VOL. IV Nº 2 | DICIEMBRE 2012 **ISSN 2313-9285**

CDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

DAÑO MORAL

RESPONSABILIDAD CIVIL

DOCTRINA

Andrés Olié. Ensayo sobre una posible sistematización del derecho a no declarar contra si mismo.

Gabriel L. Tedín. El imputado como objeto de prueba en el proceso penal.

Esteban Torroba y María Sol Rodríguez y Figueira Huergo. La irrelevancia del consentimiento de las víctimas en los tipos penales que reprimen la trata de personas

Gerardo Bonino. Hacia la incorporación del instituto de la prueba pericial prevalente al Codigo Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa.

Norma Martínez. El derecho civil constitucionalizado, la unificacion del código civil y comercial y la responsabilidad civil

Victoria Santesteban. El *effet utile* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir del Control de Convencionalidad

Analía Romero. Función del archivo judicial. Necesidad de buscar el equilibrio entre conservacion permanente y expurgo de los expedientes judiciales.

VOL. IV Nº 2 | DICIEMBRE 2012 **ISSN 2313-9285**

CDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

Los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no reflejan la opinión de los responsables de esta publicación
ni del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2012

Presidente

DR. TOMÁS ESTEBAN MUSTAPICH

Ministros

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. VÍCTOR LUIS MENÉNDEZ

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE EDICIÓN

ANAVELIA ÁLVAREZ

MERCEDES ANDREOTTI

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

PASAJE DEL SUPERIOR TRIBUNAL Nº 70

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

TELÉFONOS: 02954 451816 / 451864

EMAIL: capacitación@juslapampa.gov.ar

PRESENTACIÓN

Esta publicación surge como una continuidad y expansión de los "Anuarios de Jurisprudencia" que viene editando desde 2008 el Superior Tribunal de Justicia y se implementa con la idea de promover y difundir la producción de materiales teóricas, de reflexión, de análisis y sistematización que tengan relación con la Administración de Justicia.

Los "Cuadernos", de aparición semestral, incluirán en cada número una sección de minutas de doctrina seleccionadas por la Secretaría de Jurisprudencia –en esta edición, dedicadas a los temas de "daño moral" y de "responsabilidad civil"– y una sección monográfica con trabajos originales que han sido aceptados para su publicación por el Centro de Capacitación Judicial de la Provincia de La Pampa.

Los ejemplares de esta colección se distribuirán en forma gratuita (en edición limitada por su tirada) en su versión en papel y pueden ser descargados en formato digital completo a través de la página web del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

La selección de este número da cuenta de la diversidad temática así como del criterio de calidad y pertinencia de los aportes, que esperamos además complementar a través de ediciones especiales o separatas que tengan ejes editoriales mas específicos.

Esta colección supone la plasmación de una filosofía de perfeccionamiento y formación en la cual la reflexión y el estudio de la praxis judicial se resignifiquen como compromisos asumidos por los operadores y académicos, y por ello queda abierta la invitación a funcionarios y agentes judiciales, profesores y abogados a presentar sus trabajos para las futuras convocatorias de esta publicación.

Secretaría de Jurisprudencia / Centro de Capacitación Judicial

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gov.ar

CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

INDICE

JURISPRUDENCIA

Daño Moral 13

Responsabilidad Civil 21

DOCTRINA

Andrés Olié
Ensayo sobre una posible sistematización del derecho a no declarar contra si mismo 65

Gabriel L. Tedín
El imputado como objeto de prueba en el proceso penal. Una aproximación a su admisibilidad. 89

María Sol Rodríguez y Figueira Huergo - Esteban Torroba
La irrelevancia del consentimiento de las víctimas en los tipos penales que reprimen la trata de personas con fines de explotación sexual 103

Gerardo Bonino
Hacia la incorporación del instituto de la prueba pericial prevalente al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa 123

Norma Martínez
El derecho civil constitucionalizado, la unificación del Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil 139

Victoria Santesteban
El *effet utile* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir del Control de Convencionalidad 157

Analía Romero
Función del archivo judicial. Necesidad de buscar el equilibrio entre conservación permanente y expurgo de los expedientes judiciales 175

JURISPRUDENCIA

Tabla de abreviaturas usadas en los sumarios

[STJLaPam-IC]	STJLaPam - Interlocutorios Civiles
[STJLaPam-SC]	STJLaPam - Sentencias Civiles
[STJLaPam-IA]	STJLaPam - Interlocutorios Cont. Admvo.
[STJLaPam-SA]	STJLaPam - Sentencias Cont. Admvo.
[CCSR1]	Cámara Civil Santa Rosa (Iª Circ.) Sala 1
[CCSR2]	Cámara Civil Santa Rosa (Iª Circ.) Sala 2
[CCGP]	Cámara Civil General Pico (IIª Circ.)

Este anuario incluye extractos de sentencias e interlocutorios clasificados por voces. Aunque las transcripciones son siempre textuales, recomendamos el análisis de las sentencias completas para aprehender el contexto del extracto citado, las especificidades del caso y sus posibles aplicaciones a otros análogos. Los fallos citados pueden consultarse a texto completo en la web www.jusonline.gov.ar accediendo a la sección jurisprudencia.

JURISPRUDENCIA COMPILADA

Daño Moral

DAÑO MORAL – Caracterización: procedencia

[] 1

El vocablo "moral" no se refiere a un aspecto ético o deontológlco, sino a un daño que se opone al material o patrimonial, referido a aquellos bienes sin contenido pecuniario, que son primordiales en la vida de todo ser humano, tales como su honor, su integridad física, sus íntimos afectos.

La reparación por daño moral no procede en casos de consecuencias exclusivamente patrimoniales, insuficientes para ser consideradas como aptas para producir sufrimientos o aflicciones a las partes, susceptibles de resarcimiento.

AIMONE c. Munic. de Monte Nievas – 21/6/1995 - Expte. Nº 78/93
[STJ SA]

DAÑO MORAL – Daño psicológico reclamado como daño independiente

[] 2

Con referencia al daño psicológico, que en autos ha sido reclamado independientemente del daño moral, entendemos que su atención no resulta procedente en la manera propuesta. En tal sentido, una nutrida jurisprudencia tiene dicho que: "El daño psicológico no es independiente del daño material y moral, sino una especie incluida en uno u otro, según incida en el patrimonio de la víctima o en sus sufrimientos no patrimoniales" (C. Civil y Comercial de Quilmes en LL.BA. 2005 (setiembre) 993). Si el daño produjere incapacidad en el damnificado, el resarcimiento por tal concepto estaría adicionado al daño material como surge de lo antes transcripto. "El daño psíquico no constituye daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro de incapacidad sobreviniente, toda vez que configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado" (CNACivil - Sala J. 30-06-05 La Ley Online). Tal criterio, que compartimos pese a que existen sentencias y doctrinas divergentes, ha sido adoptado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de nuestra ciudad, al decir que "En la merituación del daño -ya sea como material o moral- los jueces tienen en cuenta todos los aspectos físicos, psíquicos y espirituales de aquel que puedan influir en la

limitación de la capacidad de las personas para generar riqueza como de incidir en sus padecimientos, pero ello no significa que adquieran autonomía propia al margen del genero que las contiene. Todos y cada uno pueden tener incidencia - según el caso concreto en el daño material o moral" (Schneider D. c/ Giménez S- s/ daños expte. nº 8178/97).

ESCUDERO, Rita c/ Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- STJ Sala B -- 4/10/2005 - Expte. Nº 16/02 [STJ SA]

[] 3

Se ha dicho que el daño psicológico se configura mediante la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarda nexo causal con el hecho dañoso y que entraña una significativa descompensación que altera su integración al medio social. En forma generalizada la doctrina y la jurisprudencia nacional lo conciben como una perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente del damnificado (conf. Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas: integridad psicofísica", Ed. Hammurabi, 1990, t. 2 A, p. 193). Se lo considera como una modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de su elaboración verbal o simbólica, produciendo una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, actuaciones, etc. (Ghersi, Carlos A., "Valuación económica del daño moral y psicológico: daño a la psiquis", Ed. Astrea, 2000, p. 172).-

Un antecedente jurisprudencial que resulta valioso invocar respecto al deslinde entre el daño psicológico y el moral resolvió que el daño moral es la afección de los sentimientos, mientras que el daño psicológico es la afección del equilibrio espiritual del damnificado que reviste connotaciones patológicas (C.N. Civ., Sala B, 16/11/1999 "P., B. D. v. Zunino de Cardoner, Laura M. y otros", publicado en L.L. 2000-D, 493).-

PEREZ, Marta Alicia c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- STJ Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 693/05 [STJ SA]

[] 4

Es esclarecedor y conciso el análisis formulado por Santos Cifuentes en un trabajo recientemente publicado en la revista Lexis Nexis diferenciando el daño moral como perteneciente al pasado o al presente que transcurre, del psicológico que atañe a la integridad psíquica y se sufre hacia el futuro, a partir del hecho. Dice el autor que "El daño moral generalmente, está ahí enterito, completo, en la producción de sus efectos por la comisión del hecho; el psíquico, como el físico u orgánico, muestra el perfil sucesivo, propio de la incapacidad sobreviniente, y se relaciona con los tiempos que vendrán, pues una vez acabado el suceso, si se

extinguiera, no existiría como tal, será inapreciable.". Y agrega: "...el psíquico está determinado por la fuerza de su incidencia demostrable; el daño moral no", de ahí que el daño moral "...no requiere prueba de su existencia ni tampoco de su extensión. El daño psíquico exige demostración de ambos aspectos", por lo cual "...si el daño psíquico no tiene elementos concretos demostrativos de haberse padecido y de la entidad del padecimiento, puede ser descartado por el juez por falta de comprobación, mientras que el moral surge in re ipsa loquitur por el solo hecho o acto dañoso... permitiéndole al juez establecer su cuantía sin pruebas extras." ("El daño psíquico y el daño moral. Algunas reflexiones sobre sus diferencias", mayo 24 de 2006, p. 3) Precisamente, con relación a la prueba, la pericial -psicológica, psiquiátrica, psicoanalítica- reviste carácter determinante y decisivo para la comprobación de la existencia y cuantificación del daño psíquico, mientras que es el juez quien a sola vista del caso puede considerar la existencia del daño moral.-

Ahora bien, para valorar la entidad del daño moral se debe atender a la entidad objetiva del daño causado y como el mismo surge por la sola comisión del hecho dañoso, para ponderar sus alcances existen parámetros a considerar. Es menester que se especifique en qué consiste el mismo, cuales son las circunstancias del caso, como incidió sobre la persona del damnificado. Entre otros aspectos deberán computarse la personalidad del damnificado (edad, sexo, condición social); la mayor o menor divulgación del hecho, la gravedad del padecimiento espiritual, la realidad económica del país al tiempo de dictarse la sentencia, etc. (conf. Pizarro - Vallespinos, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1999, t. 3, p. 233).-

PEREZ, Marta Alicia c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/demanda contencioso administrativa -- STJ Sala A -- 13/10/2006 - Expte. Nº 693/05

[] 5

[Es correcta la subsunción del del rubro daño psicológico en el daño moral ...], pues como lo ha señalado la jurisprudencia, cuando ambos producen la misma consecuencia de alteración del equilibrio espiritual del damnificado, no puede ser indemnizado en forma independiente a éste, de lo contrario se corre el riesgo de resarcir doblemente por un mismo concepto dañoso (CN Civ., Sala G, 24/2/99, "Lugones, Alberto Fidel c. Ojeda, Héctor Rafael" ED, 186-163).

[CCSR2] GARCIA Raúl Florencio y Otro - 26.8.2010

DAÑO MORAL – Determinación de la indemnización

[] 6

No resulta ocioso recordar que el daño moral ha sido conceptuado certeramente como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en

general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, p. 205.-

Como expresa la C.N.Esp. Civil y Comercial, Sala I en un fallo de fecha 20 de febrero de 1981, citado por Daray, Accidente de Tránsito, pág. 506, que por su naturaleza eminentemente espiritual, difícil resulta enmarcar el daño moral en sus consecuencias económicas. "El dolor no tiene precio", se ha dicho con justeza reiteradamente. Así es, sin duda, el derecho tiene su gran sustanciación en la moral. Entre la autonomía de la moral y la heteronomía del derecho, no existen límites inconmovibles. Al contrario, hay un trasvasamiento recíproco y permanente. Por ello en los casos de lesiones espirituales, el dinero cumple por otra parte, lo que tiene a su alcance el ordenamiento jurídico. Por cierto no borra la lesión espiritual".-

ROMERO, Eric Nicolás c/FORTE, Alberto Oscar s/Proceso Sumario (daños y perjuicios) -- 5/10/2001 - Expte. Nº 340/99 [STJ Sala A]

[] 7

Este tribunal, desde siempre y cuando se trató de cuantificar el daño moral, ha señalado la dificultad de establecer una suma acorde con la magnitud de ese perjuicio extrapatrimonial, no obstante ello procuró mantener un criterio en los distintos pronunciamientos que consistió en fijar una cantidad que, siendo importante, no signifique tampoco un despropósito imposible de ser satisfecho por el responsable, como se produciría de llegarse a montos excesivamente elevados, por más que ellos pudieran parecer escasos para quien sufre un dolor tan intenso, y también se ha tenido en cuenta la necesidad de ponderar los distintos daños morales que llegan a determinación judicial atendiendo al principio de igualdad, de modo que quienes padecen determinados sufrimientos obtengan similar indemnización que otros en situaciones parecidas, en relación siempre con los límites derivados de las pretensiones y recursos de las partes. No pueden caber dudas que la muerte de un padre en un accidente de tránsito, produce en sus hijos daño moral, puesto que del luctuoso hecho y para el común de las personas, surge un daño básico o lesiones básicas semejantes que se traducen en disvaliosas repercusiones espirituales para las víctimas. De allí que cabe compartir el razonable y prudente criterio sostenido en el tiempo por esta Cámara de Apelaciones con su anterior composición, esto es atender al principio de igualdad, de modo que quienes padecen determinados sufrimientos obtengan similar indemnización que otros en situaciones parecidas. Dicho criterio en nada impide que, frente a las circunstancias particulares que puede presentar cada caso en concreto, la cuantificación del daño moral pueda ser establecida en un monto mayor -y también menor- al que comúnmente se otorga.

Aquellas repercusiones espirituales disvaliosas ya referidas constituyen el daño resarcible, y a los efectos de fijar el monto en concepto de daño moral, se debe tener en cuenta, principalmente, las circunstancias propias del damnificado, lo que permitirá aumentar o disminuir el monto indemnizatorio.

[CCGP] ROSALES, Gabriela Liliana y otro - 27.4.2010

[] 8

El daño moral resulta siempre de difícil determinación y, "mal que les pese a los juristas, la fijación de la cuantía de la indemnización del daño moral, es asunto librado actualmente a la apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición." (M. Zavala de González - "Daños a las personas" - 2ª Ed. pág. 520). Lo transcripto no es una autorización libérrima para el magistrado tendiente a justificar excesos o defectos en los montos finales, sino por el contrario, éste debe tener en cuenta las diversas situaciones particulares del caso y tratar de que la suma fijada por resarcimiento del daño moral sufrido, no resulte simplemente simbólica ni fuente de enriquecimiento para la víctima.

MENA, María Alicia c/MUNICIPALIDAD DE GENERAL ACHA s/demanda contencioso administrativa -- STJ Sala B -- 22/6/2005 - Expte. Nº 513/02 [STJ SA]

DAÑO MORAL – Presunción: el daño moral que la muerte de un padre provoca a sus hijos no necesita prueba demostrativa.

[] 9

La muerte del padre provoca un daño moral a sus hijos, de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas, y no se necesita de prueba demostrativa. "El daño moral reclamado por el cónyuge y los hijos de la víctima, debe tenerse por configurado por la sola producción del hecho dañoso, presumiéndose por el grado de parentesco la lesión inevitable de los sentimientos de los demandantes" (CSJN, Fallos 329:3403, cit. por Zavala de González, "Daño moral por muerte", p. 343, ed. 2010).-

[CCGP] VELÁZQUEZ, Griselda y ots.c/INARCO S.A.-29.03.2011

DAÑO MORAL – Supuestos: condiciones que tiene que tener la denuncia penal para generarlo.

[] 10

(...) Aún cuando una denuncia penal puede llegar a generar dolor moral "in re ipsa", a raíz de las lógicas molestias derivadas de tal situación para la persona denunciada, ese sólo dato es por sí solo insuficiente para tornar operativo el

sistema de responsabilidad civil. Para que ello ocurra, es necesario también demostrar que el obrar del sujeto demandado le resulta imputable a título de dolo o culpa (art. 1067 del C.Cód.), recaudo legal de procedencia cuya existencia ha sido puntual y fundadamente descartada por el juez a quo en este caso. (...)

[CCSR1] ORTIZ, Hugo A.- 03.03.11

DAÑO MORAL – Supuestos: limitaciones para la justificación del reclamo en el caso de daño a bienes físicos

[] 11

"Las molestias, desagrados y la angustia sufridos por el propietario del automóvil chocado no constituyen agravio moral (CNCiv., sala D, 25/3/74, LL 155-196; sala F, 30/11/71; sala c, 08.04/76, LL 1976-C-163). Es que cuando el daño es causado sobre bienes físicos y no sobre la persona del damnificado, es preciso demostrar, para reclamar por daño moral, de qué manera ha podido afectar la moral del reclamante y en qué medida puede tratarse de un perjuicio resarcible (C1a. La Plata, sala II, 8/5/73, LL 154-612). Abundando al respecto, resulta difícil aceptar que un choque de automotores, o la privación temporal de su uso, ocasionen al actor un agravio en sus valores espirituales más preciados (daño moral) y mucho más entender que ha ocasionado en el mismo, en condiciones de normalidad y estabilidad, una perturbación síquica. Nadie puede discutir que una colisión de automotores como episodio violento en sí, o la no utilización del vehículo durante el lapso de reparación generan una perturbación transitoria o malestar en la víctima del evento; pero, de allí a sostener que se afectan íntimos valores, o la paz espiritual de la víctima, hay una distancia insalvable, máxime cuando ninguna probanza se aportó al respecto (cfr CCC, sala I in re:Kaplan, Leopoldo vs. Heguy, Marcelo s/ Da. y Pjcios.". Sent. nº 257, 07.09.95)". (C.C y C Común, sala 2, Dres: Robinson-Gonzalez de Ponssa. "Giandomingo, Walter L c/ Corralçón 70 s/ Ds. y Pjcios.", 12.02.07, Set. Nº 8) Jurisp. Lex Doctor.

[CCSR2]ESPÍNDOLA, Roberto Luis- 17.08.2011

DAÑO MORAL – Supuestos: no corresponde resarcirlo en caso de muerte en cónyuges separados de hecho sin voluntad de volver a unirse

[] 12

"El absoluto distanciamiento que existía entre los cónyuges hacen de suyo descartable que la muerte del causante haya ocasionado a la pretensora lesión espiritual resarcible bajo la perspectiva del daño reclamado, toda vez que la ausencia de la comunidad de afectos propias del matrimonio resultaba particularmente notable, y la reparación por el mentado daño imponía en la especie a la peticionaria de indemnización, formar convicción en el tribunal en el sentido de haber mediado detrimento moral resarcible por consecuencia del

fallecimiento, mas ninguna prueba fue incorporada en orden a la demostración de ese extremo (jurisp. Nación. Autos: ROTA EGLE C/ LOPEZ JOSE LUIS S/ SUMARIO. (LL 19.12.00 Fused 101.389) Fecha: 24/10/2000. Lex Doctor).-

"Cuando la convivencia cesa no de manera circunstancial sino con permanencia y desvinculando la vida de ambos cónyuges entre sí, la relación de interdependencia conyugal de éstos en la que se basa la presunción de los artículos 1084 y 1085 del Código Civil cede necesariamente, retornándose en el supuesto de pretenderse indemnización a la carga de prueba de quien la invoca (jurisp.Chubut."Jiménez, Luis Roberto c/Provincia del Chubut s/Daños y Perjuicios".Lex Doctor).-

[CCSR2] VARGAS, Laura S.- 25.07.2012

DAÑO MORAL – Supuestos: caso de muerte de hijo por nacer

[] 13

(...) Si bien es cierto que (...) se debe señalar cuales fueron los hechos que lo determinaron, las circunstancias del caso y como ello incidió en la persona del reclamante, no es menos cierto, que en hechos como el de (...) la muerte de un hijo por nacer, tales recaudos ceden ante lo evidente del sufrimiento de los padres. En este punto nos preguntamos, ¿qué prueba se le puede requerir a una madre que lleva 9 meses al hijo en su vientre, que llega al hospital para ser atendida en el parto, por quienes conocían de antemano su situación y debe soportar no sólo no tener la atención esperable, sino que ve frustrada la maternidad por la manifiesta negligencia de los dependientes de la demandada?, lo mismo cabe decir respecto al padre.-

Las máximas de la experiencia nos indican que una circunstancia como la vivida por los reclamantes es altamente traumática. No se le puede pedir a las personas un heroísmo que haga que deban soportar estoicamente reveces de la vida que podrían haber sido evitables (...).-

[CCSR2] SUAREZ, Alicia B.-15.07.2012

Responsabilidad Civil

RESPONSABILIDAD CIVIL – Carga de la prueba en juicios de daños: particularidades.

[] 14

"En el juicio de daños, la necesidad de probar se subordina a los requisitos condicionantes del crédito indemnizatorio, es decir, a los presupuestos sustanciales de la responsabilidad resarcitoria. Dentro de esa perspectiva, cabe destacar que el eje radica en la producción de un daño injusto, que debe lesionar un interés reconocible del actor, haber sido causado adecuadamente por un hecho y atribuíble jurídicamente al demandado, por un motivo que legitima su obligación indemnizatoria (Matilde Zabala de González. El proceso de daños y estrategias defensivas. Ed. Juris, Rosario, 2006, pág. 163). En definitiva, la cuestión probatoria en este tipo de procesos gira en torno a sus elementos básicos: el hecho, la legitimación activa y pasiva, el daño, el nexo de causalidad y el factor de atribución."

DIAZ Carlos contra UNILAC S.A. y otros sobre Daños y perjuicios - - 31/5/2010 - Expte. N° 1065/09 [STJ Sala A]

[CCSR1] CARENA Omar Joaquín - 15.10.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL - Corresponsabilidad: necesidad de fijar la proporción de la reparación exigible a los corresponsables a los efectos del art. 1109 2ª parte C.C.

[] 15

Ante la concurrencia de culpa de las condenadas con fundamentos en normas de la responsabilidad aquiliana, debió entonces fijarse en la sentencia la proporción en que el proceder de cada una de ellas incidió en el resultado dañoso final a los fines previstos por el art. 1109 segunda parte del C.C.

[CCSR1] GONZÁLEZ, Juan M.- 06.12.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.)

[] 16

"Es posible distinguir, a los fines de la aplicación del art. 1113, dos categorías de cosas: 1.1. las que por su naturaleza son riesgosas o peligrosas, `es decir cuando su empleo conforme a su estado natural, puede causar generalmente un peligro a terceros´, como ocurre con un camión en circulación; 1.2. las que por su naturaleza no son riesgosas o peligrosas, pero que lo son en razón de su utilización o de la forma en que se relaciona con ellas, en un caso dado, quien resulta dañado (exp. 579/96, r. C. A.). No hay, pues, cosas incapaces de producir daños, ya que esto siempre depende del uso que se haga de ellas" (exp. 3897/08, r. C. A.). (...) El criterio reseñado coincide en lo esencial, con el de Kemelmajer de Carlucci en el "Código Civil" de Belluscio-Zannoni (T. 5, p. 581/2, ed. 1984): "la aplicación del art. 1113 exige la prueba de la intervención de la cosa (de propiedad o bajo la guarda del patrón) en la producción del daño. Adviértase que se exige la prueba de la relación causal adecuada entre el daño y la cosa y no la prueba de que ésta era viciosa o peligrosa (...) En consecuencia, los hechos deben ser relatados en la demanda con claridad suficiente como para saber que se reclaman los daños derivados de la intervención de las cosas del patrón (...) Por eso, salvo culpa probada del patrón, éste no debe ser condenado civilmente si un empleado se lesiona en momentos en que repara una máquina o cosa de un cliente o del propio empleado, pues el empleador no es dueño ni guardián de la cosa productora del daño (...) o si el daño proviene exclusivamente de movimientos humanos que se tienen que hacer para realizar el trabajo (agacharse, levantarse, estar de pie)... En cambio, en todos estos casos corresponderá la indemnización especial de la ley 9688 por tratarse de hechos ocurridos durante el tiempo de la prestación de servicios, por el hecho o en ocasión del servicio".

