar sentencia interlocutoria en el juicio: "**Fernández Gache, Manuel c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios s/incidente de medida cautelar -art. 250 CPCC-**", y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Ribera, Llobera, Cabrera de Carranza, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

#### **CUESTION**

¿Es justa la resolución apelada?

#### **VOTACION**

#### **A LA CUESTION PLANTEADA EL DR. RIBERA, DIJO:**

Atendiendo al estado actual y la comprometida situación en que se encuentra el actor, con el objeto de atender a sus gastos imprescindibles que no admiten demora, la señora Jueza de Primera Instancia dispuso a fs. 35/38 como medida cautelar que la Provincia de Buenos

Aires deposite en autos en el plazo de 10 días y a cuenta de la que en definitiva resulte de la liquidación correspondiente, la suma de \$350.000, para atender -aunque parcialmente- los rubros solicitados (arts. 195, 198 y 232 del CPCC). Asimismo, admitió el pedido de caución juratoria.

II. Tal decisorio es apelado por la demandada a fs. 43, con presentación de memorial a fs. 49/52, contestado a fs. 54. Sostiene la recurrente que la medida ha sido decretada cuando ya se había concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por ante la SCBA, lo cual no puede admitirse.

Asimismo, señala que la ley 12.836 sobre consolidación de deudas impide que se mantengan medidas cautelares en contra de la Provincia (arts. 13 y 14), solicitando el levantamiento de la medida ordenando. Por último, manifiesta la apelante que no existe agravamiento del daño de tal forma que sea imposible su recuperación posterior.

### III. La consolidación deudas (ley 12.836).

En un principio era criterio de Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la consideración de constitucionalidad de regímenes de consolidación de deudas estatales (Nación, leyes 23.982 [B.O.N., 26VIII1991]; 25.344 [B.O.N., 21XI2000]; Pcia. 11.192 [B.O.P., 23I1992]; Munic. 11.756 [B.O.P., 15, 16 y 17I1996]). En aquellas oportunidades, tal pensamiento no era obstáculo para que, frente a excepcionales circunstancias, debidamente acreditadas, que permitieran inferir o verificar que su aplicación generaría un gravamen o perjuicio irreparable a la esencia o sustancia de derechos constitucionales -supuestos de avanzada edad del accionante, de alto grado de incapacidad, de severas afecciones de salud, etc.- (C.S.J.N., Fallos 316:779; 318:1593, 321:1984; S.C.B.A., Ac. 71.944, "Giles", sent. del 21VIII2002; B. 58.558, "Dietrich", res. del 4IX2002; B. 58.584, "Arдохain", res. del 25IX2002; B. 59.795, "Miró", res. del 19III2003; B. 58.965, "Lacay de Durruty", res. del 9XII2004; B. 60.359, "Spinedi", res. del 3II2005; L. 73.744, "Pompey", sent. del 5III2005, entre otras), se declaraba su ina-

plicabilidad en el caso.

Recientemente, ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta lo resuelto en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re "M. 424.XXXIII. Ordinario. Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y perjuicios", sent. del 26II2008); y considerando la innegable gravitación que más allá de lo que pueda sostenerse sobre su eventual aptitud vinculatoria cabe reconocerle en todo caso atento su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123 y 127, Const. nac.), razones de celeridad y economía procesal llevaron a adoptar el criterio allí abrazado y por los fundamentos vertidos por la Corte Suprema, se declaró la inconstitucionalidad de la ley 12.836, aún con las modificaciones introducidas por la ley 13.436 (arg. Art. 31 CN, conf. SCBA Ac. 85.462 del 27 de agosto de 2008 en autos "Konrad, Carlos Alberto c/E.S.B.A. S.A. s/daños y perjuicios").

### IV. La medida cautelar genérica (art. 232 del CPCC).

El anticipo de jurisdicción que comprende esta medida solicitada por el actor tiene su razón de ser en evitar el daño grave e irreparable que pudiera ocasionársele si la reparación -ahora admitida judicialmente- no le llega en el momento oportuno, como sucedería en el caso donde el actor -en la situación crítica en la que se encuentra- debe esperar aún que se practique la liquidación y continuar con los trámites previstos para la ejecución de la sentencia con el tiempo que ello insu-me (conf. causa nº 105.226 en autos "Morales, Daniel s/inc. de tutela anticipada" de junio de 2008 de esta Sala). Repárese que el accionante lleva casi ocho años padeciendo lesiones físicas y espirituales por la amputación de una pierna, intervenciones quirúrgicas, sufrimientos morales y físicos, todo lo cual comenzó cuando tenía 19 años y como consecuencia del enfrentamiento ocurrido entre fuerzas policiales y delincuentes.

El peligro de permanencia en esa situación, sin contar todavía con al menos parte de la indemnización a la que tiene derecho, sin duda conlleva la decisión favorable a su petición.

Estamos aún ante la posibilidad de una insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior puesto que el resarcimiento del daño no es instantáneo sino que deben todavía superarse distintos trámites judiciales hasta poder llegar a aquél (art. 497 y cc. del CPCC).

Razones de celeridad y protección de la salud de la víctima me convencen de que la tutela debe otorgarse en forma urgente, sin dilación alguna (Preámbulo de la Constitución Nacional; arts. 33, 43 de la C.N.; 36 inc. 8° de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.; doc. arts. 230, 232 del CPCC).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado a este tipo de medidas -cautelar innovativa- como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de la jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de lo recaudos que hace a su admisión (conf. fallos: 316:1833 y causa 489 XXV “Pérez Cuesta S.A.C.I. c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad(prohibición de innovar)” del 25 de junio de 1996).

En casos de la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa, existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la cuestión formulada, más aun cuando se trata de un agravio relacionado con la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El anticipo de la jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (CSJN c, 2348.XXXII en autos “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Gráf S.R.L. s/recurso de hecho”).

Teniendo en cuenta lo expuesto propongo al Acuerdo la confirmación del fallo cuestionado, también respecto al monto de la medida dis-

puesta el que no ha sido motivo de agravio.

Por todo lo expuesto, voto por la **AFIRMATIVA**.

Por iguales consideraciones, los señores Jueces Dres. Llobera y Cabrera de Carranza votaron también por la **AFIRMATIVA**.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

### **SENTENCIA**

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se confirma la resolución apelada, con costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 del CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hugo O. H. Llobera, Juez, Carmen Cabrera de Carranza, Juez, Carlos Enrique Ribera, Juez. Carlos García Santas, Secretario.

## LA PLANIFICACION EN LOS PROCESOS DE REFORMA\*

*Autor: Diego Matías GRAU\*\**

**SUMARIO:** I. Procesos de mejora. Procesos con aspectos negativos. a- Reforma del Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires. b- “Probation” en el orden nacional. c- ley de mediación penal. II.-) procesos con aspectos positivos. a. Procedimiento para los casos de flagrancia. b. “despapelización” paulatina (simp). III.-) conclusiones.

### INTRODUCCION: PROCESOS DE MEJORA

En el presente se analizarán diversos procesos de reforma del ordenamiento penal que se han dado en los últimos años y que han tenido como norte el mejoramiento de algún aspecto del sistema penal a la luz de problemáticas afrontadas por las diversas administraciones, empero, dada la falta de un abordaje serio del estado de cosas que generara la necesidad de mejora, tanto sea en cuanto a la ausencia de una planificación estratégica previa y seria que diera una idea de las consecuencias mediatas e inmediatas de su implementación, así como la inobservancia de obstáculos legales, tanto sea de normas de mayor, igual o menor jerarquía, que en un todo conforman un sistema jurídico que debe gozar de armonía, se ha visto opacado todo interés superior que los encargados del proceso han de haber tenido en miras, cuando no generado un conflicto que derivó en un detrimento de la excelencia que debe poseer la función judicial.

Así planteadas las cosas, debe decirse que se llevará a cabo un detallado desarrollo de las apreciaciones que como operador del siste-

---

\* El autor se encuentra cursando la Maestría en Magistratura Judicial en la Universidad Austral y es beneficiario de una beca otorgada por este Colegio de Magistrados para perfeccionamiento de sus asociados.

\*\* *Fiscal de la Fiscalía de Flagrancia del Departamento Judicial de San Isidro.*



ma penal de la Provincia de Buenos Aires se han tenido en torno a la implementación del ordenamiento procesal penal y de diversos institutos que en ese marco, con clara orientación hacia la aplicación de criterios de oportunidad, se han ido agregando al sistema, como ser, entre otras cosas, la suspensión del juicio a prueba y la incipiente mediación penal, para luego destacar las realidades que han sido obviadas y que de algún modo sirvieron de obstáculo para un mejor desarrollo, procurando finalizar con ejemplos de otros proyectos que han sido mejor evaluados desde la óptica de la planificación estratégica, quizás en la idea de destacar que en algún punto se ha mejorado, y así culminar reflexionando acerca de la metodología que de ahora en más debería guiar a los proyectos que se pretenda internalizar en el sistema jurídico, para de ese modo evitar consecuencias no deseadas en su implementación, cuando no su incompatibilidad con el resto de la normativa y los principios superiores que los rigen.

#### I.-) PROCESOS CON ASPECTOS NEGATIVOS

##### a. Reforma del Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires

Aunque al día de hoy nos parezca lejano en el tiempo, no podemos olvidar que al comienzo de la década de los años '90 en la mayoría de las jurisdicciones de nuestro país continuaban en vigencia diversos ordenamientos procesales penales de neta concepción inquisitiva y escritural, entendiéndose por tal a un principio propio del Derecho Procesal de ordenamientos jurídicos históricos, en el que el juez o tribunal que instruía y juzgaba el proceso era parte activa en éste, sumando sus propias alegaciones y pretensiones a la causa en la que posteriormente emitiría sentencia, en el que la libertad del imputado no era la regla —estaba en crisis la concepción del principio de inocencia—, siendo que en dicho contexto la autoridad administrativa, dependiente del poder ejecutivo del estado de que se trate, en el caso la Policía, gozaba de facultades en algún punto desmedidas.

Todo esto se encontraba en clara contradicción con los vientos actuales y en especial con aquellos parámetros proporcionados por los tratados internacionales a los que la Nación había adherido y que a par-

tir de 1994 obtuvieron jerarquía constitucional, extremo que no sólo indicaba que la continuidad de ese modelo iba en contra de tendencias de mejoramiento del sistema de justicia, sino que además advertía sobre la posible responsabilidad internacional del país ante lo inadecuado que a los preceptos imperativos de derecho internacional aparecía esa realidad reinante.

Aquí debemos recordar que conforme la nueva redacción de nuestra ley fundamental, el art. 75 inc. 22 otorga a diversos tratados internacionales supremacía constitucional, entre los que se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, fuentes que, del modo en que la doctrina lo ha sostenido, no pueden ser obviadas en sus aplicación bajo pretexto de incompatibilidades de leyes internas, lo que se ha visto abordado en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (vgr. Caso Bulacio, y Espósito, CSJN).

Así fue que en ese orden de ideas, y sumada la realidad de una policía socialmente desprestigiada, cuya efectividad en la prevención e investigación de delitos se encontraba cuestionada, llegando a existir concretas indicaciones de corrupción generadoras de ese flagelo, y siendo a su vez que en el marco de los procesos de reforma de la ley Superior el Ministerio Público Fiscal obtuvo otro protagonismo en la letra constitucional, dieron el marco adecuado para encarar, desde el Poder Ejecutivo, un proyecto de reforma del ya inoperante Código de Procedimientos Penal de la Provincia, para así pasar a un ordenamiento más acorde a estos tiempos.

En ese inevitable pasaje a un sistema acusatorio más acorde a esos parámetros, no se evitó, en el discurso oficial, mostrar a la nueva ley como una solución a los graves males que la sociedad padecía en su interrelación con el sistema penal, ya sea los mencionados y que eran tangibles para los justiciables, como otros extremos que se dan en cualquier sistema de no haber idoneidad en el gerenciamiento de los recursos -hablo de los atrasos en la atención de los casos, las demoras en los procesos (mora judicial)-, en definitiva, la calidad del servicio a brindar, y en especial la tan anhelada seguridad, pues, aunque en términos teóricos parezca difícil de concebir, se infiere que se mostró ya

por aquel entonces al novedoso sistema pro-acusatorio como una solución para el flagelo de la inseguridad.

Véase que la seguridad como necesidad pública generadora en los pensadores modernos de la existencia del estado del modo en que hoy lo vivimos, no pertenece a la esfera del poder judicial, mas sí lo es del organismo administrativo o ejecutivo. Resulta ser el organismo ejecutivo el que ejerce el poder de policía más palpable por el común de los ciudadanos, entendido tal, por definición, como aquel que permite limitar las garantías constitucionales en miras a satisfacer esa u otra necesidad común, y que posee a su cargo las agencias policiales que en definitiva cuentan, tal lo indican sus respectivas leyes orgánicas, la facultad u obligación de prevenir la comisión de ilícitos, en definitiva, quien garantiza la seguridad de los ciudadanos.

Comienza quizás aquí a verse el perverso juego de roles de los poderes constituidos del Estado que trascienden en la calidad del servicio. En ese transitar el cual el encargado de una función esencial como administrar la seguridad, la salud, la educación, decide ingresar en el campo de otro, en el caso el Poder Judicial, proponiéndole a un tercero, el Poder Legislativo, una reforma judicial sin tener en cuenta a los integrantes del propio Poder Judicial en la misma –sus realidades, proyecciones, límites, etc-, para luego procurar hacer caer sobre sus espaldas –las del PJ- una responsabilidad que no le es achacable, pero ello ha de ser abordado más profundamente en otra ocasión, pues en este trabajo sólo ha de ser mencionado como uno de los elementos que condenan, muchas veces, el éxito de un proceso que debe ser concebido como de mejora, y que por esos factores apuntados se ve opacado o ineficiente.

En esa realidad fue que se sancionó la ley 11.922 (Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires), con la particularidad, común en nuestra idiosincrasia nacional, de no haberse tomado con la seriedad necesaria el proceso de transición que de suyo se imponía afrontar.-

En este aspecto destacado no se capacitó suficientemente a los futuros operadores del proceso, quienes básicamente resultaban ser los mimos que trabajaban en el modelo inquisitivo, manteniéndose en

ellos las costumbres del modelo precedente, así como también la burocracia que los había invadido, como es de prever.

Tampoco se abordó desde el punto de vista de la infraestructura y recursos la suerte que iban a correr los procesos concebidos en el anterior régimen, a lo que debe agregarse la instalación de una idea general de menor importancia a ellos, cuando en ese universo se concentraban los mismos justiciables que merecían la reforma –aún hoy se encuentran en trámite causas iniciadas antes de la mentada reforma-.

No se instruyó al personal policial sobre los nuevos parámetros de actuación, los requisitos de las actuaciones que iban a labrar en el marco de las facultades que le son propias, cuáles y cómo se habían modificado sus roles.

Y así la lista podrá seguir hasta agotarnos, empero la idea de hoy sólo consiste en dar un panorama de aquel suceso histórico.

Ahora bien, lo relatado precedentemente trajo aparejado el inevitable caos, el que entiendo pudo haber sido evitado de haberse abordado la decisión de reforma con la altura que las circunstancias ameritaban, del modo en que ha de proponerse en el avance del presente trabajo.

Básicamente lo que sucedió puede resumirse en el comienzo de las actividades regladas por la nueva legislación sin contar con la preparación suficiente ni los recursos humanos y materiales que eran necesarios, ni siquiera aquellos mínimos.

Los sumarios continuaron tramitándose de la misma manera en que se los concebía previo a la reforma, al punto de continuar enviándose las actuaciones a las dependencias policiales que tuvieron la primera intervención para que continúen con las diligencias que él, ahora agente fiscal instructor, entendía eran necesarias para darle un norte a la encuesta, sea tanto para continuar en el ejercicio de la acción, como para archivarla de una manera más decorosa, olvidándose quizás que una de las razones que se enarbolaron para decidir el cambio era precisamente la idea de quitar a las agencias policiales las labores de instrucción (la mayoría de las veces regadas de formalismos ineficaces), tanto sea para quitarle facultades que se entendían no resistían más

tiempo en ese ámbito, como para facilitar, mediante la disminución de tareas administrativas, la prevención de delitos que si le es propia conforme la misión que la institución posee.

A su vez, a los pocos días del inicio del novel procedimiento, era común encontrarse en los diversos departamentos judiciales con un abarrotamiento de operadores sin precedente. Fiscales, funcionarios y empleados trabajando en lugares de reducidas dimensiones, todos juntos, sin un orden, consecuencia directa de la ausencia absoluta de planificación, a lo que en muchos organismos debió sumárseles la ausencia de proactividad y sentido común en la persona que zonalmente debía dirigirlos.

Esto llegó a generar que muchas veces los operadores pasaran la noche en las oficinas, procurando cumplir acabadamente con esa confusa función, al par de excesiva en cuanto a cúmulo de tareas, la que se hacía más lenta aún a la luz de la falta de claridad en torno a los nuevos conceptos que debían tenerse en cuenta y que eran en definitiva los que decidieron el cambio.

Esta realidad trajo aparejada un sinnúmero de problemas, desde la pérdida de expedientes en esa carencia de lugar y medios, o por la remisión de los mismos hacia las dependencias policiales, la constante declaración de nulidad de los actos, tanto judiciales como policiales, dada la ausencia de conceptos claros que guíen el actuar en esa nueva realidad, e inclusive estériles luchas de poder entre los organismos que integraban este nuevo juego de roles, los jueces, los fiscales, y la policía, debiendo, sin dudas, sumársele a todo esto, todos los flagelos que existían antes de la reforma, pues los mismos no disminuyeron (mora judicial, descreimiento de la sociedad, medidas de coerción sin acabada fundamentación, etc.), siendo que debieron pasar largos años hasta lograr un estándar de actuación relativamente aceptable, aunque aún falta mucho por hacer si lo que se pretende es dar acabado cumplimiento a aquellas pautas imperativas que en lo teórico fueron las causales de tamaña decisión.

#### b. "Probation" en el orden nacional

Trataremos aquí la implementación del conocido instituto de la suspensión del Juicio a Prueba (art. 76 bis del Código Penal).

Puede destacarse que con dicha modalidad se pretendió colaborar con el desagote de ciertos trámites en los tribunales penales de la República, echando mano a una herramienta con vientos de principio de oportunidad de foránea factura.

Comenzaremos diciendo que dicho instituto proviene del derecho anglosajón, donde, como todos sabemos, el sistema jurídico de precedentes y disponibilidad de la acción es la regla, siendo en un todo más flexible el ejercicio de la acción pública, lejano ello a nuestra tradición europea continental, en materia penal<sup>1</sup>.

Ya dicha circunstancia hacía prever la existencia de un conflicto en cuanto a la interpretación que pudo dársele, en tanto su naturaleza jurídica, en nuestros tribunales.

Véase que el art. 76 bis, siguientes y concordantes del Código Penal, establece que podrá suspenderse el proceso a prueba en caso de tratarse de causas seguidas a personas a las que se les achaque un delito que no tenga una pena mayor a los tres años de prisión en su máximo, y que no posea antecedentes penales, del modo en que la lógica diría que en caso de recaer condena la misma tenía muchas posibilidades de ser dispuesta en la modalidad de ejecución condicional (art. 26 del mismo cuerpo legal).

Pero esto no es lo esencial, pues al adentrarnos en el análisis de la norma vemos que entre los requisitos del instituto se encuentra la necesidad de que el encartado ofrezca reparar el daño causado en la medida de sus posibilidades, oferta que puede o no ser aceptada por la

---

<sup>1</sup> Ferraioli, L. "Derecho y Razón", pag. 569: "Diré incluso que si el proceso mixto de tipo francés o italiano, nacido de la yuxtaposición de una instrucción inquisitiva y un juicio acusatorio, es un 'monstruo', no lo es menos el proceso anglosajón, también fruto de una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria".

víctima, al punto de, en el último supuesto, quedar expedita la vía civil en lo atinente a la acción de daños que sea procedente.

Y aquí aparece el primer dato de interés en torno a la falencia del precepto legal, el cual a la fecha no ha encontrado solución.

Véase que si el origen del nacimiento de este fenómeno fue el concepto de justicia restaurativa, en base a criterios de oportunidad en el marco de delitos de menor cuantía, donde, en su origen, es decir, en los ordenamientos legales extranjeros que lo idearon, la víctima y su necesidad se encuentran en un lugar de privilegio, aquí, ante la obscuridad de la norma y la inadecuación que con resto de la legislación poseía, el damnificado pasó a un lugar de insignificancia, pues su opinión no es en lo absoluto vinculante, limitándose su intervención a la aceptación o no de la reparación del daño ofrecida.

De más está decir que ello derivó en la actual práctica que ofrecimientos simbólicos e insignificantes, que repugnan al sentido común y generan, en la persona que vio afectados sus derechos como consecuencia del ilícito, una sensación de injusticia mayor que la que pudo sentir en el anterior régimen, pues encuentra que ante la sola invocación de un ofrecimiento simbólico el proceso se suspende, siendo probable el dictado de un auto de sobreseimiento de cumplir con las pautas de conducta que se le impongan, las que, vale decir, no revisten severidad alguna, apareciendo así como una forma de perdón del estado a quien afectó un bien tutelado, encontrando como única contraprestación del agente activo del evento ilícito la disminución de labores de parte de los tribunales, al evitarse la celebración de los juicios orales.

Otro aspecto de interés aparece de esa ausencia de coherencia con el resto del derecho. Digo esto por cuanto la norma que instala este procedimiento en nuestro ordenamiento sustantivo indica con claridad que no procederá su aplicación cuando se trate de delitos que posean la pena de inhabilitación como principal o accesoria.

Dicho extremo genera, por ejemplo, que no pueda incluirse dentro de los supuestos de aplicación los delitos culposos, los que, recordemos, carecen en sus elementos subjetivos (del tipo penal) del dolo específico, directo o eventual, y por lo tanto, la lógica indica, deben ser

sancionados con menor rigor que aquellos en los que el autor tenía la decisión de llevar a cabo la acción que la ley tutela en resguardo de un bien jurídico que entienda de interés para el normal y pacífico desarrollo de la sociedad.

Pero no, no se encuentran incluidos, y por lo tanto, ha de ser sencilla la aplicación de un supuesto en el que, aquel que se encuentre involucrado en un evento culposo, ante la inminente aplicación de una sanción ordinaria por el evento, pueda confesarse culpable de otro injusto doloso –pues estos no tienen prevista pena de inhabilitación- y así lograr que su proceso se suspenda. Imaginemos que una persona que lamentablemente se encuentra involucrada en un accidente de tránsito que provocó lesiones a un peatón (art. 94 del C.P.), al no poder suspenderse su proceso por poseer la norma pena accesoria de inhabilitación, confiesa haber querido lesionarlo, confiesa el dolo, y por lo tanto su conducta queda subsumida en el delito de lesiones (art. 89 del C.P.), el que si permite la probation, e inclusive posee menos pena, pero ese eso merece otro capítulo. Es un absurdo jurídico a que alguna vez se le ha echado mano.

Esta realidad generó un sinnúmero de problemas, básicamente por la inexistencia de racionalidad en las decisiones que eran consecuencia de lo apuntado, encontrándose diversas soluciones que en lo medular distaban de la letra de la ley, habiendo llegado a tal punto el conflicto que la Cámara Nacional de Casación debió llamarse a plenario y dictar el conocido fallo “Kosuta”<sup>2</sup>, y más recientemente la Corte

---

<sup>2</sup> Cámara Nacional de Casación Penal, causa N° 1403 Sala III, caratulada “Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación”, 17 de agosto de 1999... “Conviene recordar que la deficitaria técnica legislativa que campea en la redacción de la ley 24.316 es, sin duda, generadora de cantidad de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales contradictorias entre sí, y seguramente -en su generalidad- contribuyentes a la falta de certeza jurisdiccional sobre los extremos abiertos, situación que habrá de ser pacificada por fruto de la labor que ahora convoca”... “A partir de las reformas introducidas en el código penal (art. 76 bis conforme ley n° 24.316, B.O. n° 27.895 del 19 de mayo de 1994), cobró vigencia en la legislación argentina el sistema de suspensión de juicio a prueba, técnicamente –aunque en forma equivocada- denominado “probation”. Con anterioridad, ya el ordenamiento procedimental nacional había anticipado su incorporación (art. 293 C.P.P.N. según ley n° 23.984, B.O. n° 27.215 del 9 de septiembre de 1991). Esta medida guar-

dictar el fallo “Acosta”<sup>3</sup>, intentando dar armonía y razonabilidad a las decisiones, aunque a mi entender la discusión no acabó allí, bastando en tal sentido ver la nueva tendencia que sobre este aspecto se va dando en los Tribunales del país (vgr. C.S.J.N., “Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P”).

---

da filiación con las formas de simplificación procesal y un conjunto de alternativas al encierro carcelario tradicional que proliferaron en el contexto político-criminal internacional a partir de los años sesenta, que afectaron fundamentalmente a aquella franja de delitos menores y/o realizados por jóvenes o drogadependientes (vgr. art. 18 de la ley n° 23.737). Todo ello fue abordado desde distintos planteamientos: unos de corte predominantemente asistencial y paternalista, de inspiración correctora y educacional, acompañados de otros resignadamente reformistas que proponen la sustitución limitada de la prisión como una línea de avance en las exigencias de una mínima intervención penal. Frente a ellos, otros desarrollos esencialmente críticos denuncian la legitimación paralela del sistema carcelario que conllevan las medidas alternativas, a la par de alertar acerca del paradójico aumento del control punitivo, toda vez que -lejos de reemplazar- las supuestas alternativas terminan complementando a la cárcel (vid., por todos, Cohen “Visiones del control social”, P.P.U., Barcelona, 1988)...”

<sup>3</sup> “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 - causa N° 28/05” - CSJN - 23/04/2008” ...“Para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...”“En tales condiciones, cabe concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante...”

### c. Ley de Mediación Penal

En el marco de un similar concepto de justicia restaurativa<sup>4</sup> es que se sancionó en la Provincia de Buenos Aires la ley 13.433 (Fecha de Sanción: 21/12/2005, Fecha de Promulgación: 09/01/2006, Publicado en: Boletín Oficial 19/01/2006), la que no fue excepción en lo atinente a la finalidad complementaria de procurar colaborar con evitar el colapso de los procesos, y darles mayor dinámica a aquellos que aparecían como de mayor gravedad, los que permanecían ajenos a la posibilidad de ingresar en este flamante procedimiento.

Ahora bien, dicho instituto ha generado el análisis de dos aspectos de singular trascendencia en el marco institucional de un estado de derecho, dándose por un lado la generación de conceptos de desigualdad en cuanto a la solución posible a arribarse en procesos de similar entidad y sancionados por la misma norma, y por el otro la marcada incompatibilidad en torno a su origen con el resto del sistema punitivo nacional, extremo que hace sumamente necesario, como profesionales del derecho, estudiar su legalidad en el contexto de su coherencia con el derecho interno, la norma suprema y los principios que rigen a un estado de derecho constitucional.

Veamos así que la ley en trato prevé que en el marco de procesos seguidos por una determinada cantidad de delitos, básicamente aquellos que prevén como sanción una pena inferior a los seis años de prisión, puedan ser derivados por el Agente Fiscal a cargo de su investigación a la Oficina de Resolución Alternativa de conflictos, previo contar con la anuencia de la víctima, lugar en el que, sometidos a los conceptos de las instancias conciliatorias, se procurará que las partes lleguen a un acuerdo que dé final al conflicto, ámbito este en el que la ley establece que haya un gabinete interdisciplinario para el abordaje del tema que se le traslade.

---

<sup>4</sup> La **justicia restaurativa** es una teoría que sostiene que delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona determinada y sus relaciones, a diferencia de la concepción tradicional de tipo retributiva, que plantea que el injusto, en tanto lesión a una norma jurídica, lesiona principalmente al Estado, por cuanto se ven afectados bienes jurídicos que, además de la víctima, afectan al estado de derecho-

En este contexto, vemos que aparece como esencial contar con el expreso consentimiento de la víctima y la decisión del Agente Fiscal a cargo de la pesquisa de llevar el caso a ese proceso especial. Uno ya irá imaginando las consecuencias de ello: con la intención de evitar continuar con ese particular proceso tedioso, en el que la víctima implica una verdadera presión para quien se encuentre a cargo de la atención de ese conflicto, hará todo lo posible para que el damnificado acepte esa derivación, lo que muchas veces puede afectar el libre discernimiento del justiciable; en otros casos resultan ser los propios imputados los que promueven este proceder, intentando un contacto con quien fue agraviado por el injusto, generando una situación de suma incomodidad y molestia que no merece, y debe evitarse por imperativo legal, en la persona de la víctima (art. 83 inc. 4to. del C.P.P.); entre otros supuestos.

Se advierte a su vez el caso de la promoción desde la propia ley de una situación de desigualdad entre quien se halla imputado de un delito y posea en el expediente una víctima que ha aceptado, pseudo-coactivamente o con total libertad, el ingreso en la instancia conciliatoria, con aquel que encuentre en su contra un damnificado movilizado por la venganza, el que no permitirá esa excepción.

Así se da a menudo que personas que han cometido delitos de ínfima afectación a la sociedad, se ven condenados o sometidos a las reglas de conducta de una suspensión del juicio a prueba, mientras otros, que han participado en eventos sensiblemente más graves, son felizmente excluidos del sistema penal por haber acordado una solución con la víctima, muchas veces consistente en la entrega de una suma de dinero a modo de indemnización, cuando no unas simples disculpas.

De más está decir que de arribarse a un acuerdo en dicho marco el expediente culmina con un simple archivo que no requiere ni siquiera motivación, pudiendo ser aplicable el proceso especial inclusive a personas que posean antecedentes, lo que acrecienta la desigualdad, pues de lograr la aceptación de quien fue ofendido evitará toda sanción, cuando la legislación tuteló el bien jurídico por afectar a la sociedad, la que no se ve, desde un concepto retribucionista, reparada por la ofen-

sa, y desde un concepto prevencional, disminuida la posibilidad de soportarlo nuevamente.

El otro aspecto de singular importancia, y que considero consecuencia de una mayor falta de previsión y/o análisis legislativo previo, deviene, como dije, de la incompatibilidad de esa salida alternativa con el conocido principio de la indisponibilidad de la acción, concepto que básicamente consiste en la obligación del estado, hoy representado mediante el Ministerio Público Fiscal, de promover la acción pública penal en todos los casos<sup>5</sup>, llegando inclusive el mismo código penal a establecer una sanción grave para aquel funcionario que así no lo hiciera<sup>6</sup>.

Recordemos aquella decisión de las provincias que integraron esta nueva Nación, materializada mediante ese Poder Constituyente originario (1853/1860) de delegar en la Nación ciertas facultades, y preservarse otras. Entre aquellas delegadas encontramos ciertos impuestos, el ejercicio de la diplomacia, la declaración de guerra, y la sanción de los códigos de fondo (art. 67 inc. 11, actual 75 inc. 12), etc.. Éste último con la clara y evidente decisión de darle armonía a los ordenamientos jurídicos a aplicarse en todo el territorio, en la esencia de decidir conformar una República Federal.

Entre esos códigos de fondo se encuentra el Código Penal, el cual, como dije, es de aplicación en todo el país, y establece, entre otras cosas que no vienen al caso, la manera de ejercer las acciones, dividiéndolas básicamente en: 1.-) privadas (vgr., arts. 109 y 110), las que sólo puede ejercer el ofendido mediante querrela por tratarse de bienes jurídicos de escasa relevancia para el resto de los ciudadanos; 2.-)

---

<sup>5</sup> Zaffaroni – Alagia - Slokar, “*Derecho Penal. Parte General*”, pág.128. Refieren que “El principio de que todo delito presupone la lesión de un bien jurídico, por efecto de esta alquimia discursiva, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas (...) Detrás de esto queda un único bien jurídico, que es la voluntad del estado”.

<sup>6</sup> El art. 274 del Código Penal Argentino establece que “... el funcionario público que, faltando a la obligación a su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años...”.

acciones públicas dependientes de acción privada (vgr. Art. 89), siendo estas aquellas que una vez instadas por el ofendidos son seguidas por el estado de oficio; 3.-) y las acciones públicas (todas las restantes) que deben ser perseguidas de oficio una vez que la autoridad tomó conocimiento de su ocurrencia<sup>7</sup>.

Así las cosas, y más allá de la eterna discusión sobre el carácter sustantivo o adjetivo del reglaje del ejercicio de las acciones, se entiende, bajo una mirada armónica de ordenamiento legal, que de existir la decisión de aplicar estos peculiares criterios de oportunidad, o disponibilidad de la acción, ha de ser el Congreso Nacional quien los regule, pues, con buen criterio, seguramente unificador de un Estado, fue en los códigos de fondo donde se desarrollaron estos preceptos, por tratarse de facultades delegadas por las provincias en la Nación.

Pues no, por el contrario, en el caso es poder legislativo provincial el que permite al Ministerio Público Fiscal una forma paralela de ceder en el ejercicio de la acción pública, colocando a todos sus operadores en condición de ser incluidos en la letra del tipo penal que prevé una pena para quien no lo haga conforme a la ley.

En definitiva, si se llevara a cabo un análisis profundo de la cuestión, se arribaría a la conclusión de que el Ministerio Público Fiscal no puede disponer de la acción penal amparándose en las disposiciones de una ley provincial, afectándose en caso contrario, inclusive, el principio de igualdad ante la ley<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Manzini: "puesto que la función penal tiene indole eminentemente pública, la pretensión punitiva del Estado derivada de un delito debe hacerla valer un órgano público, el cuál debe accionar por propia iniciativa, sin necesidad de excitación exterior alguna para el cumplimiento de su deber funcional" (*"Tratado de Derecho Procesal Penal"*, t.1, pág. 287).

<sup>8</sup> El titular del ejercicio de la acción "tiene el deber de promoverla y llevarla adelante, sin que pueda abstenerse de hacerlo" (Zaffaroni, Eugenio, *"Manual de Derecho Penal"*, Ed. Ediar, 1991, pág. 646); el art. 274 del Código Penal "...reprime la conducta de los funcionarios públicos, que debiendo perseguir y castigar a los delincuentes, omitan hacerlo, lo que proporciona contenido al principio de legalidad que así integrado podría expresarse de este modo: deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...para perseguir y castigar a los delincuentes, sin que ello pueda evitarse o relativizarse, so pena de incurrir en un delito..." (Cafferata Nores, José,

Sin ánimo de ser reiterativo, recordemos que la legislatura de la Provincia de Buenos Aires no puede contradecir lo dispuesto por su par de la Nación<sup>9</sup>.

Así vemos que con la intención, posiblemente loable, y consecuencia de una actitud proactiva con norte a mejorar el sistema de administración de justicia y hacerlo más palpable al ciudadano, desde el concepto de reparación, se ha violentado un precepto imperativo constitucional, del modo que ha sido planteado en los organismos jurisdiccionales, con diversa suerte a la fecha<sup>10</sup>.