[CCGP] PÁEZ, Miguel Ángel - 17.3.2010

[] 17

La interpretación prevaleciente, tantas veces repetida, es que "según lo establecido por el art. 1113, párr. 2º del Cód. Civil, sólo debe exigirse al afectado demostrar el daño causado y el contacto con la cosa riesgosa, quedando a cargo de la demandada, como dueña o guardián de ella, acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (CSJ, cit. en "Código Civil comentado y anotado", dir. Cifuentes, T. VIII, p. 379, ed. 2008); también se ha declarado que "cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio, y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando- cuando se trata de cosas inertes- la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del párr. 2, última parte del art. 1113 CC., son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián" (CSJN, DT 1992-B-1307).-

[CCGP] PÁEZ, Miguel Ángel - 17.3.2010

[] 18

En lo que se refiere a la aplicación del art. 1113 en los casos en que la lesión se atribuya a la "actividad" desarrollada por el damnificado, sin intervención de una cosa, el tribunal, más allá de requerir en todos los casos la presencia de una "cosa", la ha descartado en forma expresa. En el exp. 1930/01 (r. C. A.), con cita de Llambías, se dijo que el art. 1113 "no abarca los perjuicios ocasionados por una actividad peligrosa, pues la ley no contempla la responsabilidad derivada del riesgo de la actividad sino del riesgo de la cosa". Más recientemente, se señaló que "el art. 1113, Cód. Civil (...) es una norma no destinada específicamente a indemnizar los daños de los trabajadores, sino de todas las personas afectadas", que "no se refiere a la actividad que pudo llevar a cabo la víctima o el responsable. En todos los casos se requiere, entonces, la intervención de una cosa" (exp. 3897/08).

[CCGP] PÁEZ, Miguel Ángel - 17.3.2010

[] 19

[Si bien] existe una importante tendencia doctrinaria y jurisprudencial que postula una interpretación amplia, dinámica o extensiva del art. 1113, de manera que también se aplique cuando el daño fue producto de la "actividad riesgosa" desarrollada por la víctima, aunque no haya intervenido ninguna cosa (Pizarro, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", T. II, p. 164 y ss., ed. 2006). (...) Pizarro, propulsor de esta variante interpretativa, sostiene que la responsabilidad se asienta en estos casos en la noción del riesgo creado más que en la intervención de una cosa, de modo que la presencia o ausencia de ésta no puede ser determinante para aplicar o no el art. 1113. "No es esencial que en la actividad riesgosa (y en el daño que de ella derive) intervenga o no una cosa, activa o pasivamente" (ob. cit., p. 161). Esta concepción, que tiene desde luego fundamentos atendibles, choca empero con el texto legal, que requiere, en forma manifiesta e inequívoca, la presencia de una cosa, de modo que prescindir de ella para fundar la responsabilidad de quien se beneficia con la actividad del damnificado importaría darle al art. 1113 un alcance que el legislador no le dio.

[CCGP] PÁEZ, Miguel Ángel - 17.3.2010

[] 20

En ese sentido es claro el art. 1113, primera parte del Código Civil al señalar que "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado". Es decir que, en el caso, el principal (...) responde ante el pasajero víctima por el hecho de su dependiente y porque la cosa de la que se sirve (taxi) es de su propiedad, empero sólo en la medida en que ambos elementos contribuyeron en la causación del perjuicio, más no a título personal y distinto por

la sola circunstancia de ser empresario del transporte o por la actividad lucrativa que ello le genere al apelante. Su responsabilidad es contractual, siendo indiferente a los fines indemnizatorios que la misma sea de orden civil o comercial, pues lo único que importa es la existencia de nexo causal entre la conducta del dependiente y el daño.-

[CCSR2] PEDERNERA, Jorge G.- 07.08.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.): carga de la prueba del riesgo de la cosa.

[] 21

Las cosas son riesgosas no sólo por su propia naturaleza, sino también en razón de su empleo o utilización en una situación concreta. La carga de la prueba del riesgo de la cosa, recae en cabeza de la parte que afirma su existencia y debe ser analizada en el contexto en que opera, a fin de verificar si por el modo de uso puede ser calificada de riesgosa o peligrosa, es decir que a priori, es preciso predeterminar la dañosidad de la cosa en relación a la modalidad de las específicas tareas, definiendo si podía normal o regularmente llegar a producir el daño, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos en los términos del art. 901 del Código Civil.-

[CCSR1]LUCERO, Alicia Edit-20.05.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.): cargas probatorias de damnificado-actor y demandado

[] 22

Como ya lo ha dicho reiteradamente esta Cámara [de Apelaciones] cuando el daño reclamado proviene del riesgo de la cosa (automotor en movimiento), la norma que corresponde aplicar es la del art. 1113 segunda parte segundo párrafo del Código Civil en cuyo caso, debe el damnificado probar el daño, su conexión causal con la cosa y la calidad de dueño o guardián del accionado y éste último para eximirse de esa responsabilidad objetiva impuesta por la ley, debe acreditar en forma concluyente la culpa de la víctima como conducta de reproche, que haga imposible la evitación del suceso dañoso interrumpiendo el nexo de causalidad.-

La víctima no tendrá que cargar entonces con la prueba de la culpa del demandado en su reclamo indemnizatorio, sino que le bastará demostrar el perjuicio y la existencia de una relación de causalidad -o de contacto- entre la cosa riesgosa y el daño que exhibe y el imputado, dueño o guardián sólo se eximirá total

o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. (...).-

[CCSR2] VARGAS, Laura S.- 25.07.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.): diferencia entre "cosa riesgosa o viciosa" y "actividad riesgosa"

[] 23

(...) No debe ser confundido el concepto de cosa riesgosa o viciosa, con la tarea que desarrollaba el trabajador, puesto que el art. 1.113 del Cód. Civil no regula ni contempla los supuestos de "actividades riesgosas" y conforme criterio sostenido por esta Cámara de Apelaciones, no corresponde aplicar por extensión el art. 1.113 del Cód. Civil a las denominadas "actividades riesgosas", (opinión que no es unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, aunque se trata de un supuesto receptado en el proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación). Lo dicho no significa que no puedan considerarse comprendidas por extensión en el art. 1113 del Cód. Civil a las actividades o conductas que resulten peligrosas por las cosas de que se valen, y no en un sentido propio y autónomo (ver Trigo Represas-López Mesa: "Tratado de La Responsabilidad Civil", Tomo III, p. 349; edit. La Ley 2005; Trigo Represas: Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Civil. Responsabilidad Civil", Tomo I, p. 447; edit. La Ley 2009). Si se trata de una colisión entre motocicletas en circulación resulta aplicable, como se dijo, lo dispuesto por el art. 1113, 2° párrafo 2° parte del Cód. Civil, norma que establece un factor de atribución objetivo, es decir la responsabilidad es de base objetiva, con fundamento en el riesgo creado por la circulación de motocicletas, e instituye, sin distingos ni excepciones, un sistema de presunción de responsabilidad, en contra del dueño o guardián de una cosa de cuyo vicio o riesgo se haya derivado un daño, y para liberarse de la misma -total o parcialmente-, el ordenamiento impone inexcusablemente la obligación de acreditar la causa ajena, esto es el hecho propio de la víctima o el de un tercero por quien no debe responder. [Voto del Dr. Pérez Ballester]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.028.2012

[] 24

Las motocicletas no tenían "vicio" que generara la responsabilidad de su dueño, pero no sucede lo mismo respecto del "riesgo" que ellas involucran. Más allá de provocar situaciones de peligro para los peatones o los otros conductores que circulen por las calles, también son riesgosas para quienes las conducen, como se aprecia con la mera lectura de los diarios; concretamente, una motocicleta genera

peligros para su conductor por su poco estabilidad ya que, al circular sobre sus dos ruedas, una colocada detrás de la otra, un impacto leve, una maniobra o una frenada fuerte con la que se quiere evitar un choque puede provocar su caída; y a este riesgo se suma el que representa para el motociclista la falta de protección, ya que, cuando se produce un accidente, su cuerpo recibe directamente los golpes, sea contra otro vehículo o contra el suelo. Es obvio que un automovilista no está expuesto a estos mismos riesgos que un motociclista, pues las cuatro ruedas del vehículo y su mayor estructura dificultan y tornan excepcional su vuelco en accidentes urbanos y, además y principalmente, el conductor está protegido por la carrocería y, ante accidentes de la misma magnitud, su daño físico es menor o no existe. Cuando un motociclista se accidenta dentro del radio urbano, aunque el hecho sea leve, recibe golpes y casi siempre lesiones, lo que en el caso de los automovilistas sólo ocurre cuando el accidente es muy violento.- [Voto del Dr. Hugo Carlos Rodríguez]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.028.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.): incendios rurales

[] 25

[La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, respecto al encuadre legal de los daños causados por incendios rurales, refirió que se ha expedido en reiteradas oportunidades en el sentido que] ... resulta aplicable el art. 1113 párr. 2º segunda parte del Cód. Civil. Así se ha dicho: "...luego de la reforma del Código Civil de 1968 no se discute jurídicamente que los daños provocados por incendio encuadran dentro de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado consagrada por el art. 1113 del C.C.;... ya que como enseña LLambías: "hay daño causado por el riesgo de la cosa cuando el perjuicio es el efecto de la acción causal de la cosa sin que medie autoría humana, es decir, cuando se comprueba una relación de causalidad material entre cierta cosa y un daño" (Cód. II-B 471 in fine y en LL 1980-D-76) y ello ocurre cuando tratándose de un incendio, éste se extiende de la cosa incendiada de propiedad del dueño o guardián a la del damnificado, resultando comprensivo en el concepto cosa, el aspecto dinámico de la misma como lo es su propia ignición que se propaga". (Expte. Nº 7098/94 reiterado en 7339/95 y 8607/98 r.C.A. entre otros).-

Al criterio jurisprudencial antes citado, cabe agregar que "ha sostenido la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, que: "Más allá de la polémica, pueden mostrarse las siguientes tendencias: si bien en muchas oportunidades se desconoce la causa generadora del incendio, en otras puede llegar a detectársela. Si ocurriera esta última situación y pudiera atribuirse el acto a una persona determinada, sería un hecho del hombre que comprometería al agente autor de él (LLambías, Obligaciones T. IV A, Nº 2581, pág. 493)".

"Ante un campo en llamas, no se está frente a un supuesto de cosa inerte; el riesgo resulta del hecho de la cosa (campo en fuego). En consecuencia, sus dueños o guardianes no pueden, en los términos del art. 1113, eludir su responsabilidad por los daños ocasionados a menos que prueben la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deben responder, o el caso fortuito. Por eso, si el incendio se originó en el campo de los demandados y propagó sus efectos al campo de los actores, cabe aplicar el art. 1113 párrafo 2º, segunda parte del Cód. Civil y los demandados no se exoneran probando su falta de culpa sino la acreditación de la fractura del nexo causal a través de las eximentes enumeradas...".

"Un incendio es una cosa en ignición que propaga fuego a otras por lo que el daño resultante debe resultar un hecho de la cosa cuando aquél es anónimo y atribuible a predisposición de los materiales existentes que por algún factor desconocido han entrado en ignición. Por el contrario, si estuviere identificado el origen del incendio de manera de poder atribuirle el acto a una persona determinada, sería un hecho del hombre que comprometería al agente y autor del hecho..." (S.C.J. Mendoza "Fernandez Paulino c/Adolfo Campos s/Sumario" El Dial MZ3755). (Expte 14030/07 r.C.A. "Wolf")

[CCSR2] GARCIARENA, Juan M. Y ots.-04.08.2011-

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.): se deben probar la intervención "activa" de la cosa riesgosa en la producción del daño y las "circunstancias" del hecho básico.

[] 26

(...) La [responsabilidad] fundada en el riesgo o vicio de la cosa -art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto del Cód. Civil-, exige aportar (enunciar y probar) la plataforma fáctica que ponga de manifiesto una relación causal aparente o prima facie entre la cosa y el daño que surge de su intervención en el suceso. Es que la presunción de causalidad consagrada por dicha norma no opera en vacío o por la sola presencia de una cosa en el suceso dañoso, sino en tanto y en cuanto pueda inferirse su intervención "activa" a cuyo efectos son pertinentes y relevantes las "circunstancias" del hecho básico. En otros términos, no es suficiente enunciar el "esqueleto" del hecho; hay que vestirlo con sus características de interés para la dilucidación de la causa. Pues todos los fragmentos fácticos pertinentes se integran y combinan para configurar "el supuesto de hecho" de la responsa- bilidad civil." (Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, 3 El proceso de daños, pág. 48).-

[CCSR2] SAAVEDRA, Sandra- 27.05.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daño estético: no es categoría autónoma de daño resarcible

(...) No existe en nuestro derecho una tercera categoría de daños resarcibles ya que éstas son dos, daños patrimoniales o morales y en consecuencia, el daño estético es resarcible como daño patrimonial en cuanto se compense una cirugía reparadora o como moral por las aflicciones que el mismo causa en el espíritu de la víctima, por lo que su reparación puede llegar a reconocerse desde ambas vertientes a los fines de hacer efectivo el principio de la reparación integral. La cuestión es que ello requiere de prueba.-

[CCSR2] SCHLENKER, Sergio A.- 15.02.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daños causados por productos elaborados.

[] 27

La responsabilidad por daños causados por productos elaborados se inserta dentro del marco genérico de protección al consumidor y que de nuestro ordenamiento jurídico se puede extraer un sistema de responsabilidad objetiva con base en los arts. 1113 y 1198 del Código Civil, la que podrá ser contractual o extracontractual, según exista o no vinculación directa entre el responsable y el consumidor (Boragina, Agoglia, Meza, Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, JA, 1990-IV-886).-

Por otra parte, mientras en la responsabilidad extracontractual el factor de atribución es el riesgo creado, en la vinculación contractual, el proveedor contrae una obligación de seguridad, con fundamento normativo en el art. 1198 apartado primero del C.C. por la cual garantiza que el producto no ha de causar daños al cocontratante, si éste lo utiliza conforme a su naturaleza e instrucciones. Se trata, en consecuencia, de una típica obligación de resultado, cuyo impedimento genera la responsabilidad objetiva del proveedor (Ibíd. pág. 887-888).-

Vinculando este tema con la carga de la prueba, corresponderá al legitimado activo probar, tanto en el ámbito contractual como extracontractual: "...la existencia del vicio o defecto –sin que le resulte necesario precisar cuál de los sujetos de la cadena es el autor del vicio– el daño y la relación causal adecuada entre el vicio y el perjuicio. El sindicado como responsable, por su parte, sólo podrá exonerarse mediante la fractura del nexo causal" (Boragina, Agoglia, Meza, op. cit), pudiendo alegar el hecho de la víctima o del tercero por quien no debe responder, así como también el caso fortuito.-

DIAZ Carlos contra UNILAC S.A. y otros sobre Daños y perjuicios - - 31/5/2010 - Expte. N° 1065/09 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Daños resarcibles: patrimoniales o extrapatrimoniales (o morales)

[] 28

(...) En nuestro sistema de reparación de daños éstos son patrimoniales o extrapatrimoniales (o morales) (...). Los primeros son aquellos que afectan la capacidad del sujeto en cuanto a su aptitud de producir ganancias o bien que lo compensan de los gastos que debe incurrir como consecuencia del hecho dañoso (lucro cesante, pérdida de chance, daño emergente); los segundos son los que lo afectan en sus sentimientos, que importan aflicciones en su intimidad, en su vida de relación, etc., por lo que se descarta la existencia del daño psicológico como un daño autónomo.-

[CCSR2] VARGAS, Laura S.- 25.07.2012

[CCSR2] ECHEVERRIA, Sandro E.- 17.02.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Deslinde entre la responsabilidad contractual y extracontractual: iura novit curia.

[] 29

Y si del encuadramiento de la responsabilidad como contractual o extracontractual se trata, la invocación por parte del actor de uno de esos títulos de responsabilidad, no justifica el rechazo de su pretensión, por la circunstancia de que el juez considere procedente el otro, siempre y cuando la plataforma fáctica en que se apoya la sentencia sea la misma que la esgrimida por el accionante (conf. Matilde Zabala de González: Resarcimiento de daños, 3 El proceso de daños, Hammurabi, Bs. As. 1993, pág. 282).-

Sobre el particular, la Suprema Corte de Buenos Aires ha expresado que: "1. El Código Civil consagra un doble sistema de responsabilidad: el contractual y el extracontractual, lo que resulta del art. 1107 y, en general, del libro II de dicho cuerpo legal; pero no consagra la posibilidad de que el interesado ejercite libremente y en función de una decisión personal, una elección que le permita derivar las consecuencias del hecho por el que reclama, a uno u otro de dichos sistemas, pues son los hechos por sí mismos, los que determinan el marco jurídico de solución del conflicto. 2. De conformidad con lo normado por el art. 1107 del Código Civil va de suyo que es la propia ley la que decide, conforme al supuesto fáctico específicamente delimitado, el régimen de la solución aplicable, derivando la extensión del resarcimiento, el plazo de la prescripción y, en general, todas las consecuencias conceptualmente identificables en uno u otro sistema de las notas características del hecho respectivo."(AyS, 1986-I-464, causa "Altamiranda, Nepomucena y otro contra Cobrealea S.A.C.I.F.I. Accidentes de trabajo"). En idéntico sentido, también se ha expedido en fallos del 7/8/90, "Canca, Luis Alfredo

y otra c/Martínez, Benigno y otra", AyS, 1990-II-827, del 28/12/95, "Luna, Néstor c/Empresa Línea 216 S.A. de Transporte", AyS, 1995-IV-844, por citar sólo algunos.-

BASILIO, Nafle c/COOPERATIVA DE WINIFREDA y otros s/Daños y Perjuicios -- 13/8/2007 - Expte. Nº 863/06 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Espectáculos deportivos: responsabilidad de las "entidades o asociaciones participantes"

- El art. 51 de la Ley 24.192 establece que las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo "son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios".

[] 30

Se ha dicho que las Leyes Nº 23184 (art. 33) y Nº 24192 (art. 51) establecen un régimen de responsabilidad objetiva con apoyo en la teoría del riesgo y del aprovechamiento económico y también que la Ley Nº 23184 es más rigurosa que el art. 1113 del Código Civil porque sólo acepta como causal de eximición la culpa del propio damnificado, cuando el artículo citado recepta como eximente, total o parcial, la culpa de un tercero por quien no se debe responder (Vázquez Ferreira, Roberto, "La violencia en espectáculos deportivos, Responsabilidad civil en la Ley 23184", en LL, 1985-E, 585).-

Según la Dra. Kemelmajer de Carlucci la sanción de la Ley nº 23184 consolidó la buena opinión según la cual las barras bravas no pueden ser consideradas "terceros" ni su accionar un "caso fortuito", fundamentalmente por no ser "ajenos" al acontecimiento deportivo. A su entender, hizo bien el legislador cuando, al sancionar la Ley Nº 23184 y luego la Nº 24192, guardó silencio sobre estas dos eximentes; de ese modo, evitó cualquier tipo de interpretación contradictoria con los fines tenidos en miras al prever esta responsabilidad, es decir, otorgar una protección más amplia a todo daño ocurrido en el marco de un espectáculo deportivo.-

Precisamente en este sentido, se pronunció la Corte Suprema entendiendo que no correspondía admitir como eximente la culpa de un tercero por quien no se debe responder, porque de hacerlo, quedaría desvirtuada la finalidad de la ley que era precisamente brindar amplia garantía de seguridad a los asistentes al espectáculo deportivo, al tiempo que impulsar a las instituciones deportivas a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir el riesgo de hechos de violencia que se produjeran (CS, 24/03/94, "Di Prisco c/Club Gimnasia y Esgrima de La Plata").-

MOSQUERA MENA Graceliano contra CLUB GENERAL BELGRANO DE SANTA ROSA y otro sobre Daños y perjuicios -- 22/3/2010 - Expte. Nº 1042/09 [STJ Sala A]

[] 31

Por el contrario –y en esto seguimos nuevamente a la Dra. Kemelmajer de Carlucci– las instituciones participantes podrían liberarse, aún en el régimen establecido por las leyes Nº 23184 y Nº 24192 si prueban un hecho ajeno al riesgo del espectáculo, por ejemplo, un movimiento sísmico no frecuente en la zona donde se encuentra el estadio, un ataque terrorista desde el aire, etc. (op. cit. pág. 473). En definitiva, debe tratarse de un hecho imprevisible, inevitable y externo; un caso que esté fuera de la propia actividad del espectáculo, por ejemplo, la muerte de un espectador producida por un arma de fuego proveniente del exterior, como podría ser de un edificio vecino (Vázquez Ferreira, Roberto, "La violencia en espectáculos deportivos: responsabilidad civil en la ley 23184", LL, 1985-E, 588)-

MOSQUERA MENA Graceliano contra CLUB GENERAL BELGRANO DE SANTA ROSA y otro sobre Daños y perjuicios -- 22/3/2010 - Expte. Nº 1042/09 [STJ Sala A]

[] 32

(Glosando el fallo "Mosca" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 6 de marzo de 2007, el STJLaPam reconoce la ...) regla general (de) que una entidad que agrupa a otras entidades no es responsable por los daños extracontractuales que éstas causen a terceros, dado que las asociaciones de segundo grado pueden ejercer cierto poder de vigilancia sobre aspectos generales, pero normalmente no tienen facultades de control sobre las prestaciones que sus asociados brindan a los terceros, ni participan de modo relevante en los beneficios.-

"Pero –agrega la CSJN– en la medida en que la situación de hecho no se subsume en la regla general, pueden darse situaciones de responsabilidad, que pueden ser analizadas utilizando dos criterios jurídicos: a) si el poder de vigilancia se traslada a la prestación; y b) si se participa en los beneficios de modo relevante, siendo ambos supuestos expresión de una antigua máxima de la responsabilidad civil que señala que "a mayor control mayor responsabilidad".-

MOSQUERA MENA Graceliano contra CLUB GENERAL BELGRANO DE SANTA ROSA y otro sobre Daños y perjuicios -- 22/3/2010 - Expte. Nº 1042/09 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Eximición de la responsabilidad civil: caso del hecho de un tercero extraño por quien el propietario no debe responder.

[] 33

Como explica Pizarro, "el nexo causal se interrumpe, total o parcialmente, cuando se demuestra que el daño obedece al hecho de un tercero extraño, por quien no debe responder (...) No cualquier hecho de un tercero es idóneo para desvirtuar el nexo de causalidad que pueda existir entre la conducta del demandado y el daño: debe tratarse de un tercero por quien no se daba responder. Existen numerosos supuestos en los que, por distintos motivos la ley impone a una persona responder por el hecho de otro. El espíritu de esta normativa resultaría claramente contrariado si `el demandado estuviere autorizado a invocar para su liberación, el hecho de alguna de esas personas, por los cuales, precisamente, debía garantizar su actividad´. Lo dicho asume especial rigor en materia de cosas o de actividades riesgosas, ámbito en el cual quienes generan, controlan o se sirven útilmente de la misma no pueden, recíprocamente, tratarse entre sí como terceros por quien el otro no debe responder" (ob. cit., T. I, p. 271/2). El autor refiere distintos hechos o supuestos que quedan al margen de la eximente, en particular "los producidos por ciertas personas que, sin llegar a ser dependientes en sentido técnico, entran en contacto con la cosa que causa el daño, por voluntad expresa o presunta del dueño o guardián" (p. 272/3).-

[CCGP] MONTENEGRO, Claudio Marcelo - 9.6.2011 (Voto Dr. Rodríguez)

RESPONSABILIDAD CIVIL – Falta de reconocimiento oportuno de la paternidad: debe existir un factor de atribución a título de dolo o culpa.

[] 34

La falta de reconocimiento oportuno proyecta una serie de consecuencias en los derechos subjetivos de quien lo padece, así por ejemplo, la carencia de todas las protecciones que se generan a partir de la patria potestad, la carencia de acción alimentaria, la exclusión de los derechos hereditarios, el uso del apellido, etc.. Ello, sin perjuicio de las consecuencias sociales que muchas veces acarrea para un sujeto la falta de apellido paterno y de los sufrimientos que se generan a los hijos negados por sus padres. Pero, ello no autoriza a que dicho daño deba ser reparado "in re ipsa", ya que en cada caso hay una serie de situaciones que no pueden dejar de ser evaluadas. No se puede construir una ecuación en términos tales como: "falta de reconocimiento oportuno = debe resarcir el daño moral".-

"Impera en nuestro derecho un principio que reconoce su fundamento en el art. 19 de la C.N., como es el del "alterum non ladere", y como consecuencia del mismo, quien causa un daño debe repararlo, (arts. 1067, 1068 sgtes. y conc. del Código Civil), pero dicha obligación de reparar debe reconocer como fundamento la acreditación de los presupuestos generadores de la responsabilidad civil."- [(C. C. G c/B. N. s/filiación y daño moral" Expte. Nº 12387/07 r.C.A.]).-

[CCSR2] CABRAL, Verónica- 04.02.2011

[] 35

(...) "No puede olvidarse que en el ámbito de la responsabilidad civil, no hay motivos suficientes que autoricen a prescindir en casos como el que nos ocupa, de sus presupuestos legales. Es así que la cuestión "...debe enmarcarse en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y por ello no es suficiente para ser acreedor de la obligación indemnizatoria la existencia del daño, nexo causal e ilicitud, sino que además, debe existir un factor de atribución a título de dolo o culpa." (C. C. G c/B. N. s/filiación y daño moral" Expte. Nº 12387/07 r.C.A.).-

Es así que, precisando la cuestión, la ilicitud consiste en la falta de reconocimiento oportuno; el daño resulta ser las consecuencias que la violación del derecho subjetivo a estar emplazado en el estado de familia sufre la víctima, a las que ya nos refiriéramos. Así, es evidente la relación de causalidad que existe entre ambos, siendo por último, y tal vez en el aspecto que se debe analizar más finamente en cada caso, el factor de atribución a título de culpa o dolo." (Exptes 14189/07 y 15346/09 r.C.A.).-

[CCSR2] CABRAL, Verónica- 04.02.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: cargas de familia

[] 36

(...) De acuerdo al criterio del tribunal, las cargas de familia deben tenerse en cuenta para fijar la indemnización, porque integran la suma de dinero que percibe un trabajador como consecuencia de la relación laboral (Exp.Nº 3803/08, r. C. A.). –

Ello significa que el resultado que se obtenga a través del cálculo matemático se incrementará de acuerdo a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que las asignaciones familiares no serían recibidas por el actor durante toda su vida laboral útil, sino durante lapsos variados, de acuerdo a la edad de sus hijos (Exp. Nº 4789/11, r. C. A.) (...). [Voto del Dr. Pérez Ballester]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.028.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: corresponde cuando el daño es consecuencia de un hecho típicamente accidental cuando las normas de la institución sólo prevén un haber de retiro de naturaleza previsional

[] 37

(...) [La] CSJN, en el caso "Mengual, Juan y otra c. Estado Nacional. Ministerio de Defensa y otro", 19/10/1995 (Fallos: 318:1959) (...) resolvió lo siguiente: 1) que el integrante de las Fuerzas Armadas o de Seguridad, incorporado en forma voluntaria u obligatoria, que resulte inutilizado por actos del servicio, debe ser indemnizado en base a normas de derecho común cuando las específicas que rigen la institución no prevén una indemnización, sino un haber de retiro de naturaleza previsional; 2) dado que el art. 76 inc. 2° de la ley 19.101 modificada por la ley 22.511, no contempla el pago de indemnización alguna, la percepción de ese beneficio previsional no deviene incompatible con el reconocimiento simultáneo de la reparación fundada en las normas del derecho común; y 3) cuando la lesión reconoce un origen típicamente accidental y no es el resultado de una acción bélica, corresponde que el integrante de las Fuerzas Armadas o de Seguridad, incorporado en forma voluntaria u obligatoria, que resulte inutilizado por actos de servicios sea indemnizado en base a normas de derecho común, si las específicas que rigen la institución no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional (Voto de los doctores Nazareno, Petracchi y Bossert). [Voto del Dr. Pérez Ballester]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.028.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: incapacidad permanente (carácter propio, no ganancial).

[] 38

Corresponde considerar como propia, y no como ganancial, la indemnización en concepto de incapacidad permanente -sea parcial o total- y en concepto de daño moral, que le corresponde percibir al trabajador víctima de un accidente laboral.

(Por el contrario ...) es ganancial y no propia la indemnización por incapacidad sobreviniente transitoria sufrida a causa de un accidente de trabajo si éste acaeció durante la vigencia de la sociedad conyugal. Es decir, la indemnización que comprende la incapacidad transitoria para el trabajo, industria o profesión, o el lucro cesante -pérdidas e intereses- art. 1069, Cód. Civil-, debe, en cuanto a ellos, reputársela ganancial, ya que su importe se subroga en los frutos civiles del trabajo, profesión o industria, que son gananciales (art. 1272, Cód. Civil) (conf. Zannoni, ob. citada, Tomo 1, p. 534; Mazzinghi, ob. cit., Tomo II, p. 126; Belluscio, ob. cit., Tomo 2, p. 79) [Del voto del Dr. PÉREZ BALLESTER al que adhiere el Dr. RODRÍGUEZ; en disidencia, Dr. COSTANTINO]

[CCGP] SALINAS, Alfredo Oscar - 26.8.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: incapacidad permanente (concepto y determinación)

[] 39

La incapacidad es permanente o definitiva cuando "perdura a pesar de la asistencia brindada a la víctima, implicando secuelas anormales que se extienden por el resto de la vida del sujeto", y "es transitoria cuando es posible la recuperación de la víctima" (Zavala de González, "Resarcimiento de daños-2a-Daños a las personas", p. 345/346, ed. Hammurabi 1996), aunque la autora advierte que "el límite entre incapacidad transitoria y permanente puede ser difuso o dificultoso de establecer cuando se trata de situaciones intrínsecamente progresivas, por empeoramiento o por mejora. En efecto, es posible que una incapacidad hoy juzgada como transitoria se agrave y desemboque en permanente. A la inversa, una incapacidad que aparece como irreversible no deja de tener en muchos casos alguna perspectiva de superación clínica" (p. 346). Es que, por cierto, siempre cabe la "posibilidad" de que mediante algún tratamiento, mejor o hasta entonces desconocido, se logre, aunque no sea la eliminación de la incapacidad, al menos alguna disminución (...)

La posibilidad de que la víctima eventualmente mejore su situación con algún tratamiento no importa necesariamente un obstáculo para que la incapacidad se considere en un momento dado como permanente o definitiva: "la expectativa de mejora clínica no obsta -por definición- a que, en la actualidad, la incapacidad se informe como permanente" (CNCiv., sala E, LL 1975-B-870; ob. cit., p. 347). Ello depende del grado de probabilidad del mejoramiento, que a veces será muy alto y en otras una mera "chance" o esperanza, fundada en algo así como que "todos los incurables tienen cura" y que "lo último que se pierde es la esperanza". -

[CCGP] MONTENEGRO, Claudio Marcelo - 9.6.2011

[] 40

Si las secuelas incapacitantes no pueden corregirse o mejorar con tratamientos terapéuticos y el curso del tiempo, deben considerarse permanentes, puesto que la dañosidad se mantiene en el tiempo, las secuelas incapacitantes subsistirán sine die, dicha invalidación es definitiva dado que las secuelas persistirán por el resto de su vida. Se sostiene que cuando la minoración del sujeto que no ha logrado ser subsanada por vía terapéutica y se proyecta al resto de la vida útil o simplemente de la expectable de la víctima, estamos frente a una incapacidad permanente. La incapacidad sobreviniente consiste en una situación que apareja resultados nocivos materiales -y espirituales- que afectan a la víctima y se entiende que es permanente cuando las proyecciones materiales o económicas nocivas resultan ser secuelas nunca subsanables (conf. Zavala de González, Matilde: "Tratado de daños a las personas" "Disminuciones psicofísicas", Tomo I, p. 393 y 397; edit. Astrea, 2009). Surge con evidencia que el daño sufrido por el trabajador accidentado e incapacitado de un modo permanente, es personalísimo, y la indemnización que se le concede por dicho concepto tiende a recomponer el

daño patrimonial sufrido, daño estrictamente personal que se advierte como un menoscabo en sus potencialidades productivas, que le afectó la dimensión económica o material de su desenvolvimiento, y precisamente la indemnización que se le otorga procura atender el desmedro de las aptitudes del sujeto con influencia en su vida productiva. [Del voto del Dr. PÉREZ BALLESTER al que adhiere el Dr. RODRÍGUEZ]

[CCGP] SALINAS, Alfredo Oscar - 26.8.2010

[] 41

La indemnización por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no sólo en su faz netamente laboral o productiva, sino en toda su vida de relación y es por ello que debe resarcirse no sólo la aptitud laborativa, sino también la genérica, comprensiva de toda la vida de relación del damnificado, y la indemnización que se fije debe ser verdaderamente compensatoria del perjuicio realmente sufrido en el caso. En tal sentido se ha dicho que "en la indemnización por incapacidad sobreviniente debe valuarse no sólo el porcentual de disminución de aptitudes laborales, sino también y principalmente la indemnidad perdida, lo que es equivalente al derecho a conservar ileso e intacto el cuerpo de cada uno. La alteración del organismo antes pleno y sano, que nunca podrá ser restituido al estado original, es el objeto de la compensación dineraria, en su proyección laboral, productiva o en alguna de las manifestaciones vitales..." (CNCiv., Sala F, 04/08/1999, "Responsabilidad Civil y Seguros", 2000-454). [Del voto del Dr. PÉREZ BALLESTER al que adhiere el Dr. RODRÍGUEZ]

[CCGP] SALINAS, Alfredo Oscar - 26.8.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: limitación de la determinación del juez a lo que ha sido peticionado por las partes.

[] 42

"Si en la demanda se peticionó en forma definitiva las sumas allí consignadas, sin subordinarlas a "lo que en más o en menos resulte de la prueba", el tribunal no puede superar ese límite cuantitativo" (CSJN, 22/3/90, REPED,24-305,2-S), como así también: "Si el actor reclamó una suma determinada en concepto de (lucro cesante) no es admisible condenar al demandado a pagar una cantidad mayor"(CNC, Sala D, 31/12/64, LL, 117-777).-

En tal sentido se ha dicho que: "La sentencia de la causa, en materia civil, debe limitarse a lo que ha sido objeto entre las partes" (CCN, 25/10/72, fallos, v. 284, pág. 115; ver volúmen 45, pág. 515). La decisión de los jueces ha de ser congruente, con la forma en que ha quedado trabada la litis por lo que no pueden fallar "ultra petitum", es decir más allá de lo pedido, ni tampoco, "extra petitum", o sea fuera de las pretensiones que no son materia de controversia, ni "citra petitum",

o sea, omitiendo resolver sobre las pretensiones u oposiciones que deben ser materia del fallo o fuera de ellas (Cam. Nac. Civ., Sala E, 29/02/80, LL, 1980, v. C, pág. 459)" (Conf. Morello - Sosa - Berizonce, en Cód. Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación, Comentados y Anotados, tomo II - C, pág. 79). (r.C.A. 13747/06).-

[CCSR2] FERNÁNDEZ C/FIORUCCI-09.05.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: lucro cesante

[] 43

La jurisprudencia tiene resuelto que, para que sea resarcible el lucro cesante, debe acreditarse que efectivamente el reclamante vió frustrada una ganancia cierta proveniente de su actividad habitual, de la cual hubiera seguido gozando de no producirse la medida segregativa.-

CISNEROS, María Beatríz; SHURT, Rubén Evaristo c/Comisión de Fomento de Carro Quemado s/demanda contencioso administrativa -- STJ Sala B -- 24/2/1997 - Expte. Nº 152/95 [STJ SA]

[] 44

A efectos de fijar la indemnización por lucro cesante, corresponde tener como referencia el cálculo de las ganancias que los testigos formulan sobre la base de un conocimiento personal de las tareas realizadas por el perjudicado en el evento dañoso y que no han sido enervadas por probanzas en contrario. Sabido es que si bien para acreditar el extremo invocado, se requiere una prueba concreta de las pérdidas sufridas, no lo es menor que ella no puede exigirse en términos matemáticos, debiendo en su caso tomarse en cuenta el aporte de datos que permitan presumirlos de un modo veraz, con el alcance previsto por el artículo 165 del ordenamiento adjetivo.

ROMERO, Eric Nicolás c/FORTE, Alberto Oscar s/Proceso Sumario (daños y perjuicios) -- 5/10/2001 - Expte. Nº 340/99 [STJ Sala A]

[] 45

Al respecto ha dicho la Sala 1 de esta Cámara [de Apelaciones] (...) que: " Sabemos que el lucro cesante es la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz del hecho lesivo el cual priva a la víctima de ganancias que percibía (art. 1069 Código Civil). El mismo se determina a partir de inferir sobre la base de la prueba, la actividad productiva que desarrollaba, las ganancias que por ello lograba y que como consecuencia del hecho dañoso se frustraron, vale decir que se indemnizan los beneficios que de no haber sucedido el hecho dañoso se habrían obtenido según el curso ordinario de las cosas. La pérdida de chance en cambio es la frustración de

una posibilidad que se revela como cierta, ésta se ha catalogado como la zona gris existente entre el daño seguro y el hipotético o eventual."-

"(...) No podemos ignorar como dato cierto de la realidad que en general las personas con jubilaciones o retiros muchas veces para afrontar sus gastos, deben recurrir a la realización de tareas de las que obtengan ganancias y además, que ese menoscabo a la integridad física tiene en sí mismo un valor indemnizable ya que afecta también diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito domestico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida", como lo señala el fallo citando lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "SCAMARCIA, Mabel y otro v. Provincia de Buenos aires s/Daños y Per- juicios" (Fallos 318:1715) y esta Cámara ha receptado en distintos fallos.-" ("Fiks c/ Muñoz" Expte. 15409/09 r.C.A.).-

[CCSR2] ECHEVERRIA, Sandro E.- 17.02.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: lucro cesante e incapacidad, no existen diferencias sustanciales en cuanto a las consecuencias materiales o económicas

[] 46

(...) La Dra. Zabala de González es elocuente al señalar que, "Las consecuencias materiales o económicas atinentes a los llamados "lucro cesante" e "incapacidad" no varían en lo fundamental, de modo que no hay verdadera diferencia (esencial u ontológica) entre los rubros en lo que hace al daño mismo. En ambos casos nos hallamos ante un lucro cesante, sólo que en la primera hipótesis éste se conecta con la etapa terapéutica y hasta el momento del restablecimiento, y en la segunda se atiende a secuelas no corregibles sino luego de un mayor plazo (incapacidad transitoria) o bien no subsanables en modo alguno (incapacidad permanente)" ("Resarcimiento de daños", 2a, "Daños a las personas (integridad sicofísica), Editorial Hammurabi, 2ªed., 1ª reimpresión, p. 247/248).-

[CCSR2] PEDERNERA, Jorge G.- 07.08.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: monto determinado por el juez en ausencia de prueba específica (facultad del art. 157 in fine del C.P.C.).

[] 47

El artículo 157 in fine del C.P.C.C. dispone que "La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté comprobada, aunque no resultare justificado su monto".-

Esta previsión normativa coloca a los jueces en posición dificultosa, pues la determinación de un monto sin prueba alguna será necesariamente discrecional. Ocurre que al legislador le resulta inaceptable que una persona probadamente dañada quede sin indemnización por carencias probatorias respecto de su monto y por lo tanto, manda fijarlo judicialmente (Higthon, Elena, Areán, Beatriz, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 504).-

Sin embargo, el juez debe ejercer esta facultad de manera prudente, razonable y fundada, sin fijar un monto desproporcionado ni uno insignificante. Cuando así ha ocurrido, la Corte descalificó por arbitrarias a este tipo de sentencias (Carlos J. Colombo, Claudio M. Kiper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 219 y 220, y sus citas).-

PACIO Amelia Edith contra SÁNCHEZ Emiliano sobre Reivindicación y Daños en autos: 'Pacio Amelia Edith s/prueba anticipada' Expte nº 26562/0 -- 28/6/2010 - Expte. Nº 1070/09 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: monto determinado por el juez en ausencia de prueba específica en gastos médicos (facultad del art. 157 in fine del C.P.C.).

[] 48

La cuestión relativa a los gastos médicos -terapeúticos- farmacológicos ha sido reiteradamente resuelta por esta [Cámara de Apelaciones] diciendo: "...que tal como indican las máximas de la experiencia no están cubiertos íntegramente por las Obras Sociales. Todo ello crea una presunción hominis respecto de que tales gastos efectivamente han sido necesariamente erogados...", la prueba arrimada es considerada sólo un indicio de que los mismos existieron; no resulta razonable, por ende, exigirle a alguien que está viviendo una situación post traumática como consecuencia del accidente, deba tener la precaución de conservar cada factura de gastos ante un futuro reclamo. Sin embargo las efectivamente acompañadas son un indicio suficiente para tener por acreditado el daño, consecuencia de ello, en uso de las facultades que otorga el art. 157 del CPCC, es el sentenciante quien determina el monto, que en el caso concreto no aparece como exagerado (Expte. Nº 15864/10 r.C.A.).-

[CCSR2] FERNÁNDEZ C/FIORUCCI-09.05.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: no corresponde cuando el daño es consecuencia de un acto de servicio (concepto de "acción bélica" o "hecho de guerra") (Análisis de la causa "Azzetti" de la CSJN)

[] 49

(...) Esta Cámara de Apelaciones, con la intervención de mis colegas Dres. Rodríguez y Costantino (sin intervención del suscripto) en el fallo dictado el 13/02/2012 en los autos caratulados: "GODOY, Rubén Darío c/PROVINCIA DE LA PAMPA S/ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL" (Expte. Nº 4768/11 r.C.A.) (...) hizo referencia el criterio jurisprudencial sentado por la CSJN en esta materia, manifestándose en aquella oportunidad: respecto del caso "Azzetti", del 10/12/98 (Fallos, 321:3363): "(...) La CSJN (con su anterior composición) rechazó la pretensión, diciendo que "el hecho dañoso está constituido por una acción bélica o hecho de guerra, y por lo tanto, los daños sufridos constituyen una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, características del servicio público de defensa, que no origina responsabilidad del Estado Nacional por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de la expresamente legislada en normas específicas"; "la responsabilidad por acto bélico tiene reglas propias, pues al asimilarse la guerra a una situación calamitosa y de catástrofe nacional, que repercute sobre toda la sociedad -aun cuando pudiera causar mayores daños al sector encargado de la defensa de la patria- no puede subsumirse -en principio- en los supuestos de responsabilidad del Estado por acto ilegítimo"; "en razón de que la cantidad de sujetos eventualmente dañados por el hecho de guerra es extensa, ello determina que una posible compensación sólo puede ser dispuesta, con fundamento en la solidaridad, por el Poder Legislativo. Tal es lo que ha acontecido en nuestro país y en el extranjero en diversas oportunidades". (...)

El 18/12/07, la CSJN (con su actual composición) sentenció el caso "Aragón, Raúl Enrique c/Estado Nacional Ministerio del Int. Gendarmería Nacional" (LL 2008-D-508; DJ 2008-II, 27- Sup. Adm. 2008 -julio-). (...) La Corte, por mayoría, rechazó la demanda invocando la doctrina sentada en "Azzetti", y señaló que en este precedente "se sostuvo que, a diferencia de los casos en que la lesión reconoce un origen típicamente accidental, las normas del derecho común no resultan aplicables cuando la lesión es el resultado de una acción bélica, esto es, una mera consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad, características del servicio público de defensa"; "el núcleo de la doctrina sentada (...) lo constituye la diferencia entre daños de origen accidental y daños que son mera consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad. En esta última categoría no resultan aplicables las normas de derecho común (...)"; "una fuerza de seguridad, como la Gendarmería Nacional, lleva a cabo misiones específicas que pueden implicar enfrentamientos armados, respecto de los cuales resulta aplicable la doctrina precedentemente expuesta, pues que, aunque aquéllas no constituyan -como es obvio- acciones `bélicas´ en un sentido estricto, están estrechamente vinculadas con las funciones típicas de la fuerza. Consiguientemente, los daños sufridos como consecuencia de los aludidos enfrentamientos no pueden generar un derecho al resarcimiento según las normas del derecho común." Votaron en disidencia los Ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni, por considerar que la doctrina sentada en "Azzetti" no era trasladable al caso. [Voto del Dr. Pérez Ballester]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.028.2012

[] 50

(...) [La] Corte Suprema [de Justicia de la Nación] -en su actual composición- comparte en forma unánime, la doctrina sentada en el precedente "Azzetti", circunscripta al particular ámbito para el cual se elaboró; esto es, el de las acciones "bélicas" en un sentido estricto, en tanto fue la guerra del Altántico Sur el marco que le dio fundamento; y las disidencias de los Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni en los precedentes "Aragón" y "Leston" consistió en afirmar que la doctrina sentada en el caso "Azzetti" no resultaba aplicable a los mencionados casos porque los daños alegados y sufridos por lo actores se originaron en circunstancias ajenas a las que motivaron la doctrina aludida, y consecuentemente con ello sostuvieron que el argumento invocado por la alzada no era idóneo para desestimar el reclamo del actor fundado en las normas del derecho común, motivo por el cual ambos ministros entendieron que debía dictarse nueva sentencia.. [Voto del Dr. Pérez Ballester]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.028.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: pérdida de chance

[] 51

"(....) Matilde Zavala de González (Daños a las personas, t. 2o, pág. 373) nos dice que: "Se habla de chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible".

"Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. Así pues en la chance' concurre siempre una cuota de incertidumbre o conjetura ".

BELLIDO, Gabriela Alejandra c/ CERMELI, Andrés Norberto – 2/7/1996 - Expte. Nº 166/95 [STJ Sala A]

[] 52

"En el daño constituido por la pérdida de chance, coexiste un elemento de certeza y uno de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial Incertidumbre de sobre si, manteniéndose la situación de

hecho o de derecho que era el presupuesto de chance, la ganancia se habría obtenido. De tal manera, lo que se indemniza es la privación de la esperanza de obtener un beneficio y no el beneficio esperado como tal." (Corte S. Mendoza. L.L. 1997 -C- 560).-

ESCUDERO, Rita c/ Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- STJ Sala B -- 4/10/2005 - Expte. Nº 16/02 [STJ SA]

[] 53

Sostienen Trigo Represas - Lopez Mesa (Tratado de Responsabilidad Civil "Cuantificación del Daño" pág. 91) en la cita que hacen de la obra de Daniel Paganetti que "De ello se ha concluido acertadamente que"... no puedo dejar de mencionar que desde el punto de vista de la función de la justicia, que precisamente no es hacer futurología jurídica, sino que por el contrario, los jueces deben manejarse en sus decisiones con los datos de la realidad actual en correlato con las constancias probatorias del caso concreto sometido a su juzgamiento, para no incurrir en sus pronunciamientos en una excesiva, irrisoria o ajena determinación económica de un resarcimiento como consecuencia de un daño sufrido..." (Ob. Cit. pág. 91). (Expte 15237/08 r.C.A.).

[CCSR1] BRANDIZI - Abr.2010

[] 54

(...) "... La indemnización [por pérdida de chance] debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, pues de requerirse una mayor certeza, importaría tanto como desvirtuar el concepto mismo del daño cuya reparación se trata (precisamente la chance), debiendo entonces entenderse por esa pérdida, la probabilidad suficiente de beneficio económico, que supera la existencia de un daño eventual o hipotético, para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible, que debe ser apreciado en cada caso y de acuerdo a sus especiales circunstancias fácticas." agregando más adelante que "...la chance perdida no sólo contempla la situación económica actual sino que toma en consideración que nadie puede asegurar el futuro..." (del voto de la Dra. Campiani de Gorchs en "Luoni Pierri" Expte. Nº 10135/00 r.C.A.).-

[CCSR2] SUAREZ, Alicia B.-15.07.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: pérdida de chance (caso de muerte de hijo por nacer)

[] 55

(...) "Muchísimas veces se ha dicho que la muerte de un hijo, además de implicar el mayor sufrimiento que pueda infringirse a un ser humano, importa

para los padres la frustración de una probabilidad cierta de legítima ayuda denominada "chance", y debe ser compensada a consecuencia de un hecho ilícito y sobre todo en los casos de una familia modesta. Ese resarcimiento compensa también la futura y muy probable posibilidad de ayuda económica que los hijos aportan a sus padres en la vejez (arts. 277, 367 y 372 del Código Civil) y naturalmente esa proyección económica no puede ser sino estimativa, como apoyo actual o de futura ayuda para la vejez.".-

"Al tratarse de una persona por nacer resulta arbitrario aventurar respecto de sus logros patrimoniales, más resulta ciertamente probable que esa hija trabajaría y progresaría en su vida con ingresos estables contribuyendo a solventar los gastos del hogar, configurándose así la ayuda económica esperable. Por otra parte, también se presenta como una posibilidad concreta que a partir de cierta edad formase su propia familia o se fuese de su casa y en tal caso, aquel apoyo económico desaparezca, para ser nuevamente reeditado en la vejez de sus padres."("NIETO, Eva María y Otro c/PROVINCIA DE LA PAMPA s/Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 15836/09 r.C.A).-

[CCSR2] SUAREZ, Alicia B.-15.07.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: ponderación de la expectativa de vida productiva de una persona

[] 56

Es evidente que estimar la vida útil de una persona, en cuanto a la posibilidad de generar ganancias y mantener un proyecto de vida, limitado a la edad jubilatoria de 65 años, no se condice con la realidad de nuestros tiempos. Es un dato incontrastable que las expectativas de vida se han alargado notoriamente y junto con ello las expectativas de las personas de mantenerse realizando actividades "productivas".

Así lo hemos resuelto en anteriores pronunciamientos donde hemos dicho: "Respecto de la última cuestión, es de señalar que lo que se tiene en cuenta es la expectativa de vida productiva de una persona, lo cual no tiene que ver con la edad jubilatoria, ya que obtener una jubilación por haber cumplido los requisitos de edad y aporte no transforma a una persona en improductiva, prueba de ello es la cantidad de actividades que la experiencia nos indica que realizan las personas de esa edad. Tal es así que en realidad la misma es calculable según una expectativa de vida productiva de 75 años o sea mayor a la prevista en la sentencia, ello según precedentes de esta Cámara (Exptes. Nº 14259/07 y 13122/05 r.C.A.)". ("Roldán" Expte 14.509/07 r.C.A.).