Otra cuestión a destacar es la evidente violación al principio de igualdad de armas que rige universalmente a todo proceso penal, y es que en el proceso de mediación evidentemente se suma a la autoridad del Agente Fiscal la animosidad de la víctima, produciendo de esta forma una inevitable inequidad en cuanto a la igualdad entre partes, dentro del marco de un proceso acusatorio, asimilándose, si se quiere, a un proceso inquisitivo encubierto, donde el imputado se encuentra

---

"Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Editores del Puerto S.R.L., 2000, pág. 24; ver también: Maier, Julio, *"Derecho Procesal Penal"*, Editores del Puerto S.R.L., 1996, pág. 830).-

<sup>9</sup> "el art. 31 de la Constitución Nacional establece, en este sentido, la supremacía de la ley fundamental y fija la escala de importancia entre los restantes tipos de normas...Esta estructuración del orden jurídico preserva su coherencia, ya que las normas inferiores que contradicen a normas superiores serán inválidas..." (Binder, Alberto, *"Introducción al Derecho Procesal Penal"*, Ed. Ad-Hoc, 1993, pág. 65); y que "dada la estructura federal de nuestro estado, supremacía constitucional reviste un doble alcance: a) la constitución prevalece sobre todo el orden jurídico-político del estado; b) la constitución, en cuanto federal prevalece. También sobre todo el derecho provincial (y dentro de esta segunda supremacía, prevalece juntamente con la constitución federal todo el derecho federal -leyes, tratados, etc.-; esto se verifica leyendo los arts. 5° y 31...el orden jurídico-político es un sistema de Unidad coherente y jerárquicamente escalonado, que implica y exige la compatibilidad vertical y horizontal en todas sus normas..." (Bidart Campos, *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"*, Ed. Ediar, 1992, pág. 80).-

<sup>10</sup> la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en causa "Junco, Luis Antonio" (Rta. 05/06/2009) declaró la inconstitucionalidad del art. 204 -inciso 2°- del C.P.P. de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto introduce la mediación como modo de extinción de la acción penal, ya que "la introducción de criterios de oportunidad en las legislaciones locales para limitar la persecución penal en algunos hechos punibles, por eficientes que sean, colisionan con las definiciones previamente determinadas en el Código Penal de la Nación".

superado, disminuyéndose las garantías que conforme el “ius cogens” le asisten.

Así las cosas, sumando a lo antes dicho respecto de la indisponibilidad de la acción penal, junto con la evidente inconstitucionalidad, a la luz de la normativa suprema, nos encontramos ahora con la violación que éste criterio de oportunidad, provoca a los principios rectores del proceso.

¿Acaso no parecería más lógico quitar del sistema penal ciertas hipótesis delictivas (tipo penales) que al parecer ya no tutela bienes que interesen al estado?

O en su caso, ¿no debería ser el Congreso Nacional el que amplíe el espectro de injustos penales que puedan someterse al análisis del art. 76 bis del C.P.? e inclusive, si se quiere, ¿tabulando los ofrecimientos de reparación del daño para evitar la ficción actual?.

Se deberá la sociedad un debate sobre el particular, el que, de darse, poseerá la ventaja de generar herramientas concebidas en un análisis más detenido y serio, sino estaremos condenados a aceptar considerar al derecho como una forma de canalizar la venganza, concepto de suyo ajeno a los principios de legalidad, igualdad ante la ley, y todo aquel que rige un estado de derecho constitucional.

## II.-) PROCESOS CON ASPECTOS POSITIVOS

### a. Procedimiento para los casos de Flagrancia

Sin embargo, y siempre dentro del análisis de la planificación, no podemos dejar de destacar la existencia de otros proyectos que a mi entender fueron concebidos con otra óptica, mucho más cercana al ideal de planificación previa de cierta seriedad, abarcando muchos aspectos que antes no se habían verificado.

Uno de esos modelos de mejora que posee las características aludidas fue el conocido sistema de flagrancia instaurado en la Provincia de Buenos Aires -y más allá de las reservas que puede uno poseer sobre la mayor o menor afectación o reafirmación de garantías

constitucionales, las que no serán hoy tratadas por exceder el objeto del artículo-.

Dicho procedimiento consiste básicamente en una opción de darle celeridad al proceso penal seguido a personas que se le imputan delitos de una pena máxima menor a los quince años de prisión, y cuya verificación se dio en forma clara -merece poca investigación- pues, a modo de ejemplo, se sorprendió al autor en oportunidad de cometer evento antijurídico o inmediatamente después en poder de lo sustraído -de tratarse de un delito contra la propiedad-.

En estos supuestos la reforma del Código Procesal Penal de fecha 12 de abril de 2004, por ley 13.183, ya había establecido un apartado especial en el que se establecían parámetros más ágiles para su tramitación, empero ello no había arrojado el resultado que el legislador pudo haber pretendido, pues, si bien el trámite poseía cierto acotamiento de los plazos, y por ello se estimaba una resolución más rápida, dada a su vez las características de los eventos que en ese supuesto se ventilaban, verdaderamente una de las pautas de actuación no se verificaban en el terreno fáctico.

Así fue que, si bien la ley pretendía que se arribara a acuerdos alternativos para la resolución de la causas, básicamente mediante la utilización de los institutos del juicio abreviado y la Suspensión del Juicio a Prueba, ello no se verificaba en la práctica, siendo este uno de los factores que a mi entender, y a diferencia de lo indicado en el punto I, se tuvieron bien en cuenta: la realidad del instituto.

Aquí apareció una novedosa decisión mediante la cual se comenzó a analizar la salida posible a esta situación, comenzándose con un plan piloto.

Dicho plan consistía en generar los espacios para dar los ámbitos necesarios que conlleven a facilitar los acuerdos de las partes.

Esto resultó en la generación de audiencias orales, el Fiscal, defensa e imputado, todos ante el Juez interviniente, en cuyo marco se analizaban las alternativas propias de un proceso, como ser solicitud de prisión preventiva, excarcelación, elevación y oposición a juicio, articulando ante el Juez las distintas instancias que hacen a sus pretensio-



nes, y de ese modo promover el encuentro de las partes en un ámbito que permita esa tan ansiada salida alternativa.

Como dije, ello comenzó con un plan piloto, el que consistía en un acuerdo entre los organismos involucrados, sin una ley que lo regule expresamente, empero se entendía que ello no resultaba de momento necesario, pues más allá de la modalidad mencionada, no se violentaba precepto procesal alguno.

Esto comenzó allá por el año 2006, llevándose a cabo un análisis de los resultados dados en ese universo seleccionado para evaluar el proceso de mejora, afilándose la sierra en lo que sobre el propio desarrollo de los acontecimientos iba surgiendo, todo con norte a mejorar constantemente y evaluar su procedencia.

Esto llevó, tiempo después a la sanción de la ley 13.811 (promulgada el 18/03/2008 y publicada en el B.O.: 07/04/2008), la cual instalaba el procedimiento oral mencionado en toda la Provincia, con la particularidad de indicar que la aplicación del mismo en los distintos departamentos judiciales se iba a dar en forma paulatina, otro elemento que aparece como medular si la intención de prosperar se encuentra en los gerencadores de la idea plasmada, ya en una ley.

Sin querer profundizar, puedo decir que se tardó aproximadamente cuatro años en implementar esto en toda la provincia, habiéndolo hecho el último Dpto. Judicial que restaba en el mes de abril del año 2010, recorriéndose un largo camino con norte a tener presente todas las circunstancias que pudieran afectar el servicio de justicia, tanto en la calidad de los procesos ingresados en este novedosos sistema, como aquellos que no. No puede decirse que en la realidad estén totalmente ausentes las improvisaciones, carencias edilicias y/o de personal, pero sin dudas al menos en su planeamiento se verificó otra actitud –indicada más arriba-, la que quizás impida su condena.

La capacitación también tuvo su lugar, pues se presentó desde aquel entonces en todos los operadores que iban a integrar los grupos asignados a esta labor (Magistrados, Funcionarios y empleados), como así la creación de las oficinas donde las labores iban a llevarse a cabo con los elementos técnicos para darle a la oralidad su verdadera dimen-

sión (las audiencias se graban en archivos digitales, no obrando otra constancia de ello).

Sin lugar a dudas resta mucho por hacer, y por algunos sectores esta agilidad en la administración de justicia puede ser criticada, quizás con fundamentos, desde un punto de vista dogmático, siendo que, sin embargo, lo destacable desde mi punto de vista, y en lo que atañe al tema traído a análisis en este trabajo, debe ser considerado como un caso en que la implementación de una mejora se hizo acatando ciertos estándares más propios de la integración de la administración de justicia con las ciencias de la administración, en busca de un resultado con mayor seriedad y sentido común que otros supuestos, como los mencionados en los puntos precedentes.

#### b. “Despapelización” paulatina (SIMP)

La Provincia de Buenos Aires resulta ser la jurisdicción más grande del país, lo que conlleva al evidente resultado de considerar su nivel de litigiosidad de una envergadura descomunal. Dicho nivel de litigiosidad, en todos los fueros, se ha encontrado sumergida en una tradición, lógica por cierto, de formalismo escritural, siendo el soporte de todos los actos procesales el papel.

Ahora bien, no escapa al conocimiento de todos la tendencia actual al traspaso de toda esa cultura escritural en soporte tradicional a una más adecuada y acorde a estos tiempos, echando mano para ello a la tecnología que se halla a nuestra disposición, en definitiva, el paso al expediente digital.

Si consideráramos ya superado el prejuicio que sobre el punto ha limitado cualquier proyecto de aplicación, teniendo así en cuenta que por muchos aspectos resulta ser más dinámico, barato, práctico, e inclusive más seguro –es más viable perder un expediente en papel que aquel que se encuentra preservado en varios servidores informáticos-, igualmente nos encontraríamos con un serio inconveniente.

Imaginemos las consecuencias de pasar a un sistema informático de un día para el otro. Sería verdaderamente nefasto.

De allí, entiendo, se estaría dando un proceso de paulatino acercamiento con esa nueva tendencia, ello por medio de la utilización de programas que de a poco van familiarizando a todos con dicho futuro.

Por caso, en el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires hace ya unos dos años se puso en funcionamiento el sistema conocido como SIMP (Sistema Informático del Ministerio Público), en el cual deben ser confeccionados todos los actos procesales que se llevan a cabo en una investigación, el que se encuentra en red con toda la provincia, poseyendo vinculaciones con organismos externos (como ser el que registra a todos los detenidos de la Provincia), pudiendo inclusive ir monitoreándose a nivel macro los resultados estadísticos del funcionamiento de cada dependencia.

En definitiva entiendo que esto aparece como un elemento novedoso en la administración de justicia, desde el punto en que evidentemente se ha tenido en cuenta los procesos lógicos de adaptación, la capacitación, y por sobre todas las cosas, el cambio de cultura que deviene necesario hasta pretender un cambio total en un aspecto que no resulta fácil de concebir para todo aquel que lleva años acostumbrado a otra realidad –el aspecto a destacar es la progresividad<sup>11</sup>-

### III.-) CONCLUSIONES

Como hemos visto, se han desarrollado diversos casos de procedimientos de mejora del sistema, como ser el nuevo ordenamiento pro-

---

<sup>11</sup> Puede verse en el sitio mpba.gov.ar al 20-09-2010 “El Ministerio Público ha buscado mejorar la capacidad de respuesta a los ciudadanos conforme a sus responsabilidades institucionales, a partir de una conducción global con metas institucionales claras y debidamente articuladas entre los diferentes órganos que lo componen. Entre las firmes decisiones tomadas a tal efecto estuvo la de sumarse a la incorporación de nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), parte fundamental de la gestión pública. En este marco fue definido el ambicioso proyecto de implementación del SIMP, que luego de 4 años es considerado un hito dentro de la administración de justicia, constituyendo la única solución informática referida a la gestión del Proceso Penal a nivel provincial y nacional actualmente existente, íntegramente desarrollada con equipos y recursos propios.”

cesal penal de la Pcia. de Buenos Aires de 1998, la suspensión del juicio a prueba, la incipiente mediación penal, donde se destacan las realidades que han sido obviadas y que sirvieron de obstáculo para el éxito, finalizando con ejemplos de otros proyectos que han sido mejor evaluados desde la óptica de la planificación estratégica.

Así resta reflexionar acerca de la metodología que de ahora en más debería, desde nuestro humilde entender, guiar a los proyectos futuros y evitar consecuencias no deseadas, como su incompatibilidad con el resto de la normativa, lo que llevaría a una evidente inseguridad jurídica.

Se advierte de ese análisis que en los casos indicados como negativos aparece como un factor común el marginamiento de exigencias constitucionales, la intervención del poder ejecutivo sin considerar la realidad partiendo de conceptos teóricos que derivan sin dudas en un uso irracional de fondos, así como en un resultado distinto del pretendido, entre otras cosas, pareciendo así un claro ejemplo de hallazgo de aquellas pautas de errores visibles en todo sistema de mejora que no tiene una planificación estratégica previa, en los términos conceptuales de las ciencias de la administración.

Ante tal realidad, y viendo a su vez lo relativamente distinto que han resultado otros procesos, los destacados como positivos en el desarrollo precedente, se colige en la necesidad de continuar por ese camino en todo futuro proyecto que tenga como norte brindar un mejor servicio acorde a las exigencias constitucionales –misión- desde una óptica de proactividad efectiva pretendiendo el mejor trabajo posible en aras de cumplir de la mejor manera aquella misión –visión que uno pretende darle a su labor-.

Así, y sin pretender dar cátedra sobre el particular, pues resulta ser la derivación lógica de la aceptación de pautas ya existentes, ha de ser necesario en lo sucesivo analizar profundamente la realidad circundante de los organismos que se pretenden hacer más efectivos, eficaces y eficientes, valorando no sólo sus necesidades, sino las posibilidades con que cuenta ese universo de afrontar la mejora desde el lugar en que se pretenda, prefiriendo un concepto de progresividad ante el nefasto intento de obtener un resultado inmediato no viable, pues deri-

va sin dudas en una resultante disfuncionalidad, pocas veces abarcativa de los verdaderos conflictos que han generado la necesidad de rever lo que está pasando.

Por ello, los objetivos han de ser fijados dentro de la real posibilidad que los recursos, las costumbres y la realidad previamente citada nos permiten, para sí, paso a paso, ir avanzando de a un peldaño por vez en la búsqueda de la tan ansiada excelencia.

En ese camino nunca podrá prescindirse de un análisis acabado, y mediante la colaboración de personas de conocida trayectoria sobre la materia de que se trate, incluyéndose a referentes de distintas escuelas e ideología, para evitar la incompatibilidad de alguna norma o práctica que se pretenda ingresar en el sistema jurídico, lo que ha de merecer una verdadera maduración de la clase política, evitando echar mano a institutos foráneos e incompatibles con nuestra legislación con la intención de dar indicadores a la sociedad de abordaje de un tema conflictivo que tiene a la ciudadanía atenta, pues de ese modo sólo se arriba a un inminente escándalo jurídico, que mantiene en el tiempo ese conflicto que dio con un irreflexiva decisión de reforma.

Quizás aquí aparezca a mi criterio uno de los aspectos más delicados, dada nuestra idiosincrasia, donde la falta de claridad en lo necesario que resulta la función para el desarrollo de la sociedad aparece como un factor común, y en el que lo provisorio y descomprometido parece hasta con gracia una justificación a la malfunción de lo que, desde otro poder o sector, muchas veces no comprendido por la falta de claridad en su discurso, hacen viable sólo un cumplimiento formal disminuido a la mínima expresión en la idea de evitar sanciones, mas no en mejorar como institución.

Y esto básicamente se verificaría en el profundo estudio de estrategias serias, muchas veces con el auxilio de sectores técnico-científicos que aporten lo que han aprendido de otros procesos similares, quienes sin dudas deberán a su vez escuchar a los propios operadores que van a sufrir el cambio, y así mancomunar esfuerzos, pues malas visiones en la soledad ningún futuro alentador han de generar, máxime si los encargados de administrar se guían por criterios discrecionales carentes de razonabilidad, que transforman a esa discreción en arbitra-

riedad, la que sólo puede generar malestar en los agentes desaprovechándose el verdadero potencial que estos tendrían en un ámbito de armonía, compromiso y autogestión.

No menos cierta y necesaria será finalmente el constante perfeccionamiento del sistema, y su paulatino progreso hacia la etapa que en la planificación se ha propuesto, siendo preferible un criterio de lenta progresión al de un cambio brusco sin haberse afianzado el estadio previo, como si de un cimiento se tratara.

Posiblemente esta labor no pueda llevarse a cabo de la manera que una persona comprometida con su función pretenda sin antes lograr que ese compromiso, vocación y concientización de la necesidad de su existencia en el mundo jurídico no es trasladada a los demás operadores, es decir, si no se colabora en el encuentro con su misión en el mundo y valorar todo lo positivo que en ello hay, a lo que nunca se puede acceder guiados por personas carentes de liderazgo y que basan su gestión en el temor.

Recién en ese estado de cosas, puede concretarse la contracción que ha de necesitarse para afrontar el siempre difícil proceso de cambio, debiendo ese convencimiento abarcar a su vez los conocimientos claros, sinceros, y desde un punto de vista lógico de sus beneficios, procurando obtener de cada uno lo mejor que pueda brindar en esa coyuntura.

Todo deriva en un sencillo y concreto razonamiento: con fuerza de voluntad y sentido común toda organización puede mejorar.

## LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE EN DELITOS TRANSNACIONALES.

*Tomás Barbieri Prats.\**

### **Introducción:**

En el presente trabajo me propongo analizar la vigencia y aplicación de la garantía de inadmisibilidad de la persecución penal múltiple –denominado principio ne bis in idem- en los procesos relacionados con cooperación penal internacional.

Como se verá, la vigencia de las garantías en procesos de cooperación penal internacional, vinculados con hechos de criminalidad transnacional se presenta muchas veces como escollo para la eficacia (o eficiencia) de la represión de tales delitos, los que son considerados por la comunidad internacional como de elevado disvalor.<sup>1</sup>

La finalidad del marco normativo que regula la cooperación entre estados en materia penal es sortear las trabas relacionadas con las soberanías nacionales que se manifiestan en la elección de un sistema penal y su aplicación en el territorio. Fin este que en determinadas circunstancias implica un relajamiento de las garantías de los imputados.

Por otro lado, paradójicamente, los instrumentos internacionales

---

*Auxiliar Letrado del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro.*

*El presente trabajo es presentado en razón de la beca que este Colegio le otorgara en el año 2010 para cursar la Carrera de Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires*

<sup>1</sup> “Las normas internacionales que regulan la materia destinada a reprimir los delitos relacionados con el narcotráfico no hacen más que profundizar el siempre existente espacio de tensión entre la búsqueda de eficacia de la represión y la procura de generar un sistema de garantías que se encargue precisamente de dificultar y establecer formas aceptables de lograr aquella eficacia en la aplicación del castigo penal” (Otero, Juan M. “Eficacia y garantías procesales en un derecho penal internacionalizado” en JA, 2003-1, pg. 535.)

sobre derechos humanos fijan presupuestos procesales penales mínimos limitadores del poder punitivo –en muchos casos presentados ya como normas de *ius cogens*- que deben ser respetados por todos los estados.

Esta paradoja presenta, en el marco de un derecho penal globalizado en permanente expansión, una esquizofrénica dualidad entre la necesidad de relativizar la protección de las personas imputadas en aras de la eficacia en la facilitación de la represión de los delitos transnacionales o –por el contrario- privilegiar las garantías individuales de los imputados en detrimento de la eficacia referida y tolerando los inconvenientes relacionados con las relaciones internacionales que tal decisión pueda generar.<sup>2</sup>

Esta dicotomía entre protección y eficacia también es perceptible en hechos que no tienen que ver con cuestiones relativas a la cooperación penal internacional, pero que por otros factores, cuentan con relevancia internacional; como ser violaciones a los derechos humanos, u otros delitos reprimidos por instrumentos internacionales o que recaen en la denominada jurisdicción universal.

Como se sabe, a nivel interno y regional, el afán por castigar hechos considerados muy disvaliosos también ha generado un relajamiento de las garantías de los imputados en pos de la eficacia de los procesos iniciados por dichos hechos; en los que se han relajado o relativizado garantías de raigambre constitucional y propias del buen y viejo derecho penal liberal, en pos del juzgamiento y posterior castigo de tales hechos considerados muy disvaliosos.<sup>3</sup>

---

2 Máxime cuando, en casos de extradición, el estado requirente cuenta con un peso internacional mayor que el estado requerido.

3 En tal sentido: “Hemos alcanzado el relajamiento de todos los límites y de todos los controles jurídicos a favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves... y a una euforia de “lo penal” como “sanalotodo” social que no tiene precedentes” (Pastor, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”)

La dicotomía a la que vengo haciendo referencia, esto es la tensión entre la vigencia de las garantías constitucionales y la eficacia de la aplicación del derecho penal internacional (de la cooperación penal internacional para ser más preciso) se manifiesta en forma clara en la aplicación del principio de *ne bis in idem* en requerimientos de extradición por delitos transnacionales.

### **El principio de ne bis in idem.**

La garantía que impide la doble persecución penal por el mismo hecho, denominada por el latinismo *ne bis in idem*, no se encuentra expresamente en el articulado de la Constitución, pero puede ser considerada como una derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio<sup>4</sup>, o como una de las garantías no enumeradas con arreglo al artículo 33, según el cual la enunciación no es limitativa.<sup>5</sup>

Su importancia reside en su significado como una garantía de seguridad individual propia de un Derecho Penal Liberal y de un Estado de Derecho.

Esta garantía, asimismo, se encuentra prevista en los tratados internacionales a los que el artículo 75 inc. 22 les ha otorgado rango constitucional:

El artículo 8. 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos impone que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.<sup>6</sup>

---

4 Cfrme. Carrió, Alejandro D., “Garantías Constitucionales en el proceso penal”, quinta edición, ed. Hammurabi, pg. 589.

5 Cfrme. Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”, segunda edición, Tomo I, Ed. Del Puerto, pg. 596.

6 Esta formulación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos es bastante escueta, se verá mas adelante que el alcance que se le ha dado es mucho mayor y no se limita a casos en que el imputado a sido absuelto. Por otro lado, esta formulación si impone, a mi modo de ver, una limitación constitucional (o al menos la necesidad de una discusión seria sobre su legitimidad) a la bilateralidad del recurso. Según este artículo, un imputado que ha sido absuelto por un delito, no puede ser sometido a un nuevo juicio en una instancia superior por un recur-

Asimismo, el artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, le ha otorgado a esta garantía un alcance mayor, no limitando su funcionamiento a los casos en que haya existido una absolución, como impone la Convención Interamericana, o a los casos en que se cuente con una sentencia firme, como impone el Pacto Internacional citado; sino que ha entendido –siguiendo la formulación anglosajona de prohibición de double jeopardy- que es el riesgo a una doble condena lo que vuelve la garantía operativa.<sup>7</sup>

De esa manera, los casos en que una persona investigada por un hecho enfrenta un nuevo proceso por el mismo hecho, torna operativa la garantía sin que exista aún absolución o sentencia.

Es por ello, que la doctrina prefiere denominar esta garantía como prohibición o inadmisibilidad de persecución penal múltiple.

“La segunda fórmula, de alcance más vasto, impide la múltiple persecución penal; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esa razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún esta en trámite. En general, todas las reglas que establecen el principio en la legislación

---

so presentado por el acusador. Sin embargo esa no ha sido la interpretación que se le ha dado cuando se lo ha hecho tensionar con el derecho de tutela judicial efectiva de las víctimas, y se ha privilegiado un dudoso derecho vindicativo de éstas frente a la posible impunidad de un hecho, por sobre los derechos de los imputados.

7 Esta ha sido la interpretación de nuestro más Alto Tribunal desde el reconocimiento de esta garantía. Tal interpretación, a mi modo de ver acertada, responde a que la corte siempre ha tomado como fuente de la garantía del ne bis in idem, la previsión de la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “ninguna persona estará sujeta, por la misma ofensa, dos veces al riesgo de pérdida de la vida o de un miembro”. En tal sentido ha resuelto la corte en Fallos 299:221, 292:202, 248:232, 298:736, 311:67 y más recientemente en 321:2826; entre otros.

argentina poseen este alcance... Por lo demás, es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibles tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur* –vigente también para otros procedimientos, aunque con otro alcance y fundamento-, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no sólo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia.”<sup>8</sup>

“En el ámbito nacional la garantía puede ser entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho: tal como ya fue señalado, no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo –por un nuevo proceso- de que pueda ser condenada.”<sup>9</sup>

Para que exista persecución penal múltiple deben coincidir, según la doctrina, entre dos procesos tres identidades: Identidad de persona perseguida, identidad del objeto de la persecución e identidad de causa de la persecución.

La identidad de la persona perseguida ampara a una persona que, perseguida penalmente, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal en el que se le imputa el mismo hecho.

Esta es la condición esencial para que opere el efecto reductor del principio de *ne bis in idem*, ya que lo que protege es que a una misma persona se la someta más de una vez a proceso por el mismo hecho.

Se debe tratar, como se dijo, de la misma persona. Razón por la cual la garantía no se extiende a otra persona que no ha sido perseguida penalmente, sin importar como haya finalizado la causa; es decir, lo que se resuelva respecto de un imputado no ampara a otro, por más que se haya decidido sobre la base de cuestiones comunes al hecho.

---

8 Maier, ob. cit. pgs. 599 y 600.

9 CSJN, fallos 309:306.

La identidad de objeto, implica que la imputación tiene que ser la misma; es decir, tiene que tener como objeto de imputación el mismo hecho.

Esta regla de identidad prescinde de toda valoración jurídica que pueda hacerse de dicho hecho, o como suele decirse, no importa el nomen iuris utilizado para designar el hecho; sino que lo relevante es la conducta como acontecimiento real que sucede en un lugar y un tiempo determinados.

Una valoración jurídica diversa del mismo comportamiento concreto, no habilita una nueva persecución penal toda vez que, existiendo identidad personal, se trata de la misma imputación.

Sin embargo, un hecho, o más precisamente una imputación penal, no es determinable sólo fácticamente, sino que también normativamente mediante definiciones jurídicas. Más claramente se ve esto último en los casos de los tipos omisivos; la omisión es una creación normativa, ya que en el plano óntico no existe una acción humana, sino un no hacer frente a un deber de hacer.

Es por ello que, si bien en principio la identidad de objeto debe analizarse en forma avalorativa, no puede prescindirse por completo de las cuestiones jurídicas para resolver si existe tal identidad. Es necesario a tales fines recurrir a las reglas del concurso.<sup>10</sup>

Este acontecimiento real al que se viene haciendo referencia no

---

10 En tal sentido: "El Derecho penal o, mejor dicho, la ley penal, proporciona, entre nosotros, parámetros definidos para decidir la cuestión. En principio, las reglas sobre concurso de delitos gobiernan la solución. El concurso real o material de hechos punibles (CP, 55), significa, desde el punto de vista que ahora observamos, la posibilidad de una persecución penal múltiple, esto es, la clave para establecer que, si presenta la necesidad comparativa entre dos imputaciones cuyos objetos –hechos punibles- concurren materialmente, debe desecharse la aplicación de la regla estudiada, pues se trata, precisamente, de hechos diversos, o, si se quiere, no se trata de un mismo hecho... Por el contrario, el concurso ideal o formal de hechos punibles determina cuándo estamos en presencia de una imputación única o idéntica, si se trata de establecer comparaciones, y, por ende, en caso de persecución plural con este objeto, aunque bajo distintos títulos delictivos, ambos aplicables, cuando opera el principio estudiado" (Maier, ob. cit. pgs. 612 y 613).

requiere necesariamente que haya sido probado, sino tan solo atribuido. Hay identidad de objeto cuando la imputación consiste en la misma acción concreta, aun cuando hayan sido solo afirmadas hipotéticamente como ciertas.

La exigencia de la identidad de causa, en rigor, importa un límite para la aplicación del principio ne bis in idem, en situaciones jurídicamente toleradas aun cuando existe identidad de persona y de objeto.

Esta identidad se refiere a la jurisdicción de los jueces y tiene que ver con la pretensión punitiva (eadem causa petendi).

Sostiene la doctrina que en realidad, no se trata de una identidad, como los requisitos ya analizados, sino de límites racionales y tolerados al funcionamiento del principio.

Se trata de "permitir la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas, no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el mismo hecho), objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico penales que merece, debido a obstáculos jurídicos"<sup>11</sup>

### **La cooperación penal internacional y la extradición.**

Si bien no existe un acuerdo respecto de un concepto técnico uniforme de la extradición, se puede decir a grandes rasgos que configura un acto jurídico complejo mediante el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo requiere, con el propósito de que éste sea sometido a un proceso penal o de que cumpla una pena que le fue legítimamente impuesta.

Para ello, deben satisfacerse normas preexistentes de validez, tanto en el orden interno, como en el orden externo mediante tratados entre los Estados involucrados.

---

11 Maier, ob. cit. pg. 624.

El fundamento actual de la existencia de este acto es la mutua asistencia que se deben los Estados para acrecentar la eficacia de la lucha contra la criminalidad. La obligación de entregar a las personas que se les imputa la comisión de un delito, deriva de ese auxilio que se deben los estados.

Tradicionalmente se sostenía, y se sigue sosteniendo, que la adopción y aplicación de un régimen penal integraba la soberanía del estado como sujeto del derecho internacional.<sup>12</sup>

Clásicamente se ha entendido al derecho penal como la más importante manifestación de la soberanía de los Estados, toda vez que se relaciona íntimamente con la figura de estos como a quienes los ciudadanos delegan atribuciones para que monopolicen la determinación de bienes que considera que deben ser protegidos jurídicamente, y de la aplicación de la fuerza sobre quienes violen las normas que protegen dichos bienes.

Sin embargo, como ya se ha dicho, la cooperación entre estados en materia penal encuentra su fundamento en la progresiva globalización del Derecho Penal y de la transnacionalización de la delincuencia.

“Es perceptible que la relación directa y exclusiva entre Estado Nacional y derecho penal esta siendo desvirtuada paulatinamente. Frente a la configuración de fenómenos de carácter global, frente a la concepción de que existen intereses y valores que deben ser protegidos sin tener en cuenta fronteras, el derecho penal se torna una herramienta más de un poder global que es aplicado, directa o indirectamente, ya no sólo por los Estados, sino por entidades externas al mismo. Terceros Estados, organismos internacionales, Cortes transnacionales,

---

12 “En cuanto entidad soberana, el Estado reúne en su plenitud, como también hemos visto, todas las características que derivan de ser sujeto del D. I.: es un sujeto pleno de este orden jurídico. Según la nota de soberanía, que es consustancial al Estado, la naturaleza del poder estatal consiste, por un lado, en un poder autónomo supremo o *summa potestas* en la conducción de sus relaciones con sus propios sujetos (aspecto interno), y, por otro, en un poder de determinar libremente su conducta respecto a los otros Estados (aspecto externo). (Diez de Velazco, Manuel, “Instituciones del Derecho Internacional Público”, decimoquinta edición, ed. Tecnos, pg. 261.)

entre otros actores, comienzan a determinar junto con el Estado las formas que el derecho penal ha de adoptar, los fines que ha de cumplir, las conductas que ha de sancionar y, la materia que nos ocupa, los procedimientos que se han de seguir para cumplir su, cada vez mas, abarcativa pretensión punitiva”.<sup>13</sup>

La existencia de nuevas formas de criminalidad que no reconoce fronteras entre estados, tales como el lavado de dinero, la criminalidad organizada, el tráfico de drogas, la trata de personas y los delitos ambientales entre otros; así como la facilitación en las comunicaciones, han otorgado fundamento a un modelo de derecho penal internacionalmente relacionado, dependiente de la colaboración entre los Estados.

Asimismo, existen delitos que por su gravedad son reconocidos por la comunidad internacional, debiendo ser castigados sin importar si un estado en particular lo prevé o no como delito en su orden jurídico.<sup>14</sup>

Por esto, suele afirmarse que los Estados actualmente han perdido capacidad de regular la forma en que el poder punitivo debe ser aplicado.

### **El principio de “ne bis in idem” en el marco de la cooperación penal internacional.**

En cuanto a este tema, cabe destacar en primer lugar que el artículo 11 inciso b. de la ley 24.767 de cooperación penal internacional dispone que la extradición no será otorgada cuando la persona reclamada ya hubiese sido juzgada, en la Argentina o cualquier otro país, por el hecho que motiva el pedido.

Con el alcance que debe darse al principio de ne bis in idem como

---

13 Otero, ob. cit.

14 Respecto a esto, en su voto en disidencia en el fallo Arancibia Clavel el Dr. Belluscio afirmó que una circunstancia análoga “equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el Derecho vigente al tiempo de los hechos cuyo juzgamiento se trata” Fallos 327:3294.



garantía de inadmisibilidad de doble persecución penal por el mismo hecho, ya tratada más arriba, debe interpretarse que cuando la normativa hace referencia al verbo juzgado, no se refiere a que haya existido una sentencia, sino a que haya o esté sufriendo un proceso por ese mismo hecho.<sup>15</sup>

Esta garantía se encuentra reconocida por el artículo 20 del Estatuto de Roma (ley 25.390 del año 2001), que prohíbe procesar a una persona por hechos constitutivos de crímenes por los cuales ya hubiera sido condenada o absuelta por esa corte o por otro Tribunal. Asimismo, los “Mandatory grounds for refusal” del “Model Treaty on Extradition and Mutual Assistance in Criminal Matters” elaborado por la Oficina de Crimen y Droga de la ONU, en su artículo 3. d. prescribe como causal obligatoria para denegar una extradición si la persona requerida ha sido juzgada por el mismo hecho por el cual se la requiere.<sup>16</sup>

El mismo precepto impone el artículo 9 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y la inmensa mayoría de los tratados modernos de extradición entre estados.

Sin embargo, y más allá de las disposiciones que fueron referen-

---

15 “Media consenso mayoritario en sostener que con relación a esta materia en la actualidad rigen determinadas garantías elaboradas con tenaz esfuerzo por el Derecho Penal moderno, las cuales han sido reconocidas universalmente, y entre las que se encuentran... la del *nullum crimen sine lege*, la de *nulla poena sine lege*, la del *non bis in idem*, etc. Esta última no agota su importancia en aquellos supuestos que examinaremos seguidamente, sino que se presenta frecuentemente en el orden internacional debido, por lo general, a las diferentes jurisdicciones nacionales a las que afecta la actividad delictiva transnacional, situación que trae consigo una competencia material concurrente generadora de conflictos.” (Fierro, Guillermo J. “Extradición y *non bis in idem*”, en JA, 2005-I, pg. 1132.)

16 El artículo establece como mandatory ground for refusal: “If there has been a final judgment rendered against the person in the requested State in respect of the offence for which the person's extradition is requested”; Asimismo, el comentario a dicho pasaje se sostiene: “States may wish to also apply the principle of *non bis in idem*/double jeopardy in cases involving the requesting State or a third State where the person has been subject to a final judgement and has served his sentence.” Publicado en: [www.unodc.org/pdf/model\\_treaty\\_extradition\\_revised\\_manual.pdf](http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf)

ciadas, el tema puede generar inconvenientes suscitados por decisionismos que, al verse limitados por los principios enunciados, interpretan los hechos de manera selectiva para favorecer la cooperación en detrimento de las garantías de los imputados.<sup>17</sup>

### **El fallo Arla Pita.**

En el fallo Arla Pita<sup>18</sup>, iniciado por un pedido de extradición de los Estados Unidos por un presunto hecho calificado como “conspiracy” para introducir estupefacientes, la corte consideró que el hecho de que se haya encontrado en trámite ante el mismo Juzgado Federal en el que recayó el requerimiento de extradición, una causa en la que se encontraban procesadas las personas requeridas por un hecho calificado como transporte de estupefacientes agravado por la intervención de más de tres personas organizadas para cometerlo; no importaba una afectación al principio de *ne bis in idem*.

En efecto, el Máximo Tribunal, consideró procedentes las extradiciones y se encargó de establecer que el fundamento principal de tal decisión era fomentar y facilitar la cooperación internacional. Para ello, consideró la Corte que los hechos que estaban siendo investigados en la argentina no eran los mismos por los cuales se requería a los imputados.

En dicho fallo se ha sostenido: “Que considerando particularmente valioso favorecer la cooperación judicial internacional en la materia, corresponde hacer lugar a la entrega temporaria de los requeridos y de los bienes y pruebas solicitadas (arts. 13 y 15 del Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América) con el objeto de coor-

---

17 “El tema no es, empero de fácil solución, habida cuenta del discurso garantista selectivo que aplican muchos altos tribunales federales del país según sean las personas sujetas a juzgamiento, característica que puede hacerse extensiva a la misma corte... (se ha) puesto de resalto una problemática... en la que es posible apreciar la primacía que en muchos casos se concede a una parte de las normas constitucionales en detrimento de otras que, expresamente, deberían prevalecer sobre aquellas.” (Fierro, ob. cit.)