[CCSR1] CABRERA - Abr.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización por incapacidad: corresponde aún cuando la el trabajador continúe trabajando o conserve su empleo

[] 57

"La doctrina y jurisprudencia generales admiten el resarcimiento del daño económico por incapacidad aunque la víctima continúe trabajando o conserve su empleo" (Zavala de González, "Resarcimiento de daños- 2a- Daños a las personas", p. 405 y ss., ed. Hammurabi, 2a. ed. ampliada, 3a. reimpresión, con citas de Vázquez Vialard y Gelber y diversos fallos). "La solución expuesta -explica al autora- es defendible a la luz de los principios generales antes estudiados. Recordamos que el daño material por incapacidad no sólo atiende a la situación actual de la víctima, sino que engloba su porvenir y posibilidades productivas futuras, casi siempre comprometidas por una incapacidad, sobre todo si ésta es seria y permanente, aun cuando circunstancialmente la actividad presente de la víctima no se ha visto resentida. El hecho de conservar hoy el empleo u ocupación no trasunta ninguna seguridad y ni siquiera una fuerte probabilidad de que se mantendrá dicha situación productiva por el resto de la vida útil del afectado. Por otra parte, el resarcimiento debe atender a las posibilidades productivas genéricas y no sólo a un trabajo determinado, lo que supone computar la inferioridad en que queda la víctima para reemplazar su actividad en caso de perder el trabajo actual" (p. 409).- [Voto del Dr. Hugo Carlos Rodríguez]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.02.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización por incapacidad laboral: diferencia entre prestaciones en especie y prestaciones dinerarias por incapacidad sobreviniente objeto de la indemnización.

[] 58

No deben confundirse las prestaciones en especie con las dinerarias destinadas a indemnizar la incapacidad laboral del trabajador. Si para el caso, el agente de policía accidentado no hubiere percibido las prestaciones en especie (atención y gastos médicos en general, remedios, intervención quirúrgica rehabilitación, etc.), ello constituiría un daño material que podría haber reclamado por la vía civil independientemente a lo que reclamó por incapacidad sobreviniente. Las indemnizaciones referidas tienen el objetivo y finalidad de indemnizar distintos tipos de daños que sufrió el trabajador accidentado; y la sumatoria de prestaciones (en especie y dinerarias) para luego compararla con el monto indemnizatorio que en concepto de incapacidad sobreviniente se obtiene por vía civil, como lo pretende la apelante, resulta claramente improcedente.- [Voto del Dr. Pérez Ballester]

[CCGP] BARRIONUEVO, Gustavo G.- 28.02.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: su medición depende de las posibilidades genéricas productivas del afectado

[] 59

(...) La doctrina especializada señala que "...el resarcimiento no se mide exclusivamente en función de un trabajo determinado, sino atendiendo a las genéricas posibilidades productivas del afectado, hasta el punto de que puede resultar intrascendente la falta de prueba de la labor desempeñada o que no ejerza actividad lucrativa alguna" (Zabala de Gonzalez, ["Resarcimiento de daños", 2a, "Daños a las personas (integridad sicofísica), Editorial Hammurabi, 2ªed., 1ª reimpresión]. p. 332).-

También la jurisprudencia se ha expresado en ese sentido: "La discapacitación que sufre la víctima de un accidente de tránsito debe establecerse, a los fines indemnizatorios, de acuerdo con el real y efectivo perjuicio que haya padecido, es decir, conforme a las posibilidades genéricas de la que se supone gozaba con anterioridad al hecho, esto es, sin limitarla en función de las tareas que desarrollaba, desarrolle o pueda desarrollar en el futuro" (CNEsp. Civ. y Com., sala 4ª, 23.10.87, LL, 1988-C-81).-

[CCSR2] PEDERNERA, Jorge G.- 07.08.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización por muerte: datos a tener en cuenta para fijar el resarcimiento.

[] 60

Para fijar el resarcimiento no pueden aplicarse exclusivamente pautas matemáticas y en caso de muerte de un padre de familia, debe tenerse en cuenta entre otros datos principalmente; la condición económico-social de la víctima; el monto de los ingresos que percibía por sus trabajos; la edad que tenía al momento del hecho circunstancia que valorada con sus antecedentes laborales puede demostrar una pérdida de chance de mejoras salariales, probabilidad cierta que en el caso no se infiere y lo que el occiso consumía para sí, llegándose así a determinar un importe que invertido permita obtener una renta suficiente para subvenir las necesidades de la familia que mantenía, en la misma forma que si el hecho dañoso no hubiera sucedido. Dicho capital se deberá consumir en teoría íntegramente a la fecha que hipotéticamente se requiere como probable expectativa de vida.

[CCSR1]LUCERO, Alicia Edit-20.05.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización por muerte de los padres

[] 61

Matilde Zavala de González en la obra Código Civil ... Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirección Alberto J. Bueres y coordinación de Elena J. Higthon, vol. 3 A, pág. 268, nos recuerda que en caso de muerte de los padres (de cualquiera de los progenitores) los hijos pueden invocar, como daño presunto, la privación de lo necesario para subsistir, con independencia de la naturaleza de la filiación.-

La solución no suscita controversia con relación al hijo menor no emancipado, en razón de su situación de dependencia alimentaria y asistencial y de las obligaciones que impone la patria potestad.-

Como expresa Orgaz que el resarcimiento que se acuerda al menor por la muerte de su progenitor, lo es por el daño que sufre originariamente, como "víctima jurídica" de esa muerte accionando iure propio, independientemente de todo título hereditario o iure hereditario.-

Ergo, corresponde que esta reparación cubra hasta alcanzar la mayoría de edad.-

ROMERO, Eric Nicolás c/FORTE, Alberto Oscar s/Proceso Sumario (daños y perjuicios) -- 5/10/2001 - Expte. Nº 340/99 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Indemnización: valor de la vida humana

[] 62

La vida humana no constituye un valor económico en sí misma, dado que no es un objeto material apreciable desde el punto de vista dinerario. En consecuencia, su apreciación merituada en dinero, debe estimarse en base a las ganancias que el fallecido producía en beneficio de quienes se sostenían con sus ingresos y de las que ahora necesariamente, se ven privados por su muerte

ESCUDERO, Rita c/ Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa -- STJ Sala B -- 4/10/2005 - Expte. Nº 16/02 [STJ SA]

RESPONSABILIDAD CIVIL – La conducta dolosa del demandado absorbe la "culpa de la víctima".

[] 63

Acreditada la conducta dolosa del demandado, esta última absorbe cualquier posible obrar culposo de la víctima, debiendo entonces el autor del ilícito ser considerado "...responsable exclusivo del daño, sin que pueda excusar esa

responsabilidad, ni siquiera parcialmente, fundado en la culpa de la víctima" (Conf. Borda, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. II, pág. 251LL, año 2008)..

[CCSR2] GONZALEZ Julio Abel - 1.9.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Legitimación para reclamar

[] 64

Sobre el art. 1068, el STJ considera que la misma tiene alcance ejemplificativo y no limitativo. Citando a la Cámara Nacional Civil, en pleno, *en autos* "Fernández María Cristina y otro c. El Puente S.A.T. y otros a/sumario", *dirá*: "Tal disposición no impone una suerte de requisito al daño resarcible, en cuanto a que el mismo debe afectar prerrogativas jurídicas del damnificado, sino que en realidad, hace mera referencia a la clasificación de los daños directos e indirectos. Conceptualizando que estos últimos serían aquellos que no lesionan el patrimonio de la víctima sino de manera indirecta, es decir, que la afección a su persona, derechos o facultades, en definitiva refluye en un menoscabo patrimonial (Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones," t.1, p. 291, N 238). Pero tal distinción nada aporta respecto de los presupuestos del daño, los que, ni para el damnificado directo o indirecto, deben necesariamente traducirse en una lesión a sus prerrogativas jurídicas"

BELLIDO, Gabriela Alejandra c/ CERMELI, Andrés Norberto – 2/7/1996 - Expte. Nº 166/95 [STJ Sala A]

[] 65

Remitiéndose al mismo fallo citado antes: (...) "la falta de legitimación de la concubina que propugna la tesis restrictiva, tiene un aspecto de verdad, que empero no permite concluir rechazando el daño, porque es cierto que la concubina, en cuanto tal, carece de legitimación para reclamar una indemnización por la muerte de su compañero, pero en rigor su derecho no se origina en la relación concubinaria que la unía con la víctima, sino que surge de la certeza del perjuicio el cual se debe acreditar de una manera cabal y fehaciente".

BELLIDO, Gabriela Alejandra c/ CERMELI, Andrés Norberto – 2/7/1996 - Expte. Nº 166/95 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Obligación de seguridad

[] 66

La alegada obligación de seguridad es aquélla por medio de la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que durante el desarrollo de la prestación acordada no le será causado daño alguno.-

Esto significa que, en determinados contratos, surge a cargo de una de las partes -aún cuando no lo hayan contemplado expresamente- la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del otro contratante, todo lo cual resulta de interpretar e integrar el contrato conforme el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del C.C.-

Así por ejemplo, en el contrato de espectáculo público, el empresario no sólo se obliga a brindar la función sino que la buena fe le impone la obligación de cuidar que el espectador no sufra ningún daño durante la representación.-

Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de seguridad puede hacer nacer una obligación indemnizatoria de naturaleza contractual si con motivo del convenio se produce un daño en la persona o bienes del contratante.-

BASILIO, Nafle c/COOPERATIVA DE WINIFREDA y otros s/Daños y Perjuicios -- 13/8/2007 - Expte. Nº 863/06 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Pérdida de chance matrimonial

[] 67

Citando a Iribarne, Héctor Pedro, "De los daños a la persona", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993: "Admitir el resarcimiento por muerte del novio o novia exige sin embargo, una cabal demostración de la seriedad de la unión y de la expectativa de materialización de una boda próxima, con preparativos ciertos y serios ordenados e ese fin. Presupone también la aptitud nupcial de los contrayentes ."'

En las páginas 583/584 nos dice: "En cuanto a la dificultad de tasar el daño, entendemos que ella no es tal. Basta concebir que el relativo desamparo derivado de la privación de asistencia que podría recibir el cónyuge si se pudiera casar, ha de imponer mayores necesidades de asistencias por terceros, y hasta un empleo menos racional de los propios recursos para poder configurar, al menos en su grandes líneas, los alcances del detrimento".

BELLIDO, Gabriela Alejandra c/ CERMELI, Andrés Norberto – 2/7/1996 - Expte. Nº 166/95 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Posibilidad de apreciar con diferente criterio la culpa civil y la culpa penal.

[] 68

La valoración de los hechos fijados en la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal (...) no hacen cosa juzgada en el juicio civil respecto a la culpa del autor del hecho y a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados (fallo plenario en autos "Amoruso, Miguel S. y Otra c/

Casella, José L.", del 2/4/46) , "sólo descarta la imputación de que el acusado ha procedido con culpa capaz de fundar su condenación criminal, pero no excluye que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, pueda indagarse -en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza ..." (Corte Suprema, Fallos: 192:207, 205:218, 254:356, 315:1324).-

[CCSR1] LLUCH, Antonio Nicolás - 26.11.2010

[] 69

Es ya un principio sentado por la jurisprudencia que la culpa civil y la culpa penal no se confunden, pues se aprecian con con criterio distinto, pudiendo afinarse la segunda aunque ee haya establecido la inexistencia de la primera, especialmente cuando se ha probado cono en el presente caso, la existencia del hecho y la relación que tuvo el demandado con el mismo (Conf."Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", 1985-11, pág.744 y 1987-V, pág.244). Más aún, en el campo doctrinario, cabe mencionar el pensamiento de Alfredo Orgaz ("La Culpa", Ed. Lerner, 1970, pág.154) quien compartiendo el criterio adoptado por las Cámaras Civiles en pleno de la Capital Federal plasmado en un conocido fallo del 2 de abril de 1943, niega al sobreseimiento el valor de cosa juzgado con respecto a la acción civil.

BALLESTEROS c/ ROSERO e IZAGUIRRE – 12/4/1993 - Expte. N° 31/93 [STJ Sala A]

[] 70

> [Esta es doctrina explícitamente ratificada en otros fallos, como uno en el que, además, se agrega que ...] “la Suprema Corte de Buenos Aires, en autos "Righetti de S. Clara J. y otra c/IIgner, Arturo F. y otro" - DJBA, 122-173 resolvió que: "si en sede penal de absolvió al demandado, por no haberse probado su responsabilidad penal en un accidente de tránsito, tal circunstancia no impide en sede civil, examinadas las mismas pruebas allí evaluadas y resolviéndose sobre el mismo hecho principal pero con una apreciación de diferente naturaleza, se adopte una decisión distinta referida a la responsabilidad civil de aquel, no existiendo en tal caso transgresión del artículo 1103 del Código Civil".
>
> **MEDINA Félix Lucio y otros c. TUS SRL y Sud América Cía de Seguros S.A. -- 28/8/2000 - Expte. N° 357/99 [STJ Sala A]**

[] 71

(...) La existencia de un daño o perjuicio NO ES UN HECHO NOTORIO, de innecesaria demostración, por más que su etiología o causa generadora provenga

de un ilícito comprobado, por cuanto los campos de las responsabilidades del derecho público (penal) y de las responsabilidades privadas (civil) son autónomas.-

Incluso puede existir responsabilidad penal y no existir responsabilidad civil, como así también el supuesto contrario. Pero lo importante, es que ello debe ser fruto de una adecuada ventilación procesal, presupuesto ineluctable, en orden a una pretensión resolutiva.-

SOCIEDAD COLECTIVA MAROTE HNOS. sobre INCIDENTE DE REVISIÓN en autos: 'HERNANDEZ, Hugo Alberto s/concurso preventivo' expte. nº 10991/96 -- 18/8/1999 - Expte. Nº 305/98 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Relación de causalidad: la causalidad adecuada como juicio de probabilidad.

[] 72

Como se dijera en un caso anterior (exp. 4057/09, r. C. A.), "el sistema de la causalidad adecuada que adopta nuestra legislación no requiere la fatalidad o necesidad en la imputación de las consecuencias del hecho, pero tampoco se satisface con la mera probabilidad o eventualidad de que éste las haya generado. Es decir, no es menester certeza absoluta, sino seria posibilidad que supere el nivel conjetural. Dentro de este orden de ideas se ha señalado: El nexo causal no requiere prueba acabada de la existencia de una causa de orden físico, sino que es ante todo un juicio de probabilidad: el que dadas las circunstancias de modalidad, tiempo y lugar, el efecto dañoso debe atribuirse al hecho ejecutado, según el curso natural y ordinario de las cosas" (Zavala de González, "Resarcimiento de daños- 3- El proceso de daños", p. 179, 2da. ed. act.; exp. 2718/03, r. C. A.). - "Para indagar si existe vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, en abstracto, orientado a determinar si la acción u omisión que se juzga era apta o adecuada, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, para provocar esa consecuencia. Si la respuesta es afirmativa, hay causalidad adecuada" (Pizarro, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa", T. I, p. 97, ed. La Ley 2006)

[CCGP] MONTENEGRO, Claudio Marcelo - 9.6.2011 (voto Dr. Rodríguez)

[] 73

Según expresa Isidoro H. Goldenberg, dicha teoría [de la causalidad adecuada] examina la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos (La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Bs. As. 1984, 32).-

El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente. No hay causalidad del caso singular: si los hechos sólo sucedieran una vez y tuvieran que ser captados en su individualidad no se podría afirmar que entre ellos existe relación de causa a efecto, sino una mera sucesión temporal de fenómenos. La noción de causalidad adecuada supone, pues, necesariamente, pluralidad de casos, ya que de lo contrario no respondería a lo que indica la experiencia (goldenberg, op. cit., 32).-

SC-A1117.10-26.07.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Relación de causalidad: procedimiento de idoneidad o “prognosis póstuma”

[] 74

Para determinar, pues, la causa de un daño, se debe realizar ex post facto, un juicio retrospectivo de probabilidad, es decir, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma, apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.-

Este procedimiento de idoneidad o cálculo de probabilidades, también llamado “prognosis póstuma”, tiene que plantearse en abstracto, es decir, con prescindencia de lo efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre, y no a cómo se han producido realmente las cosas.-

SC-A1117.10-26.07.2011

RESPONSABILIDAD CIVIL – Reparación morigerada del art. 1069 Cód. Civil, segúndo párrafo: inaplicabilidad de la atenuación “de oficio”.

[] 75

En la reforma al articulo 1069 del Código Civil, tuvo activa participación Guillermo Borda, y este jurista en su obra "La Reforma de 1968 al Código Civil", n° 147 y siguientes opina: "El propósito del párrafo agregado es la humanización de la norma, a fin de que la situación patrimonial del deudor permita a los jueces atenuar el monto de la reparación que en estricto derecho tendría que satisfacer. Ello no quiere decir que la indemnización deje de comprender todos los perjuicios, incluso el lucro cesante. Con la palabra podrán se significa, no que los jueces tengan que atenuar el monto de la indemnización, sino que disponen de la flexibilidad necesaria para resolver en justicia. La atenuación de la responsabilidad

puede consistir también en diferir el pago, estableciendo el pago en cuotas periódicas".

Como es dable advertir, lejos está de la ratio legis en cuestión una discrecionalidad oficiosa de los jueces en la morigeración de reparaciones pecuniarias. [En el caso el STJ revoca una sentencia que había disminuido el monto de la condena sin que los demandados solicitaran en sus defensas la aplicación de la facultad del art. 1069 CC]

ARCE DE KENIG María Luisa c/ COOPERADORA ESCUELA nº 192 DE LA MARUJA -- 19/11/2003 - Expte. Nº 537/01 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad civil del denunciante ante supuestos de absolución o sobreseimiento: exclusión en la hipótesis de "causa probable".

[] 76

La denuncia o acusación debe catalogarse como precipitada o imprudente cuando se pone "...en movimiento la jurisdicción penal del Estado, sin haber tenido causa fundada para hacerlo'. Por tanto, la responsabilidad civil del denunciante se excluye cuando ha existido una 'causa probable' para su conducta, es decir 'una convicción razonable fundada en los hechos llegados a conocimiento del acusador, respecto de la culpabilidad de la persona acusada o denunciada" (Matilde Zavala de Gónzalez, "Resarcimiento de Daños - 2c. Daños a las Personas" - págs. 413/414).

Con ello quiere significarse además que "...la absolución o el sobreseimiento del denunciado nada permiten inferir a propósito del dolo o de la culpa del denunciante. Por tanto, si aquél alega su calidad de damnificado por la denuncia, debe acreditar el factor subjetivo de atribución contra el demandado... en función de lo previsto por el art. 1071 Código Civil, no cabe imponer responsabilidad a quien ejerció regularmente un derecho, como el de denunciar, que posibilita la cooperación de los particulares en la represión del delito" (obra citada pág. 416/417).

[CCSR1] BERNARDI - 15.3.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad civil del denunciante ante supuestos de absolución o sobreseimiento: presupuestos

[] 77

La denuncia criminal constituye el ejercicio de un derecho (art. 153 del Código Procesal Penal) y no puede considerarse como acto jurídico en sí mismo ilícito (art. 1071 primer párrafo del Código Civil), por cuanto debe procurarse preservar el interés social en la investigación y represión de los delitos.

Por tratarse de una responsabilidad extracontractual, en primer lugar, vale recordar que los requisitos que requiere la figura del art. 1090 del Código Civil cuya aplicación pretende el apelante, son los siguientes: a) imputación de un delito de acción pública; b) acusación ante autoridad competente; c) falsedad del acto denunciado y d) que el acusador haya actuado con dolo es decir conciencia de que su obrar es ilícito (art. 1072 Código Civil), o con culpa en los términos del art. 1109 Código Civil.

Estos elementos subjetivos que tipifican el obrar, sólo pueden develarse luego de una sentencia penal absolutoria o sobreseimiento del imputado, más ello no habilita por sí solo la procedencia de la acción resarcitoria, pues la ley únicamente la admite cuando la denuncia ha sido dolosa u obedeció a una conducta culpable.

[CCSR1] BERNARDI - 15.3.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad civil del denunciante ante supuestos de absolución o sobreseimiento: prueba de la falsedad de la acusación.

[] 78

La prueba de la falsedad de la acusación y del factor de atribución de responsabilidad en el denunciante que se demanda, debe ser plena y eficiente para que se le pueda imputar responsabilidad civil, toda vez que son subjetivos y no se configuran por la imposibilidad para quien denuncia de haber podido proporcionar elementos de convicción suficientes a juicio del juez penal y que tampoco ellos hayan podido ser reunidos en la instrucción de tal proceso y como consecuencia de falta de prueba derivaran en la absolución o el sobreseimiento definitivo del imputado, porque como en el caso, el hecho delictuoso no haya podido ser acreditado con los elementos reunidos que no brindan probanzas suficientes.

[CCSR1] BERNARDI - 15.3.2010

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad del constructor de la obra: deslinde de la aplicación de los arts. 1113 y 1645 C.C.

[] 79

Estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, por daños que reconocen su causa adecuada en la erección de una obra, como podía ser en supuestos de demolición o reparación de obra. En cualquiera de esas hipótesis, el dueño de la propiedad y el guardián (empresario, subempresario) deben probar el hecho extraño a la cosa dañosa, o sea, el caso fortuito (no inherente al riesgo creado), la culpa exclusiva de la víctima, o el hecho del tercero por quien no deba responder.-

La responsabilidad del empresario como guardián jurídico y del dueño es objetiva y sólo cede ante la prueba de ese hecho extraño a la cosa, por lo cual la aplicación del artículo 1645 del Código Civil, sólo está referida a reclamos por el trabajo o por los materiales, pero no por situaciones que tienen su cobertura en orden al artículo 1113.-

PENAYO, FABIANA ALEJANDRA contra H.E.A. CONSTRUCCIONES S.R.L. Y OTROS sobre DAÑOS Y PERJUICIOS - - 10/2/2006 - Expte. Nº 697/04 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad del empleador por actos de su empleado

[] 80

Ciertamente que no todo hecho de un dependiente vincula la responsabilidad del empleador en ese hecho. Debe haber entre el daño ocasionado y la función encomendada una ligazón funcional, dado que la dependencia per se no relaciona responsablemente en toda ocasión a empleador y empleado, sino solamente en el ámbito de la función.

Por supuesto que no es sencillo determinar cuales son los limites demarcatorios de esa vinculación o, dicho de otra manera, hasta donde llega el limite de adjudicación de responsabilidad al empleador por los actos de su empleado.

Dada la opinabilidad en esta cuestión nos centraremos en lo decidido por nuestra Corte Nacional a partir del leading case Rabanillo, criterio que fue abandonado a partir de 1994, en lo relativo a la caracterización de la oración "con motivo", in re "Furnier c/ Provincia de Buenos Aires, La Ley 1996-C, 557, que someramente se puede resumir así: "Basta que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad del principal, pues es obvio que el accidente no se habría producido de no haberse suministrado al agente de policía el arma en cuestión" (con nota de Jorge Mario Galdos, La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado como principal, por el hecho del policía).

En concreto, la expresión "en ocasión" no tiene el mismo contenido conceptual que le dio la Corte en Rabanillo, sino que ahora parece afirmar que aún tratándose en ocasión, el principal responderá si se trata de una ocasión indispensable, como si la función ha sido una condición necesaria o, si por lo menos ha facilitado extraordinariamente su ejecución.

Resulta ilustrativo integrar a esta motivación lo expresado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci en autos: "Rodríguez, Juan C. c. Villarroel, Américo", S.C. Mendoza, Sala I, marzo 8-995, analizando una plataforma fáctica semejante a la de autos. Decía esta colega juez: "Es un hecho común y de pública notoriedad que en el medio rural se utilicen habitualmente los tractores para traslado de las personas excediéndolos de su uso agrícola, Villarroel no fue excepción a la regla, según

quedó acreditado en declaraciones testimoniales ... Por lo tanto, aún cuando el uso haya sido contrario a las instrucciones verbales emitidas no cesa por ello la responsabilidad, porque el uso fue posible por el acto culposo del propietario de la cosa: haber confiado la tenencia material a un sujeto que no merecía esa confianza ... Al no haber adoptado las medidas concretas que impidieran el uso del tractor corno medio de transporte inadecuado y peligroso por parte de su dependiente, el dueño multiplicó y potenció las posibilidades de dañosidad del vehículo. Es por eso que debe responder, porque el factor de atribución de esa responsabilidad está justamente, en la creación del riesgo potencial".

LÓPEZ Ruben Humberto c/ GONZALEZ Oscar Julián -- 22/4/2003 - Expte. Nº 532/01 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad del empleador por daños que el trabajador sufre a causa de la acción de terceros

[] 81

En fallo dictado en autos "ARRIARAN, Alfredo L. c/ TRANSPORTES JUNIN", que luce en Revista "Trabajo y Seguridad Social", 1987, página 700, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sentó la siguiente doctrina: "No responde la empleadora en los términos del artículo 1113 del Código Civil, por el daño que sufrió el trabajador como consecuencia de la acción dolosa de terceros -asalto del chofer de un camión con lesiones-. Ello porque este precepto sólo atribuye responsabilidad al dueño o guardián de una cosa cuando el daño es producido con la intevanción de esa cosa", como también que: "no pueden enmarcarse dentro de la definición de cosa riegosa a gue se refiere el articulo 1113 del Código Civil, ni la conducción de un camión por gJ trabajador ni el asalto padecido por aquel con la intervención de terceros".

OVERST Mirta Ofelia c/ ECOP Construcciones – 17/11/1993 - Expte. Nº 24/93 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad objetiva del dueño o guardián de la cosa riesgosa

[] 82

Es bien sabido que el artículo 1113, segúndo párrafo, del Código Civil regula la responsabilidad por los daños ocasionados por el “riesgo o vicio” de las cosas sobre una base objetiva, la que recae en cabeza del dueño o guardián de la cosa riesgosa que ocasiona el daño, quien sólo puede eximirse o disminuir su responsabilidad demostrando la culpa de la victima o de un tercero por quien no deba responder. Así, al damnificado le bastará con probar el daño sufrido y el contacto con la cosa de la cual provino para que la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa peligrosa se presuma, y sólo podrá excusarse de ella total o

parcialmente probando la ruptura del nexo adecuado de causalidad por la conducta de la propia víctima (conf. art. 1113 cit.; Llambías, J.J. "Obligaciones", T.IV-A, pág. 598; Borda, G. A. "Obligaciones", T. II, pág. 254, N° 1342; Trigo Represas en Cazeaux y Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T. III, pág. 443; Kemelmajer de Carlucci en "Belluscio-Zannoni", Código Civil comentado, anotado y concordado", T. 5, pág. 461, N° 15; Bustamente Alsina, J., "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 265, N° 860; también doctrina de tallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallos 307:1735; 293:474).

GARCÍA DE GOÑI María Esther contra MACIAS Gustavo Federico y otros -- 10/12/2003 - Expte. Nº 549/02 [STJ Sala A]

[] 83

En estos casos, para que se configure la responsabilidad es necesario: 1)- La intervención activa de una cosa en la producción del resultado; 2)- Que el daño no provenga del riesgo o vicio de la cosa; 3)- Un daño sufrido por el damnificado; 4)- Relación causal adecuada entre el hecho de la cosa y el daño producido; 5)- Culpa en la conducta de los indicados como responsables (dueño o guardián). Esta culpa se presume juris tantum una vez demostrada la concurrencia de los extremos indicados en los cuatro primeros puntos.-

LARREGUI, Néstor Horacio c/DASSETO, Fabián Darío y otros s/Daños y Perjuicios -- 29/9/2004 - Expte. Nº 564/02 [STJ Sala A] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez)

[] 84

Esta es la opinión de Alberto J. Bueres y Elena I. Highton (Código Civil ..., análisis doctrinario y jurisprudencial, Vol. 3 A, pág. 544), al manifestar que probada la intervención activa de la cosa y su conexión causal con el daño, es dable presumir, hasta que se pruebe lo contrario, que el detrimento se ha generado por el riesgo o vicio de la cosa. De tal modo incumbirá al dueño o guardián demostrar lo contrario.-

Se inscribe en análoga dirección Jorge Llambías (Código Civil Anotado ... Tomo II-B, pág. 470 y sgtes.), y nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Young de Aguirre, Beatríz Hebe c/Empresa Líneas Marítimas Argentinas Sociedad Anónima (ELMA) s/Recurso de hecho, sentencia de fecha 4/5/1995.-

ROMERO, Eric Nicolás c/FORTE, Alberto Oscar s/Proceso Sumario (daños y perjuicios) -- 5/10/2001 - Expte. Nº 340/99 [STJ Sala A]

[] 85

La Corte Suprema de Justicia in re José Eduardo Giménez v. Prefectura Naval Argentina (Fallos 310:1449 y siguientes), nos señala (Considerando 6) “que en los casos en que el daño ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, para

que funcione la eximente de responsabilidad del dueño o guardián en virtud de la culpa de un tercero por quien no debe responder, debe tratarse de un tercero que carezca de vínculo con el demandado".-

PENAYO, FABIANA ALEJANDRA contra H.E.A. CONSTRUCCIONES S.R.L. Y OTROS sobre DAÑOS Y PERJUICIOS -- 10/2/2006 - Expte. Nº 697/04 [STJ Sala A]

[] 86

La tendencia probablemente mayoritaria se inclina por considerar a las obligaciones del dueño y guardián como obligaciones independientes, indistintas, o "in solidum", ya que cada uno responde por un título distinto frente al damnificado, quien puede demandar a cualquiera o a ambos conjuntamente por el todo. Pero ello no impide que también cualquiera de ellos pueda eximirse de responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa, tal como lo posibilita el segundo párrafo, primera parte "in fine" del art. 1113 del Código Civil. Que, si ni el dueño ni el guardián pueden demostrar su no culpa, si ambos fueron demandados, ambos deberán responder por el todo, sin perjuicio de la eventual acción de regreso. Pero si alguno pudo demostrar su no culpa debe ser eximido de responsabilidad.-

Que, de este modo, el propietario podrá demostrar que de su parte no hubo culpa si también demuestra que ha transferido la guarda. Dicho de otro modo, no siempre el propietario asumirá la carga de la responsabilidad. Y no lo hará cuando transmita la guarda de la cosa a un tercero ya que en ese caso dejará de tener la obligación por daños que ese objeto pueda ocasionar y será el guardián quien en lo sucesivo tenga a su cargo esa obligación. (conf. Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores: Felix A. Trigo Represas - Rubén H. Compagnucci de Caso, Ed. Hammurabi, Tº 2 b, pág. 403, Nº 2).-

LARREGUI, Néstor Horacio c/DASSETO, Fabián Darío y otros s/Daños y Perjuicios -- 29/9/2004 - Expte. Nº 564/02 [STJ Sala A] (del voto del Dr. Pelizzari, al que adhiere la Dra. Vázquez)

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad objetiva del dueño o guardián de la cosa riesgosa: no hay cosas incapaces de producir daños

[] 87

Se ha dicho ... que "el art. 1113, Cód. Civil, no sólo se aplica cuando intervienen cosas que, por su naturaleza, son de por sí riesgosas o peligrosas, sino también cuando, en razón del uso que se les da, incluso a las que son interes, se potencian sus aptitudes dañinas. Una pared puede no ser factor de riesgo, pero si se la utiliza para rodear una cancha de fútbol, cuyos límites están a un metro de distancia, se la convierte en una cosa susceptible de causar daños" (exptes. 1680/00 y 4224/10, r. C. A., entre otros). "Es posible distinguir, a los fines de la aplicación del art. 1113, dos categorías de cosas: 1.1. las que por su naturaleza son riesgosas o

peligrosas, `es decir cuando su empleo conforme a su estado natural, puede causar generalmente un peligro a terceros´, como ocurre con un camión en circulación; 1.2. las que por su naturaleza no son riesgosas o peligrosas, pero que lo son en razón de su utilización o de la forma en que se relaciona con ellas, en un caso dado, quien resulta dañado (exp. 579/96 R. C. A.). No hay pues, cosas incapaces de producir daños, ya que esto siempre depende del uso que se haga de ellas" (exp. 3897/08, r. C. A.). –

[CCGP] MONTENEGRO, Claudio Marcelo - 9.6.2011 (Del voto del Dr. Rodríguez)

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad refleja de los padres por daños causados por sus hijos (art. 1114 C.C.): causales de eximición

[] 88

Resultando, entonces, que la responsabilidad de los padres reposa en la presunción legal de culpa, siendo la misma "iuris tantum", los padres podrán desvirtuarla acreditando su ausencia de culpa conforme las causales de eximición que contempla el artículo 1116 del C.C.-

Es por ello que para liberarse de responsabilidad, los padres deben probar que han mantenido una "vigilancia activa" sobre sus hijos. Y respecto a ello, si bien la doctrina ha generalizado la definición del concepto en la educación y cuidados impartida a los hijos, la corrección de sus malas inclinaciones, el ofrecimiento de una vida de hogar sin malos ejemplos, el inculcar el respeto al derecho ajeno, la formación de buenos hábitos, etc. (cfme. Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, T. III, pag. 184, citando, entre otros, a Llerena en "Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino") compartimos lo expresado por el Máximo Tribunal bonaerense en el fallo apuntado en cuanto a que no pueden establecerse al efecto fórmulas rígidas, correspondiendo analizar las circunstancias que concurren en cada caso concreto.-

Ahora bien, la doctrina es uniforme al sostener que el criterio de interpretación de las causales de eximisión que se consagran en el artículo 1116, debe ser restrictivo, no bastando con acreditar que se dio una buena educación sino que en ese caso se hizo lo posible por evitar la concreción del daño, y ello es así pues la sola comisión del hecho ilícito hace presumir que la vigilancia no fue suficiente, con lo cual pesa sobre el progenitor que pretende liberarse, la carga de probar que ha sido diligente en su vigilancia y educación (cfme. Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio - Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea 1984, T. 5, pág. 621; Bueres. Higthon, "Código Civil...", Ed. Hammurabi 1999, T. 3-A, pág. 678).-

ALVAREZ, Flavia Lorena y otros contra GIANFORTE, Darío Javier y otros sobre DAÑOS Y PERJUICIOS -- 31/5/2005 - Expte. Nº 693/04 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad refleja de los padres por daños causados por sus hijos (art. 1114 C.C.): principios

[] 89

El artículo 1114 atribuye al padre y a la madre responsabilidad solidaria por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, eximiéndolos el artículo 1116 si prueban la imposibilidad de impedir el hecho dañoso, la que "... no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos".

Así, la responsabilidad estatuida por los artículos 1114 y 1116 del Código Civil es de carácter subjetivo y con sustento en una presunción que los padres pueden desvirtuar acreditando su falta de culpa, (cune. S.C.B.A., 21/04/98, "G., M. E. c. F., LLBA, 1998-1366).

Conforme a las doctrinas más modernas, el fundamento de esta responsabilidad debe buscarse en la patria potestad en sí misma que obliga a los padres, a través de los deberes de educación adecuada y diligente vigilancia,, a impedir que el hijo cause perjuicios frente a él mismo y a terceros (cfme. Bueres-Higthon, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", T. 3a, pág. 637).

Siendo tal el fundamento, cuando el artículo 1116 establece que los padres "no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos", la única formal de eximirse de esa responsabilidad es demostrando que no han incurrido en culpa, sea en la vigilancia o en la educación moral del hijo.

Por tal motivo el máximo tribunal bonaerense ha sostenido que "... la prueba del cumplimiento de los deberes de vigilancia y educación de los progenitores hacia su prole 'integra el supuesto normativo' del artículo 1116 ... La vigilancia activa mencionada en la ley, significa haber cumplido con todos los cuidados requeridos por la edad y la educación de los menores, pero no únicamente la que pueda haberse empleado en una ocasión determinada, como en la especie. Se pretende, en fin, que la disposición del artículo 1116 debe ser considerada en su integridad, esto es, tanto desde el punto de vista del menor, como del progenitor, tomado en consideración sus medios, posibilidades y posición social, de manera que si se demuestra que ha cumplido activamente con su obligación de vigilancia y cuidado -comprensiva de la educación, con el estándar de racionalidad y proporcionalidad del art. 512-, no puede considerárselo responsable civil... tanto el comportamiento del menor como el de sus padres debe apreciarse lin concreto', ..." (SCBA, 18/10/60, Ac. y Sent. 1960-V-235; y más recientemente, en autos: "Enrique de Ríos, Alicia N. y otros c. Di Rocco Ana B. y otros", 05/12/2001, LLBA 2002-643). *[En el caso, el STJ diría luego que la ausencia de habilitación –carnet- para conducir permite, por sí sola, tener por demostrada la culpa "in vigilando" de los padres]*

GARCÍA DE GOÑI María Esther contra MACIAS Gustavo Federico y otros -- 10/12/2003 - Expte. Nº 549/02 [STJ Sala A]

[] 90

La finalidad de la ley no ha sido la necesidad de encontrar un responsable solvente que afronte el resarcimiento del daño causado a la víctima, sino la obligación de los padres de responder por los perjuicios ocasionados al infringir los deberes emergentes de la patria potestad que deben ejercitar.-

ALVAREZ, Flavia Lorena y otros contra GIANFORTE, Darío Javier y otros sobre DAÑOS Y PERJUICIOS -- 31/5/2005 - Expte. Nº 693/04 [STJ Sala A]

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad solidaria de autores, consejeros o cómplices por los daños causados por un delito o cuasidelito

[] 91

(...) En los autos "Meza c/Argente", "la obligación de reparar el perjuicio que pesa sobre el que ejecuta un hecho y ocasiona un daño a otro por su culpa o negligencia, se rige por las disposiciones relativas a los delitos del derecho civil (art. 1109, Cód. Civil), según las cuales los autores, consejeros o cómplices, responden solidariamente por los daños causados por un delito (art. 1081, Cód. Civil)". La reforma introducida por la ley 17.711 reconoció expresamente que la obligación de reparar el daño causado por un cuasidelito pesa solidariamente sobre sus coautores (art. 1109, segundo párrafo, Cód. Civil), lo que importa afirmar que "la totalidad del objeto de ella puede, ... ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores" (art. 699, Cód. Civil), o más claro aún, "el acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos" (art. 705, Cód. Civil), sin perjuicio de que el acreedor también pueda exigir a cada deudor, si lo prefiere, la parte correspondiente (conf. exptes. Nº 839/97, 1021/98 y 3881/08, todos r.C.A.).-

La víctima de un accidente no está obligada a establecer con precisión la mecánica del mismo ni el grado de participación de los implicados, ni a demandar a todos los culpables, pues "la responsabilidad de cada uno de éstos comprende la totalidad del daño causado" (Mosset Iturraspe - Piedecasas, "Código Civil Comentado - Responsabilidad Civil", art. 1109, p. 301) en virtud de la "la solidaridad derivada del hecho" (art. 1109, Cód. Civil).-

[CCGP] SWISS MEDICAL SA C/ARGENTE.- 24.07.2012

RESPONSABILIDAD CIVIL – Responsabilidad solidaria de entidades participantes en un espectáculo según la Ley 23.184

[] 92

[El artículo 33 de la Ley 23.184 de Espectáculos Deportivos reza que: "Las entidades o asociaciones participantes en un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores"]

Como puntualizara el Tribunal Superior de Córdoba, en autos: "Bucheler, Gustavo Eugenio y oiro", sentencia del 3 de septiembre de 1997, *"... corresponde abordar la interpretación que debe acordarse al art. 33 de la Ley 23.184 en relación a la individualización de los responsables civiles, para lo cual utiliza la expresión entidades o asociaciones participantes en un espectáculo deportivo".*

"La expresión participar en su primera acepción de acuerdo al Diccionario Real de la Academia (Espasa-Calpe, Madrid 1992, p. 1089), significa 'tomar parte uno en una cosa'; en la segunda 'recibir uno parte de algo'. En el ámbito de la significación gramatical, podría admitirse que participa en el espectáculo deportivo tanto el organizador (incluido en la primera acepción) cuanto quien recibe un provecho económico originado en el espectáculo (incurso en la segunda)".

"Esta extensión del significado de la expresión debe contrastarse con otros métodos de interpretación, a los efectos de su aceptación o de su rechazo".

"S/ se analiza el debate parlamentario, puede advertirse que los legisladores interpretaron la expresión uniformemente en relación a las instituciones deportivas. Particularmente esclarecedora resulta la opinión del senador De la Rúa, cuando expresa refiriéndose al espectáculo deportivo que la 'reunión de una concurrencia masiva, riesgosa por sus características y por los acontecimientos que vienen ocurriendo, requieren de quienes los organizan que asuman la parte de responsabilidad que les toca".

"El análisis apuntado, debe complementarse con la coordinación entre la expresión entidades y asociaciones participantes con la adecuada caracterización del factor de atribución de responsabilidad objetiva empleado por el art. 33 de la Ley 23. 184 para individualizar a los responsables civiles".

"Si aquél consiste en la actividad riesgosa, el responsable es quien genera el espectáculo deportivo en los estadios de concurrencia pública, porque es el que introduce el peligro. En tal sentido, se ha sostenido en relación a las actividades riesgosas en general que 'se hallan comprometidas todas las personas que, por haber generado la actividad introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tiene, por tanto, un deber de fiscalización, supervisión y control, afín de evitar que ese peligro se actualice en daño', sin que interese que obtenga un provecho económico".

"De tal modo, parece razonable diferenciar a la entidad que interviene en la organización del espectáculo deportivo, que es la que introduce la actividad riesgosa, obteniendo o no un provecho económico de ella, del que obtiene este beneficio sin ninguna intervención en la organización del evento. Ello así porque no genera la actividad, ni tiene consiguientemente el poder-deber de fiscalización, supervisión y control. La responsabilidad civil de quien obtiene provecho pero no interviene en la organización, se rige por el régimen ordinario previsto en el Código Civil y no por el régimen especial previsto por la Ley 23.184".

ARCE DE KENIG María Luisa c/ COMISION COOPERADORA ESCUELA nº 192 DE LA MARUJA -- 19/11/2003 - Expte. Nº 537/01
[STJ Sala A]

DOCTRINA

ENSAYO SOBRE UNA POSIBLE SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SI MISMO

Andrés Olié [1]

"*Hay un alto grado de pereza en ello.*
Es mucho más placentero sentarse
confortablemente en la sombra
frotando pimiento en los ojos de un pobre diablo,
que andar a la luz del día persiguiendo evidencias".[2]

I. Introducción

A fin de orientar y decidir la dirección en que debía dirigir la defensa de una reciente causa, volví a leer la sentencia del Tribunal de Impugnación Penal en el caso que públicamente se conoció como *Moneo Simón*, fallado con fecha 15 de enero de 2009.[3]

Pasada la grata sensación que siempre genera la lectura de fallos locales, que claramente señalan la buena doctrina en materia de derechos y garantías constitucionales en el proceso penal, también advertí en esta ocasión las dificultades con que me encontraba para descubrir si el caso cuya defensa debía ahora procurar, quedaba o no abarcado por la doctrina del fallo. Este es un trabajo que frecuentemente debemos encarar los operadores judiciales, que nos obliga a cierto ejercicio oracular para determinar si el caso –el nuestro, el que ahora nos ocupa, el que tiene a una persona privada de su libertad- será o no fallado como aquel cuyo precedente examinamos.

Lo cierto es que, en general, la materia relativa a los derechos y garantías constitucionales en el proceso penal ha tenido un desarrollo más o menos vasto en el plano jurisprudencial, mientras que la doctrina ha limitado su tarea a la glosa de los principales fallo, sin extraer de ellos un

---

[1] Abogado, Defensor Oficial de la Provincia de La Pampa.

[2] Frase de autor anónimo en TEDESCO, Ignacio F., en su artículo "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico comparado", en HENDLER, Edmundo S. (Comp), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Editores Del Puerto S.R.L. 2004.

[3] TIP de la Provincia de La Pampa, "ROLDAN PEREYRA, Miguel Ángel y PAULINO, Oscar Ceferino s/recurso de impugnación", 15/01/09, Expte. Nº 04/08.

desarrollo metódico, ordenado y sistemático que nos permita, conceptualmente, saber de qué hablamos cuando nos referimos, por ejemplo, al derecho a no declarar contra sí mismo.

Obligadamente nos dirigimos a la jurisprudencia y la casuística es la que nos señala que, por ejemplo, no puede convalidarse una confesión obtenida mediante el uso de la fuerza, sea ésta física o moral; o cuando al imputado no se le hizo saber que tiene derecho a guardar silencio; o cuando aquél no mantuvo la entrevista previa con su abogado; etc. Son esos mismos precedentes los que nos dicen que todo ello es una derivación de la cláusula contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y también de los Tratados de Derechos Humanos, aunque sin mucho beneficio en este caso, puesto que prácticamente se reproducen los términos en las diversas normas. Sin embargo, no hay, insistimos, un desarrollo teórico, completo y analítico sobre cómo la expresión "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" es la razón del dictado de estos pronunciamientos.

II. El fallo del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa

La entrevista previa del imputado con su defensor o incluso la presencia de éste en la indagatoria de la cual surge una confesión, ¿posee relación con el mandato de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra?

Recordemos brevemente el fallo al que venimos aludiendo y que nos ha servido de disparador en lo que importa a los efectos de este ensayo. Entre los primeros actos de la instrucción se llevó a cabo un procedimiento judicial desarrollado en el predio rural donde, se sospechaba, habían acontecido los hechos, con la presencia de la autoridad policial, del Juez y de uno de los imputados en la causa-, quien había sido detenido el día anterior en oportunidad del allanamiento de su domicilio. En estas circunstancias el imputado señaló el lugar preciso en el cual se encontraba sepultada la víctima.

Según relata la sentencia, el imputado se hallaba con muestras evidentes de haber sido golpeado (él las atribuyó a violencia física sufrida en la dependencia policial); no se le brindó asesoramiento legal en la actuación que narramos, ni se le advirtió la posibilidad de entrevistarse con un abogado, aunque sí se le informó su derecho a guardar silencio.

En estas condiciones, las defensas de los imputados solicitaron durante el juicio oral la nulidad de esta actuación por violación de la garantía constitucional de defensa en juicio y de la presunción de

inocencia, por cuanto mediante coerción física se habría obligado a Roldan Pereyra a confesar el lugar en el cual habían enterrado a Moneo Simón. Además, no se le proporcionó asistencia legal previa a que se le recibiera declaración indagatoria, siendo tal carácter el que corresponde atribuir a la indicación efectuada por el imputado.

El tribunal de juicio rechazó este planteo y condenó a ambos imputados a la pena de prisión perpetua, sosteniendo que

> "... la presencia del Juez convocada para que Roldán Pereyra indicara el lugar donde se encontraba la persona fallecida, no implica recepción de declaración indagatoria; en su caso, la asistencia técnica no resultaba necesaria con las exigencias que la ley prevé en estos casos. Asimismo, ese acto que se circunscribe a indicar un determinado sitio carece por parte del imputado, de autoincriminación..."

Llevado el caso a conocimiento del Tribunal de Impugnación Penal, con el voto de la Dra. Fantini, al cual adhirió el Dr. Balaguer, se hizo lugar al recurso, disponiendo la absolución de este coimputado. Entre los muchos aciertos del pronunciamiento, enumero los siguientes:

a) se dejó en claro que el mismo ya estaba señalado como sospechoso del hecho investigado (se le allanó la casa, se lo detuvo, se lo presentó frente al Juez), lo cual lo colocaba en clara situación de imputado;

b) se descartó la pretendida diferencia entre una declaración indagatoria y un "simple dato", apartándose de la mala doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Cabral*[4];

c) se declaró la nulidad del acto llevado a cabo en las condiciones descriptas;

d) se negó la posibilidad de que tal nulidad haya sido saneada por intervenciones posteriores del propio imputado en el proceso;

e) se aplicó la regla de exclusión probatoria;

f) en cambio, no se hizo extensiva la aplicación de la regla frente a terceros también sometidos al proceso, apartándose de la buena doctrina de la Corte Suprema en *Rayford*[5];

En lo que aquí nos interesa, el fallo resolvió que se había lesionado el derecho del imputado a contar con un abogado defensor durante el curso de su comparendo ante el Juez, "... en lo que fue una verdadera declaración

[4] CSJN, Fallos, La Ley, 1993-B-257.

[5] CSJN, Fallos 308:733

indagatoria, en la que, sin asistencia técnica y con signos en su cuerpo de haber sido golpeado, en estado de privación de libertad ambulatoria, indicara un dato de alto contenido incriminatorio para sus intereses...". Los jueces entendieron con ello que se violó el derecho a la defensa en juicio y al debido proceso legal, citando en su apoyo el fallo *Rojas Molina* al referir que "... resulta una obligación hacerle conocer al imputado su derecho a nombrar o a tener abogado defensor desde la primera intervención del mismo en el juicio criminal y antes de la declaración indagatoria...". [6]

Adviértase que el fallo de la Corte citado no exige la concreta y real intervención del abogado defensor como requisito previo a la declaración indagatoria, sino tan sólo la mención al imputado de su derecho de nombrar abogado defensor, lo cual le daría al derecho en análisis un alcance ciertamente limitado.

Esta situación invita a preguntarnos: ¿se cumple con la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo, con la sola indicación en el acta policial de que se le informó al imputado su derecho a nombrar defensor? O dicho de otra manera: si en el acta se hubiera hecho constar el derecho a contar con abogado defensor y, también, como suele ser de estilo en las actas policiales, que "lo designará cuando lo estime necesario", ¿el Tribunal de Impugnación Penal hubiera convalidado la actuación?

La intervención del abogado defensor, con anterioridad al acto de la indagatoria, ¿es tan sólo un derecho legal que surge de la norma contenida en los artículos 99 (artículo 81 del Código Procesal Penal vigente al momento del fallo), 231 *in fine* y 267 del Código Procesal Penal –al que en adelante nombraré mediante las siglas C.P.P.-, o es un derecho constitucional del imputado?

Vamos a responder estas preguntas diciendo que toda persona imputada por un delito, a quien se le va a recibir declaración indagatoria, debe contar previamente con la asistencia de un abogado defensor y, consecuentemente, una confesión realizada sin esa participación viola el principio constitucional que prohíbe ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8.2.g y 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Para explicar nuestras razones debemos seguir la sistematización que proponemos a continuación.

---

[6] CSJN, Fallos 189:34

III. El derecho a no declarar contra sí mismo o cuándo una confesión puede considerarse voluntaria

La formulación de este derecho posee indudable jerarquía constitucional.

El artículo 18 de la Constitución Nacional dispone que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", regla confirmada por los artículos 8.2 g y 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también hacen alusión al "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"; a que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza y no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

La doctrina ha glosado las normas mencionadas, reconociendo en ellas la existencia de un estándar que, a simple vista, parece sencillo, consistente en el carácter voluntario que debe poseer la declaración.