18 Fallos 325:2777

dinar el procesamiento en ambos países en virtud de las normas convencionales y consuetudinarias aplicables a fin de alcanzar un juicio íntegro, sin duplicaciones ni menoscabos, para lo cual están habilitados los jueces argentinos por su propia jurisdicción internacional, sin perjuicio, en su caso, de las autorizaciones pertinentes que pudieran requerir a esta Corte.”

### **El fallo Duque Salazar.**

En el fallo Duque Salazar<sup>19</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con una conformación diferente en la que decidió Arla Pita, resolvió una situación fáctica muy similar a la del fallo anterior con un criterio distinto.

En esta oportunidad, los Estados Unidos presentaron un requerimiento de extradición por un hecho que fue calificado nuevamente como conspiracy para introducir estupefacientes.

Ahora bien, dichas personas habían sido procesadas en el mismo Juzgado Federal donde tramitó la extradición por un hecho calificado como organización y financiamiento de actividades vinculadas al narcotráfico, almacenamiento de estupefacientes y agravado por la intervención de tres o más personas organizadas.

En esta oportunidad, la Corte refirió que la extradición fue solicitada por la confabulación para importar estupefacientes a los Estados Unidos y que tal actividad es la que da fundamento a la imputación formulada con relación al art. 7 de la ley 23.737 (agravante por la intervención de tres o más personas organizadas) en la causa en trámite en la Argentina, por lo que, en tales condiciones, el extrañamiento resulta improcedente, pues el hecho por el que se los requiere ya está siendo juzgado en la Argentina (art. 5, Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, ley 25.126).

Por otro lado la corte estableció que el tipo penal imputado en la

---

19 Fallos 329:743

argentina consume -al resultar agravado por representar un mayor avance del iter criminis- el injusto de “conspiracy” (confabulación), en razón de tratarse de las denominadas “infracciones progresivas” en las que el proceder del agente va recorriendo diferentes infracciones jurídicas de creciente gravedad y respecto de las cuales la punición del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos.

Finalmente, y haciendo referencia al voto en disidencia de Petracchi en Arla Pita la mayoría de la corte refirió que: “no obsta a lo expuesto la circunstancia de que los hechos por los que se requiere la extradición no coincidan en forma completa con los investigados en nuestro país, sino que lo decisivo es que la totalidad del reproche contenido en la conducta por la que se formula el reclamo ya está comprendida en la imputación más amplia por la que está siendo perseguida penalmente en esta jurisdicción (Fallos: 325:2777 “Arla Pita”, voto del juez Petracchi)”

### **El fallo Cabrera**

En el fallo Cabrera<sup>20</sup> se resolvió también una situación similar a la de los dos fallos comentados anteriormente.

Los Estados Unidos presentaron un pedido de extradición, imputándole a la persona requerida un hecho calificado como conspiracy para introducir estupefacientes.

A su vez, por ese mismo hecho, tramitaba en el mismo juzgado en el que se presentó la extradición una causa por un hecho calificado como tráfico de estupefacientes agravado.

El juez de primera instancia hizo lugar a la extradición pero difiriendo la entrega a la conclusión de la causa en trámite ante su juzgado.

La corte entendió que no debía hacerse lugar a la extradición en

---

20 Fallos 330:261

virtud que en la Argentina la imputación se basó en una pretensión punitiva más amplia que la traída por el Estado requirente, que incluyó no sólo la actividad llevada a cabo por el sujeto requerido en el marco de la organización dedicada al tráfico de estupefacientes por un período mayor, sino, además, la etapa de preparación al delito consumado de tráfico de estupefacientes, cometido con pluralidad de intervinientes en forma organizada (arts. 5, inc. c y 11, inc. c de la ley 23.737).

Por otro lado, la corte hizo referencia a que tanto el delito imputado en la Argentina, como el delito de conspiracy por el cual se requería al imputado habían sido cometidos en la Argentina, por lo que rige el principio de territorialidad para la aplicación de la ley penal.

“Tanto los reparos que sobre el particular introduce el juez apelado al excluir la jurisdicción argentina, como los cuestionamientos del señor Procurador Fiscal con sustento en la regla de interpretación incluida en el convenio internacional que considera vigente, parten de una premisa falaz. En el primer caso, al no captar la realidad de la imputación extranjera en su verdadera dimensión: "confabulación" para importar cocaína y no el formar parte de una asociación ilícita ni haber ingresado cocaína al país requirente (fs. 297 vta.). En el segundo, al soslayar que no se trata aquí de conductas típicas cometidas en "diferentes países" toda vez que tanto la "confabulación" para importar al país requirente como el tráfico de estupefacientes organizado tuvieron lugar en la República Argentina.”

A su vez, se denegó la extradición por aplicación del principio de ne bis in idem, toda vez que contando con un proceso en trámite ante un Tribunal argentino, de cualquier forma que culmine dicho proceso, siempre estará bajo el amparo de la garantía referida.

En tal sentido: “el silencio que semejante cláusula pueda tener en relación a la situación que se configura en el sublite en que ambos procesos en jurisdicción argentina y extranjera están en trámite no obsta a aplicar la misma solución. Ello toda vez que, una vez iniciado el proceso, cualquiera sea la causal por la que finalice -absolución, condena o no continuación- el individuo requerido está al amparo de la garantía que veda el doble juzgamiento según el alcance del ordenamiento jurídico argentino.”

Por último, y en cuanto a las cuestiones relacionadas con la eficacia en la “lucha” contra el narcotráfico, que era utilizada como justificación para violentar la garantía constitucional de prohibición de doble incriminación la Corte refirió: “Que la aplicación de una regla sobre la concurrencia de jurisdicciones en el sentido hasta aquí expuesto, lejos de atentar contra la cooperación penal la refuerza ya que procura, en definitiva, hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional (art. 2° de la Convención antes citada) desde que la declaración de competencia está basada en la mayor proximidad con el hecho.”

### **Conclusión.**

Como he intentado explicitar, la aplicación de la garantía de “ne bis in idem” en los procesos iniciados por un requerimiento de extradición, sobre todo los que responden a imputaciones efectuadas por el delito de “conspiracy” –propio del derecho anglosajón y de particular aplicación en el derecho de los Estados Unidos (al menos en el orden federal)<sup>21</sup>- han implicado una ponderación entre la vigencia real de la garantía y criterios que tienen que ver con la efectividad y eficiencia en la lucha contra la criminalidad transnacional –en los casos analizados el

---

21 El Capítulo 19 del título 18, sección 371 del US. Code define este delito como “conspirar dos o más personas para cometer cualquier delito contra el gobierno federal o para defraudar al gobierno federal o a alguna de sus reparticiones y, llevar a cabo, al menos uno de los confabulados, algún acto para poner en efecto la conspiración”. Asimismo, el Código Penal Modelo, en la sección 5.03 del artículo 5° de la parte general lo describe de la siguiente manera: “una persona es culpable de conspiracy para cometer un delito con otro u otras personas si, con el propósito de promover o facilitar su comisión: a) acuerda con tal o tales personas que uno o mas de ellos observarán un comportamiento constitutivo de ese delito o de una tentativa o una proposición de ese delito; b) acuerda en ayudar a tal o tales personas para planear o cometer ese delito o una tentativa o una proposición de ese delito” Con relación a este delito: “Parece posible afirmar... que la Conspiracy fue utilizada como verdadera herramienta de incriminación subsidiaria para abarcar las situaciones que no estuvieran específicamente tipificadas en la ley, ya fuera esta última escrita o consuetudinaria” (Hendler, Edmundo, S. “Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos”, primera edición, pg. 99.)

tráfico internacional de estupefacientes-, que se ha puesto de manifiesto en los fundamentos del fallo Arla Pita y en los sucesivos dictámenes de la Procuración General de la Nación en materia de extradición.

Esta concepción eficiente tiene como fundamento, a mi modo de ver, la idea de que el derecho penal es un medio más de política interna (como la salud, la economía, etc.), idea alejada de la tradicional concepción según la cual el derecho penal debe proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades, incluso de quien lo viola.

“Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces, este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Esta es la hora de conceptos como “luchar”, “eliminar”, o “represión”, en perjuicio de actitudes como “elaborar” o “vivir con”. Incluso la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de libertad, como “carta magna del delincuente”, lo necesita como “carta magna del ciudadano”, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en “derecho penal del enemigo”<sup>22</sup>

Afortunadamente, la corte abandonó estos criterios en los fallos posteriores a Arla Pita -de los que se ha dado cuenta-, y volvió a reconocer la vigencia de la garantía de la prohibición de la doble persecución penal por el mismo hecho.

Personalmente, considero que el criterio adoptado por el Máximo Tribunal en los dos últimos fallos comentados, ha sido el adecuado para asegurar la real vigencia de las garantías de los imputados sometidos a proceso y requeridos por un estado extranjero por el mismo hecho.

---

22 Hassemer, Winfried, “El destino de los derechos del ciudadano en el derecho penal eficiente”, en “Crítica al derecho penal de hoy”, ed. Ad Hoc, segunda edición, pg. 52.

Es preferible, según mi criterio, el riesgo de que un hecho delictivo de características transnacionales quede impune al riesgo de que se violen las garantías de los imputados.

En tal caso, tal riesgo deberá ser tolerado como una victoria del estado constitucional de derecho y un fortalecimiento del sistema democrático y del modo de vida republicano.

“La función específica de las garantías en el derecho penal..., en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por lo tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva”<sup>23</sup>

“Finalmente, hay que preguntarse si un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá –a largo plazo, también ante los ojos de la población- su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho”.<sup>24</sup>

---

23 Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Raxón, Teoría del Garantismo Penal”, Ed Trotta, séptima edición, pg. 92.

24 Hassemer, ob. cit., pg. 66

**Sumario:** I Concepto y características. II Acumulación de causas e injurias recíprocas. III forma y contenido de la querrela. IV La responsabilidad del querellante y el desistimiento de la acción. V Desistimiento tácito y efectos del desistimiento. VI Conclusión.

*“Donde no hay leña se apaga el fuego, y donde no hay calumniador, la contienda se aquieta” (Proverbios de Salomón. La Santa Biblia, cap. 26 vers. 20).*

*“El que quiera amar la vida y ver días buenos, reprima su lengua de lo que es malo y sus labios de hablar engaño” (Primera Carta de San Pedro cap. 3 vers. 10. La Santa Biblia)*

### **I. Concepto y características**

Cuando abordamos un tema como el presente, se impone ab initio una definición clara, para delimitar los bordes y el contenido, muy rico por cierto, de este tipo de procedimiento especial.

La base teórica de este tipo de delitos es una especialísima gama de conductas que operan como concepto reductor. Decía Ulpiano en el siglo IIII *Cogitationis poena nemo patitur* -no se pena el pensamiento de manera que todo pensamiento, sentimiento, disposición, imaginación, etc, que no trasciende al exterior, no puede servir de base teórica para estos delitos. Cuando el pensamiento se manifiesta en el mundo

---

\* Fiscal UFI nro. 5 del Departamento Judicial de Junín.

causando lesión o peligro de lesión a un bien jurídico, coincide la doctrina en que hay delito. En esa dirección una injuria o calumnia, es ante todo la expresión de un pensamiento que causa perjuicio a alguien, y en consecuencia la ley sustantiva la considera punible.

El presupuesto de esta clase de juicios surge claramente del art 73 del Código fonal, el cual sustrae de la persecución del órgano público de la acusación, un número taxativamente determinado de delitos. Estos supuestos del catálogo, prevén delitos que sólo pueden ser perseguidos jurisdiccionalmente por el ofendido, su guardador o representantes legales, y mediante la querrela, prescindiendo totalmente de la necesidad de una instancia privada previa, como requisito de procedibilidad para desencadenar de oficio la persecución penal.

Así, se verifica que en los delitos señalados en el art 73 del Código Penal, es decir, calumnias e injurias, violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157, concurrencia desleal (art 159 CP) e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge, se establece un *ius persecuendi* de excepción, consistente en apartar al órgano público, como supra señalamos, del ejercicio de la acción penal en forma absoluta, quedando únicamente en cabeza del ofendido o agraviado, el impulso de este proceso especial.

El proceso por los delitos de calumnias e injurias se halla ataviado de particularidades que lo individualizan, provocando dichas características la especialización de las reglas que lo gobiernan y lo diferencian del proceso común. Solamente por analogía pueden aplicarse las disposiciones del proceso común criminal o civil, cuando éstas resulten compatibles con la naturaleza de este tipo de proceso especial.

Acudimos entonces, luego de este breve exordio, al auxilio del maestro Claría Olmedo, quien define a la querrela como el acto formalmente regulado por la ley procesal, que cumple quien se titule ofendido por uno de esos delitos por el cual se excita la actividad jurisdiccional del Tribunal de Juicio, a fin de que se inicie el procedimiento especial correspondiente contra el indiciado como posible responsable y por el hecho que en ese acto se le impute (Claría Olmedo, Jorge. Tratado de derecho Procesal Penal, T. IV pág. 418).

Quedando el propio agraviado u ofendido por el delito, es decir el querellante, como único sujeto que impulsa este proceso penal, en calidad de parte interviniente y acusadora, ejerciendo la acción penal, de faltar en algún momento su impulso, el mismo se paralizará, pudiendo disponerse, en su momento la deserción de la instancia, despojando al juez de la potestad de Juzgar en el caso concreto, cuando se verifica el desistimiento.

Por el contrario, de seguir el querellante impulsando el trámite del proceso, el mismo se seguirá desarrollando hasta obtener su finalidad específica, es decir, lograr el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por parte del órgano jurisdiccional interviniente.

Otra de las características de este proceso especial, es que carece de una etapa instructoria o de investigación, también mencionada por otros autores etapa preparatoria del juicio propiamente dicho. Toda la carga probatoria, reposa en cabeza de quien acusa, el ofendido o querellante, quien por imperio del onus probandi deberá acreditar todo lo que alegue.

Por lo hasta aquí expuesto, podemos concluir en que la nota más sobresaliente de este juicio especial, es su neto carácter acusatorio, pues su inicio depende exclusivamente de una querrela particular, luego de la cual y superado el análisis de admisibilidad, se prosigue directamente con la persecución contra el querrelado en la sede jurisdiccional con una concreta acusación sobre el mismo. Esta acusación contiene el pragma y es la base fundacional de todo lo que será desarrollado después en las etapas sucesivas, es decir que la querrela constituye ya la acusación misma.

Una vez admitida la querrela, el proceso prosigue con la conciliación en procura de avenir a las partes a una resolución pacífica y amigable del conflicto, y sólo en caso de fracasar dicha instancia el trámite desembocara directamente en el plenario, el cual sólo y eventualmente, admitirá una investigación preliminar con objeto limitado y de carácter meramente sumario.

El digesto ritual bonaerense, al igual que el Código Procesal Penal de la Nación, regulan el trámite de enjuiciamiento de los delitos de

acción privada, comprendiéndoles íntegramente y no sólo incluyendo a las calumnias e injurias como en otros códigos procesales se lo solía tratar; y fundamentalmente, se establece la competencia de los Juzgados en lo Correccional para juzgar en única instancia dichos delitos.

Otras notas características de este tipo de juicios son las siguientes:

a) Por su marcado carácter dispositivo, se asemeja mucho al régimen del proceso civil común.

b) El querellante, además de actuar como acusador en procura de una sanción penal, puede demandar civilmente haciendo valer la pretensión reparatoria por el daño que el delito pueda haberle ocasionado.

c) Se procura siempre conciliar a las partes -querellante y querellado- como presupuesto previo para el desarrollo posterior del juicio y también se toma en cuenta la retractación con efectos extintivos de la acción privada.

d) Por su marcado corte acusatorio y dispositivo, mantiene gran preponderancia la voluntad del actor o querellante, quien de manera discrecional y como titular de la acción podrá siempre renunciar a la misma u otorgar el perdón al ofensor, pero con la imposición de costas según corresponda.

Pese al carácter marcadamente dispositivo, con todos sus derivados y corolarios, sin embargo, rigen todos los principios fundamentales del proceso penal. También cabe reseñar, que no es un proceso de partes, pese al predominio privatista de sus normas. Antes bien, es un procedimiento de corte acusatorio, en el cual el estado limita su pretensión punitiva al interés del ofendido.

Disentimos respetuosamente con Hortel, quien manifiesta: *“A mi Juicio, no es posible pensar que una conducta puede ser erigida a la categoría de delito si no está involucrado el interés del Estado”* (Hortel, Eduardo. Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As.-comentado-undécima edición actualizada, pág 634). Sostenemos en contrario, que a pesar del carácter privado en el ejercicio de la acción, la causa y su

trámite son de naturaleza pública, y en esencia siempre se trata de una persecución penal, en tanto se persigue la punición de una conducta.

Desde nuestro pequeño lugar como operadores del sistema penal, siempre hemos sostenido que la persona humana, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a que se reconozca su dignidad y su honorabilidad. En consecuencia, toda persona goza de la capacidad para ser parte desde que se considere ofendida o agraviada por uno de los tipos que comprende el art. 73 del código sustantivo.

Sin embargo, la capacidad procesal supone siempre la aptitud legal para hacer valer sus derechos por parte de quien los invoca y también de someterse a las cargas procesales inherentes a la calidad de parte, por lo cual si la querrela no es presentada con las formalidades que marcan los códigos de rito, deberán ser rechazadas. Así por ejemplo, una querrela que le impida al querrellado conocer en grado cabal la totalidad de la imputación, le vedaría su derecho de defensa en juicio y debería ser rechazada in límine.

## **II. Acumulación de causas e injurias recíprocas.**

*“Cuando lo estaban injuriando, no se puso a injuriar en cambio, sino que siguió encomendándose al que Juzga con Justicia” (Primera Carta de San Pedro, cap. 2 vers. 23. La Santa Biblia)*

Cuando se querrela a un mismo sujeto -conexidad subjetiva- por varios delitos perseguibles por el ejercicio de la acción privada, resulta conveniente y adecuado su acumulación en un único proceso, siempre que esto no dificulte los trámites del juicio.

Por el contrario, no resulta posible la acumulación de delitos perseguibles por acción privada, con delitos de acción pública, por ejemplo una injuria con una estafa. Es decir, aquí el principio general aplicable, es el que indica la acumulación de causas que puedan sustanciarse por el mismo trámite.

En consonancia con dichas consideraciones es que el artículo 382 del ritual bonaerense dispone que la acumulación de causas por delitos de acción privada se regirá por las disposiciones comunes; pero ellas

no se acumularán a con las incoadas por delitos de acción pública. También se acumularán las causas por injurias recíprocas.

En relación a las injurias recíprocas, debemos aclarar que se refiere al supuesto del art 116 del Código Penal, que dispone “Cuando las injurias fueran recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.”. Se consagra entonces, la posibilidad de la exención de pena por la reciprocidad de las ofensas. Sin embargo, algunos autores dicen, que es legítima la defensa de quien ha sido ofendido primero o la presunción de renuncia implícita a la acción judicial cuando las ofensas fueren mutuas.

Dice Dayenoff, que para que el artículo resulte aplicable, es necesario que exista proporcionalidad entre ellas, ya que no habría compensación si la reacción del agraviado no guardara relación con el agravio sufrido. Sin embargo no se exige una identidad o equivalencia absoluta en la entidad de las ofensas. (Dayenoff, David Elbio. Código Penal Comentado, pág 246)

En este sentido se sostiene que *“No es penalmente responsable la persona que vierte injurias contestando otras injurias emitidas contra ella, no por ausencia de “animus injuriandi” sino por existir compensación, aún cuando aquellas fueran más graves”* (CCC,276/1930,fallos,2-29)

Otra jurisprudencia más actualizada sostiene que *“De acuerdo a lo establecido por el art 116 del CP, el equilibrio entre el tenor, oportunidad y atingencia de lo dicho por uno y otro es pauta que debe valorar el Juez para declarar eventualmente exentas de pena a una o ambas partes, y es por ese motivo que la norma de fondo remite a las circunstancias del caso para decidir según ellas y no siempre se dan injurias recíprocas”* (CN Crim. y Corr., Sala 3, 06/7/1990, “Braschi Romulo A”, JA,1991-II-154).

Lo concreto de la norma procedimental que dispone la acumulación de causas por delitos de acción privada, es que tiende a evitar la multiplicidad de juicios, los cuales pueden ser tratados y resueltos ante un mismo Juez, sin inconvenientes y en atención a los principios de economía procesal, celeridad y eficiencia judicial.

### **III. Forma y contenido de la querella**

Como resulta de práctica y por que así lo establecen los códigos rituales mayoritariamente , la querella deberá ser presentada por escrito, con copia para el querellado .Deberá presentarla el querellante personalmente o por mandatario con poder especial que acompañará en el escrito de presentación, con cláusula expresa para el acto ,denunciando el domicilio real del querellante y constituyendo el procesal .Como también hemos referido anteriormente, simultáneamente puede entablarse la demanda civil.

Si existieren varios querellados deberán acompañarse tantas copias como querellados se mencionen .Dichas copias se entregarán a cada uno de los querellados en el momento mismo de ser notificados de su comparendo al juicio o de la audiencia de conciliación en caso de ser fijada. Si los querellantes fueran varios, resultaría conveniente unificar la representación, es decir procurar que actúen con un mandatario en común. Lo expuesto se intentará propiciando un acuerdo de partes, y de no conseguirse se procederá de oficio.

La firma, es un requisito fundamental de todo escrito judicial, que vincula a la denuncia o querella con su autor o representante, y deberá ponerse en presencia de funcionarios del propio estrado judicial o bien será citado para ratificar el contenido del escrito y la autenticidad de dicha rúbrica.

Si la querella fuere presentada con las formalidades de rigor, a que haremos referencia a continuación, deberá ser formalmente admitida, pero podrá ser desestimada, como todo acto promotor de la acción cuando el hecho no constituya delito o no se pueda proceder .Si mediare un privilegio constitucional ,una vez admitida se requerirá el desafuero o la destitución según corresponda .Cuando deba continuar el trámite de oficio una vez admitida, se la remitirá al Tribunal Instructor (Clariá Olmedo, Jorge .Ob cit, pag 357).

La querella es esencialmente una imputación y como tal deberá tener sus bordes bien definidos, con un concreto relato de los hechos y ser absolutamente completa, subjetiva y objetivamente. En el mismo acto de presentación de la querella se deberá ofrecer todas las prue-



bas, nóminas de testigos y el relato pormenorizado de los hechos para su análisis, documentos donde conste el hecho .Dice Pedro Bertolino, que este es un requisito esencial que hace al objeto del proceso; resulta ser un recaudo necesario para que el imputado pueda articular su Defensa (Bertolino; Pedro. Cód Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As comentado. Octava Ed. actualizada .Pág. 542).

En el supuesto específico de las calumnias o injurias escritas, se deberá acompañar el documento que las contenga .Si este se halla en poder de la autoridad o de terceras personas, el o los interesados tendrán el derecho a requerirlo judicialmente, y del mismo modo se podrá obtener testimonio auténtico (García Quiroga .Cód de Procedimiento Penal de la Pcia. de Bs. As., t II, pág 390).

La individualización precisa del querellante, es un requisito ineludible del Código Penal ,que en su artículo 75 prescribe que “La acción por calumnia o injuria ,podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge ,hijos, nietos o padres sobrevivientes”.Ello denota que estamos en presencia de una acción personalísima, que admite su transmisión por causa de muerte al cónyuge, hijos o familiares que taxativamente se enumeran.

Se plantea la cuestión respecto a la calidad habilitante para iniciar la acción o sólo para continuar la ya promovida por el causante ofendido .Dice Dayenoff, que en favor de la última postura ,se sostiene que no existe razón para permitir a esos sujetos interponer acción litigando por el honor que el propio agraviado no tuvo interés en defender, quizás por razones que pertenecían a la esfera interna de su voluntad y que se impone respetar .También es necesario que la ofensa se hubiera proferido en vida del agraviado (Ob cit, pag 143).

Sustentando este criterio tiene dicho la Casación Nacional que “*En los delitos de acción privada y como una condición objetiva de procedibilidad, el Estado subordina la persecución penal y la continuación (impulso) del proceso, a la voluntad exclusiva del ofendido* (Cám. Nac. de Casación Penal, sala III, 17/8/2001. “Cobe, Jorge R”).

#### **IV. La responsabilidad del querellante y el desistimiento de la acción**

El ritual bonaerense establece que el querellante quedará sometido a la Jurisdicción del órgano interviniente en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales (art 384 CPPBBA). Ello implica que una vez admitida la querella, el querellante será tenido en calidad de parte , quedando involucrado en un plexo de responsabilidades procesales, penales y civiles que se derivan del propio acto que ha producido y lo vinculan plenamente al mismo, pues ésta es la ratio esencia que motiva la actividad del órgano interviniente ,ante el cual somete la cuestión.

Es así que, quedando el querellante sometido a la Jurisdicción del Juez Correccional en todo lo referente al juicio por el promovido, las consecuencias de sus actos podrán proyectarse sobre las calumnias que eventualmente podría cometer o de las que fuera víctima, en lo civil al resarcimiento reclamado y en el ámbito procesal a las costas originadas según correspondiere aplicar, rigiendo en cada esfera, los preceptos aplicables de los ordenamientos que se mencionan.

En caso de que el querellante optara por desistir de la acción promovida se deberá dictar el sobreseimiento, que conlleva la extinción de la acción penal (art 59 inc 4 del CP) y favorece a todos los que hubieren participado en el delito que motivó la promoción de la querella (art 387 del CPPBBA), pero en caso de que la acción civil no haya sido promovida conjuntamente con la acción penal, se deberá ,si tempestivamente correspondiere y aún no se hubiere hecho , formular la reserva para concurrir a dicha vía . Sobre dicho eje, el ritual bonaerense dispone que “El desistimiento no puede supeditarse a condiciones, pero podrá hacerse expresa reserva de la acción civil emergente del delito cuando ésta no haya sido promovida juntamente con la penal” (art 385 CPPBA) -

De dicha normativa ,surge el mandato del desistimiento incondicionado, ya que de someter la renuncia de la acción promovida, a algún tipo de condición, se desvirtuaría su sentido y la acción penal de carácter privado, sólo quedaría supeditada al incumplimiento de condiciones resolutivas o suspensivas, mas no sería cabalmente otra cosa que

hacer permanecer la acción penal como pendiente, por lo cual se descarta de plano otro desistimiento que el que se formula sin ningún tipo de reservas e independientemente de la ocurrencia o no de actos futuros .En síntesis, si se formulara un desistimiento con condiciones, el mismo carecerá de eficacia y el Juzgador deberá rechazarlo de plano

En definitiva, el desistimiento expreso formulado por el querellante, implica lisa y llanamente, la renuncia del agraviado y consecuentemente, no puede terminar de otra manera que con la extinción de la acción penal, conforme supra lo aludimos, pero también replica sobre el principio constitucional de non bis in idem, por el cual no podría iniciarse una nueva persecución penal o querrela por el mismo hecho .

#### **V. Desistimiento Tácito y efectos del desistimiento**

En caso de que el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin causa justificada y debidamente acreditada, como por ejemplo lo sería un supuesto de enfermedad del mismo o muerte de un familiar cercano u otro impedimento con suficiente entidad para suspender la audiencia; debería acreditar el impedimento antes de su inicio si ello fuere posible, y de no serlo, en un lapso inmediatamente posterior (5 días dice el art 386 inc 1 del CPPBA).

La incomparecencia del querellante a la audiencia de conciliación ,sin justa causa, más allá de tenerlo por desistido como prevé el Código de Procedimiento Penal ,importa una renuncia tácita a la Acción que ejercerá ,extinguiéndola tal como lo dispone el art 59 ,inc 4 del Código Penal .Ello así ,porque una vez iniciado el Juicio por delito contra el honor, el que lo intenta queda desde ese momento sometido a las previsiones de la ley y a los procedimientos pertinentes que lo hacen participar de las contingencias y riesgos propios de esa acción (Cám. Ap Azul ,R -I-1984-Reg 126).

Lo mismo ocurre, si luego de fallecer o quedar incapacitado el querellante, no comparece alguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, fijando el ritual bonaerense, un lapso de noventa (90) días de ocurrida la muerte o la incapacidad para la pre-

sentación de los derecho habientes a impulsar la acción (art 386 inc 2 CPPBA).

Por último, si el querellante o su mandatario no instaren el procedimiento por el lapso que la ley prevé y al que supra referimos, el Juez tendrá por desistida la acción promovida por los mismos (art 386 inc 3 CPPBA).

En la sistemática del Código Jofré -anterior digesto Bonaerense- se establecía una intimación previa para que en el término de cinco (5) días se impulsara el procedimiento, para que la inactividad produjera el desistimiento, y dicho criterio -según Hortel- garantizaba mejor los derechos del querellante y favorecía la estabilidad del proceso ,citando como ejemplo el caso de los herederos que desconocen la existencia de la querrela (Hortel, ob cit pag 640). Por nuestra parte nos parece más oportuno el sistema actual de desistimiento tácito por inacción, porque contribuye a una mayor celeridad de los procesos ,sin necesidad de intimación alguna proporcionando seguridad jurídica al imputado ante el desinterés o falta de impulso del querellante.

Respecto de los efectos que provoca el desistimiento, y teniendo en cuenta que tanto en el caso del desistimiento tácito como en el expreso, ello implica siempre la renuncia del agraviado y la consiguiente extinción de la acción penal por imperio del art. 59 inc. 4 del Código Penal, deviene lógico el dictado del sobreseimiento que concluye con la causa .Pero sin dudas, la tramitación de este tipo de juicios, genera la imposición de costas. La novedad del moderno ritual bonaerense estriba en la posibilidad que tienen las partes de sujetarse a lo convenido respecto de las costas, por lo que ello dependerá que se le impongan al querellante, total o parcialmente, o que no se le impongan (Hortel .ob cit,pag 641) .

De igual manera, el Código fondal en su artículo 60, dispone que la renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos. En idéntica sentido, el perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de acción privada, favoreciendo a los demás imputados, si los hubiere, del perdón otorgado en favor de cualquiera de ellos (art 69 del Cód Penal)

## **VI. Conclusión:**

Este breve repaso del Juicio por Delitos de Acción Privada, antes que nada tiene como fin y por toda intención proporcionar unas breves reflexiones acerca de los puntos principales a tener en cuenta cuando el operador jurídico deba afrontar la temática del procedimiento en este particularísimo tipo de Juicios por Calumnias e Injurias.

No existe un número comparativamente significativo de causas de delitos de Acción Privada en los Juzgados Correccionales, ni tampoco los abogados de la matrícula se encuentran frecuentemente ante este tópico, por lo cual el repaso de este procedimiento puede resultar de algún beneficio al momento de su abordaje.

Por último, sería deseable que no se banalizara cualquier expresión para iniciar un juicio por calumnias o injurias, pero la cuestión cultural y valorativa de cada uno de los implicados es determinante en lo atinente a las expresiones que consideren lesivas a su honor y dignidad, por lo cual se requiere la mesura y el equilibrio de letrados y magistrados como dique de contención y pacificación de estas problemáticas.

*“...La lengua, nadie de la humanidad puede domarla .Cosa ingobernable y perjudicial, está llena de veneno mortífero (Carta del Apóstol Santiago Cap 3: versículo 8.La Santa Biblia)*

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Claría Olmedo, Jorge .Tratado de derecho Procesal Penal, T. IV pág 418.
- Hortel, Eduardo. Código Procesal Penal de la Pcia. de Bs. As.-comentado-undécima edición actualizada.
- Dayenoff, David Elbio. Código Penal Comentado.
- Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras. Watchtower bible and The Tract Society Of New York.Ed 1987.

## **INCIDENTE DE ALIMENTOS.**

### **EL NUEVO ARTÍCULO 647 DEL CPCC Y ALGUNAS CUESTIONES DE COMPETENCIA**

*Autor: Sandra Fabiana Veloso\**

**Sumario:** 1. El art. 647 CPC según la ley 14.215. 2. El efecto retroactivo de la sentencia. 3. Algunas cuestiones de competencia, (competencia negativa entre el fuero Civil y Comercial y el de Familia, atribución de competencia en el fuero de Familia; casos en los que hay o no, conexidad)

#### **1. El artículo 647 del CPCC según la ley 14215.**

El 14 de enero de 2011 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires la Ley 14.215 que modificó el artículo 647 Código Procesal Civil y Comercial (Decreto-Ley 7425/68), el que quedó redactado de la siguiente manera:

**“Artículo 647: Trámite para la modificación o cesación de los alimentos. Toda petición de aumento, disminución, cesación o coparticipación en los alimentos, se sustanciará por las normas de los incidentes, en el proceso en que fueron solicitados. Este trámite no interrumpirá la percepción de las cuotas ya fijadas.**

**En el incidente de aumento de la cuota alimentaria, la nueva cantidad fijada rige desde la interposición del pedido”.**

La sentencia que condena la prestación de alimentos al no producir *cosa juzgada material*, es susceptible de modificación ulterior, si varían las circunstancias de hecho que se tuvieron en miras al momen-

---

\*Secretaria del Tribunal de Familia n°2 del Departamento Judicial de San Isidro.

to del dictado del pronunciamiento o de la celebración del acuerdo alimentario, sea que se haya modificado la necesidad del alimentado o bien la posibilidad económica del alimentante.

El propio avance de la vida provoca la mutación de las prioridades de uno y otro, que concluyen en planteos judiciales para atender estos nuevos intereses. La constante variación de estas necesidades sea que se pretenda acrecentar, disminuir, o hacer desaparecer los alimentos concibió la vía incidental para dar curso a tales pretensiones.

El nuevo texto ratifica la vía del incidente para el trámite de cualquier modificación de la cuota alimentaria, se trate de aumento, disminución o cesación, así como lo hace respecto a la competencia del juez que debe intervenir, que es el del lugar donde fueron solicitados

Respecto a este último punto, pese a no haber sido modificado, nos interesa remarcarlo porque existen un sinnúmero de situaciones que pueden llevar a que sea otro el magistrado que entienda en la causa; por eso dedicaremos un título especial para abordar los conflictos que se plantean en torno a la competencia, que analizaremos junto a la compilación de los fallos más destacados, teniendo especial consideración las resoluciones de nuestro más Alto Tribunal.

Continuando con la lectura del artículo vemos que la reseña de que el trámite no interrumpe las cuotas alimentarias ya fijadas, continúa con igual redacción, y esto es así por el carácter asistencial que caracteriza a la cuota alimentaria.

Pues, no obstante que la prestación alimentaria tiene entidad económica, el derecho y la obligación de dar alimentos no procura satisfacer un interés de naturaleza patrimonial, sino, fundado en la relación de familia (art. 499 del Código Civil). Su finalidad es permitir al alimentista, cónyuge o pariente, satisfacer sus necesidades materiales y espirituales con la extensión que corresponda según el caso.<sup>1</sup>

La novedad que sí introduce esta ley, es la fijación de la fecha

---

<sup>1</sup> BOSSERT, Gustavo, A. "Régimen Jurídico de los alimentos" Ed. Astrea; 2º Edición p. 3.

a partir de la cual comenzará a regir el aumento de la cuota alimentaria, que es ahora, desde "la interposición del pedido".

En el paraje siguiente razonaremos sobre cuáles son los alcances del efecto retroactivo de la sentencia de aumento y las diferencias que existen respecto a las otras resoluciones incidentales.

## 2. El efecto retroactivo de la sentencia

Hasta la reforma mencionada, no existía uniformidad de criterios respecto a cuál era el momento a partir del cual el aumento era exigible. Mientras algunos afirmaban que el incremento se debía desde la notificación del traslado del pedido<sup>2</sup>, otros aclaraban que lo era de la fecha de notificación de la demanda<sup>3</sup>, y una tercera postura entendía que debía abonarse desde que la acción era deducida, por ser esa la oportunidad en que se ponía de manifiesto -con relevancia jurídica- la necesidad de incrementar la prestación<sup>4</sup>.