> "Cabe esperar que la persona a quien se persigue penalmente sea una de aquellas que más conoce el acontecimiento que se investiga, objeto del procedimiento. El procedimiento penal, se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Por lo demás, si la imputación es cierta, al menos parcialmente, él es el mejor medio de información con que se cuenta, y, si es errónea, nadie mejor que él para desbaratarla. Y, sin embargo, no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción. Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"[7].

Jauchen refiere que el imputado aportará material probatorio a su favor o en su contra "sólo voluntariamente, tomando la decisión libremente, sin coacción de ninguna naturaleza"[8]. Abel Fleming y Pablo López Viñals sostienen que la colaboración del imputado únicamente puede obtenerse a partir de una "actitud estrictamente voluntaria", y más adelante la califica como "espontánea" [9].

Por su parte, la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución Nacional, ha tenido también múltiples ocasiones de

---

[7] MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Del Puerto S.R.L., (2004), p. 664-65.

[8] JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, (2005), p. 402.

[9] FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Garantías del Imputado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores (2007), p. 321.

pronunciarse sobre este tópico[10], poniendo especial énfasis sobre el carácter voluntario de la declaración.

Podemos decir, entonces, que existe un acuerdo generalizado respecto de la existencia de una regla constitucional, que podría enunciarse sosteniendo que la Constitución Nacional, sólo admite la autoincriminación, cuando ello surge como un acto voluntario del imputado[11].

Y precisamente aquí centramos nuestro análisis. No nos ocuparemos de las condiciones formales del acto, sino de aquellas internas, propias del sujeto, que deben exigirse para considerar voluntaria su declaración, en el contexto -huelga decirlo- de máxima violencia estatal que caracteriza al procedimiento penal.

Cuándo una confesión es constitucionalmente admisible podrá contestarse de modo sencillo diciendo que lo será cuando haya sido prestada voluntariamente. Pero, ¿cuándo es posible considerar que una declaración que puede constituir una confesión -no es factible conocerlo con antelación-, es voluntaria?

Esta última pregunta ya no es fácil de contestar.

Para definir "la voluntad" podría recurrirse a la semántica, la filosofía, la psicología, etc., pero también el derecho puede constituir un buen punto de apoyo en esta materia, particularmente el derecho civil, que se ha encargado de efectuar una precisa y detallada reglamentación de los requisitos internos que debe reunir un acto jurídico para que pueda ser considerado voluntario.

En términos generales puede señalarse, siguiendo la norma contenida en el artículo 897, 2º parte, del Código Civil, que los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, mientras que la falta de cualquiera de ellos significa la involuntariedad del acto humano[12].

Esquemáticamente, discernimiento, intención y libertad son los aspectos positivos del hecho voluntario, mientras que -en paralelo- pueden

---

[10] En lo sucesivo se van citando los fallos respectivos.

[11] Formulamos la regla sin aditamentos ni adjetivaciones porque, como luego explicamos, precisamente del carácter voluntario que enunciamos, surgirán las restantes características.

[12] Este análisis sistemático que vamos a intentar, no se vería alterado por la sanción del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, cuyo tratamiento legislativo recientemente ha impulsado el Poder Ejecutivo. El artículo 260 del Anteproyecto, cuando se refiere al acto lícito voluntario, lo define como aquel ejecutado con discernimiento, intención y libertad, las mismas características que actualmente señala el artículo 897 del Código Civil.

advertirse las causas negativas u obstativas de cada uno de estos requisitos: la menor edad, los actos practicados por dementes y aquellos realizados en estados de inconsciencia obstan al discernimiento; el error y el dolo descartan la intención, mientras que la coacción física y moral tiene igual efecto sobre la libertad.

IV. El discernimiento

Se entiende por discernimiento "... la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente... la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias"[13]. Prácticamente en idénticos términos lo define Llambías[14].

El artículo 921 del Código Civil dispone cuáles son los actos que deben entenderse realizados sin discernimiento, abarcando aquellos practicados por menores impúberes, por dementes que no hayan actuado en intervalos lúcidos y los realizados por personas en estado de inconsciencia accidental y transitoria.

IV. 1. Falta de discernimiento por tratarse de un menor edad

"El hombre, hasta haber cumplido cierta edad, variable en función de factores étnicos, geográficos y culturales, no adquiere una suficiente madurez intelectual que lo habilite para el conocimiento general de las cosas y para apreciar el alcance de sus acciones" [15].

Nuestro derecho civil determina la incapacidad absoluta de los menores de 14 años para obrar (artículo 127 y 54 inciso 2) del Código Civil), de modo que sus actos no podrán reputarse voluntarios por falta de discernimiento. La ley presume que su menor edad no le permite conocer los alcances y obligaciones que pueden nacer de sus actos, de modo que le resta una de las condiciones necesarias para su realización.

---

[13] BELLUSCIO, Augusto (Director), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado Anotado y Conc., T. 4*, Buenos Aires, Ed. Astrea de A. y R. DePalma, (2005), p. 21.

[14] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil-Parte General, T. II*, Buenos Aires, Ed. Perrot, (1967), p. 226.

[15] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil-Parte General, T. II,* Buenos Aires, Ed. Perrot, (1967), p. 227.

Veamos qué implicancias podrían tener estos conceptos en el marco de un proceso penal, en el cual deba valorarse la confesión prestada por un menor de edad.

La Ley N° 1270 de la Provincia de La Pampa, que establece el Régimen de Protección de la Minoridad, al determinar las reglas del procedimiento penal, dispone en su artículo 27 que se interrogará al menor sobre las circunstancias del hecho imputado, de lo cual -razonablemente- podría entonces sobrevenir una declaración autoincriminante.

Por su parte, el artículo 40 inciso b), apartado iv) sostiene que el niño "... no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable...", lo cual nos coloca en la misma situación que ya describe el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Esto nos pone ante la necesidad de evaluar si tal acontecimiento sería compatible con el alcance que pretendemos darle al derecho constitucional de no declarar contra uno mismo. Dicho de otro modo, ¿puede considerarse voluntaria la confesión realizada por un menor de 12, 14 o 17 años?

Tal como ya vimos, la ley N° 1270 no contiene norma alguna que limite la edad en que puede realizarse una confesión, mientras que si fijamos el estándar conforme las reglas del Código Civil, tratándose la declaración judicial de un acto lícito, sólo se podrá considerar voluntaria -practicada con discernimiento- aquella efectuada por un menor que haya cumplido los 14 años de edad.

Sin embargo, constitucionalmente, este límite hay que fijarlo incluso por encima de esta medida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva N° OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002[16], tuvo ocasión de expedirse sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana[17].

---

[16] Recientemente citada en los fundamentos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en CSJN, Fallos: F.A.L. s/medida autosatisfactiva, del 13/03/12 (F 259 XLVI REX) sobre punibilidad del aborto en caso de violación.

[17] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que los Informes y las Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de orientación valorativa que los Estados miembros deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (CSJN, Fallos 321:3555, entre otros).

Allí tuvo ocasión de referirse a la validez de confesiones realizadas por niños en el trámite de un proceso penal, sosteniendo al momento de analizar la garantía contenida en el artículo 8.2 g del Pacto que:

> 130. Además, debe tomarse en cuenta que **el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración** en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos. 131. Todo lo anterior sería aplicable a un procedimiento en el que el menor participe y esté llamado a emitir declaraciones. Por lo que toca a procesos propiamente penales – "en sede penal" señala la solicitud de Opinión - **hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión".** (El resaltado me pertenece.) [18]

Expresamente aquí la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace hincapié en la significación que posee la menor edad, en orden a la comprensión de las consecuencias que puede tener una declaración incriminatoria, aspecto que se vincula estrictamente con el discernimiento.

Repasando entonces lo que hasta aquí venimos diciendo, se puede sostener:

a) que la declaración -que puede constituir una confesión- debe ser voluntaria;

b) que para ello debe ser brindada, entre otras condiciones, con discernimiento;

c) que la ley procesal que rige el trámite de los procesos penales contra menores no contiene norma alguna que, atendiendo a la edad del menor, limite la posibilidad de brindar una confesión;

d) que según la ley civil argentina sólo los mayores de 14 años poseen discernimiento para el otorgamiento de actos lícitos;

e) que, conforme la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los menores de 18 años no pueden prestar una confesión en el marco de un proceso penal;

Este *iter* que brevemente transitamos nos permite concluir que solo será constitucionalmente admisible una declaración autoincriminante en

[18] Recordemos que conforme la normativa internacional lo son aquellos que no hayan cumplido los 18 años de edad.

proceso penal que haya sido prestada por quien haya cumplido los 18 años de edad.

Sólo en esas condiciones puede considerarse que ha cumplido con el requisito constitucional de ser voluntaria.

IV.2. Falta de discernimiento por demencia

Más allá de la discusión que se plantea en la doctrina civilista acerca de si la demencia debe haber sido reconocida en juicio o no hace falta tal requisito; sí existe coincidencia en que la alienación debe remitirse al concepto dado por el artículo 141 del Código Civil, cuando alude a la imposibilidad de dirigir su persona o administrar sus bienes.

Otro de los tópicos que debe analizarse es el de una confesión prestada por un demente -con o sin declaración-, ya que tampoco en este caso habría discernimiento ni, consecuentemente, acto voluntario.

A nuestro entender, el caso aparece razonablemente regulado en el artículo 81 del C.P.P., cuando alude al supuesto de incapacidad sobreviniente, determinando la suspensión de la causa y el impedimento de recibirle declaración al imputado.

En este punto, el C.P.P. reglamenta, muy razonablemente, el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, impidiendo que se le reciba declaración a quien se encuentra temporalmente afectado de una incapacidad mental. En este caso, una declaración autoincriminante no podría considerarse voluntaria, por cuanto el discernimiento se encontraría viciado.

IV.3. La falta de discernimiento por inconsciencia accidental y transitoria

Belluscio reporta que "los estados transitorios de inconsciencia o de perturbación de la actividad del espíritu no tienen como consecuencia la incapacidad, pero se produce la nulidad de la declaración de inconsciente o perturbado"[19]. Esto se ejemplifica incluyendo los casos de hipnotismo, sonambulismo, embriaguez, drogadicción, pánico, crisis momentáneas de

[19] BELLUSCIO, Augusto, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado Anotado y Concordado, (D.) T. 4,* Buenos Aires, Ed. Astrea de A. y R. DePalma, (2005), p. 149.

origen patológico, intoxicación por medicamentos, lipotimias, mareos intensos, etc.

Creemos que en este caso también se aplican las apreciaciones efectuadas al momento de referirnos a la confesión de un demente. A ello puede agregarse también la muy adecuada regla contenida en el artículo 236 *in fine* del C.P.P. cuando se alude a la posibilidad de suspender la declaración indagatoria cuando se notaren signos de "fatiga o falta de serenidad" en el imputado, hasta tanto ellos desaparezcan.

Tanto los supuestos referidos más arriba, como la referencia normativa que da el Código de rito en la materia, nos señalan con claridad que también aquí una declaración autoincriminante brindada en ese estado o condición, no podría considerarse voluntaria y, consecuentemente, devendría inconstitucional.

V. La intención

Llegamos ahora al núcleo central de la labor encarada, que va a permitir contestar el interrogante que hicimos al principio del ensayo, cuando nos preguntamos si la entrevista previa del imputado con su defensor o, incluso, la presencia de éste en la indagatoria judicial de la cual surge una confesión, posee relación con el mandato constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

Explican los autores en materia civil que la intención es el discernimiento aplicado a un acto particular. Los actos se realizan con intención cuando corresponden al propósito del sujeto; la intención, en realidad, es la proyección del discernimiento. Sostiene Aguiar que "el discernimiento y la intención son dos estados de presentación sucesiva, de ahí que la ausencia de discernimiento excluya la mera posibilidad de intención y la presencia de ésta presuponga el discernimiento, por que la intención no es más que una aplicación específica de la aptitud de discernir"[20].

Las causales que obstan a la intención son la ignorancia o el error y el dolo.

[20] AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, en BELLUSCIO, Augusto, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado Anotado y Concordado-Director-. T. 4*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005), p. 24.

V.1. Falta de intención por vicio de error

Explica Llambías que el error o ignorancia se produce por una contingencia no imputable a persona alguna y determina un desencuentro o discordancia entre el fin o propósito del acto y el resultado del mismo[21].

Es prácticamente unánime la doctrina al explicar la idéntica apreciación jurídica que cabe hacer de ambos supuestos ya que, precisamente, la percepción exacta de una cosa puede faltar, ya sea porque no tengamos ninguna idea sobre ello (ignorancia) o bien porque la idea que se tiene es falsa (error).

El error destruye por entero la intención como componente de la voluntad, pues impide la formación misma del acto y puede recaer sobre la naturaleza de éste (924 C.C.), su causa (926 C.C.), su objeto (927 C.C.) o las personas que intervienen en él (925 C.C.).

Sostiene Brebbia, y resulta relevante para nuestro análisis, la importancia de distinguir entre el error en la declaración y el error que determina la voluntad, en cuyo caso "el error se configura al formase la voluntad del agente, perturbando el *iter voluntatis*, en virtud de producir una inexacta representación de la realidad". En este caso el error "obra como móvil determinante de la acción que realiza" [22].

Esto tampoco resulta desmentido por el principio cardinal que rige en Derecho Civil respecto a que la ignorancia de la ley no excusa[23], por cuanto "este principio no excluye que el error de derecho sea relevante cuando obra como *coeficiente de determinación de la voluntad del sujeto...*"[24]. Señala Brebbia que, en este mismo sentido, se pronuncian Spota, Busso y López Olaciregui.

De aquí, pues, que la regla del artículo 20 del Código Civil no puede ni debe constituirse en óbice para estructurar una teoría del error de derecho que, respetando el principio, establezca en qué casos el error de derecho que vicia la voluntad puede ser relevante.

Estos conceptos relativos al error como causal obstativa de la intención y, consiguientemente, de la voluntad, son de utilidad para

---

[21] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Perrot, (1967), p. 234.

[22] BREBBIA, Roberto, *Hehos y Actos Jurídicos, Tomo I*, Ed. Astrea, (1979), p. 290.

[23] Artículo 20 del Código Civil.

[24] BREBBIA, Roberto, *Hehos y Actos Jurídicos, Tomo I*, Ed. Astrea, (1979), p. 311.

determinar las condiciones de validez, a fin de obtener una confesión en el proceso penal.

Al momento de decidir su declaración -si se prestará o no al acto y, eventualmente su contenido-, el imputado debe contar con toda la información que le permita conocer, entre otros aspectos relevantes: el carácter de las personas que intervienen, el objeto de su comparendo, la naturaleza del acto y, fundamentalmente, las consecuencias jurídicas de su declaración.

El imputado debe saber no sólo que puede declarar o abstenerse de hacerlo -sin que ello implique una presunción en su contra- sino, mucho más importante aún, cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivarán de una determinada declaración o, incluso, de su confesión. Este conocimiento termina desterrando ideas muy comunes que suelen estar en el imaginario popular, acerca de que la colaboración y eventual confesión que haga un imputado podría mejorar su situación en el proceso, lo cual sólo es cierto en muy excepcionales circunstancias y delitos particularísimos[25].

Sólo este adecuado y completo conocimiento, con el que debe contar el imputado al momento de hacer su declaración, descartará el error como vicio de la voluntad.

Estas condiciones han sido razonablemente reglamentadas por el ordenamiento procesal penal de nuestra provincia:

a) posibilidad de que el acusado sea defendido por abogado de la matrícula o defensor oficial (Art. 96);

b) la designación se efectúa en cualquier momento pero siempre antes de recibírsele declaración indagatoria (Art.s 99 *in fine* y 267);

c) el defensor debe estar previamente notificado de la declaración del imputado (Art. 231);

d) asistencia del defensor en la declaración (Art. 232);

e) entrevista previa del imputado con su defensor (Art. 267);

f) se le hace conocer al imputado el hecho que se le atribuye, sin que ello pueda ser suplido por formulas genéricas, y las pruebas que obran en su contra (Art. 235);

g) se le hace saber al imputado que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique presunción de culpabilidad (Art. 235).

[25] Por caso, la situación del arrepentido en el marco de la Ley 23.737.

El cumplimiento de estas reglas resulta fundamental, precisamente para que el imputado cuente con toda la información necesaria, se pueda descartar la posibilidad de error en su declaración y podamos, entonces, tener por voluntaria una eventual confesión.

Pero creemos que existe una regla en particular que, por su importancia, tiene carácter fundante, en cuanto afirma y garantiza el cumplimiento de todas las demás. Se trata de la concerniente a la actividad del defensor con anterioridad a la declaración indagatoria y, eventualmente, su presencia en el acto. Esto permitirá asegurar no sólo la legalidad del cumplimiento de las mandas procesales, sino, mucho más importante aún, que el imputado ha tenido adecuado y acabado conocimiento de todas las circunstancias relevantes y, fundamentalmente, de las consecuencias jurídicas de una eventual confesión.

Sólo la intervención del abogado defensor en estas condiciones excluye el error en el que podría incurrir el imputado, en un campo -el proceso penal- que naturalmente le es desconocido, y garantiza que su decisión y el sentido de su declaración no se encuentran afectados por el vicio de error.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de expresarse al respecto, pero con un alcance que estimamos incompleto, ya que se limitó a establecer el deber de informar al imputado, en su primera intervención en el proceso, que tiene derecho a nombrar un abogado defensor. Así se expresó en *Rojas Molina*, sosteniendo que "... desde la primera intervención de todo acusado en un juicio el Juez debe hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor; si la defensa por el mismo acusado obstara a la buena tramitación de la causa el Juez debe nombrarle defensor letrado y si no lo hace se le nombrará de oficio..." [26].

Desde nuestra óptica el estándar transcripto es insuficiente. Si luego de hacérsele saber que tiene derecho a designar abogado defensor el imputado no lo hace y decide efectuar una declaración autoincriminante, no podrá garantizarse que ésta haya sido voluntaria.

Afirma Maier que

> desde el punto de vista práctico, la exigencia decisiva para asegurar que el acto de la declaración del imputado se lleva a cabo según las condiciones estudiadas, reside en la presencia del defensor y en la posibilidad de que él pueda conferenciar previamente con su defendido, al menos antes de la declaración sobre el hecho[27].

---

[26] CSJN, Fallos: 189:34.

[27] MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto S.R.L., (2005), p. 669.

Por su parte, Ignacio F. Tedesco sostiene que tanto en el *common law* como en el derecho continental, el progresivo reconocimiento del derecho a no declarar contra sí mismo, si bien tuvo procesos y desarrollos diferentes, se fue delineando sobre el también paulatino reconocimiento de la figura del defensor. Este autor afirma que la característica principal del abogado defensor consistió en haberle permitido controlar el proceso penal y esto le dio al acusado la posibilidad de mantenerse en silencio y, por consiguiente, de no confesar de manera forzada. Dice este autor que "fue la captura del proceso penal por parte de los abogados, tanto de la defensa como de la acusación, la que le permitió al acusado declinar ser testigo en contra de sí mismo, y que, en consecuencia, se afianzara un procedimiento adversarial"[28].

Bajo las normas que rigen el proceso penal en la Provincia de La Pampa, si se recibiera declaración al imputado -tanto en sede judicial como policial- sin que previamente se haya entrevistado con su defensor y, eventualmente, sin la presencia de éste en el acto mismo de la declaración, no sólo se estarían vulnerando las normas procesales contenidas en los artículos 96, 99, 232 y 267 del C.P.P., sino también normas constitucionales.

En efecto, si de tal acto resultara una declaración autoincriminante, ella no será constitucionalmente admisible, por cuanto no podrá postularse su plena voluntariedad. El imputado -que no sea abogado y haya optado por autodefenderse- muy posiblemente habría actuado en ignorancia o error sobre circunstancias relevantes que le son desconocidas, y sólo la actividad de su abogado defensor, ejerciéndola en un estricto marco profesional, podría descartar aquellos vicios del consentimiento.

Un problema que se visualiza inmediatamente es la vinculación que podría existir entre la incomunicación a la que puede ser sometido el imputado detenido y el derecho que analizamos. El Juez puede fijar la incomunicación del imputado, ¿pero esto impide que se comunique con el abogado defensor?

Esta ha sido la práctica habitual en los procesos de cuño inquisitivo, que han tenido por tradición, precisamente, lograr la confesión del imputado, articulando este medio a fin de que éste no pueda seguir el probable consejo de su defensor a guardar silencio o, al menos, no confesar el hecho[29].

---

[28] TEDESCO, Ignacio F., ob. cit., p. 49-50.

[29] Esta apreciación efectúa CAFFERATA NORES, José I., *El Imputado: Estudios*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba (1982).

El silencio de nuestro C.P.P. vigente hasta marzo de 2010, cuando autorizaba la incomunicación[30], dio pie a decisiones judiciales que entendían que el abogado defensor estaba comprendido en la incomunicación. Esta situación fue corregida muy adecuadamente por el actual Código de rito en la redacción del artículo 262, dejando perfectamente en claro que la incomunicación "no impedirá que el imputado se comunique privadamente con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal"[31].

Otro asunto que debemos, al menos, mencionar liminarmente es el referido a las confesiones realizadas en el ámbito policial[32].

El análisis pormenorizado de este tópico justificaría abordar un trabajo nuevo y distinto del que aquí nos ocupa. Sin embargo, desde la labor que ahora estamos intentando, orientada a escrutar la exigencia constitucional de validez de una declaración autoincriminante -su voluntariedad, tal como quedó expresada-, limitando nuestro análisis a las condiciones internas que debe reunir la declaración -discernimiento, intención y libertad-, no se advierte de qué manera podría justificarse la fijación de dos estándares distintos, según se trate de declaraciones en el ámbito judicial o policial.

Aquello que la Constitución Nacional exige cuando alude a que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", vale para cualquier ámbito de que se trate. Las condiciones internas en las que se manifiesta su voluntad expresada en una confesión no pueden ser distintas, más allá de que, cuando una declaración se realice en el contexto de una detención policial, se ponga mayor énfasis en la demostración de las condiciones en las que fue prestada.

En nuestra opinión, esto implica que una confesión policial -sea cual fuere su denominación procesal- sólo será válida si se han cumplido las reglas que señalamos, tendientes a descartar cualquier error en el que pudiera incurrir el imputado y, fundamentalmente, si se le ha brindado al procesado la posibilidad de designar un abogado defensor, entrevistarse con él previamente y que se le permita al defensor participar del interrogatorio.

---

[30] Artículo 184 del Código Procesal Penal, Ley 332 de la Provincia de La Pampa.

[31] También muy adecuadamente se hace en la norma hincapié en el derecho de que el imputado se comunique con su defensor **siempre antes de cualquier intervención suya en el proceso.**

[32] Paradigmáticamente denominadas *espontáneas,* autorizadas actualmente en el artículo 284 del Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa.

En *Francomano* la Corte sostuvo como *obiter dictum*, al momento de ejemplificar en qué caso una declaración tomada por funcionarios policiales puede ser considerada válida para asegurar la plena espontaneidad, que ello ocurriría "... cuando el abogado defensor del acusado ha estado presente en el interrogatorio policial o, en su defecto, cuando el Ministerio Público pueda acreditar sin lugar a dudas que el procesado renunció libremente a su derecho a contar con un letrado..." [33].

V.2. Falta de intención por existencia de dolo

El dolo es el "engaño utilizado para determinar a realizar un acto sin intención"[34]. Se trata de inducir a error a alguien para conseguir la ejecución de un acto, y puede consistir tanto en acciones como en ocultaciones u omisiones.

Según el artículo 931 del Código Civil, el dolo "... es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin". Lo característico en el dolo es el engaño que se emplea para hacer decidir a alguien la realización de un acto jurídico.

También en este caso aparecen en el Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa varias normas que claramente van orientadas en el sentido de hacer operativa esta regla. Nos referimos al artículo 233 cuando alude a que en la declaración indagatoria del imputado no se podrá utilizar "... medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión".

En el mismo sentido, el artículo 236 del ordenamiento ritual provincial dispone que las preguntas se le formularán "... en forma clara y precisa; nunca capciosa o sugestiva".

Casos que constituirían claramente el supuesto en análisis son referidos por Roxin, concluyendo la inadmisibilidad de estos procedimientos por violar la garantía contra la autoincriminación. El primer caso es el procedimiento utilizado por la policía alemana, consistente en contactar a una persona del círculo cercano del imputado, quien se comunica telefónicamente con el sospechoso y lo induce a autoincriminarse en el hecho, mientras la policía escucha desde otro

---

[33] CSJN, Fallos: 310:2384.

[34] BELLUSCIO, Augusto, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado Anotado y Concordado, (D.) Tomo 4*, Buenos Aires, Ed. Astrea de A. y R. DePalma, (2005), p. 215.

auricular la conversación. Otro hecho descripto por el autor alemán, de un caso llegado a los tribunales, es el de una mujer que cumplía una pena privativa de libertad y que afirmaba frente a otras reclusas sin condena poseer fuerzas sobrenaturales que le permitían influir favorablemente en su proceso, para lo cual necesitaba una exposición por escrito del verdadero desarrollo de los hechos imputados. Estas declaraciones luego fueron entregadas a la policía, con quien la *adivina* colaboraba hacía un tiempo a cambio de ventajas y beneficios[35].