Nótese que primer y segundo grupo los dividimos por cuanto la palabra "pedido" no siempre es asimilable a "demanda". Los incidentes iniciados con el objeto de modificar la cuota alimentaria transitan, en la Provincia de Buenos Aires, por la "etapa previa" y la expresión utilizada para "el pedido" corresponde, hoy, sea equiparada a la fecha de la

---

<sup>2</sup> ZANNONI Eduardo A. "Derecho de Familia" T I 3º Edición p.156. Ed. Astrea; MENDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel Hugo "Derecho de Familia" T III. Ed. Rubinzal- Culzoni, p. 477; CC0201 LP 109578 RSD-55-9 S 16-4-2009, Juez FERRER (SD) "Aguilera, Carmen Fabiana c/ Flamini Sarracino, Gerardo s/ Incidente aumento de cuota alimentaria"; CC0201 LP, A 43787 RSD-35-97 S 20-2-1997, Juez CRESPI (SD) "P.,J.N.s/ Alimentos; CC0102 LP 213235 RSI-773-92 I 23-11-1992: "B., M. M. c/ C., L. A. s/ Inc. cuota alimentaria"; CPCB Art. 647 CC0201 LP 91568 RSD-181-1 S 27-6-2001, Juez MARROCO (SD) CARATULA: G. de P., M.L s/Divorcio vincular; CC0102 LP 213235 RSI-773-92 I 23-11-1992 CARATULA: B., M.M.c/C.,L.A. s/ Inc. cuota alimentaria".

<sup>3</sup> FENOCHIETTO-BERNAL CASTRO-PIGNI "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires" 2º Edición. P.642; "CAMPOS, Roberto, D., "Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores" Ed.Hammurabi. Depalma. p 115.

<sup>4</sup> CC0201 LP, A 43787 RSD-35-97 S 20-2-1997 , Juez CRESPI (SD CARATULA: P., J. N. s/ Divorcio (art. 67 bis). Alimentos MAG. VOTANTES: Crespi-Sosa

planilla de trámite iniciada, diferenciándose entonces del momento de la demanda, en tanto ésta se acompaña una vez que la etapa a cargo del Consejero de familia ha concluido sin éxito, es decir sin haber mediado acuerdo entre las partes. Vale esta aclaración porque de la lectura de las opiniones vertidas por nuestros distinguidos doctrinarios, anteriores a la creación del fuero específico de familia, conforme Ley 11453, utilizaban la expresión “demanda” y “pedido” como sinónimos, pero que después del procedimiento especial tales expresiones indican dos momentos bien diferenciados.

La frase que indica “desde la interposición del pedido” y no de la demanda, como esta contemplado en el art. 641 del CPCC para la fijación de alimentos, resulta una gran ventaja para los actores del proceso en cuanto anticipa considerablemente el efecto de la sentencia. Este detalle en la redacción nos permite concluir, tal como anticipáramos, que el efecto se retrotrae al momento mismo del inicio de la “solicitud de trámite” que da comienzo a la “etapa previa” prevista por los arts. 828 y 829 del CPCC. (*modificado por: Ley 7.861, art.1, Ley 11.453 art.4*)

Del art. 647 se desprende, además, el carácter declarativo de la sentencia que hace lugar al aumento de la cuota alimentaria, en tanto verifica la existencia de un derecho anterior a su pronunciamiento, lo que lo diferencia del incidente de reducción o de cese de la cuota, en que la sentencia es constitutiva.

En el primero de los casos, de acogerse la pretensión de aumento, la sentencia producirá efectos “ex tunc”; mientras que en el caso de disminución o cese, los efectos son “ex nunc” es decir desde su dictado. Lo que resulta de toda lógica pues de lo contrario, habría derecho a exigirle al alimentista la devolución de las cuotas que legítimamente percibió desde la demanda incidental, o en su caso desde su notificación, lo que está en contradicción con la naturaleza asistencial de la prestación que tiene un natural destino de consumo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> CC0201 LP 94248 RSD-330-00 S 5-12-2000, Juez SOSA (SD):” S. A. G. c/ L. O. J. s/Alimentos”; CC0201 LP 96332 RSD-193-1 S 6-7-2001, Juez MARROCO (SD): “A., C. H s/ Inc.

El efecto “ex nunc”, significa entonces que carece de efectos retroactivos sobre las cuotas fijadas con anterioridad lo que debe quedar ligado a las sumas percibidas en razón de la irrepitibilidad de éstas. Dicho criterio no puede adoptarse respecto de los devengados y no percibidos por el alimentado por causas ajenas a la voluntad del alimentante, supuestos en los que habrá de reconocerle al fallo que dispone la cesación, efectos “ex tunc”<sup>6</sup>.

El principio general nos marca que los alimentos percibidos son irrepitibles por el alimentante, tanto que los haya abonado en forma voluntaria como forzosa

Pero ¿qué ocurre con los alimentos devengados y no percibidos en el lapso que corre desde la interposición de la demanda hasta el dictado de la nueva sentencia? Nos enseña nuestro Superior Tribunal, al respecto, que la caducidad no está prevista por norma legal alguna y por consiguiente por constituir una sanción no puede resultar de una creación pretoriana, sin sustento legal. La sentencia incidental que pone fin a un pedido de cesación o reducción de cuota, tiene operatividad por vía de principio- a partir del momento en que dicho pronunciamiento adquirió firmeza y no antes, habida cuenta de que el art. 647 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que el trámite del incidente “no interrumpirá la percepción de las cuotas ya fijadas”.

En este sentido, si el alimentante hubiere cumplido regularmente con el pago de las cuotas fijadas con anterioridad, el precepto en cuestión sería de estricta aplicación, y un principio elemental de derecho es el que nos dice que nunca la situación del deudor moroso debe ser mejor que la del diligente<sup>7</sup>.

---

de disminución cuota alimentaria en autos:” D. O., M. c/ A. s/Alimentos”. CC0201 LP 98248 RSI-717-2 I 10-12-2002 “De O., M. J. P. c/ A., C. H. s/ Alimentos cuadernillo apelación”.

<sup>6</sup> SCBA, Ac 62119 S 4-6-1996, Juez LABORDE (SD):”L.N.E. c/ M.S.P. s/ Alimentos”, PUBLICACIONES: DJBA 151, 87. Trib. de origen CC0101BB.

<sup>7</sup> SCJBA causa Ac. 62.119, “L.N.E. contra M.S.P. Alimentos”. En el caso se había decretado el divorcio vincular de los cónyuges por haber incurrido la esposa en adulterio y el marido en injurias graves. Los efectos de tal sentencia son, respecto al derecho alimentario reconocido a la

Para dar correcta respuesta al interrogante planteado habrá que analizar, en el caso específico, si las cuotas que no se percibieron durante el citado período se debieron a la conducta renuente del alimentante o si por el contrario el motivo fue que no hubo "voluntad activa" de la alimentada.

Por eso, siendo que la resolución que dispone la reducción tiene operatividad a partir de que adquiere firmeza, no suspende la percepción de la prestación por alimentos, ni gravita sobre la cuota alimentaria vigente; cuando la alimentada no pudo percibir las cuotas devengadas por haber mediado resistencia al pago, por parte del alimentante, éste no puede pretender que se lo libere en parte de la obligación alimentaria con anterioridad al pronunciamiento jurisdiccional firme que ordena la modificación de la cuota<sup>8</sup>.

En cambio, si del motivo de la carencia de percepción, no se advierte la denominada "voluntad activa" en la alimentada, que debe ser oportuna y anterior a que quede firme aquella resolución que decreta la cesación, y con mayor razón cuando la causa de cesación está dada por la carencia de necesidad de la alimentada, el alimentante sí quedaría liberado del reclamo<sup>9</sup>.

---

mujer, su cese, conforme lo establecido por los arts. 217, 218, 210y conc. del Código Civil (texto ordenado por ley 23.515). Tal cese -de pleno derecho según el art. 646 del CPCC- tiene efecto retroactivo respecto de las cuotas devengadas pero no percibidas ya que, en el caso, la sentencia que declaró el divorcio vincular por culpa de la esposa incurso en adulterio pone en evidencia que ella carecía del derecho a los alimentos. Tal carencia de título descarta se pueda invocar la excepción relativa a que la mujer no pudo percibir los alimentos por culpa o dolo del marido "ya que un crédito declarado inexistente no puede cobrar vida por la circunstancia de que el presunto deudor haya rehuido su pago" (v. "Acuerdos y Sentencias", 1957-IV, págs. 207/8). Dado que la obligación alimentaria cuyos devengamientos se pretende percibir carece de causa (art. 499 del Código Civil y su doc.).

<sup>8</sup> CC0201 LP 96066 RSI-83-1 I 17-5-2001 "H., A. R. y otra s/ Divorcio vincular por presentación conjunta".

<sup>9</sup> CC0100 SN 940163 RSD-99-94 S 26-5-1994, Juez CIVILOTTI (SD): "G.C.G. c/ C. de G.V.N. s/ Incidente de cesación o reducción de cuota alimentaria". LLBA 1995, 348: "S. M. I. y A. O. A. s/ Divorcio vincular". Trib. de origen: JC 0606 4-2 CC0100 SN 970928 RSD-53-98 S 31-3-1998, Juez MAGGI (SD).

Otras razones han de sumársele también para fundar la no exigibilidad de las cuotas impagas, por ejemplo por haber cesado la causa que dio origen al crédito, las necesidades a cubrir o las posibilidades del alimentante que se tuvieron en cuenta al fijar anteriormente la cuota. De todas formas habrá que analizar cada caso en forma individual.

### 3. Algunas cuestiones de competencia

Del sistema previsto por la ley procesal para determinar el juez competente en materia de alimentos surge que, por fuera de los supuestos de acciones autónomas (o "principales", en los términos del art. 228 inc. 2, locución final del Código Civil) rigen, o bien las reglas de la conexidad, o bien la de los incidentes o las del trámite de ejecución de sentencias.

Respecto de la primera hipótesis, será competente en la petición de alimentos el juez que entiende en el juicio de divorcio (art. 228 inc. 1, CC), "mientras durare" su tramitación (art. 6 inc. 3, CPCC.); pues, una vez culminado, recobra virtualidad la regla de la autonomía (art. 228 inc. 2, Cód. Civ. cit.), que confiere al acreedor varias opciones: demandar ante el juez del domicilio conyugal, si es que se trata de cónyuges que viven juntos; o del domicilio del demandado o el de la residencia habitual del actor, o ante el juez del lugar en que se cumple la prestación alimentaria o en el que se celebró el convenio alimentario, en caso de haberlo, siempre que éste coincida con la residencia del demandado.

En la segunda alternativa, en los incidentes de petición de cese, aumento, disminución o coparticipación en los alimentos, será juez competente el del proceso en que fueron solicitados (conf. arts. 647, 6 inc. 1 y 175, CPCC.).

Por último, en la ejecución de la sentencia de alimentos, debe intervenir el juez del proceso principal (conf. arts. 6 inc. 1 cit. y 499, CPCC).

Este esquema no ofrece dificultades cuando la competencia permanece en cabeza de un mismo órgano (antes: los juzgados de primera instancia en lo civil y comercial; hoy: los tribunales de familia). Y, en

principio, tampoco respecto de la competencia que conservaron los nombrados jueces civiles hasta finalizar las causas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia del fuero especial (conf. resolución 1339 de la Presidencia de la S.C.B.A., dictada el 8-IX-1996 en el marco del expediente 3001218/96 en relación con un reclamo de los Juzgados Civiles con sede en Lomas de Zamora), que impide la redistribución de los expedientes que estuvieren en trámite<sup>10</sup>.

Las dificultades se suscitan con los planteos de competencia negativa entre el fuero Civil y Comercial y el de familia; conflictos respecto de los que se expidió la Suprema Corte de Justicia a través de resoluciones variadas, y en algunos casos divididas. Los que analizaremos en el punto siguiente.

### **Competencia negativa entre el fuero Civil y Comercial y el de Familia**

En unos primeros fallos sostuvo el Superior Tribunal que cuando tramitó un divorcio en otro fuero, (Juzgado Civil y Comercial), y éste estaba finalizado, el pedido de reducción de cuota alimentaria iniciado por ante los Tribunales de Familia, es de competencia de éstos últimos, y no la del juez del divorcio. Ello en tanto los Tribunales de Familia si bien ejercen competencia exclusiva en la materia (art. 827 inc. "m", CPCC), ésta sólo puede desplazarse a jueces de distinto fuero por razones legales o de conexidad cuando así esté establecido (conf. art. 828, Cod. cit.; art. 228 inc. 1º, CC.; Ac. 59.931, 13-VI-1995). Situación que no se verifica cuando los juicios de divorcio y alimentos han finalizado por sentencia firme (Ac. 69.427, 23-XII-1997; Ac. 82.154, 11-VII-2001)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver en este sentido los votos del Dr. Soria en las causas SCBA, Ac 93564 I 21-12-2005 ; SCBA, Ac 94846 I 22-2-2006 "G.,J. c/ H.,S. s/ Alimentos" ; SCBA, Ac 99878 I 14-2-2007 " M.,G. c/ D.,B. s/ Alimentos". Incidente de competencia e/Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 y Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata.

<sup>11</sup> SCBA, Ac 69427 I 23-12-1997 "T., O. y A. S., A. M. s/ Divorcio vincular"; SCBA, AC 88976 I 5-11-2003 "P.,R. c/ L.,C. s/ Incidente disminución de cuota alimentaria. Inc. de comp."

En sentido contrario, un fallo de la Cámara Civil de San Isidro entendió que si durante la tramitación del juicio de divorcio medió un proceso alimentario o acuerdo de partes sobre este tema, todas las cuestiones posteriores sobre ellos se tramitarán ante el juez que entendió en aquel juicio, aunque éste hubiese finalizado.CPCB Art. 6 Inc. 3; CCI Art. 228<sup>12</sup>.

Posteriormente, y por mayoría, la Corte se inclinó por dar una solución distinta; siguiendo la opinión vertida por el Dr. de Lazzari en sus votos, propició como doctrina la solución de que sea el órgano que intervino en la fijación de los alimentos el competente para analizar su modificación, aumento o cese por ser quien está en mejores condiciones de hacerlo, (el Dr. Hitters al adherirse lo hace aclarando que deja de lado su postura expuesta en las causas Ac. 86.213 del 23X2002 y Ac. 86.842 del 18XII2002).

Enseña así el ministro que cuando la ley prevé la posibilidad de iniciar un proceso con posterioridad a otro como acontece con el juicio ordinario posterior al ejecutivo (arts. 6 inc. 6; 551, CPCC) o con el beneficio de litigar sin gastos con respecto del principal en el que se quiere hacer valer y que ya estuviere trabado (art. 6 inc. 5), entre otros como regla, se sustancian ante un mismo magistrado. Así, la propia renovación impuesta por la dinámica misma de la vida que provoca la mutación de las prioridades del alimentado y alimentante, concluyendo en el planteo jurisdiccional de los nuevos intereses demandantes de tutela no puede merecer una respuesta distinta.

Por ello, habiéndose fijado por una resolución judicial el alcance de los alimentos ya sea luego de un proceso contradictorio o como producto de una sentencia homologatoria, su modificación, cese o aumento deberá tramitar ante el juez que dictó la sentencia que los reconoció, por ser éste el hábil para entender tanto en su ejecución como en cualquier alteración que a dicho pronunciamiento pretenda efectuarse, con-

---

<sup>12</sup> CC0002 SI 74996 RSI-813-2 I 10-9-2002 "M.P. c/ M.J. s/ Alimentos"

forme lo dispone con carácter general el art. 6 inc. 1 del CPCC y específicamente el art. 647 ya citado<sup>13</sup>.

En minoría, el Dr. Soria entendió que, en tales supuestos, no resulta aplicable el art. 647 del CPCC, cuando el juicio principal se ha agotado. Sobre todo porque una ley posterior, específica del fuero, ha despojado la competencia para entender en las cuestiones de familia al juzgado que previno en el reclamo principal (máxime cuando han transcurrido ya varios años desde el dictado de la sentencia). Y esta competencia solo se desplaza por razones legales. Otorga primacía al nuevo sistema de enjuiciamiento y organización de los casos de familia, plasmado en la ley 11.453, y concluye que procede se atribuya la competencia en tales supuestos a los Tribunales de Familia<sup>14</sup>, solución a la que adherimos.

#### **Atribución de competencia en el fuero de familia**

La cuestión resulta más sencilla cuando nos adentramos de lleno al fuero de familia; el nuevo artículo 830 del CPCC - Conf. Ley 11.453- indica que el tribunal que hubiere prevenido en una conflictiva familiar será el que siga entendiendo en las que se inicien con posterioridad. La Receptoría General de Expedientes es la que constata la existencia de peticiones anteriores de las partes, y en caso de hallar antecedentes remitirá la nueva causa a aquel Tribunal que hubiere prevenido.

Esta norma, específica del fuero de familia, desplaza la del art. 6 inc. 3 del CPCC, que remitía la competencia, en los casos de alimentos, al del juicio de divorcio o nulidad de matrimonio mientras durara la tramitación de éstos últimos.

En la actualidad, sea cual fuere el tipo de trámite que se inicie primero, sella la competencia del tribunal para entender en las futuras

---

<sup>13</sup> Ac. 93.564; Ac. 97.873; Ac. 97.844 y Ac. 99.878 citadas y Ac. 95.543 y Ac. 94.846 ésta citada por el tribunal de familia a fs. 222 vta. ambas del 22II2006; Ac. 93.564, 21XII2005; Ac. 97.873, 10V2006; Ac. 97.844, 17V2006; Ac. 99.878, 14II2007.

<sup>14</sup> Ac. 35.834, Ac. 90.207 y los mencionados en la cita precedente.

conflictivas familiares, sin importar si fue un juicio de alimentos, divorcio, o una violencia familiar. De esta manera se resguarda el principio de mantenimiento de las causas ante su juez natural consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas la SCJBA resolvió que la vinculación existente entre los alimentos y el juicio de divorcio posterior no puede servir de fundamento para declinar la competencia del órgano originario, máxime que cuando comenzó el segundo de los citados, aquel proceso llevaba cinco meses de tramitación ante éste. En el caso, las actuaciones por alimentos -primera de las deducidas entre las partes-, radicadas en el fuero de familia de San Isidro, en el que se adoptaron numerosas decisiones que implicaron ejercer su competencia, dejó definitivamente fijada la competencia. (Conf. arts. 7 y concs., C.P.C.C.; 18, Const. nac.; doct. Ac. 93.982, 6IV2005; Ac. 96.115, 30XI2005)<sup>15</sup>.

Por ello, en materia de familia, existiendo un proceso anterior entre las mismas partes, corresponde la sustanciación de todas las pretensiones posteriores ante el tribunal que previno en el conflicto familiar (Conf. art. 830 CPC).

Hasta aquí no parece ser de difícil solución la determinación del juez que debe entender en la nueva causa iniciada. Pero un nuevo conflicto se presenta con la transformación de los actuales Tribunales de Familia y la creación de nuevos juzgados unipersonales que van acompañados de la descentralización jurisdiccional. Así, se dispuso la creación de juzgados en Tres Arroyos, Lanús, San Miguel, Avellaneda, Pilar, y Tigre, entre otros de conformidad con la ley 13.634 y sus modificatorias 13.772, 13944, 14.116, 14.173).

A modo de ejemplo, el departamento judicial de San Isidro, donde funcionan actualmente dos tribunales, se convertirán en seis juzgados unipersonales, y se crean además dos juzgados de familia con competencia exclusiva en el Partido Pilar (uno ya en funcionamiento) y dos que la tendrán en el partido de Tigre (que anhelamos sean de próxima

---

<sup>15</sup> SCBA, Ac 99469 I 7-2-2007 "C.,D. c/ M.,P. s/ Alimentos" Trib. de origen: TF0200SI D. M., N. c/ M., P. L. Alimentos".



apertura). Tal supuesto, que se repite de forma similar en toda la provincia de Buenos Aires, genera cierta incertidumbre en cuanto a cuál será el magistrado que deba entender en las nuevas causas que se inician.

Si se pretende ejecutar una sentencia, no hay dudas de que debe plantearse ante el juez que la dictó; pero ¿qué ocurre si se inicia un incidente de modificación de la cuota alimentaria que fue fijada en el Tribunal cabecera del partido, y los domicilios se encuentran dentro de alguna localidad que compete en forma exclusiva al nuevo juzgado? ¿Debe entender el magistrado del juzgado unipersonal, o el del juicio principal donde se resolvió la cuestión alimentaria? Entendemos que en este supuesto resulta de estricta aplicación el art. 647 del CPCC que remite la competencia al proceso donde fueron solicitados. Tal solución resguarda además el principio del juez natural cuyo derecho consagra el art. 18 de la CN.

Siguiendo igualmente los lineamientos del art. 830 del CPCC corresponde que en las nuevas conflictivas familiares que se presenten siga entendiendo el mismo juez, sin perjuicio de que los domicilios de ambas partes se encuentren ubicados en la nueva jurisdicción, por aplicación además del principio de la “perpetuatio jurisdictionis”. De lo contrario podría correrse el riesgo de obtener fallos contradictorios.

El criterio señalado deberá mantenerse aunque la causa esté finalizada y/o archivada. Porque la dinámica propia que caracteriza a los conflictos de familia, hace que muchas veces se paralice o se neutralice temporalmente y se reabra el problema tiempo después, con otro matiz, que merezca ser tutelado judicialmente. Y quien está en mejores condiciones para hacerlo es el juez natural, que es quien entendió en el primer conflicto, máxime teniendo en cuenta que el fuero se caracteriza por la oralidad e inmediatez que se logra a partir del contacto que el juez alcanza en las audiencias que se celebren (la audiencia preliminar prevista por el art. 636 del CPC, y también la de la vista de causa del art. 848 y 849 del CPC).

En sentido contrario, y ante la creación de un nuevo departamento judicial, se sostuvo que debe prevalecer un principio de razonabilidad, según el cual, habida cuenta de que el juicio de alimentos está

concluido, ante el cambio de jurisdicciones operado a partir de la creación del nuevo Departamento Judicial que abarca precisamente la ciudad en la que ambas partes tienen sus domicilios reales, se otorgue prevalencia a la nueva jurisdicción territorial, lo que, además de ajustarse a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia no perjudica los intereses de la alimentada<sup>16</sup>.

### Casos en los que hay o no, conexidad

Finalmente realizamos una compilación, a modo de guía, de algunos fallos en los que se ha resuelto hacer lugar al pedido de conexidad con la causa principal y otros en los que se la ha rechazado.

No convergen razones de conexidad que autoricen el desplazamiento de la competencia (art. 830 del CPC), entre la acción por alimentos entablada por una madre en beneficio de su hija menor nacida de la unión de hecho con el demandado, y la acción de divorcio en el que se resolvió que el mencionado pasara cuota alimentaria a su hija menor, fruto del matrimonio con otra mujer<sup>17</sup>.

Tampoco existe conexidad en la demanda por alimentos y litis expensas incoada, en los términos del art. 367 del Código Civil, contra los abuelos paternos de las hijas de la actora y el juicio de divorcio en el que se homologó el acuerdo de alimentos entre la actora y el hijo de aquéllos (art. 827 inc. "m" CPC). CCI Art. 367; CPC art. 827 " Inc. "m. Se resolvió en el caso que era competencia de los tribunales de familia y no del juez civil que entendió en aquellos<sup>18</sup>

En la rendición de cuentas del destino que tienen los fondos aportados mediante la cuota alimentaria en favor de los hijos menores de edad fijada en la sentencia del juicio de divorcio, debe entender en la

---

<sup>16</sup> CC0100 SN 930696 RSI-19-94 I 15-2-1994:” C.D.N. c/ A.W.F. s/ Incidente de Aumento de Cuota Alimentaria “.

<sup>17</sup> SCBA, AC 89267 I 9-10-2003 “F.,M. c/ S.,V. s/ Alimentos”.

<sup>18</sup> SCBA, Ac 105641 I 3-12-2008 “M.,B. c/ C.,J. s/ Alimentos. Inc. de comp. e/ Trib. de Flia. n° 1 y Juzg. Civ. y Com. n° 2 de Mar del Plata”.

causa el Juez que intervino en el mencionado juicio de divorcio, en tanto fue éste quien homologó el acuerdo sobre los alimentos sellando jurisdiccionalmente a través de una sentencia homologatoria el litigio existente entre las partes. Una contienda erigida en el cumplimiento de la citada resolución, no puede sustraerse del conocimiento del Juez que decidiera la principal (conf. art. 6º inc. 1 y conc. del CPC)<sup>19</sup>.

No atrae la demanda de alimentos y litis expensas incoada, en los términos del art. 367 del Código Civil, contra los abuelos paternos de las hijas de la actora. Es competencia de los tribunales de familia y no del juez civil que entendió en el juicio de divorcio (art. 827 inc. "m" CPC)<sup>20</sup>.

Si ha concluido el juicio de divorcio y se inicia el pedido de alimentos, corresponde, en principio, hacer aplicación del inc. 2º del art. 228 CCI (ley 23515), toda vez que resulta más favorable a los fines del cumplimiento de la obligación alimentaria porque la cuestión sería principal y no accesorio.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Ac. 35.834, 11-II-1986; SCBA, AC 90207 I 3-3-2004 "V.,E. c/ C.,A. s/ Inc."

<sup>20</sup> CCI Art. 367; CPCB Art. 827 "Inc. "m SCBA, Ac 105641 I 3-12-2008 "M.,B. c/ C.,J. s/ Alimentos". Inc. de comp.". e/ Trib. de Flia. N° 1 y Juzg. Civ. y Com. n° 2 de Mar del Plata.

<sup>21</sup> CCI CC0102 MP 95802 RSD-806-95 I 12-10-1995 "U,A. c/ R., A. L. s/ Alimentos" CC0102 MP 117155 RSI-546-1 I 14-6-2001 "A.A. c/ P.,G. s/ Alimentos" CC0101 MP 121484 RSI-1310-2 I 17-9-2002 "B., L. A. y Ot. c/ C., J. L. s/ Alimentos".

A propósito de un fallo de la Cámara Federal de Mar del Plata (que se transcribe en el presente número) surgió este trabajo que nos ha parecido interesante –aún sin compartir personalmente algunos puntos de vista de la autora- sobre el tema inagotado de la fertilización asistida y las cuestiones afines que constituye por ahora un gran desafío y un interrogante mayúsculo para el derecho.

Desde luego que el debate queda abierto y a la espera de otros enfoques y opiniones que podrán incluirse en nuestra Revista.

D.C.

**FERTILIZACIÓN ASISTIDA:****Interrogantes y posibles respuestas.***María del Carmen Barbero de Rébora\**

*A mis padres Omar y Carmen  
por haberme amado.*

*“La revolución biológica o de Pigmalión, significa que nuestra cultura ha devenido antropoplástica..., que las técnicas del cuerpo son ahora tecnología del cuerpo, que el hombre está dirigiendo la técnica (o la técnica al hombre) no ya a la transformación del mundo, como lo viene haciendo desde el neolítico y en escala planetaria desde la revolución industrial, sino a la transformación de sí mismo (antropotecnia). En particular una medicina sustitutiva, que reemplaza las partes y funciones del cuerpo, cuyas técnicas inventan la quimera, está señalando el destino protésico de la vida humana, empezando por sus formas asistidas o intervenidas de nacer, procrear o morir.*

\* Abogada del Tribunal de Familia n°1 del Departamento Judicial de San Isidro.

*Las nuevas técnicas biomédicas permutativas o de recambio del cuerpo comprenden la bioingeniería (aparatos y órganos artificiales), los trasplantes de órganos y tejidos, la donación de gametas y embriones y las intervenciones genéticas (trasplantes moleculares). Estas técnicas son en verdad tecnologías del cuerpo que abren nuevas dimensiones somatoplásticas, relativas a la extensión, la duración, la remodelación y la representación de la vida personal.”*

**MAINETTI, José A.** “*Trasplantes de órganos: vida, muerte y resurrección*” JA 2008-IV-1124

*“La realidad es que hoy hemos dejado de nacer en casa, hemos dejado de morir en casa y, en poco tiempo, dejaremos de ser concebidos en casa.*

*Esta costumbre cada vez más común de ceder a manos de especialistas lo que naturalmente corresponde al amor y a lo más vital que hay en nosotros, a lo más profundo y sagrado de los vínculos personales, se está instalando imperceptiblemente.”*

**GUTMAN, Laura** “*Mujeres visibles madres invisibles*” Ed. Del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2009, pág 160.

## **I. Introducción.**

La fecundación asistida presenta una multiplicidad de desafíos que surgen al estudiarla en detalle, y que a simple vista no se advierten: en principio abordé el tema como un problema de quienes no pueden tener hijos naturalmente. A medida que avanzaba en el estudio, advertí la cantidad de sujetos involucrados, entrelazándose las consecuencias de estas técnicas con derechos tan fundamentales como el derecho a la identidad, a la vida, a la libre determinación y a la intimidad. Derechos que interesan a la sociedad toda.

La falta de regulación en nuestro país comienza a hacer eco en nuestros tribunales. Al no estar prohibidas estas técnicas, en la práctica se las considera permitidas.

Desde la escuela secundaria me ha interesado el tema del

comienzo de la vida humana, la noción de persona y a qué sujetos cabe asignarla.

Al conocer el fallo (pronunciamiento de la Cámara Federal de Mar del Plata, “*L. H.A. y otra v/ IOMA y otra*”, Magistrados: Jorge Ferro-Alejandro Tazza- Juan José Comparato, del 28/12/2008, surgió la idea de elaborar este comentario.

Detrás de las resoluciones jurídicas en análisis subyace una situación de vida muy difícil. No es una solicitud común de cobertura del tratamiento de fertilización asistida. Es un caso en el que los padres solicitan la selección de un embrión histocompatible con su primer hijo, que padece una enfermedad crónica, a los fines de que en el futuro, este bebé sea donante de su hermano, en las intervenciones necesarias para su curación.

Este precedente llama la atención porque a pesar de autorizar la práctica, la Instancia Revisora se ocupó de los embriones sobrantes, a los que declaró **seres humanos**. Como consecuencia de este reconocimiento, dictó una serie de medidas para su debida representación procesal y su protección. Y pese a su calidad de seres humanos y sujetos de derecho titulares del derecho a la vida, se ordenó su criopreservación.

Me limitaré a compartir con los colegas la información recabada y algunas conclusiones a las que he arribado. Además, durante la preparación de este trabajo se ha publicado otro comentario, completísimo y muy acertado, de la Dra. Úrsula Basset, cuya lectura recomiendo. “*Un bebé ¿puede ser un medicamento? Reparos ético-jurídicos a un fallo que sienta buenos principios y deriva en malas conclusiones*” (J.A., 2009-II, pág. 547 y ss. Abeledo Perrot, Bs. As., Argentina).

En otro plano, el cinematográfico, este drama ha tomado cuerpo en la película “*My sister’s keeper*” (“*La decisión más difícil*”-Director Nick Cassavetes. Actores: Cameron Díaz, Alec Baldwin, Abigail Breslin), que plantea la situación desde la óptica del hermano seleccionado- también denominado niño remedio- y las vicisitudes que pueden presentarse a medida que alcanza su autonomía, cuando su deseo de ayudar a su hermano se contrapone con su derecho a disponer de su propio cuerpo.

No es el objetivo de este trabajo conceptualizar y teorizar sobre lo que ya se ha escrito. Es mi deseo plantear incógnitas y compartir mis reflexiones, señalando también el camino que hasta ahora ha realizado la jurisprudencia nacional en la resolución de los casos planteados.

## **II. Repercusiones de la fertilización asistida en las relaciones de familia:**

No es un tema menor para el Derecho el modo en que venimos a este mundo. Es objetivo de este trabajo transmitir algunas ideas que han surgido al ver cómo estas nuevas formas de concebir seres humanos, inciden en las relaciones humanas, y en particular las de familia.

A modo de muestrario, señalo algunas plataformas fácticas que nos ayudarán a teorizar sobre el marco jurídico- inexistente hoy- que debería regular la práctica de estas técnicas.

### Primer caso:

Una pareja se dirige a su estudio jurídico y le plantea que, ante la esterilidad del marido, desean elegir como donante de semen a su hermano. (tío del niño). Los beneficios que encuentran son muchos: el deseo de lograr un parecido físico en el hijo respecto de sus padres, el tipo biológico sería el mismo, se zanjarían muchos problemas que en el futuro se podrían presentar en la salud del niño... Qué le respondería Ud?

Esta consulta fue realizada en un estudio jurídico, y no como una consulta sobre la factibilidad de la práctica, sino por temor de sus consecuencias jurídicas.

Nuestro sistema jurídico no da lugar a dudas en la respuesta: si nos atenemos a los principios generales del Derecho y a lo normado por nuestro Código Civil, aún con una clara expresión de voluntad del donante- renuncia mediante- a su derecho de reclamar la paternidad, este convenio sería inválido. Todo nuestro sistema filiatorio se basa en el vínculo biológico. Quien cumplió la función de tío -en el ejercicio de roles familiares-, como padre biológico, puede reclamar la paternidad

en cualquier momento, por razones sentimentales o económicas, (dejando a salvo las limitaciones respecto de la legitimación para accionar si se tratara de un vínculo matrimonial el que une a los padres jurídicos del niño). En reciprocidad, hipotéticamente, el sobrino-hijo podría impugnar la filiación establecida y reclamar sus derechos de hijo contra su tío.

### Segundo caso:

En esta época de auge de internet y de comunidades virtuales, no es extraño encontrarse con lo siguiente: en Estados Unidos, una madre, que buscaba conectar a su hijo con el donante de semen anónimo que eligió para quedar embarazada, creó una página web a tal fin. No logró su objetivo inicial, pero a través de ella se vincularon mujeres cuyos hijos son del mismo donante, es decir, biológicamente medio hermanos, generándose una comunidad cuasi familiar sin precedentes.

Wendy Kramer, creó la web [DonorSiblingRegistry.com](http://DonorSiblingRegistry.com). Más de 6.000 personas se dirigieron allí, entre ellas, las madres que quedaron embarazadas del donante 401, once mujeres estadounidenses cuyos hijos -14 en total- fueron concebidos con el esperma del mismo donante.

Las madres -en parte, madres solteras, en parte, lesbianas- coincidieron en la elección del mismo donante, en el banco de esperma de Fairfax, en el Estado de Virginia. La descripción decía que era alto, atlético, de cabellos castaños, ojos azules, muy cercano a su madre, con diploma universitario y raíces alemanas.

Aunque no se logró el primer objetivo de la creación de la página web, identificar al donante, este grupo de mujeres son amigas, mantienen el contacto entre ellas por correo electrónico, hablan por teléfono con regularidad, intercambian fotos y anécdotas de sus bebés, y siete de ellas aparecieron juntas en un programa de televisión y anunciaron que tenían previsto reunirse en un encuentro familiar que no tiene precedentes. Y que una de ellas había logrado cumplir el sueño de otra, gracias a esta comunidad: como el 401 se retiró inmediatamente del mercado, y una de ellas quería tener un segundo hijo del mismo donan-

te, Leann Mischel tenía esperma guardado en el laboratorio de su médico y lo puso a disposición de Carla Schoutten ya que ella no lo iba a utilizar. Fuente: DPA www.clarin.com

#### Tercer caso

Es interesante la consulta de foros de opinión que funcionan en internet sobre el tema que estudiamos, en especial lo relativo a la donación de esperma. Lo que se presenta en forma ideal como un acto gratuito y altruista, gracias al anonimato de los usuarios surge tal cual es: los mismos comentan cuánto se paga en concepto de compensación por viáticos, se menciona el caso de estudiantes europeos, sector de la población que en cantidad alarmante recurre a este modo de generar sus ingresos, y se critica la aparente "gratuidad" de tal práctica, como una idea falaz que oculta la realidad.

#### Cuarto caso

Son varios los casos que han llegado a la justicia, en que se solicita autorización para realizar la inseminación post-mortem.

A título ilustrativo, reseño brevemente el caso de Corinne Parpalaix, la primera mujer francesa que fue inseminada con el esperma de su marido muerto. Si bien logró la autorización, la técnica fracasó.