Claramente en estos casos, la declaración autoincriminante no fue voluntaria, por cuanto la intención fue viciada por dolo.

VI. La libertad

El último elemento, cuya presencia permitirá afirmar la voluntariedad de un acto jurídico, es la libertad, que puede definirse como la facultad de elección del sujeto entre varias opciones. Las causas que obstan a la libertad, y resultan de interés para nuestro trabajo, son la intimidación y violencia material.

VI.1. Coacción física o fuerza

El artículo 936 del Código Civil determina que "habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible". Se trata del supuesto en que se emplea una fuerza material sobre el individuo, de tal modo que queda reducido a un instrumento pasivo de la voluntad ajena.

En lo que hace al objeto de nuestro trabajo, la Corte ha tenido múltiples oportunidades para invalidar confesiones policiales obtenidas mediante apremios.

En *Montenegro* la Corte anuló la condena impuesta, ordenando que se dicte un nuevo pronunciamiento que prescindiera de tomar como elemento de cargo la confesión obtenida mediante apremios[36].

---

[35] ROXIN, Claus, *Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*, publicado en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Editores Del Puerto (2005).

[36] CSJN, Fallos: 303:1938.

En *Ruiz Roque* la Corte restó toda validez a "... las manifestaciones que fueron fruto de apremios ilegales, aún cuando hubieran prestado utilidad para la investigación" [37]. La policía obtuvo una confesión completa del delito, probándose posteriormente que el imputado había sido sometido a pasajes de corriente eléctrica en su cuerpo. En estas condiciones la Corte sostuvo que se hallaba en juego la garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, reiterando su concepto de que debía declararse la invalidez de las manifestaciones que fueron fruto de apremios ilegales.

En *Francomano*, la Corte sostuvo que "debe ser descalificado el razonamiento de que los supuestos castigos o apremios no privan de eficacia a la declaración supuestamente espontánea prestada en sede policial" (Voto del Dr. Belluscio) y que "debe admitirse como única excepción al principio según el cual no se le puede otorgar ningún valor autoincriminatorio a una confesión policial rectificada posteriormente ante el juez de la causa, ni aún a título indiciario, aquellos casos donde los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado" (Voto de Petracchi y Bacqué)[38].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en *Cantoral Benavidez*, sentencia del 20 de agosto de 2000, al señalar que resulta nulo obligar al sospechoso a inculparse bajo tortura, doblegando su resistencia psíquica, obligándolo a autoinculparse o confesar determinadas conductas delictivas.

La consistencia de estos fallos, y el gravísimo agravio al Estado de Derecho que constituye la aplicación de tormentos o castigos de cualquier naturaleza, para la obtención de una confesión, nos exime de un mayor tratamiento de este supuesto. Nadie podría razonable y legalmente, en el actual estado de derecho de nuestra sociedad, sostener la voluntariedad de una declaración afectada de tan espantoso vicio.

VI. 2. Coacción Moral. Juramento de decir verdad.

El artículo 937 del Código Civil define este supuesto aludiendo al temor creado en un sujeto, a través de injustas amenazas de sufrir un mal grave o inminente para sí o terceras personas a él vinculadas. En la

[37] CSJN, Fallos: 310:1847.

[38] CSJN, Fallos: 310:2384.

hermenéutica de Belluscio, "el vicio consiste en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece la intimidación como motivo determinante totalmente insólito, y aunque en realidad se quiere lo que se hace, sin embargo no se quiere con absoluta libertad"[39].

El caso que ahora nos ocupa se ha presentado, en el marco del tema que abordamos, cuando se obtiene una confesión bajo juramento de decir verdad. Esta situación ha sido considerada por la Corte Suprema como un supuesto de coacción moral al que no puede someterse al imputado, por cuanto ello vicia su libertad.

El Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa determina en su artículo 233 que no puede afectarse la libertad de declarar del imputado, haciendo alusión a que en ningún caso "... se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza..."

También va en este sentido la norma contenida en el artículo 235 del ordenamiento ritual, cuando refiere la advertencia previa que debe hacérsele al imputado, en el sentido de que puede abstenerse de declarar "... sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad".

La Corte Suprema siempre ha dicho que "la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo rige en materia penal"[40], pero de ningún modo ello implica que solo rige en procedimientos de naturaleza penal.

La regla se impone de un modo tan evidente, que incluso fue necesario incorporar una norma en el mismo sentido en el Código Procesal Civil, ya que precisamente en el marco de un proceso privado, podía ocurrir que un testigo –naturalmente, bajo juramento- tuviera que declarar sobre circunstancia que lo vinculara como autor o partícipe de un hecho criminal. En tal caso, el artículo 422 del C.P.C.C. de la Provincia de La Pampa -de similar redacción al artículo 444 del C.P.C.C. de la Nación- otorga al testigo la posibilidad de rehusarse a contestar preguntas si la respuesta lo puede exponer a enjuiciamiento penal.

Ya en los albores de nuestra organización judicial la Corte Suprema tuvo ocasión de referirse a este punto del derecho en análisis. En *Mendoza*[41], el procesado fue citado por el fiscal a absolver posiciones bajo juramento y, pese a su protesta, el juez ordenó la declaración en esas condiciones, lo que dio lugar al planteo de nulidad. La Corte hizo lugar al

---

[39] BELLUSCIO, Augusto, (Dir.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado Anotado y Concordado*, *Tomo 4*, Buenos Aires, Ed. Astrea de A. y R. DePalma, (2005), p. 240.

[40] CSJN, Fallos: 238:416; 240:416; 253:493 y 259:287, entre otros.

[41] CSJN, Fallos; 1:350.

recurso sosteniendo que ese mandato judicial había sido contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional.

En *Diario "El Atlántico"*[42], el director de la publicación fue citado y se le tomó declaración bajo juramento, lo cual luego fue utilizado para condenarlo. La Corte, con cita en *Mendoza*, sostuvo que se había afectado la garantía contra la no autoincriminación, puesto que "... el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra".

En *Bianchi*[43], la Corte analizó un caso en el cual inicialmente una persona había declarado como testigo -en su calidad de denunciante- y luego se le recibió declaración indagatoria, precisamente como sospechoso del delito que él mismo había denunciado. En dicha oportunidad no se lo relevó del juramente prestado al momento de la denuncia y se le recibió declaración, aunque sí se le hicieron saber los derechos que le correspondían como imputado.

En términos generales, la Corte en *Casas*[44] sostuvo que: "Contraviene a la protección constitucional contra la autoincriminación la creación, por parte de las autoridades que conducen el proceso, de una situación tal que si se elige no confesar, se sufrirán consecuencias negativas directamente relacionadas con el proceso".

Esta doctrina de la Corte Suprema, relativa al impedimento de confesar bajo juramento, ha sido mantenida de modo consistente en muchos casos. No obstante, resulta inquietante la posición más reciente del Máximo Tribunal que parece propensa a convalidar confesiones que, si bien no han sido recibidas bajo juramento, del contexto surge una *exhortación* del Juez a decir la verdad.

En *Schoklender*[45] y *Agüero Corbalán*[46] la Corte hizo explícito su criterio de que no era violatorio de la garantía constitucional la exhortación del Juez a un imputado a decir la verdad en su declaración. En el primero de los casos el Juez habría dicho que "mi deseo, mi pedido sería que usted declarara, pero... si usted no lo quiere hacer no hay ningún impedimento..."

---

[42] CSJN, Fallos: 281:177.

[43] CSJN, Fallos: L.L. 2002-F-664.

[44] CSJN, Fallos: 330:1975 (ver dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

[45] CSJN, Fallos: 311:345.

[46] CSJN Fallos: 312:2146.

En *Alzogaray*[47], la Corte sostuvo que

> Aún cuando al declarar ante el juez el imputado haya sido exhortado a decir la verdad, no debe considerarse violación del artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica -que establece que la "confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción"- si no hay constancia de que esa exhortación implicara amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso en que el exhortado faltara a la verdad, o de que se le hubiese requerido rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, pues lo que ese precepto privilegia es el principio de libertad para declarar o abstenerse de hacerlo, frente a lo cual las diligencias practicadas en aquellas condiciones son insusceptibles de reparos constitucionales y resultan evidencia útil para fundar una sentencia judicial.

VII. Conclusión

Tratemos ahora, brevemente, de resumir, a modo de conclusión, las ideas expuestas en este ensayo en el que tuvimos la intención (probablemente pretensiosa y exagerada) de efectuar un desarrollo metódico, ordenado y sistemático del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.

Dijimos, como punto de apoyo del razonamiento que seguimos, que no existe un derecho constitucional contra la autoincriminación, sino un derecho a no ser obligado a hacerlo, lo cual es muy diferente. De ello se deriva, entonces, la necesidad de determinar cuáles son las condiciones para que una declaración autoincriminante resulte constitucionalmente válida, lo cual podría resumirse diciendo que debe ser voluntaria. Esa parece ser la palabra clave en este asunto.

Y propusimos después aplicar al Derecho Procesal Penal y, particularmente en lo concerniente a la declaración del imputado, las condiciones que el Derecho Civil impone para los actos voluntarios. De este modo, una confesión sólo será tenida por voluntaria –y, por ende, constitucional- cuando sea prestada con discernimiento, intención y libertad.

Nuestra pretensión sistemática nos llevo a repasar y analizar cómo se aplicaban al ámbito de una confesión prestada en el proceso penal cada uno de los vicios del discernimiento, la intención y la libertad. Pero lo cierto es que para contestar las preguntas que nos habíamos formulado al

---

[47] CSJN, Fallos: 331:2799 (ver dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

inicio de la tarea nos concentramos particularmente en el vicio de error que descarta la intención.

Allí, en el parágrafo V.1, concluimos que la actividad del defensor, de modo previo a la declaración y, eventualmente, de modo concomitante al acto, no sólo es un requisito legal, sino constitucional. Dijimos esto porque sólo la actividad del abogado permitirá descartar la existencia de error sobre alguna de las circunstancias relevantes del acto y, particularmente, sobre la consecuencias procesales de una declaración o manifestación que pueda resulta autoincriminante.

Esta afirmación contesta las preguntas que nos hicimos al comienzo, sobre la vinculación de la actividad del abogado defensor en el marco de una declaración del imputado, y cómo ello se relaciona con el derecho que éste tiene de no declarar contra sí mismo. Concluimos que las mandas procesales que así lo disponen deben considerarse como una directa reglamentación del derecho consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Pero también habíamos formulado otra pregunta, que tenía relación con el caso que nos sirvió de excusa y que se formulaba de modo hipotético, imaginando cuál debería ser la respuesta del Tribunal de Impugnación Penal en el caso que expusimos en el apartado II: si en el acta, cuya nulidad se resolvió, la autoridad policial hubiera hecho constar el derecho del imputado a contar con un abogado defensor y el imputado (que declaró autoincriminándose) hubiera postergado su designación. Es decir, a pesar de hacérsele saber que le asistía este derecho, no lo ejercitara inmediatamente y hubiera indicado a la autoridad judicial el lugar donde se encontraba sepultado Moneo Simón, tal como efectivamente aconteció.

Si nos atuviéramos sólo a la cita del precedente indicado en el voto[48] el estándar se habría cumplido, porque precisamente ello fue lo exigido por la Corte, de modo que con sólo este recaudo formal, que por otra parte suele ser de estilo en las actas policiales, ningún reproche habría podido formulársele.

Pero lo cierto es que, tal como hemos venido diciendo, sólo la real y concreta actividad del defensor permite y garantiza que una declaración autoincriminante haya sido la expresión de voluntad del imputado, descartando la existencia de un error que hubiera viciado su intención.

En estas condiciones, aún en el caso hipotético que estamos imaginando como ejercicio teórico, la actividad procesal mediante la cual se obtuvo una confesión del imputado, sin la concreta y real actividad de un

[48] CSJN, Fallos: 189:34, Rojas Molina s/Homicidio (1940).

abogado defensor, es inconstitucional por violar el derecho a no declarar contra sí mismo.

EL IMPUTADO COMO OBJETO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. UNA APROXIMACION A SU ADMISIBILIDAD.

Gabriel Lauce Tedin[1]

I. Introducción

En la actualidad nadie dudaría en afirmar que las personas físicas sometidas a un proceso penal son titulares de una serie de garantías que las protegen del arbitrio estatal. Sin embargo, y principalmente con el avance de la ciencia, sí se podría dudar acerca de cuáles son los límites de la injerencia estatal frente a los derechos fundamentales de los hombres que buscan proteger esas garantías.

Diversos son los fundamentos que se pueden esgrimir, tanto para decir que es posible que una persona sospechada de haber intervenido en un ilícito pueda ser objeto de ciertas injerencias en su cuerpo para extraer datos que sirvan para el avance de la investigación, como para sostener la posición contraria. A tal fin, podemos citar posturas que se centran en la garantía de no autoincriminación, en la ponderación de derechos en juego, en el respeto a la intimidad y dignidad, entre otros. En fin, un catálogo muy rico e interesante de fundamentos que alimentan aun más la curiosidad despertada por la temática.

Es por ello que en el devenir del presente trabajo buscaremos responder a una serie de interrogantes que nos permitan aclarar algunas ideas y, finalmente, adoptar una postura, que no necesariamente podrá coincidir con la del lector, pero si ayudará al debate sobre el tema. Así, podemos formular los siguientes interrogantes: ¿resultan válidas las pruebas que implican injerencias en el cuerpo del imputado en nuestro derecho? ¿Cómo se articula ello con la garantía de la no autoincriminación compulsiva y el respeto de la dignidad e intimidad como derechos fundamentales del hombre? ¿Son las garantías mencionadas los únicos límites posibles para evitar la arbitrariedad en la obtención de este tipo de pruebas o debemos buscar otros?

---

[1] Abogado UNLPam. Fiscal Adjunto en el Ministerio Público de la Provincia de La Pampa.

II. La verdad y sus límites

La verdad real o histórica es un principio de aspiración del proceso penal, por lo que no puede menos que concluirse que importa una ilusión, en cierta medida exagerada, que en la mayoría de los casos no es posible concretizar desde el punto de vista realista, y que torna al mentado principio en una "ficción" -como tantas otras propias de la ciencia del Derecho- por devenir en necesarias y útiles a sus fines y metodología[2]. De ahí que a lo que el proceso penal alcanza es a una declaración aproximativa de la verdad, convencionalmente aceptable, en la medida en que cumple con requisitos normativamente establecidos y a los que dota de plausibilidad jurídica. Pero cabe insistir en que eso es todo lo que puede alcanzar el proceso: una verdad de índole procesal, sujeta a reglas de juego que son, en definitiva, garantías[3].

De esta manera, el procedimiento penal contiene una serie de límites, referidos al respeto por el ser humano y su dignidad, que impiden llevar a cabo el procedimiento, aplicando para lograr su meta –averiguación de la verdad-, formas crueles y contrarias al respeto del hombre. La síntesis en el funcionamiento de estos conceptos expuestos –verdad y límites-, conlleva una colisión de principios: la averiguación de la verdad, como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ello cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual, que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto de Estado de Derecho[4].

Y, quizás, nuestro objeto de estudio constituye un cabal ejemplo de una posible colisión o riña entre, por un lado, la averiguación de la verdad y, por otro, los derechos fundamentales del hombre. En consecuencia, se debe establecer el modo de articular esos límites, por ejemplo, la garantía de no autoincriminación compulsiva y el respeto de la dignidad del hombre, ante la injerencia estatal en los casos en los cuales la persona sospechada de cometer un ilícito sea sometida a exámenes que permitan extraer evidencia de su propio cuerpo sin necesidad de contar con su

---

[2] JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, (2012), pg. 705-06.

[3] JAUCHEN, Eduardo, op. cit.

[4] MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino, T. 1b*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi SRL, (1989), pg.434.

consentimiento; esto es, la posibilidad de la compulsión en el sometimiento a esa prueba[5].

III. El imputado como objeto de prueba

Se impone necesario realizar una primera distinción al considerar al ser humano como "objeto" y como "sujeto" de prueba. La denominación "objeto" de prueba no se refiere a un ser humano tratado procesalmente como una cosa, sino a situaciones en que se admiten determinadas injerencias en su cuerpo con prescindencia de su voluntad y consentimiento, sin perjuicio de lo cual y tal como veremos a continuación, se deben seguir teniendo en cuenta todos los demás derechos y garantías de los que continúa siendo titular, por el simple hecho de ser tal[6].

Cuando se habla de un individuo como "objeto de prueba" la expresión refiere a casos en que habrá de prescindirse de su voluntad y consentimiento para la realización de la medida que se trate y por ende la prueba no será producto de su mente. Es decir, por la propia naturaleza de la cosa, por resultar productos de la mente humana, quedarán excluidos de esta categoría los cuerpos de escritura, las reconstrucciones de hechos, las requisitorias de aportes de datos o documentos, las declaraciones de toda índole y otros elementos probatorios que provengan del mismo origen[7].

Esta primera limitación está consagrada como garantía constitucional en el artículo 18 al establecer: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo". También la podemos encontrar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, inciso 2°, acápite "g": "derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable"; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en artículo 14, inciso 3°: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) a las siguientes garantías mínimas: (...) g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

---

[5] Carlos Beraldi en su obra *Regimen del Proceso Penal* expone el siguiente caso práctico: "Prueba de sangre. En un proceso donde se investiga la apropiación y supresión del estado civil de un menor el Juez ordena, para la realización de estudios genéticos, que se extraigan muestras de sangre al menor víctima de los delitos y a sus supuestos apropiadores. La Defensa impugna la orden judicial alegando que con ella se viola el derecho constitucional a la intimidad y la garantía contra la autoincriminación". Dicho autor en el marco del caso práctico pregunta como debería resolverse el planteo de la Defensa.

[6] Revista de Derecho Procesal Penal. La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado III. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, (2007), pg. 43.

[7] Idem.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este límite, que claramente establece que no es posible obligar a una persona investigada como partícipe –en sentido amplio- de un delito, a no brindar información sobre lo que sabe, salvo su voluntad expresada de manera libre y sin coacción alguna?

En tal sentido y sin necesidad de aclarar conceptos como la voluntariedad y libertad necesarios para tener por configurada una declaración del imputado otorgada de manera válida, entendemos que el punto central en nuestra temática consiste en distinguir que el límite no alcanza al imputado cuando éste deja de ser sujeto de prueba para ser considerado objeto de prueba.

Así lo entiende Julio Maier al referir que:

> Se debe aclarar, por fin, que la garantía sólo ampara a una persona como sujeto y órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No lo ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando por ejemplo, se extrae una muestra de sangre, o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y por los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada en principio al examen[8].

Ello ha sido incluso receptado por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de nuestro país al postular que:

> El requerimiento judicial del reconocimiento del imputado, en los términos de los arts. 264 y siguientes del Código de Procedimientos en lo Criminal, no es violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto veda la exigencia de ¨declarar contra sí mismo". El reconocimiento del imputado, en los términos del art. 264 del Código de Procedimientos en lo Criminal, constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos y no es ¨prueba¨ en el sentido de la norma del caso. Que es por tal razón que la jurisprudencia norteamericana ha decidido que la cláusula que proscribe la auto-incriminación no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención ni el uso de las impresiones digitales (Fallo CSJN, T. 255-p. 18, "Cincotta, Juan Jose s/ proceso de lesiones").

Y en otros pronunciamientos también la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que:

---

[8] MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, T. 1b, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1989, pg.444.-

> (...) No se advierte en el sub lite lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la Constitución Nacional). En efecto, desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos -como el de autos- en que la evidencia es de índole material (Fallo CSJN, T. 318-p. 2518, "H., G. S.y otro s/ apelación de medidas probatorias").

También se pronunció al efecto la Cámara Nacional de Casación Penal en un reciente fallo estableciendo que:

> Si bien el imputado se encuentra protegido de tener que realizar toda colaboración activa que lleve directamente a su autoincriminación, ello no exime la producción de prueba que no requiera una expresión de su persona, como es la extracción compulsiva de sangre, en tanto una cosa es exteriorizar una manifestación de culpabilidad y otra es tolerar una pericia (Fallo CNCasación Penal, Sala II, 2011/11/25, "D., E.R. s/ recurso de casación").

En consecuencia, podemos sostener que la cláusula contra la autoincriminación compulsiva ampara solamente "declaraciones", es decir, expresiones de la voluntad del ser humano, producto del pensamiento de personas, elaboraciones mentales, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual. Se incluyen los cuerpos de escritura, los gestos, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo. En materia de extracción compulsiva de sangre, pelos, droga, no ocurre lo mismo, porque no existe aporte intelectual del imputado, no existe "declaración" y, por ende, no se verifica una violación a la cláusula contra la autoincriminación, ni de ningún otro principio que proteja las declaraciones y el silencio, basado en otros intereses (verbigracia, secretos profesionales, revelar secretos, incriminar a determinados parientes, etc.)[9].

IV. El respeto por la dignidad humana

Esta segunda limitación también deriva de los recortes impuestos por la ley para la averiguación de la verdad. Ello está arraigado en el principio de la vida y dignidad de la persona, el que surgía implícitamente de nuestra Constitución Nacional antes de la reforma del año 1994, pero

[9] Revista de Derecho Procesal Penal. La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado III. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, (2007), pg. 51.

que ahora se encuentra expresamente previsto en los pactos internacionales incorporados al artículo 75 inciso 22. Del principio de dignidad se deriva el de reserva, por lo que el sistema penal no podrá investigar situaciones ajenas al derecho penal[10].

Indudablemente, de lo expuesto podemos concluir que este límite guarda íntima conexión con lo reseñado en el punto anterior al hablar de la garantía de no autoincriminación compulsiva, en tanto y cuanto abolir el uso de tratos crueles y degradante o torturas para obtener una confesión también implica enaltecer el respeto a la dignidad humana.

Pero aún cuando fuera así, lo que en realidad estamos desandando en este punto es si la utilización de medios que impliquen la intromisión en el cuerpo humano conllevan, necesariamente, una violación al respeto de la dignidad del ser humano. En consecuencia, y en ese orden de ideas, debemos preguntarnos en qué consiste la inviolabilidad del cuerpo derivada del principio de respeto de la dignidad del ser humano por el solo hecho de ser tal.

Al respecto creemos que las pruebas científicas no violan, per se, el llamado derecho a disponer del propio cuerpo y su relación con la esfera de intimidad del artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que no se encuentran afectados derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad[11]. Así incluso lo ha entendido la Corte al fallar que

> el ordenar la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (CSJN; H, G.S. y Otro s/ Apelación de medidas probatorias, H.91. XXIV).

V. Insuficiencia de los límites enunciados. Necesidad de establecer requisitos de carácter positivos

Con el fin de avanzar en el análisis del tema propuesto podemos sentar como base de estudio que, si bien las acciones ejercidas sobre el imputado para obtener de su cuerpo datos que sirven para la prosecución de la investigación no escapan a la protección genérica brindada por las garantías procesales -independientemente del proceso penal frente al cual

---

[10] CORVALÁN, Víctor R., *Derecho Procesal Penal. Análisis crítico del procedimiento penal*, Rosario, Ed. Nova Tesis, (2010), pg. 422.

[11] CARBONE, Carlos, *Derecho Procesal Penal. Conflictos Modernos*, Buenos Aires, Ed. Nova Tesis, (2006), pg. 109.

nos encontremos-, estas garantías no resultan ser argumentos suficientes para impedir o, mejor dicho, limitar la procedencia de aquellas acciones, ya que, como se ha asentado, los argumentos mencionados han sido rebatidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Sin embargo, tampoco haciendo una interpretación a contrario sensu, podemos concluir que los argumentos dados por la Corte resultan suficientes para justificar ciertas intromisiones en el cuerpo del imputado para la obtención de datos que nos permitan continuar con la investigación. Y esto se debe, sencillamente, a dichos límites resultan insuficientes para brindar una protección integral a los sujetos contra un pretendido arbitrio estatal.

Piénsese en un proceso en el cual se realiza una extracción sanguínea de un sujeto con todos los cuidados preventivos que pueden darse en la actualidad -utilización de jeringas descartables y extracción realizada por personal de enfermería en un establecimiento asistencial-, pero que, aún así, dicha medida puede resultar ilegítima por otras circunstancias: arbitrariedad en la disposición de dicha prueba, utilización para un proceso penal distinto de aquel en el que se dispuso, posibilidad de obtención de los mismos resultados por otros medios no invasivos, etc.

Es por ello que cabe preguntarnos qué otros límites se deben imponer a este tipo de pruebas, para así establecer parámetros de validez que nos permitan determinar su procedencia y factibilidad jurídica dentro de un proceso penal.

Creemos, en tal sentido, que más allá del respeto por las garantías de los individuos como límite genérico al poder estatal en todo el ordenamiento jurídico, se impone como necesario establecer límites o exigencias específicos para este tipo de exámenes. Estas limitaciones deberían operar como requisitos positivos que se deben reunir inexorablemente, para que resulten procedentes y acordes al respeto del ser humano como sujeto de derecho.