Su novio padecía de cáncer de testículos. Tras varias operaciones, un médico le aconsejó que depositara su esperma en un centro adecuado, pues aunque su salud mejorara corría el riesgo de quedar estéril. Cuando se les anunció que la muerte era inminente, decidieron casarse inmediatamente en el hospital. Él falleció 48 horas después.

Corinne solicitó autorización judicial, para ser inseminada con el semen depositado en un centro de fertilidad.

A pesar de la oposición radical del fiscal, que negaba a esta mujer todos los derechos sobre el esperma depositado por su marido, el presidente del tribunal de Creteil, Alfred Daussy, dio más peso a los argu-

mentos humanos y al vacío jurídico, y le otorgó la autorización solicitada. (fuente www.elpais.com "*El juez autoriza a una viuda francesa a ser inseminada, con el esperma de su marido muerto. Corinne Parpalaix dice ser "la mujer más feliz de Francia"*" - París - 02/08/1984 "*El médico de Corinne Parpalaix confirma el fracaso de la inseminación artificial con el esperma de su marido fallecido*" **REUTER**, - París - 12/01/1985)

#### Quinto caso.

En Estados Unidos se ha dictado el fallo reseñado en la Revista de Derecho de Familia, en el que se condenó a pasar alimentos con fundamento en la voluntad de ser madre.

A través de una inseminación artificial una pareja homosexual femenina había engendrado dos hijos, y luego de su separación una de las integrantes de la pareja se negaba a cumplir sus deberes de asistencia para con los menores, amparándose en la inexistencia de vínculo biológico con ellos.

La Corte Suprema de California declaró que la voluntad procreacional, implica la responsabilidad parental, independientemente de las vicisitudes que como pareja tengan quienes recurrieron a las prácticas de fecundación asistida. (ver Revista de Derecho de Familia nro. 2006-II, p. 157).

#### Sexto caso:

Se plantea en un expediente sobre liquidación de la sociedad conyugal un convenio sobre la adjudicación de embriones congelados y cuál de los cónyuges se hará cargo de la cuota de mantenimiento en el Banco de Crioconservación.

Y así podríamos seguir. Hay mucho más de lo que nuestra imaginación pueda prever. Y habrá más.

Este breve resumen de los casos que he estudiado en la búsqueda de material para este trabajo, ilustra la vastedad del tema en el mundo, y el dato empírico que fluye, sin limitaciones de ningún tipo ni éticas ni legislativas.

### **III. Cuestiones a analizar.**

Confieso que el tema me ha desvelado por sus características. He emprendido mi mejor esfuerzo de abordarlo del modo más aséptico posible, intentando despojarme de mis prejuicios, de mis ideas religiosas y mis creencias más profundas. De mis sentimientos más conmovedores hacia la maternidad y la paternidad.

He aquí algunos interrogantes: ¿Tienen las obras sociales el deber de cubrir los tratamientos de fertilización asistida? ¿Es la infertilidad un problema de salud? ¿Cuál es el concepto de salud, y cuál el deber de cobertura de la obra social?

¿Existe el derecho al hijo? Y en caso afirmativo, ¿a quién puede exigirse?

¿Tienen los padres derecho a solicitar la selección de un embrión, que implantado crecerá y podrá en el momento adecuado proveer de las células necesarias o de un órgano requerido para la curación de su hermano?

¿Tienen derecho los padres a mantener congelado un embrión, sin la seguridad de que será implantado, y cuál es el riesgo de su crioconservación?

¿Qué es el embrión humano? ¿Cuál es su status jurídico?

### **IV. El dato de la realidad: La cruda verdad**

Nos guste o no, estas técnicas se realizan a pesar de y gracias a la ausencia de regulación específica.

En su realización, de costo muy elevado, influyen muchos factores: el retraso de la maternidad por razones laborales, razones biológicas que afectan los ciclos de las mujeres, el uso de materiales en la elaboración de productos que usamos a diario que al parecer influyen en las causas de esterilidad. Hoy quien no puede tener hijos tiene una opción para tenerlos, para cumplir su sueño, y es la fecundación asistida.

Así lo demuestran las páginas web de los centros de fertilidad:

caras felices, galerías de niños producidos por estas técnicas... las que sin regulación se presentan como una oferta más en el mercado.

No quiero olvidar aquí el sufrimiento por el que pasan las parejas que no pueden concebir naturalmente. Nadie tiene malos sentimientos ni malos objetivos, pero la realidad es que estas técnicas conllevan el descarte, manipulación y crioconservación de los embriones, por lo cual al momento de recurrir a ellas, debe sopesarse esta consecuencia inevitable.

Para concebir un hijo, deben descartarse innumerables embriones. Este es el avance (?) de la técnica, por ahora.

¿Y cuál debe ser la respuesta del Derecho, que siempre debe proteger al más débil? Basta afirmar, como se hace en este fallo, que los embriones humanos son seres humanos, y por lo tanto, merecen protección jurídica? ¿No estamos muy lejos de otorgarles verdadera protección?

Los embriones son descartados, como bocetos de un pintor, como manuscritos de un escritor, o frascos de semillas de un laboratorio agrario. No olvidemos que en nuestro país se ha procedido no solo al descarte de embriones, sino al de fetos de hasta 20 semanas de gestación (5 meses de embarazo!), en resonados casos que tristemente debemos aquí recordar.

En síntesis, el panorama se integra con varios aspectos: embriones congelados, reservados, seleccionados; mujeres sometidas a largas terapias hormonales; a veces a dolorosos fracasos de las técnicas. Otras, a embarazos supernumerarios y a las secuelas físicas y psíquicas resultantes.

Nos preguntamos con preocupación, hasta dónde llegará el hombre en el empleo irracional de su poder en el campo de la genética.

### **V. La respuesta legislativa, jurisprudencial y de la Doctrina especializada**

## EL SILENCIO DE LA LEY

No existen en nuestro país, leyes que regulen específicamente el tema. Numerosos proyectos esperan su tratamiento (ver apéndice).

Haciendo un gran esfuerzo interpretativo, sólo se puede relacionar la ley 25.673 y su Decreto Reglamentario N° 1282/03, PEN que regulan la Promoción y Desarrollo de la Salud Reproductiva y Procreación Responsable (Adla, LXII-E, 5119; LXIII-C, 2675), garantizando asimismo el acceso a la Reproducción y Educación incorporándose a la estrategia de Atención Primaria a la Salud, o sea que lo subsume en el Programa Médico Obligatorio (**Resolución 201/2002**), pero sin contemplar los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad sobre los que aún pesa la discusión ético científica.

Las leyes 23.660 (Obras sociales), 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) y 24.754 (medicina prepaga) guardan silencio sobre el tema.

## LA JURISPRUDENCIA: Respuestas para el caso concreto, que se han generalizado

A continuación, sintetizaré los principales argumentos esgrimidos en los casos que he estudiado, tanto a favor como en contra de la utilización de estas técnicas:

### **ARGUMENTOS A FAVOR**

#### 1. La infertilidad es una enfermedad:

El principal argumento de peso para otorgar la cobertura de estos tratamientos es el derecho a la salud: se define a la infertilidad como una enfermedad, no como una condición más del hombre o la mujer y, como tal, se la integra al derecho a la salud, de jerarquía constitucional. (en tal sentido: Juzgado Correccional n° 1 de Junín del 23/4/2008, confirmado por la Cám. Cont. Adm. San Nicolás (conf. "F. N. H. y otro v. Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA) s/ acción de amparo") del 15/5/2008.

Algunos fallos hacen alusión especial a la salud reproductiva:

“Este derecho a la salud incluye dos facetas esenciales del desarrollo humano, esto es, la posibilidad de conservarse y reproducirse. Por lo cual, se define a la infertilidad como enfermedad en el sentido de una concreta afectación de la idea que da significado integral a la salud, concluyendo que es evidente que la prestadora se encuentra obligada a paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona”. Ayuso, Marcelo R. y otros v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CABA)<sup>1</sup>.

“Entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional y Tratados internacionales

La infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen. Se debe tener en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear. Esta consideración resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida desde hace décadas por la Organización Mundial de la Salud, según la cual ésta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social (v. [whqlibdoc.who.int/boletin/2000/RA\\_2000\\_3\\_128-138\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/boletin/2000/RA_2000_3_128-138_spa.pdf)). La enfermedad, por lo tanto, constituye una noción negativa, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida.

“La salud reproductiva abarca la salud psicofísica de ambos petitionantes, dada la frustración que puede traer aparejada la búsqueda insatisfecha de progenie, así como su derecho a procrear, por lo que

---

<sup>1</sup> Expte: 20324/2000, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, sala 2ª (Mag. Nélida Mabel Daniele y Eduardo Ángel Russo, con disidencia del Dr. Esteban Centanaro) 26/05/2008, LL 2009-D-274.

también integra su derecho a la salud entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, en los términos definidos por la OMS.” A. M.R. y otro c/ OBSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) Juzgado en lo contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires, 20/11/2007

Este argumento se basa en el siguiente silogismo: Si la infertilidad es una enfermedad, ergo, el ejercicio del derecho a la salud se torna exigible.

## 2. El concepto de salud integral

“... en la tutela de la salud y vida de las personas, ni las obras sociales, ni las entidades de medicina prepaga ni el Estado deben ampararse en interpretaciones restrictivas de preceptos reglamentarios para retacear la calidad y la más avanzada tecnología a su alcance, si estos medios –por onerosos que pudieran resultar– son necesarios, convenientes, útiles o indispensables para proporcionar al paciente una calidad de vida acorde en cuanto sea posible con la dignidad que le es propia (conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed, sala 2ª, causa 1027/2004 del 28/11/2006). Por ende, no resulta aceptable la postura asumida por OSDE... Por ende, la asistencia de los afiliados, ha de encararse con un criterio amplio que tenga en cuenta, primordialmente, el derecho a la salud respetando la prescripción de los profesionales. ( “ A. A. B. y J. V. D. S c/ Servicios Directos Empresarios –OSDE”)

“De este modo, sólo medios probatorios de estricta casuística podrían impedir la cobertura médica peticionada, pues en cuanto a su recepción propiamente jurídica el análisis hasta aquí efectuado demuestra su procedencia”.

Conforme ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14, CN. confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (conf. Fallos 324: 3988). Tales fines, que se aplican a la demandada, persiguen primordialmente, procurar el pleno goce del derecho a la salud

(conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, causa 2228/2002 del 1/4/2004).

Por ende, la asistencia de los afiliados, ha de encararse con un criterio amplio que tenga en cuenta, primordialmente, el derecho a la salud respetando la prescripción de los profesionales. (S.A.F. y A.H.A. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, 15/12/2008).

En los fallos analizados, el concepto de salud es tan amplio, que se presenta ilimitado, como el deseo mismo de ser feliz. A mi juicio, al fundamentar que el derecho a la salud incluye el pleno goce de las facultades psicofísicas, y de un dato cierto, que es que la infertilidad es una enfermedad, se causa ansiedad y depresión por no poder cumplir un sueño que es la progenie. Con este criterio tan amplio deberían incluirse todas las enfermedades, y los infortunios propios de la vida: la pérdida de trabajo, la incapacidad para bailar o cantar, la falta de belleza o de cualidades artísticas, la baja inteligencia emocional para entablar relaciones sociales o cualquier tipo de frustración que provocara daño psíquico.

Hay otras enfermedades que no se cubren: el tratamiento de la alergia (afección que progresivamente conlleva la pérdida de los sentidos), mastología preventiva (que en Estados Unidos se practica para prevención del cáncer de mama), tratamientos de estética, sesiones de psicoterapia. También podría cuestionarse la extensión del plan materno infantil (hoy hasta que el niño cumple 1 año solamente) la falta de provisión de audífonos, etc.

Con sentido amplio, podría argumentarse que la falta de cobertura de tratamientos estéticos influye en el sentimiento de autoestima, y por tanto bien podría fundamentarse la inclusión de tratamientos de botox, antiarrugas, cirugías correctivas, mesoterapia, y otros que se ofrecen hoy y son cada vez utilizados por un mayor número de personas.

No olvidemos los reclamos efectuados en nuestro país por la ley de obesidad, lograda el año pasado luego de una extensa batalla



mediática. Y los reclamos de los enfermos celíacos, que aun hoy solicitan la cobertura de su enfermedad y de alimentos especiales que les insumen el triple de costo que a una persona sana.

### 3. El deber de no discriminación

“En materia de salud, se encuentran definitivamente involucradas dos facetas esenciales del desarrollo humano, esto es, la posibilidad de conservarse y reproducirse; ambas constituyen los pilares que califican una vida como plena y que la asistencia de los derechos reproductivos no puede limitarse al universo de personas “aptas” para la reproducción”. Ayuso, Marcelo R. y otros v. OSBA<sup>2</sup>

**ARGUMENTOS EN CONTRA:** (Esgrimidos por las obras sociales):

### RAZONES NORMATIVAS

#### 1- Ausencia de reglamentación:

Al no estar reguladas estas técnicas, alegan las obras sociales que al denegarlas, su proceder no deviene ilegal. Los sucesivos precedentes responden:

“La ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para la admisión de la acción, toda vez que los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente”. Ayuso, Marcelo R. y otros v. OSBA<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Citado en nota n°1

<sup>3</sup> Citado en nota n°1

### 2- Estas prestaciones no están incluidas en el PMO

“...cabe recordar que el Programa Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar; empero, no resulta admisible una interpretación que establezca límites a la cobertura respecto a ciertas patologías. Por ende, esa limitación de la cobertura debe ser entendida como un “piso prestacional”, por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de jerarquía constitucional (conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala de ferias, causa 8780/2006 del 26/7/2007) En el mismo sentido: “Ayuso, Marcelo R. y otros v. OSBA”<sup>\*</sup> y “A. A. B. y J. V. D. S c/ Servicios Directos Empresarios –OSDE”<sup>\*</sup>

### RAZONES ECONÓMICAS

- El desbalance económico que produce la cobertura de estas prácticas

Este argumento ha sido sistemáticamente rechazado, debido a que en los casos analizados, no se ha probado que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo de los afiliados a la obra social, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda, las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar indebidamente insatisfechas.

“Sin embargo, la posibilidad de tener que enfrentar tal estado de cosas meramente ha sido declarada por la accionada, mas en modo alguno se encuentra acreditada de manera fehaciente o con arreglo a algún cálculo que permita inferirla con propiedad más allá de su simple declamación. Sin la determinación específica de un posible riesgo en

---

<sup>\*</sup> la cita no está completa

los beneficios que comparten los afiliados, debe prevalecer el derecho invocado por la actora, pues se ha concluido que éste posee efectivamente un respaldo constitucional.

Ahora bien, precisamente la entidad de los derechos en juego es la que obliga a requerir la prueba puntual de un desbalance económico en virtud de la onerosidad del tratamiento de fertilización reclamado y no su sola manifestación verbal, como ha hecho la demandada en su recurso. “

Cabe aquí mencionar que hay un principio en la seguridad social, que es el de solidaridad. Las obras sociales no pueden cubrir ilimitadamente porque carecen de medios ilimitados.

Otro tema es del de la progresividad en la realización de los derechos humanos: todos quisiéramos que el Estado cubriera todas las necesidades de la población pero no es así, y los derechos que reclamamos deben ser cubiertos de modo progresivo.

## RAZONES DE BIOÉTICA

### 1- Fase experimental de estas técnicas

Argumentan las obras sociales que estas prácticas se encuentran en fase experimental y que por lo tanto, no están obligados a su cobertura.

### 2- Derecho a la vida de los embriones que son descartados irremediablemente al aplicarse estas técnicas.

Éste es el argumento que han incorporado las obras sociales, al generalizarse los pronunciamientos que desestimaran las defensas reseñadas.

Los embriones humanos. Al mencionarlos una de las partes, el juez da intervención al Asesor de Menores. El proceso ha sumado millares de protagonistas.

## La respuesta de la Doctrina

En la búsqueda de ciertos principios fundamentales a la hora de regular estas técnicas (léase limitar su ejercicio, en el marco del respeto de todos los sujetos implicados), deben tenerse en cuenta las numerosas opiniones de prestigiosos autores que incansablemente se han formulado los cuestionamientos ético-filosóficos pertinentes.

Algunas cuestiones prácticas, pueden extraerse de las conclusiones del Tercer encuentro regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR (cita al final de la Bibliografía consultada)

Quiero formular aquí tres preguntas fundamentales, a las que luego de adentrarnos en este tema, debemos ser capaces de responder y en las que hay que tomar partido:

### 1. ¿Se debe legislar como mecanismo alternativo o subsidiario de la fecundación natural?.

En la mayoría de los países que cuentan con regulación específica se impone su ejercicio como un mecanismo subsidiario. Los solicitantes de las técnicas deben demostrar que no pueden concebir naturalmente. A modo de ejemplo pueden citarse el proyecto chileno: “Los gametos deben provenir de la pareja” Sólo en caso de que no sirvan pueden admitirse de donantes. Art. 2 Debe tratarse de parejas que no pueden tener hijos. Que hayan sido descartadas otras terapias por ineficaces. Y el proyecto uruguayo: La aplicación de estas técnicas tendrá como fin favorecer los problemas reproductivos... cuando no se pueda naturalmente...

Como excepción a la regla, tenemos la ley española es la única que no consagra la subsidiariedad.

Este tema se relaciona con la recepción de la fecundación homóloga (realizada con material genético de los componentes de la pareja) o heteróloga (con material de un tercero ajeno a la pareja -donante-).

Señala Iñigo (en su artículo “Técnicas...”): “En este punto es oportuno señalar que compartimos el objetivo que originó el uso de las téc-

nicas de fertilización asistida, esto es, al constituirse en remedio para la esterilidad. Ello implica ubicarlas en el campo del derecho a la salud y por tanto restringimos su uso a las parejas que por sufrir alguna anomalía vean frustradas sus posibilidades de engendrar por medio de las relaciones sexuales habituales.

Admitir los métodos de reproducción asistida como un medio alternativo de fecundación es introducirlos en el derecho a la procreación y podría acceder a ellos, cualquiera sea el estado civil, la mujer o el hombre merced este último a la maternidad subrogada, manteniendo el anonimato de la madre.

Aceptar el uso de las técnicas de reproducción asistida en mujeres solas con gametos de donante anónimo, significa un retroceso para nuestro ordenamiento jurídico actualmente basado en la participación de ambos padres en la asistencia y educación del menor.

No conmueve esta opinión el que la legislación permita a la mujer adoptar cualquiera fuese su estado civil. Se trata de supuestos distintos. En el caso de la adopción se mejora la situación social del menor que generalmente se encuentra institucionalizado con carencia de figuras parentales, introduciéndolo en una interrelación directa de afecto y cuidados. En la procreación asistida en cambio, se lo hace nacer voluntaria y no accidentalmente en condiciones inferiores al común de los miembros de la comunidad.

“el derecho no sólo debe otorgar juridicidad a las costumbres y usos sociales sino además tener una función educadora por lo que debe insistirse en una política legislativa que trate de fomentar la maternidad y paternidad responsables.”

2. ¿Deben establecerse condiciones a los destinatarios de las técnicas?: Edad (mínima y máxima); estado civil y estado conyugal (soltera, casada, separada, divorciada, conviviente, parejas del mismo sexo); y duración de la unión.

En cuanto a la edad mínima se impone hoy en día acudir a la noción de competency, o capacidad progresiva de los adolescentes. No

obstante, considero que de regularse como mecanismo subsidiario, esta discusión devendría innecesaria.

Más actual se presenta la discusión en torno a la edad máxima, ante los cambios sociológicos actuales. Hoy, se pospone la paternidad por razones económicas o profesionales (recientes reportajes han difundido la tendencia de ser madres por primera vez a partir de los cuarenta años).

Puede sostenerse que una persona mayor tiene más tiempo para ocuparse de sus hijos, y que no debería imponerse un límite máximo. Esta posición se expuso en el citado congreso, con cierto sentimiento de culpa, en el que una de las participantes hizo notar que cuando tuvo sus hijos estaba muy ocupada y poco preparada para ser madre, que luego de unos cuantos años, se sentía en mejores condiciones de serlo, ya que contaba con mayor cantidad de tiempo disponible para dedicar a sus hijos. Recuerdo que en ese momento se alzó una voz, que dijo “por eso a esta edad se tiene tiempo para ser abuelos”. Y debo decir que si bien tal afirmación no fue realizada en forma feliz, fue una manera irónica de poner prudencia al asunto.

3. ¿Cómo debe ser el Consentimiento informado que prestan los pacientes que se someten a estas prácticas?

En los países en los que se regulan estas técnicas se exige un consentimiento informado. Por tratarse de un acto médico, en nuestro país tal consentimiento también es exigido.

En algunos países se habla de un doble consentimiento que debe prestarse en dos momentos fundamentales de esta operación: (sistema inglés)

- 1- al comenzar el tratamiento
- 2- al momento de implantar.

Este doble consentimiento regula los posibles problemas derivados de las circunstancias sobrevivientes al primero de ellos y que plantean serios problemas para la disposición de los embriones: divorcio, muerte, arrepentimiento de los usuarios de estas técnicas.

## VI. ¿Existe un derecho a procrear por fertilización asistida?

Indudablemente existe un derecho de la persona a la autodeterminación. Existe el derecho al proyecto de vida, concebido éste como la facultad de decidir la propia trayectoria personal, el trazado de un plan de vida propio, sin injerencias arbitrarias.

Dentro de este derecho se encuentran en juego prerrogativas que en el desarrollo de esas opciones es necesario ejercer: por ejemplo el derecho a contraer matrimonio, hoy también en plena discusión social.

El meollo de la cuestión consiste en desentrañar si existe un derecho a la elección del proyecto de vida dentro de un menú de opciones aceptadas por la sociedad- a través de la ley-, o si puedo elegir lo que quiera, sin determinados lineamientos. Otra vez el primer problema que estudiamos en Historia del Derecho.

Para ilustrar el tema podemos por ejemplo imaginarnos a una persona amante de las plantas. Esta persona podría en su proyecto de vida, por ejemplo, preferir la elección de una de sus plantas como su hijo/a, ponerle nombre y quizás anotarla en un Registro de plantas. Lo mismo podría pasar respecto de un animal doméstico. O de un robot.

No es una suposición que se haga en términos de ridiculizar, sino de mostrar lo que quiero decir: a la hora de formar una familia, las definiciones, desde el punto de vista individual, pueden ser múltiples.

El estudio de las sucesivas definiciones de “familia” así lo demuestra. Desde la que incluía al personal de servicio, a otras que incluyen a las mascotas, en definitiva se habla de un cambio de la noción de familia, y se ha desterrado la noción unívoca considerándola antigua, proponiendo un sistema abierto en el que se priorice la voluntad personal y la autonomía para formar núcleos familiares diversos. No es casual el nombre de los realities televisivos (Big Brother o “Gran Hermano” en el que todos viven en “La Casa”).

Tal ambivalencia del concepto de familia que puede merecer reproches o aplausos según la perspectiva con que se lo mire, también nos muestra la dirección en la que podemos plantearnos nuestro problema: puesto que una parte importante de cómo se compone una

familia es sus vínculos, el origen de los mismos, -hoy llamados roles- pero que en lo jurídico siguen consistiendo en derechos-deberes.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si la filiación como respuesta del Derecho a la realidad natural de la generación humana, debe adecuarse a estas nuevas formas de procreación y hasta qué punto y en qué circunstancias cabe recurrir a ellas. Este es el tema clave.

## VII. ¿Existe un derecho al hijo?

Se ha discutido ya en Doctrina sobre la existencia del llamado derecho al hijo. Con agudeza señalan los estudiosos, que de reconocerse este derecho, debería tornarse exigible contra alguien. (Reflexiones de la Dra. Marisa Herrera, extraídas de sus clases en la carrera de Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, de la Universidad de Buenos Aires.)

Esta cuestión se ha abordado en torno a la adopción y cabe hacer algunas reflexiones por su conexión con este tema. En este caso, se trataría de un supuesto derecho a concebir, un derecho al embarazo, ya que por estas técnicas no se garantiza el hijo, sino la chance cierta de tenerlo, aunque subordinada luego al progreso biológico del proceso natural embarazo. De otra manera la obra social tendría obligación de darles un hijo biológico. O el Estado de darles un niño para adoptar, se plantearía el amparo ante un juez, para que ordene la entrega de un niño en guarda a los solicitantes.

Si concluimos que toda persona tiene derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, con prescindencia de exigirle pautas previas, nos hallaríamos frente a un nuevo modo de concebir la generación de la familia, prescindiendo de los métodos convencionales, y dejando asentado que la maternidad/paternidad biológica es una opción de vida tan válida y respetable como la adoptiva, y que cada persona es dueña de elegir cómo tener un hijo, cuándo y cómo.

A mi entender es erróneo el planteo del hijo como derecho, tal sería ponerlo como objeto cuando mucho hemos avanzado por consi-

derarlo sujeto de derechos. Al contrario, el hijo es don, y tan es así que la consideración de los beneficios y costos de estos tratamientos debe llevar a los padres a decidir si la utilización de tales técnicas se adecua a su sentir íntimo, a sus ideas respecto del destino de los embriones que se conciban.

#### VIII. La contracara del avance de estas técnicas: el desuso de la adopción.

Una gran amiga, madre adoptiva, me mandó hace poco una lindísima reflexión en un mail “Mamá, qué significa que soy hija adoptiva? Significa que has crecido en vez de la panza en el corazón de tu mamá.”

De eso se trata. He buscado y meditado respuestas a los padres que buscan concebir. Una de ellas es esta. Por qué no adoptar?

Señala IÑIGO “Las parejas matrimoniales así como las mujeres solas que desean hijos tienden a agotar los medios destinados a salvar los obstáculos que se les presentan para engendrar antes de optar por la solución que le brinda la adopción. Pareciera que existe una conciencia social proclive a considerar más valiosa la maternidad biológica que la psicosocial.”

Como sociedad y como operadores del Derecho, debemos preguntarnos por qué estamos dando tanta importancia al hecho genético y dejamos que se pierda valor poco a poco, o que pase a un plano subsidiario, una institución tan valiosa como la adopción?

#### IX. Reflexiones

En este tema el problema es que no hay límites...” Un problema del hombre actual, que de diversas maneras evocan los filósofos, psicólogos y pensadores de nuestro tiempo: el hombre de nuestra época no tiene límites, y esta misma falta de límites le genera depresiones, angustias, y falta de dominio de sí mismo. (Grün, Anselm –Robben, María M. “*Limites sanadores*” Ed. Bonum, Buenos Aires, 2005)

Es que si nos ponemos del lado de los deseos humanos, lógicamente no encontramos límites: todos querríamos ser extremadamente bellos, sabios, triunfadores, eternamente jóvenes, sanos... no es el deseo que impera en nuestras sociedades?

Medina y Hooft han señalado que “Al igual que todo derecho subjetivo y personalísimo, el derecho a la procreación no resulta ilimitado, sino que por el contrario, encuentra su límite en el derecho de los demás. Concretamente, y en lo que hace al tema que nos ocupa, en los derechos del niño a procrear”.

Al ver la situación del tema en el mundo, surge que en torno a estas técnicas prima una gran confusión y una ausencia notable de regulación. En Argentina, a la imprevisión legislativa se suma la idiosincrasia del argentino medio que “deja hacer” a los especialistas, al “doctor”- en general dueños de clínicas dedicadas a estos fines-, sin una base de consenso que debería existir al menos en la comunidad médica, en el decir de ESTEVEZ, en estas condiciones, deberíamos detenernos para ver si el camino no nos conduce a un abismo.

Ya señaló este peligro MOSSET ITURRASPE, citado por Medina-Hooft, “lo particular y preocupante es que mientras tanto se espera, o se debate, o se busca ‘lo mejor’, la asistencia a la fecundación continúa realizándose, del modo o manera que cada ‘grupo médico especializado’ considera más conveniente o razonable, más útil o provechoso para la pareja requirente o para cualquier persona que desee una atención semejante. Y los peligros son ciertos, por la ansiedad de los padres, por un lado, y por la actividad crematística -de empresa- que las clínicas especializadas cumplen”.

#### Valoración personal del fallo

#### El derecho a la vida de los embriones sobrantes, protegido en el fallo

El Juez de Mar del Plata nombra un curador especial a los embriones. Los declara seres humanos, los considera sujetos de derecho. Advierte el riesgo en el que se encuentran y por lo tanto dicta medidas de protección, para evitar su manipulación y descarte.

Las previsiones contenidas en los tratados internacionales incorporados a nuestra constitución y nuestro Código Civil –aún vigente-, protegen el derecho a la vida del ser humano, desde su concepción (Pacto de San José de Costa Rica y Reserva de nuestro país al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño).

No cabe aquí hacer disquisición sobre la expresión de Vélez “en el seno materno” sobre la que mucho se ha escrito.

Tampoco discurrir sobre las diferencias entre embrión o preembrión, o si el embarazo comienza cuando se ha implantado el embrión en el útero. Lo cierto es que existen evidencias científicas de que la vida comienza desde la unión de los gametos masculino y femenino. Y aunque no las hubiera, la prudencia y los principios generales del Derecho señalan que debe protegerse a la parte más débil en la mayor medida posible, en este caso desde el estadio primigenio.

Creo que el valor del pronunciamiento comentado, ha sido el de proteger, si bien de modo insuficiente, a los embriones humanos. Se ha ocupado de ellos. Ha sentado precedente.

En un país en el que se avasalla a diario el derecho a la vida de fetos de avanzada gestación, pronunciamientos que configuran verdaderas aberraciones humanas y jurídicas, en un tiempo en el que se propugna el derecho a abortar libremente, considero estas medidas de protección un pequeño avance en el reconocimiento del estatus jurídico del embrión.

Sé que lo mejor es enemigo de lo bueno. No puedo aplaudir, pero realmente valoro la actitud de este juez que frente al vacío normativo, otorga el derecho a la salud según sus principios (a mi juicio de una forma excesiva), pero no deja de proteger también a su modo (indudablemente de forma incompleta) la vida de los embriones.

Es un primer paso, mucho nos falta recorrer.

Es preciso encontrar los límites. Lograr la fijación de pautas que bajo argumentos sólidos, regulen (función específica de nuestra disciplina) en qué términos y bajo qué condiciones corresponde hacer uso de estas técnicas y cómo se plasmarán las consecuencias de su utili-

zación en el plano jurídico: en especial en torno a las cuestiones respecto de la filiación y derecho a la identidad que se susciten.

En nuestro caso, se los hace destinatarios de medidas de no innovar, disponiendo su congelamiento. ¿Es un estado de vida digno el de la crioconservación? Un gran porcentaje de los embriones morirá en este proceso. Además, quiero destacar como reflexión importante, algo que he leído en una ponencia presentada por la Dra. Myriam Inés Costilla, de San Miguel de Tucumán en el Iº Congreso argentino de Filosofía del Derecho, Política y Bioética, que se llevó a cabo en la Universidad de Fasta Mar del Plata 2002. “Luego también, el protagonista de la historia, ha sido sacado del contexto en el que debe “existir”, y puesto en una nueva dimensión, denominada *sin-cromos*. De producirse su nacimiento, este lo será en un tiempo diferente al que le corresponde según su concepción.”

En este sentido - y siendo un poco gráfica- diré que el ser humano, queda encerrado como en una frágil “*burbuja del tiempo*”, con pocas posibilidades de escapar, “burbuja” que, de ser rasgada, condena a ese ser al fin de su extraño y breve existir.

## X. CONCLUSION

El acceso a las técnicas de fertilización asistida se relaciona con el derecho a la autodeterminación, la ínsita prerrogativa a elegir el proyecto de vida y poner los medios para que se realice.

Este derecho está basado en una filosofía del hombre que subsume su poder para controlar todos los extremos de su vida, lo que la realidad nos demuestra que no es factible ya que hay enfermedades, accidentes, secuelas físicas y psíquicas, de sucesos que no podemos controlar. La infertilidad es uno de ellos. En cada uno está decidir cómo enfrenta su infertilidad en caso de diagnóstico.

El peligro de tener un hijo a medida, o un hijo perfecto, sin defectos se contrapone a la infertilidad como causa de deshaucio e infelicidad.

De lege ferenda, debe dictarse una ley protectora de los derechos del embrión. La ley que a nivel de Derecho Comparado mejor lo protege es, según mi opinión, la ley alemana, y considero pertinente tomarla como modelo.

Quedan muchas ideas por desarrollar. A modo de colofón, me permito aquí, transcribir la siguiente cita, extraída de Ferrer, ya que resume a la perfección lo que pienso y compele a proteger al ser humano desde su concepción.

*“Las nuevas investigaciones de la biología han concluido inequívocamente que desde el momento de la fecundación se forma un nuevo individuo humano, con su identidad determinada por todo el patrimonio genético aportado por los cromosomas paternos y maternos, teniendo este nuevo ser una intrínseca capacidad para programar y completar la formación de su propio organismo. Se rechaza el término "preembrión" y la existencia de etapas de diferente naturaleza en el desarrollo embrionario; el embrión es embrión siempre, desde el momento de la concepción, a partir del cual se desarrolla de modo gradual y continuo, sin perder nunca su propia identidad humana, individualizada desde el inicio. El proceso evolutivo del embrión biológicamente es un continuum, sin solución, pues aún reconociendo que existen diferentes etapas en su crecimiento, el arco de desarrollo del organismo humano no presenta umbrales que se presten a distinciones cualitativas en el plano biológico. Por eso, entre el embrión, desde el momento en que el óvulo es fecundado, y la persona ya nacida hay una paridad ontológica, toda vez que se trata del mismo ser en dos momentos distintos de su continuo e idéntico devenir vital, que se ha iniciado en la concepción y ha de finalizar con la muerte..*

*Debe reconocerse, entonces, que el embrión, en cualquiera de las etapas de su desarrollo que delimita la biología, desde un punto de vista ontológico, ético y jurídico, es una persona humana. Este ser humano podrá estar concebido o haber ya nacido, podrá encontrarse en una probeta o en el organismo materno, podrá ser microscópico o macroscópico, de todas maneras, afirma con razón Banchio, son accidentes que en nada alteran la sustantividad de su ser humano. Si uno pudiese ver su propia historia filmada, afirma un biólogo, delante del*

*embrión de dimensiones pequeñísimas, debería decir: "yo estaba allí, estaba todo allí. Allí estaba todo yo."*

#### BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMADEO, José L. *“Fecundación Asistida”* JA 1993-II-1069

- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados - Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes” E.D, 182-1645

- BASSET, Úrsula *“Un bebé ¿puede ser un medicamento? Reparos ético-jurídicos a un fallo que sienta buenos principios y deriva en malas conclusiones* JA, Fascículo 11, 2009-II, p. 45 y ss.

- BASSO, Domingo *“Nacer y morir con dignidad”*, Depalma, Bs.As. 1991

-BELFORTE, Eduardo A. - ZENERE, Gisela G *“Derecho a la identidad”* JA 1997-I-843

- BIDART CAMPOS, Germán J. *“Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?”* RDF 1999-15-9

- CARRANZA CASARES, Carlos A.-HERRERA, Marisa, *“La fecundación "post-mortem" y su incidencia en el derecho de filiación”* RDF 2002-21-23.

- DIAZ, P- HERNÁNDEZ- MORELLI -ALBORNOZ- SCALA-BARÓ *“Valor de la Vida- Cultura de la muerte”* Ed. Centro Tomista del Litoral- Santa Fe, 1995

- ESTEVEZ Agustín, *“La cuestión etimológica de la bioética”* en el libro *“Bioética y Derecho”* Salvador Bergel y Nelly Minyerski coordinadores, Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe, 2003 pág 17/18.

- FERRER, Francisco A. M. *“El embrión humano y la nueva Constitución”* JA 1995-II-855

- GUILLOT, Maria Alejandra L. *“Reproducción asistida y servicios de salud: cobertura desde la seguridad social”* DRF 2008 II p 122

- IÑIGO, Delia *“Técnicas de reproducción asistida: Consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”* RDF 1989-2-53; *“Identidad, Filiación y Reproducción humana asistida”* obra en coautoría con la Dra. Lea Levy, en el libro *“Bioética y Derecho”* Salvador Bergel y Nelly Minyerski coordinadores, Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe, 2003 pág p. 259

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída *“Determinación de la filiación del clonado”* JA 2001-IV-1375-; *“Genoma humano y derechos fundamentales”* JA 2003-III-977; *“Procreación asistida”* REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA, NRO. 43, “20° Aniversario”, Ed. Abeledo Perrot p. 95.

- LEVY, Lea M. *“La filiación en el Proyecto de Reforma del Código Civil”* RDF 2001-18-43.

- LIZ, Carlos A- LERTORA, Fabián. *“Perjuicios derivados de la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana”* JA 1993-II-895

- MAINETTI, José Alberto *“Fenomenología de la intercorporeidad”* en Cuadernos de Bioética, nro. 0- Editorial Ad-Hoc Buenos Aires, octubre de 1996

- MARTÍNEZ, Stella M. *“El impacto de las nuevas biotecnologías genéticas en las relaciones de familia”* RDF 2002-21-79.

- MEDINA, Graciela - HOOFT, Irene *“Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida”* RDF 2002-20-73

- PALACIOS, Marcelo *“ Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988. De 1988 a 2005”* JA 2005-III-1269

- PEYRANO, Guillermo *“El derecho personalísimo a la salud y su protección”* en *“Derecho a la Salud”* de la Colección de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, El Derecho, pág. 9

- QUINTANA, Eduardo Martín *“El costo jurídico de un ‘niño de dise-*

*ño’*: ¿seres humanos más humanos que otros?” - [ED, (09/06/2009, nro 12.271)]

- SAMBRIZZI, Eduardo *“Sobre la procedencia de una cobertura médica de alta complejidad excluida de las prestaciones obligatorias de la obra social.”* DRF 2008 II, P. 132; *“La suprema corte de Mendoza rechaza una acción para que una obra social cubra un tratamiento de procreación asistida”* DRF 2008 II, p200

- SAPENA, Josefina *“Fecundación artificial y Derecho”* Ed. Intercontinental Asunción, Paraguay, septiembre de 1998

-SILVA RUIZ, Pedro F. *“Manipulación de embriones humanos”*RDF 1992-7-71

-TARABORRELLI, José N.- BIANCHI, Silvia N. *“Fertilidad asistida: El derecho del donante a conocer el destino del componente genético (Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación)”*.JA 1996-II-799

- WAGMAISTER, Adriana M.- LEVY, Lea M. *“La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica.”*JA 1995-I-451

- WAGMAISTER, Adriana M. *“Maternidad subrogada”* RDF 1990-3-19

- *Síntesis debate sobre Procreación Asistida. Tercer encuentro regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR (que tuvo lugar 25 de octubre de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) en REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA, NRO. 43, “20° Aniversario”, Ed. Abeledo Perrot p. 479*

#### PÁGINAS WEB CONSULTADAS

[www.dexeus.combarcelona](http://www.dexeus.combarcelona)

[www.axxon.com.ar](http://www.axxon.com.ar)

<http://geocities.com/raultortolero>

[www.elmundoestaloco.blogspot.com](http://www.elmundoestaloco.blogspot.com) 5.9.06

[www.lainfertilidad.forum](http://www.lainfertilidad.forum)



## APÉNDICE. PROYECTOS DE LEY

Numerosos son los proyectos de ley sobre el tema en el Congreso de la Nación que esperan su estudio y que despiertan las posiciones más encontradas en la sociedad.

Exp N° 1437-D-08: “Regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida” de Graciela **Camaño** (FpV, BsAs).

Exige la producción de un solo embrión que deberá ser inmediatamente implantado en el útero femenino. Prohíbe la donación de gametos; la subrogación de vientres; crioconservar embriones, donarlos, enajenarlos, destruirlos, investigar científicamente sobre ellos o utilizarlos para terapia fetal.

Exp N° 2977-D-08: “Régimen de inseminación terapéutica con semen de donante”. Firmantes: Lía **Bianco** (Justicia Unión y Libertad, San Luis), Miguel Ángel **Iturrieta** (FpV, Misiones) y Timoteo **Llera** (FpV, Misiones).

Toda mujer mayor de edad puede ser inseminada con el semen de un donante anónimo. Crea un Registro Nacional Único de Bancos de Semen en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, donde se consignarán: Datos de los donantes; Datos de las receptoras; Historia clínicas de las prácticas realizadas y los Resultados del uso de las muestras de semen. Cada donante puede generar hasta diez embarazos. Las personas nacidas de gametos donados por terceros, una vez llegadas a la mayoría de edad, podrán solicitar conocer la identidad del donante que aportó sus gametos.

Exp N° 3127-D-08: “Fertilización asistida. Inclusión de su tratamiento dentro del Plan Médico Obligatorio -PMO-“ de Gerónimo **Vargas Aignasse** (FpV, Tucumán).

Las entidades de medicina prepaga y las obras sociales deberán cubrir todos

los gastos derivados de los “procedimientos terapéuticos de Reproducción Humana Asistida de alta y baja complejidad”; los que devengan de las posibles complicaciones, la medicación y el material descartable.

Exp N° 4931-D-08: “Régimen de Procreación Humana Asistida” Graciela **Gutiérrez** (Sta.Cruz), Juan **Sylvestre Begnis** (Sta.Fe), Amanda **Genem** (Mza.), Nancy **González** (Chubut) y Eva **García de Moreno** (Chubut).

Los destinatarios son parejas heterosexuales que acrediten una relación estable de al menos de 3 años. Se producirán y transferirán, en un solo acto, hasta 3 embriones. Prohíbe la criopreservación de embriones, su adopción, destrucción, comercialización y utilizarlos para la investigación.

Exp N° 5937-D-08: “Régimen de accesibilidad y regulación de la Reproducción Humana Asistida”. Miguel **Bonasso** (Diálogo por BsAs, Cap. Fed.) y Claudia **Gil Lozano** (CC, Cap. Fed.).

Podrá acceder a la técnica toda pareja mayor de edad. Autoriza la donación de gametos, la producción ilimitada de embriones y la criopreservación. El procedimiento de fecundación artificial será cubierto por hospitales públicos, obras sociales, obras sociales sindicales y medicinas prepagas. Crea un registro nacional de donantes de gametos y “preembriones”. Las personas nacidas de gametos donados por terceros, una vez llegadas a la mayoría de edad, podrán solicitar conocer la identidad del donante que aportó sus gametos. Los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derechos ni obligaciones sobre el niño gestado.

Exp N° 6811-D-08: “Fertilización asistida. Inclusión de su cobertura en el Plan Médico Obligatorio”. Firmantes: Emilio **García Méndez** (ARI, Cap. Fed.), Eduardo **Macaluse** (ARI, BsAs), Delia **Bisutti** (ARI, Cap.Fed.), Verónica **Benas** (ARI, Sta.Fe), María América **González** (ARI, Cap.Fed.) y Claudio **Lozano** (Proyecto Sur, Cap.Fed.).

El sistema público de salud, las obras sociales y empresas de medicina prepaga deberán prestar obligatoriamente este servi-

cio. Crea la Comisión de Fertilidad Asistida, en el ámbito de Ministerio de Salud, que controlará y supervisará a los centros médicos que realicen tratamientos de fecundación asistida. La Comisión será asesorada por dos representantes de la Federación Argentina del Colegio de Abogados, dos de la Academia Nacional de Medicina y dos de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad Humana.

Fuente: [www.notivida.org.ar](http://www.notivida.org.ar)

El proyecto de reforma del Código Civil introduce varias modificaciones en el régimen de filiación y se refiere, incluso, a las técnicas de fecundación asistida como cuando en el art. 564 se dispone que no podrá la mujer impugnar la maternidad si consintió el uso de técnicas de fertilización asistida; o cuando el art. 565 regla que no es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos proveniente de un tercero y que tampoco tendrá acción el donante de los gametos (citado por HERRERA y CARRANZA CASARES)

## FERTILIZACIÓN ASISTIDA. SENTENCIA.

### Sumario:

- **Tratamientos de fertilización asistida. Destino de los embriones “supernumerarios” o “no transferidos”.**
- **Mutuales, obras Sociales, empresas de medicina prepaga. Naturaleza. Obligaciones.**

### **L., H. A. y otra v. IOMA y otra**

#### **Cámara Federal de Mar del Plata**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 29 días del mes de diciembre de dos mil ocho, avocados los Sres. Jueces de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”. Expediente N° 11.578 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaria N° 1 (Expte 78.002) de esta ciudad. El orden de votación es el siguiente: Dr. Alejandro Tazza, Dr. Jorge Ferro, Dr. Juan José Comparato. Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N..

#### **El Dr. Tazza dijo:**

I. Llegan los autos a esta Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos y fundados a fs. 254/259vta. por O.A.M., a fs. 260/271vta. por I.O.M.A., y a fs. 281 y vta. por el Ministerio Público de la Nación; todos ellos contra la sentencia de fs. 220/227vta. y su aclaratoria de fs. 229.

En primer lugar, es oportuno tener presente que las exigencias requeridas para la demanda en un proceso de amparo son sustancialmente diferentes a las que se contemplan en un proceso ordinario (art. 330 del C.P.C.C.N.), en razón a la especial naturaleza y a las características distintivas que hacen a esta acción de raigambre constitucional (art. 43 de la C.N.).

Precisamente por ello, la normativa legal aplicable al caso (ley 16.986, en especial su art. 6 inc. b) establece que la demanda debe contener “la individualización, en lo posible, del autor, del acto y omisión impugnados” (el remarcado me pertenece).

Quiere decir con estos, que tal individualización (en el caso, la individualización de O.A.M. como demandada) no es indispensable, y puede suplirse mediante las facultades instructorias del Juez actuante, quien en su sentencia sí debe determinar concretamente a los condenados (art. 12 inc. a de la ley 16.986). Obsérvese que “la ley federal (...) no impone al Juez la averiguación de la identidad del autor del acto cuestionado” (Sagües, Nestor P.; “Derecho Procesal Constitucional, T° 3, Accion de Amparo”, E d. Astrea, Bs. As., 1995, pags. 393/394), estando facultado para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36 inc. 2 del C.P.C.C.N., art. 17 de la ley 16.986), tal como aconteció en estas actuaciones, donde la O.A.M. fue citada y oída, presentó su informe circunstanciado y recurrió la sentencia dictada en Primera Instancia sin introducir en sus agravios ante esta Alzada ninguna observación en torno a la cuestión aquí analizada.

En efecto, no solo en su escrito recursivo, sino en sus restantes intervenciones en este proceso, la O.A.M. no fue expresamente incluida como demandada en el capítulo referente al “Objeto” (fs. 68) del escrito inicial del amparo, la parte actora, cuando hace referencia a los antecedentes fácticos y jurídicos fundantes del amparo, expresa que tanto el IOMA como la OAM están obligadas a cubrir las prestaciones requeridas, y por ello solicita medida cautelar contra ambas (fs. 71 y vta., 72). A su turno, el Juez actuante tiene por demandados al IOMA y a OAM (fs. 96 y vta.), oportunamente se libra oficio a esta última (fs. 102), quien produce informe circunstanciado y –si bien menciona circunstancialmente que no fue demandada a fs. 135- no desarrolla ningún argumento defensivo en base a ello, ni cuestionó su citación a juicio. Finalmente, la sentencia recurrida condena tanto a la OAM como al IOMA, sin que la primera exprese nada al respecto en sus agravios (fs. 225/259 vta.).

Por lo expuesto, el particular régimen establecido por la ley aplica-

ble, la propia conducta asumida por la OAM y el avanzado estado en que se encuentra el proceso sin que la cuestión se haya debatido, propongo al Acuerdo mantener la intervención de la OAM como parte en la presente contienda.

Adentrándome, ahora sí, al análisis de la cuestión de fondo, observo que en dicha sentencia, el “a quo” acoge íntegramente la acción de amparo promovida por ... y ... en nombre y representación de su hijo menor discapacitado ... contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) y la Obra Social Mutual para Agentes Municipales (O.A.M.), y en consecuencia las condena solidariamente a cubrir en un 100% los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a la pareja impetrante tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo, a través del sistema de fertilización asistida con selección de un embrión no portador de la enfermedad granulomatosa crónica y que dicho embrión sea histoiéntico a su hijo ..., para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica, para lograr la cura de la enfermedad que hoy padece el niño ..., ello en los términos y condiciones determinadas por el médico tratante.

Asimismo, el sentenciante determina que –habiendo embriones restantes en la fecundación in vitro, deberá asegurarse el respeto hacia su condición, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán firmar oportunamente; y deja al criterio deontológico del profesional tratante y al oportuno acuerdo con sus padres, el destino de los embriones residuales, la fijación del límite de su eventual utilización en el campo experimental, conforme los parámetros regularmente aceptados por la ciencia médica actual. Finalmente, impone las costas del proceso en el orden causado.

Los agravios vertidos por O.A.M. son los siguientes: a) más allá de la plausibilidad del reclamo, a O.A.M. no le corresponde cubrir las prestaciones solicitadas, porque es una mutual (no una obra social ni una empresa de medicina prepaga), por lo que la cobertura debe ser brindada por el Estado. Como sustento de su argumentación, la apelante cita al art. 1 de la ley 24.754, así como algunos precedentes jurisprudenciales; b) no existe acto arbitrario de la O.A.M., porque sus afiliados

conocen de antemano cuáles son las prestaciones cubiertas, y estamos ante servicios de salud no contemplados en ellas. En relación a este agravio, la apelante agrega que si el Poder Judicial la manda a cubrir prestaciones que no debe, se verá obligada a aumentar las cuotas a sus afiliados, que presumiblemente saldrían del sistema mutual, privando a su vez de ingresos a la entidad, que finalizaría cerrando sus puertas. Finalmente, entonces, solicita a este Tribunal que se revoque la sentencia y se rechace la acción de amparo, con costas a la parte actora.

Luego del traslado de fs. 272, los agravios no fueron contestados en legal tiempo (ver fs. 284).

Por su parte, I.O.M.A. se agravia, en primer lugar, porque el tratamiento ordenado por la sentencia necesariamente descarta embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo. El recurrente indica que ello es inconstitucional y también contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones. Asimismo, destaca que el art. 41 del decreto 7881/84 establece que el I.O.M.A. no debe reconocer honorarios por tratamientos que se hallen en estado experimental; y que precisamente estamos ante dicha situación, porque ello se desprende de la bibliografía especializada y de diversos informes colectados en autos. También expresa que debió valorarse otra alternativa terapéutica, en especial la posibilidad de obtener células progenitoras hematopoyéticas mediante el INCUCAI y el sistema regulado por la ley 25.392 y la Resolución 309/07. Posteriormente, el apelante asegura que ninguna de las normas invocadas por el sentenciante conlleva al reconocimiento del derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal; y que el Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud.

Asimismo, el recurrente expresa que la acción de amparo no es procedente porque, a la luz de todo lo expresado, no existe ilegitimidad manifiesta en los actos del I.O.M.A. Finalmente, luego de hacer reserva del caso federal, solicita la revocación de la sentencia de conformidad a los agravios vertidos.

Corrido el traslado del recurso a fs. 272vta., el mismo no es contestado.

Por último, el recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Nación objeta la imposición de costas que efectuó el a quo, y solicita que se aplique el principio general en la materia, previsto en el art. 14 de la ley 16.986.

Luego del traslado de este último recurso (fs. 284), tampoco es contestado.

Con el llamado de autos para sentencia de fs. 296vta. está la causa en condiciones de ser resuelta.

II. En primer lugar analizaré el recurso interpuesto por la O.A.M.

Me dedicaré en primer término a determinar si las obligaciones de las obras sociales y de las empresas de medicina prepaga son aplicables a la mutual demandada.

Tratándose el presente de un amparo en materia de salud, conviene recordar de manera preliminar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental” (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros). En esta línea, debe buscarse una solución que, fundada en derecho, satisfaga de la mejor manera posible la necesidad de la amparista de poner en resguardo su derecho a la salud.

El art. 1 de la ley 23.660 establece “Quedan comprendidos en las disposiciones de la presente ley: (...) h) Toda otra entidad creada o a crearse que (...) tenga como fin lo establecido por la presente ley”. A simple vista la norma tiene una redacción genérica que permite considerar a la entidad demandada como obligada; sin embargo, el mismo carácter genérico de la disposición deja flancos susceptibles de inter-

prestaciones dispares. Por ello, considero que el camino para resolver la cuestión planteada no debe agotarse en la disposición citada.

La ley 24.754 determina que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455. Entonces, si la accionada fuera considerada una entidad que presta servicios de medicina prepaga (o asimilada a ella por vía de la analogía), debería ser condenada en autos a brindar la cobertura requerida en la demanda, por el juego de las leyes referidas.

La entidad apelante, en oportunidad de expresar agravios, se consideró excluida del régimen de la ley 24.754. Su argumento se basó en que la misma es una mutual que no forma parte del sistema de Agentes del Seguro de Salud.

Sin embargo, es necesario reflexionar al respecto. Es que el sistema generado por la mutual accionada la acerca a la naturaleza privada más que a la pública, ya que la afiliación al sistema de salud que ofrece no es obligatoria. Es más, el Reglamento de la O.A.M. y sus Anexos cuyas copias figuran a fs. 125/130 de esta causa, no constituyen un obstáculo o impedimento para equiparar a dicha entidad con una de aquellas que pertenecen al denominado “de medicina prepaga”.

Respecto de la medicina prepaga, y comparándola con las obras sociales, se ha dicho que cambia radicalmente el modo con que se financia el sistema, ya que se nutre únicamente de la cuota que paga el asociado (Stein, Enrique; “La pertenencia al sistema de medicina prepaga”, LL 1999-B, pág. 938). Asimismo, “el derecho a la salud responde a un interés general, por lo tanto la prestación de los servicios por parte de la empresa de medicina prepaga no puede ser visto como un mero negocio (...) la prestación del servicio (...) debe ser integral” (Stein, ob. cit., pág. 940).

Trigo Represas, siguiendo a Lorenzetti, determina los presupuestos necesarios para tipificar a la medicina prepaga: a) la existencia de una empresa –o en nuestro caso una entidad- que se compromete a dar asistencia médica; b) la obligatoriedad de que la prestación esté

sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el beneficiario; y c) la existencia de un pago anticipado como modo sustantivo de financiación (ver JA 80° Aniversario, 1998-452). El mismo autor, refiriéndose a la naturaleza de las entidades que brindan servicios de medicina prepaga, expresa: “Por lo demás, esos diversos regímenes de prestaciones prepagas de salud no tienen por qué diferir por la circunstancia de ser suministradas por las ‘obras sociales’ sindicales o de organizaciones profesionales, o por entidades privadas”. Y culmina acentuando que la diferencia sustancial entre la “obra social” y la entidad de medicina prepaga, es que la primera tiene afiliados cautivos, mientras que la segunda depende de la afiliación voluntaria (contractual) de sus beneficiarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse entonces si O.A.M. brinda servicios de medicina prepaga. En los hechos observamos que la accionada se compromete a brindar servicios médicos, la afiliación a ella es voluntaria, cobra mensualmente y por anticipado una cuota por los servicios brindados, se financia entonces de manera privada, y debe otorgar las prestaciones cuando el estado de salud de los beneficiarios lo requiere. Por lo tanto, concluyo que está incluida dentro del régimen determinado en la ley 24.754.

En la misma línea de pensamiento se ha entendido que una asociación mutual, en tanto tiene por objeto la satisfacción de necesidades médicas de los socios (art. 4°, ley 20.321), está incluida dentro de las previsiones de la ley 24.754, que no sólo alude a las empresas, sino genéricamente a las entidades que prestan servicios de medicina prepaga. Por ende, tal entidad deberá proporcionar al asociado la pertinente cobertura médica, aún cuando se trate de supuestos excluidos expresamente de su estatuto o reglamento (Cámara Nacional Civil, sala A, 14/04/03, “S. de B. A. R. M. c/ Omint S.A.”. En igual sentido, sala E, 21/12/99, “R. R., F. M. c/ Centro Gallego de Bs. As. s/ amparo”, ED, 188-345; 204-168).

Entonces, por imperio de lo dispuesto por la ley 24.754 la mutual accionada –prestadora de servicios de salud- se encuentra obligada a cumplir con las mismas obligaciones que las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, sin necesidad de adhesión alguna al

régimen Nacional de Seguro de Salud, desde que la mencionada ley no establece ningún recaudo previo (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 16/09/05, “Sarmantano, Carolina V. c/ Sociedad Española de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza”, publicado en LL Gran Cuyo 2006 (julio), pág. 762 – LL Gran Cuyo 2006 (abril), pág. 378 - DJ 06/09/2006, pág. 29).

En definitiva, es por lo expuesto anteriormente que considero que la mutual demandada se encuentra obligada a brindar la cobertura requerida por la parte actora, por lo cual propongo al Acuerdo el rechazo del agravio analizado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es obvio que también debe rechazarse el agravio referido a la supuesta falta de arbitrariedad en la conducta de la accionada, pues la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta surge de la interpretación brindada a la normativa vigente, guiada por el derecho a la salud implicado, con reconocimiento constitucional.

Por otra parte, la apelante recordó en su expresión de agravios que debido al carácter de mutual que presenta, si se destinaran los fondos al pago de una práctica no convenida, se deberían retirar fondos destinados al pago de prestaciones que sí fueron convenidas, lo que determinaría la suspensión de los servicios de salud que brinda la mutual con el consecuente perjuicio para todos los restantes afiliados, el abandono del sistema por parte de éstos, y el posible cierre de la entidad.

En relación con este tópico, observo que no se encuentra acreditado el presupuesto fáctico que da sustento al agravio, es decir, no se ha acompañado al expediente constancia alguna de la cual se pueda inferir que si la mutual afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones demandadas, se produciría de manera irremediable la interrupción de los servicios de salud. En concreto, no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad económica para hacer frente a la prestación reclamada por la parte actora. Además, solo incumbe a los magistrados expedirse en los casos concretos traídos a su estudio, no pudiendo fallar según las proyecciones hipotéticas que en el futuro

puedieran sucederse, por lo que ello determina el rechazo de los argumentos planteados (cfr. C.F.A.M.dP., autos “Torre, Guillermo A. c/ Camuzzi Gas Pampeana s/ amparo”, registrada al T. LVII F. 10.032 del Libro de Sentencias).

Es en virtud de lo expuesto que entiendo que debe rechazarse también el agravio tratado.

Por todo ello, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso interpuesto por la O.A.M.

III. A continuación me ocuparé del recurso interpuesto por el I.O.M.A.

Uno de los argumentos principales del recurso se apoya en que el tratamiento solicitado es experimental, que en autos obran informes que avalan lo dicho, y que el sentenciante sólo fundó la procedencia del tratamiento en la opinión del Comité Interdisciplinario de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Sin embargo, varios son los elementos probatorios que avalan la procedencia del tratamiento. Así, a fs. 8 obra un certificado suscripto por dos médicos (Dra. Zelazko y Dr. Rosenzweig) pertenecientes al Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan, donde puede leerse: “El trasplante de precursores hematopoyéticos es una opción terapéutica válida y curativa para la EGC (...)

Existe consenso en que las fuentes de precursores hematopoyéticos histoidénticos relacionados (familiares del receptor) representan la primera opción al momento de elegir donantes para este tratamiento”. Por su parte, el Dr. Roberto Santoro, en su declaración de fs. 114 y vta., se refiere al tratamiento curativo y sintetiza sus pasos como si no existiera otro, sin hacer ningún reparo al mismo, e incluso manifiesta que de las distintas variantes de la afección que padece el menor, estamos ante la peor, por lo cual es obvio que el tratamiento curativo es oportuno. A fs. 170 obra el informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P., el que expresa: “(...) La técnica de diagnóstico preimplantatorio propuesta está hoy científicamente avalada. Desde el punto de vista ético, no se está pensando en sacrificar al feto, sino seleccionando un hermano que tendría posibilidades de salvar la vida al hermano enfermo, sin

daño para el donante, priorizando el principio de Beneficencia y No maleficencia. Una sugerencia bioética es que tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes, debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos (...) En cuanto a la negativa de la cobertura de las prestadoras que surgen del expediente (...) consideramos que la salud es un derecho y un bien primario que le asiste a todo ser humano y que no puede ser tratado como una mercancía de costo-beneficio económico”. A fs. 188 consta que el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas es una práctica consolidada para casos específicos en el Hospital Garrahan, aunque a fs. 187 también se aclara que se trata de un procedimiento poco frecuente. Esto último es lógico, pues la enfermedad que se intenta curar también es infrecuente (en el mismo informe de fs. 187 ello consta, en su parte final). A fs. 190 está el informe del Dr. Ricardo Russo, en el que el citado profesional (reumatólogo pediatra) del Hospital Garrahan expresa que la factibilidad del tratamiento debe ser evaluado por los especialistas de trasplante de médula ósea, y que el trasplante de precursores de células hematopoyéticas de donante relacionado histoiéntico es un método curativo no experimental.

Ante los indicados elementos probatorios, no considero atendible el agravio en análisis. Por otra parte, ante la existencia de controversia científica sobre la conveniencia del tratamiento (pues es sabido que ante los vertiginosos avances de la tecnociencia médica surgen voces encontradas, sobre todo desde las opiniones éticas, e incluso jurídicas, ya que el derecho va “detrás” de los acontecimientos porque su evolución es más lenta, generándose incluso preocupantes “lagunas de la ley” que permiten variadas interpretaciones para la solución de una controversia), es oportuno recordar que el fin del tratamiento es la cura de un niño, por lo que debe privilegiarse el interés superior del mismo, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 C.N.). En efecto, la citada Convención, en su art. 3.1, expresa:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una considera-

ción primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por ello, propongo al Acuerdo el rechazo del agravio analizado.

El recurrente manifiesta que el Poder Judicial no debe invadir la competencia propia del Poder Legislativo, encargado de reglamentar el derecho constitucional a la salud. Es evidente que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud, sino interpretando el plexo normativo aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial, por lo que el referido agravio debe rechazarse.

En otro de sus agravios, el apelante manifiesta que no existe consagración legislativa del reconocimiento del derecho de obtener la cobertura de un procedimiento de reproducción artificial a cargo de una entidad estatal. Ante ello, cabe acotar –en primer término- que no estamos ante un simple procedimiento de fecundación asistida peticionado en aras del derecho a la planificación familiar o a la paternidad, sino ante un procedimiento que tiene por fin –además de la paternidad- curar a un niño gravemente enfermo, y con discapacidad certificada (fs. 5, 6, 9) y no controvertida por el recurrente. Es relevante, entonces, recordar que nuestro máximo Tribunal ha manifestado: “(...) ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que sitúa el asunto sino, también, la índole de obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud (...) considero que no puede escapar a este examen, en primer término, que la protección y la asistencia integral a la discapacidad (...) constituye una política pública en nuestro país; y, en segundo, que lo decidido compromete el ‘interés superior’ de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño (...) A este respecto, conviene recordar que (...) los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda (...) No es admisible pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente como la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea, situado, finalmente, en órbita del Ministerio de Defensa de la Nación; es decir, del Poder Ejecutivo

Nacional (...)” ( CSJN, 8/6/2004, “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina – Dirección General de Bienestar Personal Fuerza Aérea s/ Amparo” ). Merece también especial mención el fallo dictado por la CNFed. Civ. y Com., sala I, el 13/12/2005, en autos “S., D. S. c/ Instituto Obra Social del Ejército” ( publicado en LL del 30/6/2006, con comentario favorable de Rosales, Pablo O., “Cuando los jueces aplican el derecho con creatividad”, págs. 3 a 7 ), que estableció: “La obra social del ejército debe brindar cobertura integral para paliar la discapacidad sufrida por un hijo menor de un afiliado, pues, un ente situado en la órbita del Poder Ejecutivo de la Nación no puede dejar de lado la obligación de brindar atención y asistencia integral a la discapacidad que brindan las leyes 22.431, 24.901 (...), en tanto resulta obligación impostergable de la autoridad pública emprender acciones positivas dirigidas a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación (...) Debe condenarse a la obra social del ejército accionada a brindar cobertura integral al hijo menor de un afiliado que presenta problemas de discapacidad, pues, a pesar de no estar expresamente incluida en el régimen de la ley 23.660, se halla compelida a cumplir los requisitos mínimos que la ley 24.901 (...) impone a las obras sociales que integran el sistema de salud en beneficio de todas las personas con discapacidad, posean o no cobertura social”.

Avalado por la discapacidad del niño cuya cura se propicia, su situación desventajosa, su alto nivel de vulnerabilidad y la necesidad del tratamiento peticionado, comparto los criterios jurisprudenciales vertidos y propongo el rechazo del agravio analizado, ya que de todo lo anteriormente expuesto se deduce la ilegitimidad de su accionar, conforme lo que he sostenido en los considerandos precedentes.

Si bien el tema es complejo y notoriamente preocupante, entiendo procedente la realización de la técnica de fertilización autorizada por el a-quo cuando existen en juego intereses vitales a tutelar. No escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas que son vistas como una forma de instrumentalización de la persona humana apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y compartiendo desde un principio

aquellos postulados elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, entiendo que en el caso particular existen aristas especiales que aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura por parte de los demandados.

En el caso de autos se ha demostrado que este método consiste en la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos. No se trata aquí de un matrimonio que sólo tiene deseos de concebir para satisfacer una expectativa paternal, sino de encontrar una alternativa humanamente viable para poder eliminar las gravísimas secuelas de la enfermedad que padece su otro hijo ya nacido, tal como se da cuenta en estas actuaciones. A modo de ejemplo vale citar similares procedimientos que se han empleado en Colombia con motivo de una enfermedad llamada Anemia de Fanconi, y en Gran Bretaña en el año 2004 cuando la Cámara de los Lores autorizara esta práctica por otra enfermedad de parecidas características ( ver Zambrizzi, Eduardo, “La cultura de la muerte”, LL del 4-7-2008).-

Y no se trata de crear con ello una subcategoría de seres humanos esencialmente destinados al bienestar de algunos, sino de coadyuvar a dar vida a otro ser humano que además de la propia finalidad que tendrá por el sólo hecho de venir a este mundo se le sumará otra más trascendente como lo es el estar destinado a paliar las graves secuelas de la enfermedad que padece en la actualidad quien será su futuro hermano.

Es en virtud de todo lo antes expuesto que a mi juicio los agravios vinculados con las cuestiones aquí debatidas y mencionadas anteriormente no pueden tener acogida favorable debiéndose, en consecuencia, confirmar en este aspecto el decisorio recurrido.

IV.- Resta aún el análisis de una cuestión fundamental. I.O.M.A. se agravia porque el tratamiento ordenado por la sentencia necesariamente descarta embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo. El recurrente destaca que ello es inconstitucional y también contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones.



Más allá de constituir ello un asunto que no guarda un interés directo y concreto con las pretensiones que puede válidamente ostentar el Instituto, lo cierto es que la cuestión amerita su tratamiento por parte del Poder Judicial ya que el tema aquí expuesto resulta ser una problemática que puede ser calificada de orden público con proyecciones de afectación a intereses generales por estar comprometido el destino de embriones humanos. Como bien se ha sostenido, las técnicas de procreación asistida y la decisión a adoptarse en torno a ello “desbordan el ámbito de la conducta privada para comprometer el orden público”. ( Ver Arias de Ronchietto, Catalina. “Procreación humana asistida. Estamos generando huérfanos?”, cit. por Eduardo Zambrizzi, “La cultura de la muerte” en LL 4-7-2008).

En tal sentido, el ya referido informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P. alertó sobre la cuestión, pero no por ello descartó la procedencia del reclamo del amparista ni desaconsejó el tratamiento en cuestión. En este orden de ideas, expresó que -tratándose de una fecundación in vitro y habiendo probables embriones restantes- debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos.

La sentencia recurrida, en su punto resolutorio segundo, determina en su parte pertinente: “(...) Se deja al criterio deontológico del profesional tratante del amparista, y el oportuno acuerdo con sus padres, el destino de los embriones residuales, luego de efectuado el procedimiento en cuestión, la fijación del límite de su eventual utilización en el campo experimental, conforme los parámetros regularmente aceptados por la ciencia médica actual”. De este modo, un tema tan delicado como el respeto a los Derechos Humanos de los embriones queda librado al criterio consensuado del profesional tratante y los padres, lo cual aparece como improcedente de frente al abordaje de temas vinculados con el orden público y con el destino que corresponde otorgar a los embriones sobrantes del procedimiento aquí autorizado.

Por lo tanto, y sin que ello implique revocar el punto I) de la resolución apelada, propiciaré modificar el punto II), y suplantarlo por otro que se sugerirá al Acuerdo, teniendo como base las consideraciones siguientes.

a). En primer lugar debo aclarar que, si bien no es motivo expreso

de agravio, juzgo oportuno señalar que lo aquí decidido no importa de modo alguno compartir las manifestaciones vertidas por el sentenciante respecto de la protección penal del feto y del comienzo de dicha protección (fs. 224 y vta.). Tales manifestaciones son respetadas en tanto se trata de opiniones personales del juzgador, pero considero que las mismas no son avaladas por el plexo normativo constitucional vigente. En efecto, las referencias ya expuestas respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación del art. 1 de la misma efectuada por la ley 23.849 (art. 2), así como los demás tratados internacionales de jerarquía constitucional suscriptos por el Estado Argentino, otorgan protección a la vida humana desde el momento mismo de la concepción.

Es así como la citada Convención Americana de Derechos Humanos garantiza a toda persona el respeto por su vida a partir de la concepción, al igual que la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos –entre otros instrumentos internacionales de rango constitucional-, en concordancia con lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando a partir del precedente “Seguir y Dib” estableció que el derecho a la vida “es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (Fallos 302:1284) a partir del cual sólo pueden ser consagrados los demás derechos que se establecen como inherentes a dicha condición.

Sin perjuicio de volver circunstancialmente sobre este asunto, debemos ocuparnos entonces del destino que habrá que otorgarles a aquellos embriones supernumerarios o no transferidos resultantes de esta práctica.

Para ello deviene imperioso establecer la condición jurídica de estas formas de vida, y asignarles –frente al vacío legislativo- un status que sea acorde con ello. Así, debe señalarse que la cuestión del destino de los embriones “no transferidos” de los procedimientos de fertilización asistida es frecuentemente tratada por la doctrina, pero lamentablemente no cuenta aún con un andamiaje legislativo claro y concreto,

a diferencia de lo que sucede en otros países del orbe, como en el caso de Suecia con su ley sobre fecundación artificial de 1984 y la ley de fecundación “in vitro” de 1988, la normativa de Noruega y Dinamarca de 1987, la de España del año 1988, la legislación de Francia del año 1994 (ver citas del precedente “Rabinovich” de la Cam. Nac. Civil Cap. Fed., Sala I, LL 2001-c-824 ) y la de Alemania –por citar sólo alguna de ellas- con la sanción de la Ley de Protección de Embriones del año 1990, que restringe en forma drástica el número de óvulos que pueden generarse al practicarse la fecundación in Vitro, y que prohíbe categóricamente su creación con fines de investigación.

Se señala –en términos generales– que “los derechos humanos, fundantes de todo el esquema normativo, configuran el gran límite a cualquier tipo de legislación o decisión judicial (...)” ( Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas”, JA 1994-IV-735 ). Incluso en lo relativo al debate de la naturaleza médica y jurídica del embrión y más allá de esto último, es claro que la normativa nacional lo protege con toda su fuerza. En efecto, los arts. 63 y 70 del Código Civil determinan que la existencia de la persona humana comienza con su concepción. La referencia a que la concepción opere “dentro del seno materno” que Vélez Sársfield hizo no debe interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía (ni en la mente de los pensadores más imaginativos) otro medio de concepción más que el natural. A lo sumo, el artículo fue redundante, pero en la actualidad ninguna duda cabe acerca de la equiparación de cualquier tipo de concepción, uterina o extracorpórea. Una interpretación diferente chocaría contra los tratados internacionales de jerarquía constitucional que prohíben la discriminación y la igualdad ante la ley (art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica), e incluso contra el propio Código Civil, que en otros artículos no realiza distingo alguno respecto a los distintos tipos de concepción (por ejemplo, art. 264 C.C.). Como si todo ello fuera poco, la Convención sobre los Derechos del Niño determina que a los efectos de su aplicación, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (art. 1), sin distinción ni discriminación alguna por motivo alguno (art. 2); y la ley 23.849 (que aprobó la Convención y la incorporó a nuestro sistema jurídico) determinó que “Con relación al artículo 1° de la

Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2). Entonces, es claro que desde la concepción (corpórea o extracorpórea) estamos ante un ser, merecedor de la protección jurídica de la Convención Internacional citada, de la propia Constitución Nacional Argentina, y de otros Acuerdos Internacionales suscriptos por el Estado Argentino.

Es sumamente clarificante en este aspecto lo resuelto en un precedente similar por la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, cuando en consonancia con lo expuesto señalara que “Vélez receptó en este punto la solución adoptada en el Esbozo de Freitas..y al referirse a la concepción buscó la protección de la persona a partir de su estado inicial, incipiente, primario.”

Agrega el mencionado Tribunal que otras disposiciones legales avalan la posición aquí expuesta. En efecto, desde el art. 264 del Código Civil en su texto actual que establece la regulación de la patria potestad de los padres sobre sus hijos “desde la concepción de éstos”, hasta pasar por el art. 4° inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que garantiza el respeto por la vida “a partir del momento de la concepción”, y llegar a la ley 23.849 que aprobó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, aclarando el Estado Argentino que debe entenderse por niño todo ser humano “desde el momento de su concepción”, no cabe duda alguna que “en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y síquica” ( Cam. Nac. Civ., Cap. Fed., Sala I, “Rabinovich”, LL 2001-C-824 ).

En sintonía con ello, y a nivel jurisprudencial, vale destacar que el Tribunal Superior Español ha extendido la protección constitucional de la vida humana también al embrión preimplantatorio, si bien con una intensidad menor que al ya implantado, y con mayor razón, a la persona ya nacida (1).

Como bien señala el Tribunal capitalino, un amplio sector de la doctrina reconoce al embrión la condición de persona y por ende, como sujeto de derecho.

Así entre otros –por citar arbitrariamente algunos-, se inscriben en esta tesis, autores como Jorge Mazzinghi ( LL 1978-C-993 ), César Asteguieta ( ED 117-421 ), Roberto Andorno ( ED 120-947 ), Atilio Aníbal Alterini ( Cuerpo humano, Persona y Familia, en “Derecho de Familia”, Rubinzal- Culzoni, 1990 ), Dolores Loyarte y Adriana Rotonda (“Procreación humana artificial: un desafío bioético”, Depalma, 1995 ), Alberto Rodríguez Varela ( ED 163-972 ) y Rodolfo Barra ( LL 1996-D-1271 ).-

Todo lo precedentemente reseñado nos conduce a afirmar que indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos ( Nallar, Florencia. “Destino de los embriones crioconservados. Especial referencia al Instituto de Adopción”, en La ley online ).-

b). Lo expuesto anteriormente nos conduce ineludiblemente a establecer el momento a partir del cual debe comenzar la protección de la vida, o –dicho en otros términos-, a determinar cuál es el momento de la concepción que queda abarcada por dicha protección legal y constitucional.

No resulta del todo sencillo establecer el comienzo de este momento de la concepción para otorgar protección a la vida humana. A lo largo de los últimos tiempos se han ensayado distintas variables en torno a ello.

Así, hay destacados autores que sostienen la “teoría de la fecundación”, fijando aquel momento en el instante en que el ovocito fecundado resultante de la penetración del óvulo por el espermatozoide, también llamado “cigoto”, contiene los veintitrés pares de cromosomas aportados por los gametos masculino y femenino, que ya le otorgan una composición genética única. Por ello se dice que nos encontramos frente a un persona en acto.

Por otra parte, están aquellos que extienden tal protección a un momento anterior a aquella fusión de los dos pronúcleos masculino y femenino. La célula que los contiene recibe el nombre de ovocito pronucleado que ya no es ni espermatozoide ni óvulo, y es ese mismo ovocito pronucleado el que marca el inicio de la vida humana desde que aparece como un ser dotado de humanidad que ha comenzado su propio ciclo vital, pues el desarrollo es un proceso gradual caracterizado principalmente por su progresividad creciente hasta alcanzar un fin estructural y funcional.

Además de lo expuesto, debe destacarse que entre 18 y 20 horas después de la penetración del espermatozoide en el óvulo, se produce la unión de los pronúcleos de ambas células, procedimiento conocido con el nombre de singamia.

Al fusionarse los pronúcleos se transmiten las informaciones genéticas de los gametos creándose así una nueva célula (cigoto), con su nueva y única identidad genética, posición defendida por el destacado especialista Jérôme Lejeune, quien afirma la condición de ser humano del embrión desde la singamia, al igual que la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ( Ver Gorini, Jorge, “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la píldora del día después”, LL, Supl. Actualidad, 7-8-2003 ).

Por último, la teoría de la implantación o anidación, que establece el comienzo de la vida con la fijación del embrión en el útero materno, lo que ocurre aproximadamente entre el día séptimo a catorce de la evolución, ya que con la anidación se define la unicidad y la unidad del embrión. Se agrega a ello, además, una nueva teoría que establece el comienzo de la vida humana a partir del decimoquinto día posterior a la fecundación, dado que a partir de allí se inicia la formación del sistema nervioso central, lo que constituiría –esta circunstancia- la verdadera instancia diferenciadora.

De conformidad con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debo coincidir con aquella postura que establece el comienzo de la vida humana, o mejor dicho, el momento de la protección legal y constitucional de la vida, con el momento en que tiene lugar la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación, entendiendo

que a partir de allí existe un ser humano en estado embrionario; debiendo agregar –como lo hiciera la Cámara Nacional de Capital Federal, Sala I, en el precedente ya citado-, que el debate científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado no puede ser dirimido judicialmente, y las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo sin extremar indebidamente la analogía, pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el ovocito pronucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta a los gametos, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión. Subiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal, y por ello “la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea, sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre”.

Si bien no existe un consenso científico que determine exactamente el momento mismo de aquel suceso, lo cierto es que ya no puede sostenerse aquella teoría que marca el comienzo de la vida cuando el embrión se anida en la pared uterina, o la que lo hace coincidir con la aparición de la cresta neuronal. La vida requiere su protección desde el mismo instante de que comienza a existir un nuevo ser que ya cuenta con un código genético único e irrepetible, mereciendo su protección desde que el óvulo es fecundado al igual que los ovocitos pronucleados, como células peculiares que se comportan en forma independiente ( ver fallo Cámara Civil Cap. Fed. ya citado ). Y más allá de las disquisiciones científicas que puedan hacerse al respecto, no cabe duda alguna que el embrión – como tal- debe considerarse en términos de ser humano aunque tal protección no sea tan intensa como otros momentos del decurso biológico de todo un proceso en desarrollo.

En consecuencia, y por todo lo reseñado precedentemente, sostengo que la protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano.-

Sin ninguna duda, y ante todo lo expuesto, los embriones resultan-

tes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno.

Es así que para preservar sus derechos inalienables deben establecerse una serie de restricciones que amparen los más elementales derechos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del ser humano que son amparados desde la concepción dentro o fuera del seno materno.-

c). Como se ha expresado, permitir el “descarte” de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su “utilización en el campo experimental” conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana.

Nos encontramos aquí frente a una perspectiva jurídica que exige el respeto a la dignidad del ser humano desde el mismo momento en que ha sido concebido, pues desde allí es que adquiere una serie de derechos inalienables que no deben ser impunemente conculcados, independientemente de su condición, su estado de salud, raza o cualquier otra circunstancia (2). En definitiva, la exigencia del cabal respeto por la vida humana desde su concepción.

Es por tanto que necesariamente debe existir un “derecho del embrión” incluso aún cuando no tenga un soporte normativo expreso en nuestro país que lo contemple, y que dentro de esta gama de prerrogativas exista un derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas, a no ser objeto de experimentaciones científicas de ninguna índole, y fundamentalmente el derecho a la no eliminación o destrucción.

Por ello, y aunque sea moralmente discutible y hasta calificada por algunos como “inmoral” la práctica misma de la fecundación in vitro, no vislumbro por el momento otra alternativa más favorable en orden a su protección, que la técnica de la crioconservación de aquellos embriones que pudieran resultar sobrantes o “supernumerarios”, por lo menos hasta el momento en que pueda decidirse su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad de esta forma de vida.

Efectivamente, tal como dice Soto Lamadrid “si admitimos la

fecundación in vitro y las técnicas de poliovlación inducida, entonces el método de conservación en frío nos resultará un complemento material para garantizar que los embriones eventualmente sobrantes, puedan sobrevivir para ser utilizados en una segunda transferencia...ya que en realidad no se pretende afectar la vida o la respetabilidad del ser humano" ( cfr. Soto Lamadrid, Miguel A., "Biogenética, filiación y delito", Bs. As. 1990, cit. por Soraya Nadia Hidalgo, "Congelamiento y destrucción de embriones. Avance o retroceso?", LL 1993-D-1103 ), sino todo lo contrario, utilizando esta técnica de conservación como un remedio de excepción en los casos en que no es posible la transferencia inmediata a su madre biológica o a otra mujer receptora. Es así que inevitablemente se impone la conservación del embrión para una sucesiva transferencia, ya que de no seguirse este camino, ese individuo estaría condenado inexorablemente a la muerte (ver Roberto Andorno, "El derecho a la vida. Cuándo comienza?", ED 131-904 , cit. idem. anterior).

Lamentablemente –por el momento- no son muchas las alternativas que pueden asignarse a los embriones supernumerarios que son empleados en la especie para el objetivo emprendido.

Cabe destacar –siguiendo a Nallar en la obra antes citada- que países como Holanda y Alemania prevén la crioconservación por tiempo indefinido de los embriones, aunque ello no pone fin a la cuestión. A diferencia de esta mecánica, también se contempla el descarte de tales embriones una vez transcurrido un determinado período de tiempo sin que los mismos hayan sido reclamados por sus progenitores, como sucede en Gran Bretaña donde se dispone la destrucción de embriones que no fuesen reclamados en un lapso de cinco años. En igual sentido, las legislaciones de Australia, Francia y Canadá establecen términos similares, luego de transcurridos los cuales se procede a la destrucción de los embriones supernumerarios.

Otra alternativa que se baraja a nivel internacional consiste en la utilización de dichos embriones en las prácticas de investigaciones científicas, fundamentalmente a partir de 1998 cuando se demostró que del tejido embrionario se pueden obtener cultivos de células estaminales o células madres que son aquellas que poseen la capacidad de

reproducirse constantemente y de transformarse en células especializadas del cuerpo humano.

Aún más. Si bien por ahora, como dice Colautti (3), no existen datos fehacientes sobre la posibilidad de que los experimentos de clonación conocidos, puedan transferirse sin más a seres humanos, debe de todos modos dejarse asentada su expresa prohibición –al menos en el caso sub-exámene.

Principalmente, en torno a ello, teniendo en consideración la resolución ratificada por Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Clonación, elaborada en febrero del mismo año por el Comité de trabajo creado a tal fin, que insta a los Estados a que "prohíban todas las formas de clonación contrarias a la dignidad humana y a la protección de la vida", con la salvedad efectuada por nuestro país.

Al margen de lo expuesto, considero que tales alternativas no pueden válidamente ser usadas dentro del marco legal y constitucional del ordenamiento argentino ya que tal proceder atenta contra la vida, la integridad física y dignidad de la persona humana, por lo cual debe señalarse su absoluta prohibición en tal sentido.

Quizás, y a modo de propuesta, coincidiendo con algunos criterios doctrinarios en este aspecto, el único camino posible sea la regulación de la adopción de tales embriones crioconservados cuando los padres biológicos por razones ajenas a su voluntad no puedan llevar a cabo la implantación de tales embriones. Concuera con esta alternativa el Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida de 1997, aprobado por el Senado de la Nación Argentina, en donde se contemplaba expresamente el instituto de la adopción para los embriones sobrantes a efectos de posibilitar la maternidad y paternidad a parejas que padezcan de esterilidad o infertilidad no tratables terapéuticamente, a través de los procedimientos que deberían llevarse a cabo por médicos o centros médicos especializados a ese fin, aplicando por analogía las disposiciones sobre esta adopción prenatal a los óvulos fecundados. Incluso otros proyectos presentados al Congreso Nacional contemplaban un plazo para conservar a tales embriones, vencido el cual los padres debería aceptarlos o autorizar las disposición judicial de los mismos para su adopción prenatal, perdiendo en este caso todos

los derechos sobre los embriones cedidos. (Ver Proyecto Senador Sapag, cit. por Florencia Nallar en la obra ya citada).

Por ello, propongo que, en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la terapia ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal que ampare y proteja sus derechos inherentes a la condición humana que ostentan, o hasta que pudiera existir una decisión judicial que permitiera la adopción prenatal si ello fuese considerado factible por el órgano judicial interviniente y se dieran los demás requisitos exigidos por la legislación argentina específica y aplicable al caso.

Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos ya referidos, propongo que se decrete medida de no innovar respecto de los embriones resultantes crioconservados, ordenando al a quo a practicar las diligencias necesarias para nombrar un tutor de dichos embriones en los términos de los arts. 377, 392, 397 inc. 8, siguientes y concordantes del Código Civil bajo la inspección y vigilancia del Ministerio Público Tutelar de la Defensoría Oficial, quien deberá ser informado (junto al propio juez actuante como al Ministerio Público) de cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, que deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (luego de la intervención de los mencionados) sólo si no se vulneran los derechos mencionados de los embriones y en tanto ello no se oponga a la dignidad del ser humano, prohibiéndose expresamente cualquier forma de manipulación genética, experimentación o clonación a su respecto y por supuesto, su destrucción o descarte.

Otro aspecto no menos importante en relación a lo aquí decidido está representado por la autoridad que debería sufragar los gastos que demande la técnica de crioconservación dispuesta precedentemente.

En tal sentido es de destacar que el Estado Nacional no ha sido demandado en estas actuaciones, pero a la vez, resulta aquél ser el garante y custodio principal de todos los derechos inherentes a los ciudadanos y principalmente, del derecho a la vida (ver arts. 33 y 75 inc. 22 C. N., arts. 1° y 4° 1 C.A.D.H, y arts. 2°. 1 y 6°. 1 P.D.C.Y.P., entre otros).

En tales condiciones y no siendo posible en términos jurídicos imponer una obligación de tal naturaleza al Estado argentino, entiendo que el Ministerio Público tutelar de la Defensoría, en forma conjunta con el tutor que sea designado por el Sr. Juez de la Primera Instancia, deberá ocurrir en forma inmediata por ante las autoridades pertinentes a fin de solicitar tal atención en aras de la protección de los embriones que aquí se le encomienda, y realizar las gestiones necesarias a efectos de obtener la íntegra cobertura de los gastos que pueda demandar el procedimiento ordenado a fin de garantizar la integridad y la vida de los eventuales embriones no transferidos.

Asimismo, y en razón a que con respecto a los embriones super-numerarios y la criopreservación de embriones a efectos de practicar técnicas asistidas de embarazo, sería aconsejable que en primer lugar la ley civil establezca las condiciones, características y requisitos propios de tales actividades, propongo ordenar al a quo que libre un oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (el destino de los embriones “sobrantes” de las técnicas de fertilización asistida), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación para su eventual tratamiento por parte del órgano deliberativo.

V. Resta –finalmente- analizar el recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Nación, referido a la imposición de las costas del proceso.

Si bien es cierto que en esta materia el principio general aplicable es que las costas deben cargarse a la parte vencida, también es incuestionable que el régimen legal permite al juez “eximir total o parcialmente de esta responsabilidad a litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad” (2da. parte del art. 68 CPCCN, aplicable en virtud del art. 17 de la ley 16.986).

La fundamentación de la imposición de las costas en el orden causado que el a quo lleva a cabo en su sentencia luce a fs. 227. Por lo tanto, resta valorar si las causas invocadas por el sentenciante justifican su decisión.

Luego del análisis de la totalidad del expediente, e incluso de los recursos anteriormente resueltos, no me cabe duda acerca del acierto del fallo recurrido.

En efecto, el tratamiento solicitado es novedoso en la ciencia médica, pues su implementación es reciente. Desde el multidisciplinario campo bioético, la cuestión origina numerosos debates, por varias razones. En efecto, tanto desde el punto de vista de la fertilización asistida y el destino de los embriones sobrantes, como desde el hecho de generar un nuevo ser con el principal objetivo de servir como medio de cura para otro (lo que, viendo al ser humano como un “fin en sí mismo”, puede generar diversas opiniones y cuestionamientos), el tema abordado resulta delicado. Finalmente, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es evidente que todas las partes pudieron creerse con derecho a litigar, pues normas de diversa naturaleza parecen avalar sus diferentes posturas (aunque, en realidad, la jerarquía de unas triunfa sobre otras), y los reparos que desde la medicina, la genética y la bioética pueden hacerse tienen consecuencias en el análisis jurídico de la situación, lo que genera dudas razonables en los justiciables.

Por lo tanto, propongo el rechazo del recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Nación.

Además, y por los mismos fundamentos, propongo que las costas de Alzada de todos los recursos analizados se impongan en el orden causado (art. 68, 2da. parte, CPCCN, art. 17 ley 16.986).

VI. Por todo lo expuesto, de conformidad con las disposiciones legales nacionales e internacionales citadas y los precedentes judiciales apuntados a lo largo de los considerandos, propongo al Acuerdo: 1) Dejar sin efecto el punto resolutivo segundo del Fallo apelado (fs. 228), y suplantarlos por el siguiente: “II) Tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los dere-

chos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretarse medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones”, interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realicen las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomendar al Ministerio Público tutelar conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada.

2) Ordenar al a quo: a) Tomar las medidas necesarias para nombrar el tutor referido en el párrafo anterior; b) Efectivizar la medida de no innovar decretada en el citado párrafo; c) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (el destino de los embriones “sobrantes” de las técnicas de fertilización asistida), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente;

3) Confirmar el resto de la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso y agravio.

4) Imponer las costas de Alzada de los recursos interpuestos, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCCN, art. 17 ley 16.986)

Tal es mi voto.

***El Dr. Ferro dijo :***

Que comenzando este voto y como primera medida debo desta-

car, que en esta acción de amparo ha sido condenada la OAM, quien nunca fue demandada en estos autos, conforme se desprende de fs. 68, pto. I “objeto”, en el cual – expresamente- los amparistas promueven medida autosatisfactiva solamente contra el Instituto de Obra Médica Asistencial; ahora bien, sin perjuicio que en lo que hace -exclusivamente- a la medida cautelar innovativa los actores solicitan que IOMA y a OAM sufraguen el total del tratamiento que se requiere por esta acción, a fs. 72, pero sin embargo y nuevamente al referirse a la medida cautelar innovativa, observo que en la solicitud ahora se hace mención exclusivamente a IOMA.

Luego que el aquo dispusiera a fs. 74 intimar, curiosamente “a los amparistas” -sic-, cuando no eran tales, a fs. 95/7 cuando provee el escrito de promoción de la cautelar planteada oportunamente, decide reconducir el planteo de la autosatisfactiva y dispone el trámite de una acción de amparo la cual la dirige, como a fs. 74, pretorianamente contra IOMA y OAM.

En esa tesitura, requiere los informes y al contestar la segunda de las citadas, a fs. 132/44, y luego de efectuar diversas consideraciones sobre lo demandado, advierte a fs. 135 que los actores accionaron sólo contra IOMA; no obstante lo delicado de esa situación procesal, en las sucesivas decisiones y resoluciones dictadas por el aquo, nunca resolvió sobre tal cuestión procesal.

A este respecto, debe recordarse que a efectos que una persona física o jurídica pueda ser tenida por parte, es necesario que participe nominalmente en el pleito y sustancialmente que tenga en el litigio un interés directo, de manera tal que la sentencia que se dicte, le resulte obligatoria.

Nada de ello acontece en el sub lite donde OAM ha sido traída al ahora juicio de amparo, por voluntad del magistrado, como señalé antes y sin que siquiera IOMA lo citara como tercero al evacuar el informe de ley.

En consecuencia, al no haber sido OAM demandado por los actores interesados y quien sólo efectuó presentaciones en aras de su derecho de defensa ya que, insisto, no había sido citada y en base al

principio de congruencia obsta la posibilidad que OAM pueda ser condenada pues no fue demandada.

De ahí, entonces, que la sentencia -en ese punto- debe ser revocada.

Entrando ahora, a la restante cuestión de fondo, en razón de compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, en lo que a IOMA respecta, he de adherir a la solución propiciada y solo en homenaje a la brevedad y a los tiempos que exige esta causa en razón de su naturaleza, me permitiré añadir una breve consideración sobre el tema.

Debo significar, prioritariamente y en sentido adverso a los fundamentos esgrimidos por la demandada, que tanto las prepagas y las obras sociales están obligadas a atender todos los embarazos, partos y tratamientos de los recién nacidos, más allá de cómo hayan sido concebidos los bebés. Y así lo dispone la ley nacional N° 24.754 que fija el Programa Médico Obligatorio (Resolución 201/2002), que comprende los servicios básicos que deben recibir los afiliados, incluso aquellos recién nacidos por tratamientos de fertilización asistida, puesto que, en caso contrario, sería una forma de discriminación hacia los bebés que nacen in vitro y entiendo, además, que se debería aplicar el art. 45 de la ley de defensa del consumidor.

El argumento referido y esbozado respecto que este tratamiento de fertilización asistida, implica costos excesivos para las empresas y genera por ende resistencia y negativa a la cobertura, como se ha visto lamentablemente en estos autos, tratando de priorizar un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos sagrados, como lo son el derecho a la vida, a una integridad física, etc. sin advertir que tales gastos o problemas de costos en relación con el derecho que tienden a proteger, deben ser asumidos por las empresas pues están dentro del riesgo empresario.

El argumento, respecto que una medida como la que cuestiona genera riesgo de subsistencia de las empresas y perjudica a todos los afiliados, porque podrían hacer aumentar las cuotas, ronda el absurdo y no cabe otra solución que la propuesta por mi colega en su voto que



por su claridad y fundamentación, no admite otra interpretación en contrario.

Ahora bien y en este orden de ideas, debemos tener presente que las técnicas de reproducción humana asistida, han ido abriendo cada vez más posibilidades para la prevención del nacimiento de niños portadores de patologías transmitidas por sus progenitores, que luego podrían padecer ellos mismos desde su infancia o adolescencia o tal vez mucho antes.

En el caso de marras, creo que lo más importante que tiene la pareja actora no pasa simplemente por tener otro hijo, sino de salvar la vida de otro hijo; entonces, a partir de esa base surgen aspectos legales que me imponen priorizar determinados derechos y normas en mérito a lo que está en juego.

Refiere la demandada que no hay normas respecto de la fertilización asistida; sin embargo creo, sin hesitación alguna, existen normas generales que tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de regulación y me estoy refiriendo al derecho a la salud y primordialmente al derecho a la vida, consagrados en la Ley Fundamental y en el derecho internacional, a través de la Convención de los Derechos del Niño, derechos que peticionan los padres en defensa de su hijo S. y debo advertir que si supuestamente no hay normas particulares sobre el tema, se deben a que los legisladores no son omnipotentes y, obviamente, no pueden prever todas las situaciones que puedan presentar en el futuro distintos casos.

En este aspecto debe significarse, a mi juicio, que si bien sobre la Convención sobre los Derechos del Niño nuestro país ha declarado que se entiende por niño todo ser humano desde la concepción, no puedo obviar el fallo “Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo” (Fallo P.709.XXXVI) en el cual en su considerando 10, la Corte Suprema de Justicia refirió que la vida comienza con la fecundación, motivo por el cual –creo- carece de incidencia fijar una determinada posición sobre el tema, cuando la índole de la cuestión planteada no lo amerita.

Sentado ello, prosigo refiriendo que aquellos derechos, no pueden

ser imaginados como un conjunto de normas que le asista a ellos, sino que frente a la situación particular en que se encuentra el niño enfermo y discapacitado, el derecho subjetivo que le asiste será independiente de lo que disponen el derecho objetivo por cuanto son facultades y poderes innatos a las personas que los tienen por el solo hecho de ser personas, tales como el de vivir, el derecho a la salud, a una vida digna y que aún existirían, me animaría a sostenerlo, aún cuando hipotéticamente se derogara la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo.

A ese respecto, ha señalado Carlos Nino que “el derecho positivo debe proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera, no sería digno de ser llamado “derecho”.

Esta determinación sobre el derecho subjetivo, tuvo su coronación en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, como culminación de la Revolución Francesa, en la cual se establece que el fin último de los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, tales como el derecho a la libertad, a la vida, a la salud, entre otros. Y sobreabundando en materia de derechos, debo significar que esos derechos individuales, reitero el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al debido proceso, etc. Son derechos morales que la gente los tiene, independientemente de lo que disponga el sistema jurídico por cuanto los órganos estatales tienen el deber de reconocerlos dictando normas que los reconozcan y no que los restrinjan, habida cuenta que el objeto que todas las leyes poseen “es incrementar la felicidad general de la comunidad y sus componentes y por lo tanto, deben excluir cualquier cosa que tienda a destruir esa felicidad; en otras palabras, excluir lo que sea pernicioso (4).

En este orden de ideas, entiendo, no se debería ignorar lo que refiere la legislación española sobre este tema que desde 1970 viene tratando esta delicada cuestión y perfeccionando la regulación normativa de las técnicas de fertilización asistida y su aplicación a las diversas situaciones que puedan quedar por ella determinadas. En este contexto, rescato la ley 35 del 22 de noviembre de 1988, la ley 45 del 21 de noviembre de 2003 y por último, la 14 del 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En esta última norma, y en apoyo de la razón de los actores en aras de la salud de su hijo, tengo presente la inteligencia que dimana de su texto, como de la exposición de motivos en cuanto determinan que el diagnóstico médico preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas, que en la actualidad carecen de tratamiento, y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que en determinados casos y bajo estricto control y autorización administrativa, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

Frente a tal clara disposición, el objeto que se persigue en esta acción, el altruismo por parte de la familia actora, -a mi juicio- sería impensable que una autoridad judicial sin contar con la idoneidad y especialidad en la materia pudiera dejar de lado la normativa subjetiva aplicable al caso, por cuanto es respetuosa del derecho a la vida y a la salud.

En este otro orden de ideas, la Corte Suprema ha señalado que “ El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (falos 302:1284; 310:112; 323:1339 y P. 709-XXXVI Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y acción Social s/ amparo) y ha significado que “ el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en si mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479, votos concurrentes).

Pues bien, la pareja o familia actora no se presenta a buscar tutela judicial para simplemente tener otro hijo sino, en una actitud encomiable y diría humana, para de ese modo salvar la vida de otro de su hijo y es en ese aspecto, para el cual debemos acudir a la aplicación de los derechos que van a salvaguardar la vida y salud de ....

Asimismo, debo señalar que los idóneos y expertos no han objetado la intención del matrimonio ...-..., por cuanto la técnica medica apoya tal actitud para salvar la vida de su hijo ... y en esa tesitura, debemos los Jueces alejarnos de nuestras posturas morales, éticas o religiosas para aplicar el derecho, única premisa a la que está obligado el Juez, por más dura que pueda parecer y alejada -asimismo- de todos

los aspectos sociales que la sociedad pueda o quiera imponer respecto de esta cuestión, puesto que la discrecionalidad del Magistrado solo debe ser otorgada por las reglas del sistema que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos.

Cuadra añadir, por último, y en relación a lo argumentado por IOMA respecto a que esta cuestión es solo un método experimental, que ello es totalmente desacertado; para contrarrestar esa temeraria postura, basta con remitirse a los dictámenes de idóneos obrantes en la causa, ninguno de los cuales han sido desmentido o cuestionado científicamente por dicha parte, sino solo se los ha criticado con simples manifestaciones a las cuales, no cabe asignarle más valor que tal.

Ya para concluir y sobre el congelamiento de los embriones sobrantes, confieso que me produce escozor tal congelamiento pues hay cualquier cantidad de ellos congelados y todavía no se sabe qué destino se les dará; si bien comparto la posición del Juez Tazza, me permitiría añadir que también con autorización judicial, ante la ausencia de una regla sobre las autoridades sanitarias como lo contempla y se exige en España, previa voluntad expresa de los progenitores mediante el instrumento público respectivo, se pudiera colaborar en una donación de embrión, pues permitiría la posibilidad de que alguien “lo adopte”, solución ésta que creo armoniza la parte humana con la parte judicial.

De no accederse a tales destinos, otros posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, siguiendo la legislación española, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, serían la donación con fines reproductivos o con fines de investigación.

Con estas salvedades, adhiero a la solución propuesta en el voto que antecede.

Tal es mi voto.

***El Dr. Comparato dijo :***

Habiendo sido convocado para decidir en esta cuestión, aclaro que mi opinión se circunscribirá exclusivamente al tema motivo de la disi-

dencia, esto es si la mutual OAM puede ser considerada o no como parte demandada y a partir de allí, si puede serle extendida la sentencia dictada por el Sr. Juez a-quo.

Y en tal sentido luego de haber analizado minuciosamente los votos de los distinguidos Camaristas, considero que la mutual OAM ha ejercido todos los recursos que el ordenamiento procesal pone a su disposición para ejercitar adecuadamente su defensa en juicio, resaltando además que dicha mutual en ningún momento ha utilizado como elemento defensivo el hecho de no haber sido expresamente demandada al inicio del proceso.

Sentado ello y compartiendo los fundamentos vertidos por el Dr. Tazza, me adhiero a la solución propuesta para el Acuerdo por el citado Magistrado.

Tal es mi voto.

Mar del Plata, 29 de diciembre de 2008.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo" .

Expediente N° 11.578 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 (Expte 78.002 ) de esta ciudad y lo que surge del Acuerdo que antecede **Se Resuelve:**

(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Comparato)

Por los fundamentos expuestos en los considerandos, mantener a la codemandada O.A.M. en su calidad de parte interviniente en la presente contienda.

(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Ferro)

**1)** Dejar sin efecto el punto resolutivo segundo del Fallo apelado (fs. 228), y suplantarlos por el siguiente: "II) Tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes

deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones", interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realizara las gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomendar al Ministerio Público tutelar – conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada.-

**2)** Ordenar al a quo: a) Tomar las medidas necesarias para nombrar el tutor referido en el párrafo anterior; b) Efectivizar la medida de no innovar decretada en el citado párrafo; c) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (el destino de los embriones "sobrantes" de las técnicas de fertilización asistida), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente;

**3)** Confirmar el resto de la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso y agravio.

**4)** Imponer las costas de Alzada de los recursos interpuestos, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte C.P.C.N., art. 17 ley 16.986).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVASE .

FERRO-TAZZA-COMPARATO

T° XCVIII F° 14563

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N..

1 Cfr. STC 531/1985, de 11 de abril, cit. por Lorenzo Copello, P.: Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas II. Rubinzal-Culzoni. 2001, pag. 41 y sgtes.-

2 En tal sentido concordante, ver los trabajos de Eduardo Zambrizzi ya citado,; Adriana Krasnow, “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, LL 20-11-2007; Marcos Córdoba, “Derechos de las personas humanas no nacidas”, LL 12-9-2008; Florencia Nallar, “Destino de los embriones crioconservados. Especial referencia al instituto de Adopción”, La Ley On Line; Rodolfo Murillas, “Delitos relativos a la manipulación genética. Un aporte para el futuro Código Penal de la Nación”, ADLA LXVI-C, 3541; Jorge Gorini, “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la píldora del día después”, Sup. Ac. LL 7-8-2003; Soraya Nadia Hidalgo, “Congelamiento y destrucción de embriones. Avance o retroceso?”, LL 1993-D-1103, y las profusas citas contenidas en dichos trabajos.-

3 Colautti, Carlos, ob. cit., LL 1997-E-1452.-

4 Bentham: An introduction to the Principles of Morals and Legislation.

**¿UN ESTADO DEBE MODIFICAR SU CONSTITUCIÓN SI ELLA ES INCOMPATIBLE CON UNA INTERPRETACIÓN DEL PACTO HECHO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN UN EXPEDIENTE DONDE AQUEL ESTADO NO FUE PARTE?\***

*Paula Valeria Oyola<sup>1</sup>*

A los fines de dar una respuesta, es necesario como punto de partida establecer o intentar dar un concepto de qué es una Constitución, y para ello en principio deberemos escoger un tipo de estado al cual referirnos.

En el caso de Argentina, deberíamos referirnos al estado social y democrático de derecho, cuyo contenido está dado por un núcleo esencial mínimo de principios y valores que provienen del constitucionalismo social (tienen así notable importancia la democracia social, afincada en un derecho, concretamente en un “derecho justo” y este valor justicia se nutre de otros como son la libertad, la igualdad, la solidaridad y todos aquellos que sean necesarios para lograr la finalidad del estado de democracia social), en el que subsiste el contenido aportado por el constitucionalismo moderno, llamado también originario, es decir, un contenido de libertad, de derechos y de seguridad jurídica, con un poder estatal repartido y limitado.

Para Germán Bidart Campos, el contenido de una Constitución responde a una selección de valores y de principios que se vinculan con objetivos y fines, por eso lo más importante de una Constitución es el “por qué” y el “para qué” se ha optado por esa constitución, lo que implica razones asumidas valorativamente.

---

\* Trabajo presentado como contraprestación de la ayuda que este Colegio le otorgó a la asociada para cursar la Maestría en Magistratura Judicial en la Universidad Austral (2009/2010) por nuestro sistema de becas.

<sup>1</sup> Instructora Judicial, Ministerio Público, Fiscalía General, Departamento Judicial de Morón.

Es por ello que entiende que la constitución contiene y expresa un orden sustancial o material de valores.

Dentro de este análisis no es posible desconocer el principio de Supremacía Constitucional, que establece que la constitución es la fuente primaria y fundante del orden jurídico del estado y que las normas infraconstitucionales deben ser congruentes con la constitución, por lo tanto si la constitución es justa, ello acarrea un efecto positivo, todo el ordenamiento lo será.

No obstante a partir de la globalización, este principio necesariamente debe ser agiornado, en virtud del principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno consagrado por el art. 27 de la Convención de Viena, debiendo interpretarse en consecuencia que la constitución que le da primacía al derecho internacional o lo coloca en su mismo plano jerárquico, no pierde su “supremacía” porque retiene su cualidad de fuente primaria y fundante del derecho interno, en tanto que la fuente internacional introduce colateralmente o de manera heterónoma su producto en el derecho interno para integrarlo al bloque de constitucionalidad (el cual estará integrado no sólo por el texto codificado sino por el derecho internacional en cuanto trate de derechos humanos, la jurisprudencia, el derecho constitucional surgido de la práctica, etc.), elevando muchas veces al rango de constitucional, ciertos derechos que ya se encontraban contemplados en estratos inferiores del derecho interno, lo que modifica el modo en que estos influyen o causan efecto en todo el resto del ordenamiento jurídico.

Y nos lleva a aceptar como concepto final que “la constitución es un orden sustancial de valores cuyo efecto consiste en proyectar desde la cúspide en la que se encuentra ubicada a los planos inferiores- incluido el de la ley- el deber de dar efectividad y desarrollo al sistema axiológico, logrando tal cometido a través de su carácter vinculante y obligatorio que deviene de su fuerza normativa y deslegitimando a los planos inferiores que no la acatan. Su contenido no sólo se halla explícito en las normas, sino también es implícito y se encuentra integrado por su techo ideológico, su filosofía política, su sistema de derechos, principios y valores y su razón histórica (todo lo cual le da validez y consecuentemente legitimidad), requiriendo asimismo para su efectividad

un determinado rendimiento en la aplicación por parte de sus operadores cuando hacen operativo el contenido mínimo o esencial de cada derecho y de cada garantía efectuando una adecuada interpretación de la constitución ”.

Asimismo la constitución tiene una finalidad práctica y empírica, la de cada estado determinado en su situación existencial tempo- espacial, cultural, histórica, etc.

Carlos Colautti refiere en un análisis que desarrolló de los casos “Fibraca” y “Cabrera” que la Corte en lo que refiere a la interpretación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, efectúa una interpretación armonizante, es decir que debe ser interpretada de acuerdo con lo dispuesto por el art. 27 de la Constitución que afirma que los tratados deben de estar de conformidad con los principios de derecho público constitucionales.

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional de 1994, de conformidad con el art. 75 inc. 22 CN, el Pacto de San José de Costa Rica ha adquirido jerarquía constitucional e incorporado en las condiciones de su vigencia (conforme la aprobación efectuada por los órganos nacionales, esto es con las reservas y las declaraciones interpretativas, sin considerar si las mismas han sido o no aceptadas por otros Estados), lo cual implica que se halla en la cúspide normativa- al mismo nivel que la constitución-, para alguno no forma parte de ella y para otros la constitución no sólo ha jerarquizado al Pacto sino que lo ha incorporado como parte integrante.

Y pareciera que es ésta última postura la que adopta la Corte, precisamente cuando sostuvo que la ley fundamental “es una estructura sistemática y sus distintas partes forman un todo coherente por lo que en la inteligencia de cada una de las cláusulas ha de cuidarse de que no se altere el equilibrio del conjunto” (CS, marzo 2-993, “Abbo, José c/ DGI) y luego reiteró que la interpretación “ no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos por ella enumerados para que se destruyan recíprocamente (caso Portillo). Así también el caso “Café la Virginia”, dejó en claro la necesidad de una interpretación armónica de todos los principios que forman nuestro derecho provengan éstos de fuentes internas o externas.

No obstante, ampliando el campo de aplicación de los derechos, en el caso *Giroldi* (CS, abril 7-995, LL, 1995-D, 461), la Corte ha dicho que la voluntad del constituyente debe interpretarse “tal como la Convención citada rige efectivamente en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, estableciendo como regla hermenéutica que la interpretación de los tratados incorporados a la Constitución deben hacerse particularmente su aplicación por los tribunales internacionales, lo cual puede generar una inseguridad acerca del derecho vigente, particularmente, por el desconocimiento de los fallos internacionales en especial cuando tales resoluciones no han tenido como parte a un estado determinado.

Parece contrario a un orden jurídico que un conjunto normativo, conformado por la Constitución y los once instrumentos con jerarquía constitucional, no contenga normas y artículos con un mismo sentido y efecto tendiente a articularse en el sistema de modo tal que ninguno cancele al otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente.

En el caso “Chocobar”, en el voto de la mayoría la Corte sostuvo que a “los fines de un correcta interpretación de la Ley Suprema no debe olvidarse que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales”, agregando que las referencias que realizan los tratados deben ser idóneas para interpretar los artículos de la Constitución Nacional “toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico dentro de la cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”, de ello puede inferirse que las convenciones de derechos humanos no derogan ninguna de las normas de la primera parte de la constitución al momento de otorgárseles jerarquía constitucional, ya que los convencionales constituyentes, han efectuado el juicio de compatibilidad entre los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución al otorgarle jerarquía constitucional, por lo que son compatibles y corresponde a los tribunales armonizar sus disposiciones en el caso concreto.

Por otra parte, los derechos reconocidos en los Tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno o por el contrario el del tratado que otorgue mayor protección.

La República Argentina reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos especialmente a los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José de Costa Rica, consecuentemente el Estado Argentino comprometió su responsabilidad internacional por violación de los derechos, reconocidos en la mencionada Convención y en los demás Tratados de Derechos Humanos que aprobó y ratificó o a los que adhirió.

Concretamente es la Corte Interamericana la que cuando resuelve casos concretos en jurisdicción contenciosa produce jurisprudencia internacional.

En el caso “Bulacio”, siete ministros de la Corte coincidieron en que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que el Estado argentino fuera parte, resultan vinculantes para éste y para la Corte Suprema como órgano de ése Estado.

En el Caso “Cantos” existió unidad de criterio en la Corte acerca de la preservación de los derechos de por lo menos a ser oído de quienes no participaron en el proceso internacional, pero resultaron afectados por él.

El valor de la Jurisprudencia Internacional es mayor cuando emana de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, sobre todo en los casos en que el país es la parte demandada, los demás fallos tienen valor de precedente y para su aplicación específica a otros casos, los supuestos de hecho de la regla deben ser idénticos.

La sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*”, el 26 de septiembre de 2006, definió, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, el “control de convencionalidad” en los siguientes términos: considerando 124: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de

la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

El considerando 125 agrega un dato complementario: "En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969".

La doctrina fue repetida, sin mayores variantes, en los casos "La Cantuta vs. Perú", sentencia del 29 de noviembre de 2006, consid. 173, y "Boyce y otros vs. Barbados", del 20 de noviembre de 2007, consid. 78. Pero en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, consid. 128, la Corte Interamericana formuló algunas especificaciones y adiciones. Allí dijo: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese

control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

Mientras en "Almonacid Arellano vs. Chile" la Corte habla de "una especie de control de convencionalidad", en "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú" avanza considerando directamente al control de convencionalidad. como un acto de revisión del acatamiento de las normas nacionales a la Convención Americana de Derechos Humanos, encomendando dicha control los jueces del Poder Judicial o en su caso por analogía a los jueces del Tribunal Constitucional extra-poder cuando así lo disponga la constitución en las causas sometidas a su decisión. De modo que el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de convencionalidad, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.

De fallo "Trabajadores cesados del Congreso" parecía desprenderse que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, deberá efectuar también el control de convencionalidad.

En la sentencia dictada en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" se estableció que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también de oficio, considerando que es un "deber" de practicar tal revisión y el momento preciso es aquel en que el juez debe resolver la litis donde debiera aplicarse la norma opuesta al Pacto, a fin de inaplicarla y este modo imponer la prevalencia del Pacto.

El material controlado a través del control de convencionalidad puede ser cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) e incluso la constitución nacional, ello e virtud que la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

La Corte Interamericana destaca que el material controlante no

consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana, y sin diferenciar entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas., esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67), es decir que ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado.

A partir del "control de convencionalidad" se determina si la norma analizada se ajusta o no a los preceptos de la convención, y en caso de invalidez por no resultar convencional produce un deber judicial concreto de inaplicación de dicha norma.

En la práctica el "control de convencionalidad" es similar en sus efectos a los que resultan del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter partes, la norma inválida por resultar incompatible con el derecho superior es inaplicada, pero no derogada, sea una norma común o una norma que surja de la constitución.

Asimismo la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto.

Por otra parte las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, no siempre deberían reputarse inválidas, sino que en lo posible, podrían interpretarse "de acuerdo", o "de conformidad" a dicho Pacto, es decir, que si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mediante el uso de la interpretación "conforme", el operador puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por "inconventionalidad", de normas constitucionales o subconstitucionales que en principio colisionen con el Pacto de San José de Costa Rica, las que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione para aplicarlas,

sus interpretaciones posibles "conformes" con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención.

A esta altura y luego de los conceptos desarrollados, se puede concluir que en principio no resulta correcto que un Estado deba necesariamente modificar su constitución debido a que resulta incompatible con una interpretación del Pacto hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un expediente donde aquel Estado no fue parte, ya que la circunstancia de no haberle permitido intervenir en el expediente ha impedido que el Estado sea escuchado y formulado sus consideraciones en relación al derecho en trato. En consecuencia, la resolución de la Corte no ha podido contemplar las posibilidades, límites, realidades y particularidades locales, lo que podría tornar irrazonable y arbitraria la sentencia respectiva y asimismo tornaría ineficaz tal decisorio.

No obstante, resulta posible que a pesar que una norma de la Constitución sea incompatible con la interpretación del Pacto, la misma subsista, pero sea inaplicada en el caso concreto al momento que el Juez efectuó el Control de Convencionalidad en el que se incluye tal interpretación, resultando ésta la solución posible a fin de dotar de coherencia al derecho internacional para el caso en que la Corte considere incompatible tal norma con lo que surge de su jurisprudencia, ya que carece de facultades para derogarla.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

-Bidart Campos, Germán J. – REVISTA ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL- Directores Raúl Gustavo Ferreyra- Andrés Gil Domínguez, año I- 2000, número 1- Doctrinas y Estudios “¿Qué es una Constitución? págs. 3/17.

- Colautti, Carlos E. “LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA CONSTITUCION NACIONAL”, Capítulo VI “Los Tratados Internacionales y la Reforma de la Constitución” y Capítulo VII “La inter-



pretación de los Tratados con Jerarquía Constitucional”, Editorial La Ley, 1999, págs. 67/77 y 79/85.

- Colautti, Carlos E. “LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION”, LL. , 1994- D, Sección Doctrina, págs. 1145/1150.

-Gelli, María Angélica. “Constitución de la Nación Argentina-Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, 3º edición, 2008, págs 705/719,

- Sagüés, Néstor Pedro- “LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA CONSTITUCION”, 2º edición, Bs As, Editorial Lexis Nexis Argentina, 2006, Capítulo II “La “Fuerza Normativa” de la Constitución y la actividad jurisdiccional” págs. 9/20, Capítulo IV “Los Jueces y la Interpretación Constitucional Mutativa”, págs. 37/59 y Capítulo XV “ la interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional” págs. 209/230.

- Sagüés, Néstor P. “EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” en particular sobre las constituciones nacionales, La Ley, Tomo B- 761.

## TRABAJO PREMIADO

### Nota:

El trabajo de nuestro colegiado Sebastián Diego LUJÁN que publicamos, participó y fue el ganador del “Concurso sobre Acceso a la Información Pública” organizado por la “ASOCIACIÓN DE DERECHOS CIVILES” y el C.E.L.E. (Centro de Estudios de Libertad de Expresión y Acceso a la Información) de la Universidad de Palermo.

El premio consistió en un viaje a la República de Chile donde será recibido por la Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado. El Dr. Luján ha asumido el compromiso de presentar un informe sobre su estadía en Santiago de Chile que oportunamente publicaremos.

Felicitemos calurosamente al Dr. LUJÁN y esperamos los comentarios prometidos.

## DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA Y MECANISMOS DE REVISION

*Sebastián Diego Luján\**

*“Si la información y el conocimiento son centrales para la democracia, son condiciones para el desarrollo”. Kofi Annan*

### Introducción

El debate legislativo llevado a cabo en el Parlamento Argentino durante el período correspondiente al año 2010 en torno al derecho de acceso a la información pública, ha sido sin lugar a dudas un importante paso a los fines de procurar la sanción de una ley específica que

---

\* Secretario del Juzgado de Garantías n°4 del Departamento Judicial de San Isidro.

regule la materia, receptada actualmente por el decreto 1172/03. El derecho de referencia posee jerarquía constitucional en nuestro sistema legal<sup>1</sup>, y ha sido reconocido por diversos organismos internacionales, entre los cuales debe destacarse la Organización de Estados Americanos, que ha delineado una Ley Modelo de Acceso a la Información Pública (en adelante Ley Modelo)<sup>2</sup>, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>; habiéndose asimismo receptado, ya en forma de ley, por países de la región, como ser el caso de Chile y Uruguay<sup>4</sup>.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el diseño institucional mediante el cual se otorgue andamiaje a dicha legislación, será una pieza fundamental para lograr el ejercicio óptimo de este derecho y, en tal sentido, la Ley Modelo antes citada ha destacado como requisito fundamental a tener en consideración, el contar con un mecanismo de revisión independiente, que le otorgue a los ciudadanos la posibilidad de ejercer en forma efectiva su pretensión de obtener información, cuando ésta es obviada o denegada en forma inadecuada<sup>5</sup>.

Mediante el presente trabajo, realizaré un análisis sobre los sistemas de revisión propuestos en el marco del debate parlamentario antes señalado pues entiendo, siguiendo la idea trazada en el párrafo anterior, que la correcta formulación de un sistema de controles resultará esencial para que el procedimiento mediante el cual se establezca el acceso a la información pública, se desarrolle en forma objetiva, equitativa y no permita la actuación arbitraria o discrecional de los organismos obligados.

---

<sup>1</sup> Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13; Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19.

<sup>2</sup> “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública”, Res. 2607 (XL-0/10) y “Guía de Implementación” O.E.A./Ser.G/CP/CAJP-2841/10, 203/4/2010.

<sup>3</sup> Fallo Claude Reyes y ots. vs. Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

<sup>4</sup> Leyes nro. 20.285 y 18381 respectivamente.

<sup>5</sup> “Ley Modelo Interamericana...”, Ob. Cit. Pag. 13.

## Sistemas de revisión propuestos

Los mecanismos de revisión que han sido incluidos en la legislación que se encuentra actualmente en debate en el ámbito parlamentario argentino, tanto en la Cámara de Senadores como en la de Diputados<sup>6</sup>, pueden ser agrupados en tres conjuntos nítidamente diferenciados, que analizaré a continuación.

### 1. La vía del amparo

Por un lado, observamos aquellas propuestas que han considerado al instituto del amparo, como un mecanismo suficiente a los efectos de viabilizar una solicitud de revisión.

Un primer aspecto que debe analizarse en torno a este modelo, es la falta de especificidad de tal vía procesal; en efecto, el amparo es un instituto autónomo que posee rasgos particulares, y en este sentido exige la reunión de requisitos puntuales para que su procedencia sea admitida<sup>7</sup>, los cuales no necesariamente deberían presentarse ante la negativa del derecho de acceso a la información pública. Esto podría implicar el rechazo de la vía de revisión, por motivos que son ajenos al ejercicio del derecho referido.

Entonces, de preverse este sistema como único recurso ante una respuesta inadecuada por parte del órgano requerido, se estaría privando al interesado de una instancia de apelación propia respecto del derecho que pretende ejercer, y se le presentaría como remedio una acción genérica con exigencias particulares que podrían obstaculizar la solicitud del usuario.

---

<sup>6</sup> Proyectos de ley presentados ante la Cámara de Senadores, disponibles en sitio web oficial : [http://www.senado.gov.ar/web/eventos/Ver\\_No\\_Foto\\_Todas.php?id\\_evento=8681&funcion=4](http://www.senado.gov.ar/web/eventos/Ver_No_Foto_Todas.php?id_evento=8681&funcion=4); Proyectos de ley presentados ante la Cámara de Diputados, disponibles en sitio web oficial: <http://www.diputados.gov.ar>.

<sup>7</sup> Constitución Nacional art. 43: “... Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”

No puedo dejar de observar que el texto actual del decreto 1172/03, estableció como mecanismo de revisión el llamado “amparo por mora”, previsto en el art. 28 de la ley 19.549, mas entiendo que la sanción de una ley sobre acceso a la información pública debe adoptar un criterio superador e incluir formas de control específicas y de mayor eficacia que la ofrecida por tal instituto, el cual únicamente se encuentra contemplado para los casos de incumplimiento de los plazos administrativos, y aplicable en forma exclusiva a órganos de la Administración Pública Nacional.

Por estos argumentos, entiendo que el amparo no se presenta como una vía idónea para canalizar un reclamo en el marco de la ley en trato, sino que debería permanecer reservado para aquellos casos de excepción que cumplan con los requisitos que tal instituto exige; pero resulta innecesaria su incorporación al texto legal, pues se halla expresamente regulado a nivel constitucional.

## **2. Vía judicial directa**

Otras posturas han considerado que la revisión de estas decisiones debería ser canalizada en forma directa por la vía judicial. Tal diseño, si bien presenta como nota favorable la intervención de un órgano caracterizado por su imparcialidad y dotado de facultades suficientes para ordenar el cumplimiento de sus decisiones, también denota ciertas limitaciones.

En primer lugar, los Tribunales de Justicia no se presentan como una opción asequible para gran parte de los ciudadanos, en tanto entablar una demanda exige, por un lado, la obligatoriedad de actuar con patrocinio letrado y, por el otro, el cumplimiento de una serie de formas rituales, las cuales se encuentran específicamente reguladas en los ordenamientos procesales respectivos. Estas exigencias, podrían funcionar como una limitación para el peticionante, e iría en contra de los principios de gratuidad e informalidad que se proponen como principio rector.

Debe asimismo tenerse en consideración que la incorporación directa del Poder Judicial en esta temprana instancia de revisión, implicaría la necesidad de brindar formación a los Magistrados sobre la

materia, la cual por el momento resulta ajena a su órbita de conocimiento cotidiano.

Tampoco puede desconocerse que, mediante este mecanismo, se provocará un aumento de la labor judicial, que podría repercutir negativamente en la calidad e inmediatez de las decisiones que se adopten y, por ende, en la respuesta institucional que recibirá el interesado.

Debo señalar además, que la actuación de diversos Magistrados en forma aislada, podría conllevar a la adopción de opiniones contradictorias sobre casos similares, lo que implicará la imposibilidad de emitir lineamientos generales que permitan a los órganos obligados, conocer las pautas a seguir en relación al texto legislativo. Esto ha sido observado en la Ley Modelo<sup>8</sup>.

A partir de estas consideraciones, se puede concluir que la intervención judicial en estas cuestiones, debería limitarse a aquellos casos en donde exista una decisión previa de un órgano administrativo específico que requiera ser revisada.

## **3. Autoridad de aplicación administrativa y recurso judicial**

Finalmente, observamos una última posición, mediante la cual se proclamó la canalización de las revisiones a través de una autoridad de aplicación específica de índole administrativa, y luego una vía judicial para recurrir las decisiones que adopte tal órgano.

Este sistema resulta en mayor medida compatible con el propuesto por la Ley Modelo y presenta, a mi modo de ver, ventajas respecto de los antes analizados.

La más importante, es la existencia de una vía administrativa específica sobre la materia, que otorga un canal de revisión especializado y, consecuentemente, de mayor calidad institucional, lo que sin duda incidirá positivamente en la respuesta que el usuario reciba a su reclamo.

Luego, la concentración de estos controles en un único órgano

---

<sup>8</sup> “Guía de implementación...”, Ob. Cit. Pag. 17

administrativo, podrá permitir la centralización de la información y así la posibilidad de adoptar decisiones uniformes, que otorguen a los organismos obligados un mayor grado de conocimiento sobre las formas de actuar en casos particulares; situación que evidentemente disminuirá progresivamente la conflictividad, en la medida en que tales criterios sean difundidos.

Por otra parte, este modelo institucional presenta mayor cantidad de vías de revisión, pues el camino se iniciará ante la autoridad de aplicación, mas luego la vía judicial tendrá -de ser necesario- una doble decisión de primera y segunda instancia, lo cual aumentará el umbral de imparcialidad y objetividad de la decisión en juego.

Por estos argumentos, considero que este modelo es el más apropiado, entre aquellos que han sido propuestos en los diferentes textos legales en debate.

### **Revisión interna y consideración final**

Sin embargo, es importante poner de resalto que, tanto esta última propuesta, como las reseñadas y analizadas anteriormente, no han evaluado la posibilidad de incorporar una instancia de revisión ante el mismo órgano que rechazó la petición originaria.

Este mecanismo, que ha sido delineado y recomendado por la Ley Modelo como una alternativa previa a las restantes vías recursivas -denominado revisión interna-<sup>9</sup>, reconoce como fundamento la posibilidad de que el requirente no deba necesariamente recurrir a nuevos órganos de control para satisfacer su solicitud de revisión. La mencionada Ley indica que la incorporación de esta vía produjo estadísticamente altos niveles de resoluciones favorables.

Esta opción podría aportar un canal de revisión de mayor accesibilidad al peticionante, evitando un desgaste innecesario de los órganos de control, principalmente en aquellos casos en donde el reclamo

---

<sup>9</sup> Idem, pag. 16

puede ser canalizado positivamente ante el propio organismo requerido, lo cual, sumado a la posibilidad de incorporarlo como una vía opcional, sin dudas se presenta como un aporte beneficioso al diseño institucional de la ley.

Para finalizar, estimo que resultaría importante evaluar la incorporación de un organismo letrado específico, cuya función sea la de brindar asesoramiento gratuito a los usuarios de la ley. Ello así pues, un particular podría desconocer los alcances precisos de la legislación en cuestión y, por lo tanto, con un adecuado asesoramiento legal previo, se evitaría la interposición de revisiones innecesarias o bien el encauzamiento de aquellas que resulten viables, procurando además que este importante derecho sea accesible incluso para quienes no poseen otras formas de alcanzar la información, promoviendo así la equidad entre los ciudadanos.

### **Bibliografía y documentos consultados:**

**BERTONI, Eduardo y TORRES, Natalia:** *“Proyecto de ley de acceso a la información pública. Apuntes para la presentación en el Honorable Senado de la Nación”*, 2010.

**BERTONI, Eduardo y TORRES, Natalia:** *“Proyecto de dictamen de comisiones presentado por el Senador Cabanchik, documento de recomendaciones”*, 2010.

**BERTONI, Eduardo y TORRES, Natalia:** *“Borrador de dictamen de comisiones sobre acceso a la información (remitido por la comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado de la Nación), Documento de recomendaciones para el debate en particular”*, 2010.

**Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos:** *“Comentarios y Guía de Implementación para la ley modelo interamericana sobre acceso a la información”*, 2010 y *“Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública”*, 2010.

(Todos estos documentos disponibles en sitio web:

[http://www.senado.gov.ar/web/eventos/Ver\\_No\\_Foto\\_Todas.php?id\\_evento=8681&funcion=4](http://www.senado.gov.ar/web/eventos/Ver_No_Foto_Todas.php?id_evento=8681&funcion=4))

**EKMEKDJIAN, Miguel Angel:** *“Derecho a la Información”*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.-

**“Estandares mínimos para una ley de acceso a la información pública en Argentina”**, campaña Saber es un Derecho, disponible en el sitio web:

<http://www.saberesunderecho.org/marcolegal.html>

**RODRIGUEZ VILLAFañE, Miguel Julio:** *“El acceso a la información pública en Argentina”*, 2002. Disponible en sitio web:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/2/art/art5.pdf>

**TORO JUSTINIANO, Constanza:** *“Derecho de Acceso a la Información Pública: comentarios a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos”*. Disponible en sitio web:

<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/04d-TORO.pdf>

**Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Senadores de la Nación**, versión taquigráfica de la reunión llevada a cabo el 6 de julio de 2.010 en el Honorable Senado de la Nación, disponible en sitio web:

[http://www.senado.gov.ar/web/eventos/Ver\\_No\\_Foto\\_Todas.php?id\\_evento=8681&funcion=4](http://www.senado.gov.ar/web/eventos/Ver_No_Foto_Todas.php?id_evento=8681&funcion=4))

## UNA RESPUESTA OPORTUNA QUE DISIPA DUDAS.

### Sucesiones. Tasa de justicia.

*Silvina Andrea Mauri\*\**

A propósito de la disconformidad puesta de manifiesto por un abogado del foro con una providencia dictada en un proceso sucesorio en trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 10 Departamental por medio de la cual se le hacía saber que debía integrar correctamente la tasa por servicios judiciales al intentar obtener la inscripción de la declaratoria de herederos dictada con anterioridad, se dispuso, a título de medida de mejor proveer, el libramiento de un oficio a ARBA con el objeto de que informara si era correcto calcular aquélla tomando como base la valuación fiscal final, ítem éste recientemente incorporado a las boletas para el pago del impuesto inmobiliario provincial.

La Agencia de Recaudación Fiscal oficiada abrió un expediente administrativo en el cual se dictó la resolución que a continuación se transcribe, quedando así despejada la duda que se había instalado respecto de esta cuestión en este Departamento Judicial y por lo que tenemos entendido también en casi todos los que componen el Poder Judicial de esta Provincia de Buenos Aires.

Providencia del 16 de mayo de 2011 dictada por la Jefa del Departamento de Sellos y Transmisión Gratuita de Bienes, Sra. Patricia Elizabeth Callabá en el Expte. N° 2360-336211/11 que lleva el N° 240/11:

*"Visto lo actuado y atento lo requerido... se informa que la "valuación fiscal final" se corresponde a la valuación fiscal incrementada con el índice corrector que fija la Ley Impositiva N° 14.044 para el corriente año, fijado en 2.56, el cual es de uso **exclusivo** para el Impuesto de Sellos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 263 del Código Fiscal (T.O. 2011). Por lo expuesto y teniendo en cuenta lo dispuesto en el capítulo III del mencionado cuerpo legal, **la tasa de justicia debe calcularse sobre la "valuación fiscal"**.*

---

\*Jueza titular del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 10 del Departamento Judicial de San Isidro

**TANGENTES**, de Alicia Plante

(Apuntes inéditos).

Alicia Plante es una muy buena escritora y querida amiga (también de la Revista). Ya dijimos antes (por ej. en el n° 24) que fue la ganadora del Premio Azorín de España (1990) primera mujer y primer extranjero en lograrlo; que lleva publicadas dos novelas, un libro de poemas y tiene en prensa una tercera novela: “Una mancha más”, en ADRIANA HIDALGO EDITORA.

Ella, como muchos de nosotros que sumamos años vividos (¡tantos!...) ha tenido encuentros o conocimientos circunstanciales, fugaces –tangenciales- con famosos o admirados. Bajo el título de “Tangentes” reunió varias anécdotas de esa índole, deliciosas de nostalgia y humor y casi siempre con la dosis juvenil de admiración o deslumbramiento que puede esperarse en cada caso. Quizás debamos explicar a los más jóvenes quién es el personaje recordado...

Hoy publicamos dos de esas anécdotas y quizás después otras. Creo que son muy “disfrutables”.

Delma Cabrera.

## **Tangente I**

*En 1956 Mar del Plata era otra. Yo también. Flaca, demasiado alta, solitaria, "puro ojo" decía mi mamá. La casa no era nuestra, creo que nos habían invitado a pasar unos días, no sé, esos detalles quedaron en la región de lo indiferente, en realidad lo que más recuerdo es ese aire limpio y frío que siempre soplaban de la costa y traía el olor del mar, y el afuera de la casa, el jardín al costado donde brillaba el solcito de marzo sobre unas reposeras, el silencio de la calle sin autos.*

*Una tarde que se fue nublando y el viento parecía tener malas intenciones vi que la única huella humana en el jardín era el libro que mi hermana había dejado sobre una reposerá. La casa tenía un garage y ningún auto. Yo no había estado dentro y nadie me habría prohibido entrar, pero en esa época uno era furtivo porque sí. Abrí el portón y sin ruido me deslicé al interior. Desde la puerta misma vi la bicicleta, y mientras me acercaba me pareció que estaba en buen estado. Le inflé las gomas, le pasé un trapo sucio al asiento y el manubrio y sin pedir permiso para sacarla ni para usarla, me largué cuesta abajo en la dirección general del mar y la playa.*

*El barrio Los Troncos, especialmente la parte próxima a la costa, estaba desierta a esa hora. Las casas me llamaban la atención, tan hermosas, tan ajenas. Muchas estaban herméticamente cerradas y supuse que los dueños recién volverían el próximo verano. Entré impunemente en un par de jardines: mirarlas de cerca, caminarles en torno me produjo el mismo sentimiento de desasosiego, de inquietud casi, que siempre me siguió llegando desde la belleza, no importa dónde la encuentre. Esa imagen despoblada, el viento y la falta de sol, quedaron ahí, en mi memoria; no sentía tristeza, pero quizá el recuerdo esté saturado de sensaciones que me confirmaban sola y eso tenía cierta carga de melancolía. El olor algo ácido y tan familiar de los eucaliptos y los pinos, como tantas veces después, me ató nuevamente a la tierra y seguí adelante.*

*Algo después me topé con unas manzanas sin lotear, el terreno era desparejo y medio peligroso, por allí no pasaba nadie, los árboles parecían haber crecido por su cuenta, rodeados de piedras, pozos, yuyos, todo muy diferente de las calles donde de un modo vago reco-*

*noía la voluntad humana. Podría haber rodeado esa parte o haber pegado la vuelta, pero no lo hice, nunca pude darle la espalda a un desafío, especialmente entonces, esa época de la vida en que los rasgos de personalidad recién se estrenan y son tan puros. Al fin, indemne, llegué al otro lado, al orden, las casas, las veredas, los cordones marcando los límites. Avancé un poco más y mientras pensaba que ya mejor volver, ví a toda aquella gente. No me había cruzado con casi nadie, y de golpe... como cien personas pisoteando la loma de pasto y amontonándose frente a la puerta de una casa imponente.*

*Me acerqué con la bici pero me quedé abajo, en los bordes, desde ahí podía ver que dos hombres intentaban apartar a la gente y le hablaban a los gritos; nadie les hacía caso. En aquel momento el portón del garage se abrió despacio dejando a la vista la trompa de un auto blanco que fue saliendo lentamente. Lo veía acercarse de frente, alto y enorme, como si flotara hacia mí y yo estuviera ahí para recibirlo. Bajé apenas la cabeza y alcancé a ver el perfil de una mujer muy hermosa, el pelo dorado rodeándole la cara en pequeñas ondas y un abrigo de piel sobre los hombros; a su lado iba un hombre delgado y elegante.*

*Las cosas parecieron concertadas: mientras daba vuelta la bici y plantaba los pies firmemente sobre la calle por donde tendrían que pasar, giré la cabeza hacia atrás y ví que el auto blanco llegaba hasta mí de a poco. Entonces extendí la mano izquierda y aferré la manija de la puerta. Todo fue muy suave, como en una danza, y ya no tuve que pedalear.*

*Ella parecía azorada de verme allí, tan cerca. Y que no desapareciera de la ventanilla como en los trenes. Bajó el vidrio y señalando la bici dijo algo incomprensible. Como envuelta en un suspiro aspiré el vaho de su perfume y le sonreí. Entonces ella sonrió también: salió el sol, pensé en plenitud. Murmuró algo más y con un movimiento despacioso abrió una enorme cartera y sacó una lapicera con su mano pálida, de largas uñas pintadas. Él le dio un papel.*

*Lo guardé durante años, una firma grande y clara, "Ginger Rogers", cruzando el papel en diagonal. Y en alguna mudanza se separó de mí como lo hizo el auto cuando solté la puerta.*

## **Tangente II**

*Llegar a ser de una ciudad es un hecho múltiple, algo complejo, algo que impone sus condiciones, que se despliega como un brazo lento señalando una nube, amplio, misterioso, un hecho de amor que algunas veces se cumple, otras no, porque la indiferencia también protege su parte oscura, las ciudades hierven de pequeñas pústulas de triste destino: los indiferentes. Llegar a ser de una ciudad, mmm..., diría que está compuesto de pequeños momentos raros, destellos que quedan pegados aquí y allá en ese estampado poderoso que llamamos memoria. Y ahí está una calle, una esquina inconfundible, una casa que recordamos, un olor que nos ata las manos, una música que reaparece como un testigo de algo que pasó y dejó su marca y que nos arrastra hacia atrás, milenios transcurridos en el mismo escenario, el único posible, la ciudad de la que somos.*

*Pero que esa misma ciudad a la que se llega a pertenecer en una trama de lealtades más alimentada de emociones fuertes que de razones, que la ciudad te retribuya y se entregue como una mujer enamorada, eso depende de uno, de haberle sabido llegar al alma, al sentido de su historia y sus rincones secretos, de su gente, de haberla andado, descubierto como el niño al mundo del que poco a poco será parte. O no.*

*El tango tiene que ver conmigo. Tiene que ver con la sensación maravillosa de deslizarme con los hombros lisos, el cuerpo penetrante como el cuchillo de aquellos hombres de esquina propia que conmovieron a Borges, mientras sólo las caderas, las piernas, los pies dibujan el ser sobre un piso de madera. Es una sensación que sólo me da el tango. Y para mí Guillermo fue, durante varios años, eso, el placer de estar en mi ciudad: bailar el tango que da. Y entonces, aquel mediodía, lo ví a Troilo caminando por la Avenida de Mayo. Un disco suyo, por Dios, que lo firmara, saludar al gordo!*

*Primero encontramos el long-play, con Grela, bueno, sin la orquesta pero Pichuco al fin. Después recorrer los bares y sí, ya estaba ahí, la copa delante, el codo en la mesa y la sonrisa en los labios un poco vacilantes. No dijo nada, nos miró un instante, primero uno, después el otro y pareció entender lo que era él para nosotros, para Guillermo y*

*Alicia puso y una firma lujosa..., un vinilo en un estante junto con tantos que no tengo dónde escuchar. Pero oigo otras voces que no precisan aparatos especiales, las de mi ciudad, y con la memoria basta.*



**ENTREGA**

Poema del Libro “DE ESTO NO DIGO NADA”

Donatella Castellani,

Ed. Plus Ultra, octubre de 1969.

A modo de brevísima biografía me pareció interesante transcribir cómo se presentó la autora en la solapa del libro de donde elegimos este poema. Allí resume muy suscintamente su historia hasta entonces.

*“Nací en Benghazi (África del Norte), con la segunda guerra, de un padre aviador y una madre que ama los sonidos, las formas y las flores de su balcón. Viví algunos años en Roma y muchos en Buenos Aires. Mi primer libro de poemas está por allá, casi en la infancia. Después, el miedo y el silencio. Pero, de nuevo, no puedo evitar un fatigoso intento de palabras para construir el único puente que me es dado.”*

En otra faceta de su saber, los memoriosos recordarán una conferencia que nos brindó sobre “El uso correcto del lenguaje” con particular referencia al lenguaje jurídico, que fue de enorme utilidad. Los que pudimos escucharla seguimos agradecidos...

D.C.

## ENTREGA

*Hoy he vuelto a estar  
con mis poetas.  
Ha descendido sobre mí  
la claridad más niña,  
la más líquida luz,  
y he pensado esto.  
He dejado de hablar  
hace ya tiempo.  
He temblado  
por la gravedad de las cosas  
que debían decirse,  
no he sentido mi voz  
lo suficiente pura,  
mis palabras talladas  
ni cristal en mi acento  
lo suficiente agudo.  
He temido  
por las huellas de barro  
de las palabras fáciles  
y no he aceptado el temor  
como parte de nuestras lágrimas,  
como el sudor prometido  
a nuestros pasos humanos.*

*Hoy me miro  
en la palma de mis manos  
abiertas,  
en la misma mirada  
de mis ojos,  
en la presencia de mi cuerpo  
que me invade la frente.  
Y me confieso cobarde,  
polvoriento, emboscado.  
Hoy decido  
empuñar mi voz de nuevo,  
sin orgullo y a dos manos,  
como un buen arado lento  
o un bisel  
o un martillo  
o cualquier instrumento  
de los que usan día a día  
los viejos artesanos.  
Hablaré del dolor,  
del temor,  
del puente inexistente  
que no cruza el abismo,  
de los puños cerrados  
y el grito de furor  
que se acaba en sollozo.*

*Pero también  
de la uva, más dulce  
en la hora de la siesta,  
de los campos ardidos  
de amarillo,  
de la canción del mar  
resbalando desde mi niñez  
por las curvas hinchidas  
de los médanos.  
Hablaré de los seres  
a quien quiero,  
de las niñas que pasan  
cimbreantes por mi casa,  
de los hombres que tiran  
piedras hacia el sol  
para verlas convertidas  
en gaviotas.  
Esto no es un programa.  
Es simplemente  
lo que guardo en mi corazón  
que es igual al corazón  
de todos los hombres.  
Ya es hora  
que dejemos de estar  
en nuestras casas*

*machucándonos la carne  
por decreto,  
fabricando máscaras,  
escondiendo miradas.  
Es hora de que hablemos todos  
con la mano en el corazón  
de las palabras.  
Yo hoy dejo que mi voz  
salga al aire  
y se haga viva.  
Yo entrego mi voz  
de mi mano  
a vuestras manos.*



Impreso en la imprenta del  
Colegio de Abogados de San Isidro.  
4743-4047

Junio de 2011