Ahora bien, entendemos que como guía para la obtención de dichos requisitos resulta de gran ayuda la redacción del artículo 218 bis[12] del Código Procesal Penal de la Nación, el que en su parte pertinente establece:

> "El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico, del imputado o de otra persona, cuando ello fuere **necesario** para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por **auto fundado** donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su **necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto**.-

[12] El art. 1° de la Ley N° 26.549, publicada mediante Boletín Oficial de fecha 27/11/09, incorporó el transcripto artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

> Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.-
>
> La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.-
>
> Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal."

De este modo, de la redacción del artículo transcripto podemos extraer diferentes conceptos que van a constituir los requisitos necesarios para la procedibilidad de este tipo de pruebas**:** necesariedad, pertinencia, correspondencia, y fundamentación. Los que explicaremos a continuación**.**

VI. Necesariedad

Generalizando a toda prueba, este principio implica que todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado sólo mediante pruebas introducidas legalmente al mismo, con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el órgano jurisdiccional, ya que no podría suplirlo por su conocimiento privado[13].

Si observamos el artículo transcripto del Código Procesal Penal de Nación, observamos que la norma exige este requisito como presupuesto necesario de procedencia al referir: "El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico, del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación"*;* de esta manera, entendemos que no en cualquier caso resultan procedentes las pruebas que obtienen datos del imputado, sino sólo en aquellos casos en los que el mismo resultado, con el mismo grado de certeza, no se pueda obtener por otros medios no invasivos.

[13] JAUCHEN, Eduardo. Op. Cit.-

A modo de ejemplo, en un accidente de tránsito en donde se investiga la muerte de varias personas, y se pretende establecer si el conductor de alguno de los rodados circulaba alcoholizado, se podrá justificar la extracción sanguínea para determinar la cantidad de tóxico etílico en sangre, aún habiéndose sometido el conductor voluntariamente a la prueba de detección por exhalación. Esto podría ser así, siempre y cuando se justifique que ambos resultados pueden diferir o que, en las circunstancias concretas del caso, los obtenidos por el último de los medios no arroja resultados suficientemente precisos.

En tal sentido, y recurriendo a la jurisprudencia, la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que:

> (...) siendo que el representante del Ministerio Público Fiscal, al describir el hecho en el requerimiento de elevación a juicio sostuvo –en cuanto aquí interesa- que el imputado, pese a conocer que resulta portador de una grave enfermedad de transmisión sexual, cuando sometía a tener relaciones sexuales, no habría utilizado ningún tipo de protección, lo que favoreció el contagio de la enfermedad VIH, entiendo que como lo señaló la Cámara de Apelaciones la medida impugnada es el medio eficaz para corroborar fehacientemente o no la responsabilidad de D. en los sucesos atribuidos" (Fallo CNCasación Penal, sala II, 2011/11/25, "D., E.R. s/ recurso de casación")[14].

VII. Pertinencia

El fin inmediato y específico del proceso penal es el descubrimiento de la verdad con relación al hecho incriminado, y esto determina la vital importancia que reviste la actividad probatoria, de la cual es imposible prescindir, para fijar los hechos de la causa[15]. De allí que si la actividad probatoria propuesta o propugnada es la adecuada o conducente a probar un hecho o circunstancia determinada estamos cumpliendo con el requisito de la pertinencia.

Pero este requisito no sólo abarca como la relación medio probatorio-hecho, sino también la relación entre medio probatorio- proceso penal. Y es bajo este concepto que resulta posible, desde esta posición, analizar los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que ambos implican que la prueba propugnada no solamente sea la idónea para acreditar una proposición fáctica, sino que dentro del proceso concreto

---

[14] Suplemento La Ley penal y procesal penal, Ed. La Ley, Buenos Aires, (Dic. de 2011), pg. 57.

[15] CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal, Tomo II.* Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, (1998), pg. 305.

guarde cierta relación y adecuación, tanto con el objeto a probar como con el tipo de proceso de que se trate.

Si bien es cierto que de lo expresado ninguna duda cabe respecto de la necesidad de la medida para el esclarecimiento de los hechos investigados -conforme se vio en el título precedente-, también es verdad que su racionalidad depende adicionalmente de que la decisión de llevarla a cabo encuentre respaldo en una labor de pesquisa previa que autorice fundadamente a efectuar determinado juicio de sospecha[16].

Se debe ponderar en la pertinencia, y de acuerdo a criterios de proporcionalidad, si queda legitimada la perturbación ínfima e inofensiva que representa la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre en aras de la averiguación de la verdad. En tal sentido nuestro Máximo Tribunal ha considerado:

> De más está decir que las mismas consideraciones referidas al ínfimo sacrificio que representa la medida frente a la trascendencia de los intereses a tutelar, justifican asimismo, la restricción que una extracción compulsiva de sangre representa también para los derechos a la privacidad, la intimidad y la libertad del afectado. Con ello, sin embargo, apenas se ha establecido que la toma compulsiva de una muestra de sangre a una persona en el marco de un proceso penal no es incompatible con el respeto de los derechos constitucionales, en tanto guarde una razonable proporción con la necesidad de preservar el interés general en la investigación de la verdad y la aplicación de la ley penal.[17]

VIII. Correspondencia

Tal como surge del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, observamos que en su primer párrafo los requisitos de carácter positivo que describimos y explicamos sólo pueden exigirse para el requerimiento de este tipo de prueba en un caso concreto. Dijimos ya, que la obtención de este tipo de prueba requiere una regulación específica y estricta, dado que las acción para obtenerla tiene una particular incidencia en los derechos fundamentales de la persona.

En efecto, el carácter sensible del material que se maneja, principalmente cuando hablamos, por ejemplo, de la extracción de perfiles de ADN de una determina muestra, posibilita la obtención de información de la esfera más íntima de un individuo, por lo que las consecuencias de la manipulación indebida son un riesgo cierto sobre la salud y el código

[16] Revista de Derecho Procesal Penal. La Prueba en el Proceso Penal -I., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, (2009), pg. 67.

[17] CSJN, "H., G. S.y otro s/ apelación de medidas probatorias", Fallos T. 318, p. 2518.

genético de esa persona. Sin embargo, dado que el resultado a través de estas pruebas es tan preciso, que no sólo garantiza la tutela judicial efectiva, sino que, además permite una eficaz identificación, torna importante tanto delimitar los peligros como destacar la necesidad del uso conforme a derecho que debe hacerse de las mismas[18].

Este requisito resulta entonces, conforme los peligros enunciados, por demás relevante, destacándose así como exigencia que este tipo de prueba sea requerida o llevada a cabo en el marco de un proceso concreto, que se corresponda con una investigación determinada.

Cabe preguntarse aún qué pasaría con la creación de bancos de datos que almacenen perfiles genéticos, por ejemplo, extraídos de determinadas investigaciones, cumpliendo los requisitos de necesariedad, pertinencia y correspondencia, pero que luego sean utilizados para el cruzamiento de datos con otras pesquisas, o para su cotejo en otros procesos penales en los que no se ha cumplido con estos requisitos. ¿Esto resultaría válido? ¿Se estaría violando el derecho de la intimidad de la persona, ingresando datos para ser utilizados con otros fines diferentes del proceso penal para el cual fueron requeridos y justificados?

Piénsese en un registro de violadores en el que se asiente la "huella genética" de individuos, se digitalicen y almacenen los resultados obtenidos, para luego cotejarlos con evidencias encontradas en el lugar del delito, o bien con información genética obtenida de las propias víctimas -a la manera del sistema AFIS utilizado en el cotejo de huellas decadactilares y palmares-, con las relevadas por personal de criminalística en la escena del crimen.

Quizás los expuestos resultan buenos interrogantes que dejamos planteados para tratarlos en un futuro trabajo por lo extenso del tema, y las dificultades que podrían presentarse al tratar la inmensa cantidad de casos y sus particularidades.

IX. Fundamentación

Finalmente, como último requisito positivo de procedencia de las pruebas cuando éstas implican una injerencia sobre la persona del imputado, encontramos el de la fundamentación o motivación. Y no por ser el último de los requisitos se puede suponer que es el menos importante.

---

[18] Revista de Derecho Procesal Penal. La Prueba en el Proceso Penal -I., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, (2009), pg. 261.

Por el contrario, se explica al final por cuanto va a comprender la expresión de todos los restantes en una resolución que así los contenga.

Recordemos que habíamos tomado como parámetro de exigencia el artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nación que en su primer párrafo establece:

> El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico, del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por **auto fundado** donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

En este sentido, se entiende por fundar o motivar, como exigencia de validez del acto, no sólo la expresión de las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas o a verificarse, y las reglas jurídicas aplicables, sino, antes bien, la exposición de las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión, es decir, la exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho y de derecho que el juez afirma[19].

Esta fundamentación exteriorizada, que no queda en la íntima convicción del magistrado, sino que debe ser explicitada por auto fundado, conlleva la facultad del imputado de controlar la prueba que se incorpora al proceso. Por consiguiente, anclada a la exigencia de motivación, debemos agregar que ésta debe hacerse conocer al imputado y a su defensor para que realmente funcione como un principio que garantice el derecho de defensa. Asimismo el imputado debe ser informado acabada y detalladamente del tipo de medida probatoria que se llevará a cabo, como así también de los actos que se realizarán sobre su cuerpo para extraer las muestras, y de los datos que se extraerán de las mismas.

Ferrajoli explica, con una argumentación jusfilosófica, el principio de fundamentación, al entender que su valor fundamental radica en que expresa y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, y lo vincula en la ciencia del derecho a la estricta legalidad, y de hecho, a la prueba de la hipótesis[20]. Es mediante la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto sean verificables y refutables, aunque de manera aproximativa. El poder jurisdiccional está fundado en el saber, que también es opinable y probable, y precisamente por ello refutable y controlable, tanto por el imputado y su defensa como por la sociedad.

---

[19] MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino, T. 1b*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi SRL, (1989), pg. 243.

[20] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Ed. Trotta, (1998), pg. 622.

Agrega el autor citado que la motivación al mismo tiempo que asegura el control de legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, tiene también el valor "endo-procesal" de garantía de defensa y el valor "extra-procesal" de garantía de publicidad. Es entonces que la motivación puede ser considerada como el principal parámetro, tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.

X. Conclusión

Las pruebas que implican acciones ejercidas sobre el imputado para obtener de su cuerpo datos tendientes a la prosecución de la investigación, constituyen medidas donde la circunstancia de intervenir en la esfera de los derechos fundamentales afecta a la necesaria intervención judicial, siendo ésta, a su vez, garante de los derechos a la integridad física, la salud, la libertad, la intimidad y la dignidad personal, entre otros.

No obstante lo cual. y con el avance de tales medios probatorios, no es posible desconocer su importancia y certeza aportada al momento de corroborar una determinada proposición fáctica, que difícilmente se podría acreditar por otros medios, o bien no se lograría con la certeza proporcionada por aquélla.

Es por esto que resulta necesario delimitar la procedibilidad para la obtención de este tipo de pruebas, ante la magnitud de derechos personalísimos en juego, en los que la protección otorgada por las garantías establecidas contra la intromisión y exceso del poder estatal, no resultan exigencias suficientes para justificar o no la legitimidad de este tipo de pruebas en los procesos penales. Ello incluso cuando analicemos, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos, la ponderación de derechos en juego a fin de salvaguardar esta colisión. En otras palabras, aún cuando se considere asignar valor probatorio a este tipo de pruebas sólo en los casos más complejos y difíciles en los que puedan verse lesionados derechos fundamentales reconocidos por la Constitución en aras al esclarecimiento de un delito.

Por consiguiente, consideramos y concluimos que ni las garantías expuestas inicialmente en el presente trabajo, ni una pretendida ponderación de derechos en juego en un proceso penal concreto, resultan ser los únicos, exclusivos y suficientes límites frente a la injerencia del poder estatal.

Estamos convencidos de que los requisitos de procedibilidad expuestos -necesariedad, pertinencia, correspondencia y fundamentación-, aportan el complemento necesario para una protección integral del ser

humano, y constituyen pautas con valor judicial y de análisis en cada caso concreto. Asimismo, las condiciones mencionadas se traducen, finalmente, en márgenes objetivos que obstaculizan o impiden el desborde autoritario y la inseguridad en el proceso penal.

LA IRRELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LAS VÍCTIMAS EN LOS TIPOS PENALES QUE REPRIMEN LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

María Sol Rodríguez y Figueira Huergo [1]

Esteban Torroba [2]

I. Introducción

La trata de personas con fines de explotación sexual, en cualquiera de sus modalidades, es una de las formas contemporáneas de la esclavitud, lleva implícitas graves violaciones a los derechos humanos[3], es intrínsecamente abusiva y, como producto de estas características, incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana.[4]

Sobran motivos para comprender que la trata de personas es un problema mundial que cobra numerosas víctimas en nuestro país y por esto buscamos, como objetivo último de este trabajo, generar conciencia acerca de la importancia de que los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, auspicien el dictado de textos normativos penales que garanticen un efectivo combate contra la trata de personas y, así, sumerjan el ánimo de lucrar con almas humanas en los confines del olvido.

---

[1] Abogada, Universidad Nacional de la Provincia de La Pampa.

[2] Abogado, Universidad Nacional de la Provincia de La Pampa.

[3] *"Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 23º período de sesiones"*, Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/1998/14, 6 de Julio de 1998, Recomendaciones 3 y 4.

[4] En este sentido, es dable destacar que la esclavitud y todas las prácticas con ella relacionadas, constituyen: "a) Un "crimen de guerra" cuando son practicados por un Estado beligerante contra los nacionales de otro Estado beligerante; b) Un "crimen de lesa humanidad" cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y la nacionalidad de ésta; c) Un "delito internacional común" cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona. Así, WEISSBRODT, David y la Liga contra la Esclavitud, *"La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas"*, Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, HR/PUB/02/4, 2002, párr. 7.

Por un lado, de manera alarmante, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Trata de Personas, Joy Ngozi Ezeilo, señaló en el informe realizado luego de su visita a nuestro país en el mes de mayo de 2011 que el problema de trata de personas es global, y que Argentina es un país de origen, tránsito y reclutamiento de víctimas[5].

Por otro lado, en abril de 2008, nuestro país, tras haber ratificado el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños", procedió a sancionar la Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas tomando, desacertadamente a nuestro juicio, el concepto de trata de personas previsto en el Protocolo de Palermo para convertirlo en tipos penales de los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal.

Esto constituye, desde nuestro punto de vista, un grave desacierto en relación a la construcción de políticas públicas efectivas para el combate de la trata de personas con fines de explotación sexual, en virtud de que el concepto de trata previsto en el Protocolo de Palermo acoge la posibilidad de que las víctimas mayores de 18 años brinden consentimiento válido a situaciones de explotación[6].

Esta publicación tiene por finalidad esencial defender la utilización de tipos penales para reprimir la trata de personas con fines de explotación sexual, especialmente la explotación de la prostitución ajena, basados en la irrelevancia fáctica del consentimiento de la víctima.

En adelante, tras un análisis exhaustivo de los requisitos necesarios para la existencia de un consentimiento jurídico-penal pleno, demostraremos que resulta imposible, por las circunstancias que rodean la explotación de la prostitución ajena y por la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, que una víctima pueda consentir su propia subyugación.

Con ese fin, analizaremos el proceso de formación del artículo 3.b) del Protocolo de Palermo en el seno del Comité Especial intergubernamental, encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional, cotejando las alternativas barajadas

---

[5] "*Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*", EZEILO, Joy Ngozi, Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 17° período de sesiones, A/HRC/17/35/Add.4, 24 de Mayo de 2011, párr. 6.

[6] En el mes de Agosto de 2012, frente al reclamo de varias organizaciones especializadas en la lucha contra la trata de personas, el Senado Nacional dio media sanción a una modificación de la ley 26.364 para eliminar la posibilidad prevista de esta forma de consentimiento.

por los Estados participantes en torno a la cuestión del consentimiento en la trata de personas.

Por último, buscaremos poner de manifiesto las intenciones de trasfondo que buscan revitalizar las tendencias reglamentaristas de la prostitución.

II. Consideraciones jurídicas acerca del consentimiento en la explotación de la prostitución ajena

La discusión en torno a si una víctima puede o no consentir un delito se entronca, inevitablemente, con la posibilidad de que le sea concedida la facultad de abdicar de la protección jurídica que el legislador tuvo en miras al momento de diseñar el tipo penal que la ampara.

El consentimiento se encuentra intrínsecamente vinculado al principio de lesividad, el cual asegura que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva del Estado cuando no media afectación de un bien jurídico, total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, o cuando la lesión del bien ha sido consentida por su titular. Esto último ha sido catalogado por algunas corrientes del derecho y de la filosofía moral como "el derecho a ser lesionado".

Naturalmente, el consentimiento es una figura ilustrativa del grado de libertad de acción y autodeterminación que el Estado confiere a los ciudadanos. Sin embargo, ello en ningún momento puede significar una libertad ilimitada, sin reglas o criterios que impliquen un desequilibrio de las relaciones humanas.

Para que el consentimiento sea válido y eficaz se exigen cuatro requisitos fundamentales: a) que el ofendido, en el momento de consentir, pueda comprender el significado y las consecuencias de su decisión. Es decir, que disponga de capacidad para entender y querer; b) que el consentimiento del titular del derecho sea libre, sin ningún vicio de la voluntad; c) que exista una manifestación inequívoca del consentimiento por parte del titular del bien jurídico y su reconocimiento externo por parte del autor; y d) que el bien jurídico esté dentro del ámbito de disponibilidad de su titular[7].

De estos requisitos, los tres primeros deben ser analizados, necesariamente, en relación a las circunstancias fácticas de un caso

[7] DOTTI, Rene Ariel, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, Editorial RT, (2010), pág. 405.

concreto. Para ello, se tomarán las características generales y más corrientes de los casos de explotación de la prostitución ajena.

Por el contrario, el último requisito, por su esencia, puede ser reflexionado en abstracto, para todos los casos, reales o hipotéticos, que puedan suscitarse.

II.1. Necesidad de que el ofendido, al momento de consentir, tenga capacidad para comprender el significado y las consecuencias de sus actos y decisiones

El primero de los requisitos necesarios para conseguir un consentimiento válido y eficaz es que el titular del bien jurídico posea, sobre todo, una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular, en esencia, el significado de renuncia al interés protegido y el alcance del hecho[8].

Pero la mera capacidad de obrar no es suficiente para emitir un acuerdo jurídico válido que afectará un bien de la persona. Se exige una capacidad jurídica superior, que se ha de concretar en una capacidad de comprensión de la magnitud del acuerdo. La capacidad de entendimiento y voluntad es, pues, presupuesto imprescindible para la eficacia del acuerdo o consentimiento. Crítica y drásticamente: si no se tiene capacidad de comprensión del acuerdo difícilmente pueda acordarse algo[9].

En general, resultan incapaces para consentir tanto los menores de edad, como los alienados mentales, e igualmente quienes no puedan discernir a causa de un estado psicológico o psicosomático turbado o que se encuentre en momentos de inconsciencia.

No se puede, con seguridad razonable, plantear una regla general sobre la capacidad para consentir que se aplique con rigor a todos los supuestos jurídicos o a las variaciones estructurales que puedan presentarse en cada caso real, sobre todo con respecto a la mayor o menor protección que a cada bien jurídico se otorgue[10].

---

[8] JESCHECK, Hans H. y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, España, Editorial Comares, (2003), pág. 410.

[9] POLAINO-ORTS, Miguel, « ¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal", publicado en la página web http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_11.pdf, pág.16.

[10] VITAL DE ALMEIDA, Ricardo, *El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito*, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, págs.

Por principio, tanto el Protocolo contra la trata como el Código Penal argentino, al establecer que una niña o niño no puede dar su consentimiento al acto de la trata, fijan un claro límite a la capacidad para comprender el significado y las consecuencias de su decisión, basado en la edad de la víctima. Por esta razón, cuando se analiza un caso de trata respecto de niñas o niños, se tienen en cuenta únicamente las acciones y los resultados finales, mas no los medios comisivos utilizados.

Lógicamente, también deben incluirse como supuestos de anulación de la capacidad para discernir todas las condiciones que lleven a la perturbación permanente o transitoria de las facultades mentales, que impidan totalmente la inteligencia de los actos que se realizan y la voluntad de llevarlos a cabo.

Especial relevancia tiene para la temática la cuestión de la drogadicción y el alcoholismo en las víctimas de explotación sexual. En este ámbito es muy común, casi habitual, que las víctimas sean obligadas a consumir estupefacientes, drogas psicoactivas o alcohol para mantenerlas controladas. También es usual que las mismas víctimas hayan desarrollado adicciones como medio para soportar su situación. Dependiendo del grado de perturbación de las facultades mentales, es posible mencionar este consumo como un supuesto de ausencia de capacidad de la persona para consentir el estado en que se encuentra.

II.2. Necesidad de que el consentimiento del titular del bien jurídico se otorgue sin vicios de la voluntad

Para que el consentimiento tenga relevancia es imprescindible que la voluntad del titular del bien sea expresada con libertad, es decir, sin vicios de ninguna clase.

El propio artículo 3.b) del Protocolo de Palermo, con algunas deficiencias lógicas en su redacción, traduce esta idea: "El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado"[11].

---

228 y 229. En el mismo sentido ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Editorial Civitas, 1997, pág. 536, pues allí afirma que "(...) la pregunta de qué entidad debe exigirse a la capacidad de comprensión para la eficacia de un consentimiento, no se puede responder de modo uniforme".

[11] El Protocolo ha utilizado una técnica legislativa deficiente. No tiene ningún sentido hablar del *"consentimiento dado por la víctima de la trata de personas"*, pues resulta obvio que para configurarse una situación de trata deben existir indispensablemente los medios comisivos

En ningún caso de trata de personas que se ajuste a la definición del Protocolo se toma en cuenta si la víctima ha dado su consentimiento a las formas de explotación intencional descritas en el apartado a). Es decir que, desde el punto de vista lógico es imposible que se produzca, en el marco de la definición del Protocolo, un caso de trata de adultos en el que no se hayan empleado uno o varios de los medios enunciados en el apartado a) del artículo 3. Para que el acto en cuestión pueda considerarse trata, debe haberse empleado al menos uno de esos medios.[12] Por ello, una vez acreditada la conducta delictiva de trata con alguno de los medios comisivos detallados en el apartado a), eso alcanza para descartar cualquier incidencia del consentimiento.

Cuando decimos que la redacción del artículo es defectuosa lo hacemos motivados en la convicción de que existen tipos penales respecto de los cuales el consentimiento no es posible. De este modo, en aquellos casos en los que la descripción de las acciones típicas excluye toda posibilidad de consentimiento, porque supone coartar la voluntad del sujeto pasivo, aquél no podrá existir ontológica ni jurídicamente.

En materia de explotación de la prostitución ajena se reconocen como vicios más recurrentes la coacción física o psicológica, el fraude o engaño y el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.

La irrelevancia del consentimiento acaece cuando la interferencia viciosa afecta sustancialmente la voluntad de la persona que consiente, pudiendo imposibilitar la libre expresión de su autodeterminación.

La Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ha hecho, en base a su experiencia e investigaciones propias de su mandato, tres interesantes e importantísimas afirmaciones: 1) la mayor parte de la explotación de la prostitución ajena, tal y como se practica actualmente en el mundo, suele reunir los requisitos para que pueda ser considerada trata de personas; 2) la mayor parte de la prostitución implica uno o varios medios comisivos ilícitos; 3) el camino que lleva a la prostitución y a continuar con ese estilo de vida una vez que se ha caído en ella, raramente se caracteriza por el pleno ejercicio de derechos por parte de las víctimas[13].

---

ilícitos, frente a los cuales, inherentes a la figura delictiva, no puede sostenerse un consentimiento válido.

[12] *"Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños"*, HUDA, Sigma, Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2006/62, 20 de febrero de 2006, págs. 9 y 10.

[13] HUDA, Sigma, op. cit., pág. 11.

No sólo desde la perspectiva de la víctima resulta inverosímil que un ser humano pueda abdicar "voluntariamente" de sus más sagrados derechos frente a una práctica esclavista de explotación sexual. También desde la perspectiva del explotador está sobradamente demostrado que las prácticas orientadas hacia la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, rara vez pueden desarrollarse sin la utilización de medios ilícitos.

La trata de personas debe entenderse como un proceso y no como un delito aislado, toda vez que empieza con la captación de una persona, continúa con su transporte y a ello le sigue la fase de explotación.[14] Por más que abordemos particularmente la cuestión de la explotación sexual, es en esta idea de delito complejo donde debemos analizar si resulta posible un consentimiento verdadero y pleno.

Debe quedar claro que el consentimiento de la víctima en una etapa no puede trasladarse al brindado en todas las instancias del proceso de trata, y que la falta de consentimiento en cada una de las etapas es lo que constituye el delito. Por ende, la trata de personas se produce si el consentimiento queda anulado o viciado en alguna etapa del proceso debido al empleo de medios ilícitos por parte de los tratantes.[15]

Esto es así porque estamos frente a un injusto estructurado sobre la base de varias acciones alternativas entre sí, dando lugar a lo que se conoce como tipo penal complejo alternativo, en el que es suficiente que el autor realice una sola de las conductas señaladas para que el delito quede perfectamente configurado[16].

Si bien es factible reconocer cierto consentimiento o cooperación inicial entre las víctimas y los tratantes, después se registra una tendencia invariable de situaciones de coacción, violencia y abuso que se hacen intolerables para cualquier ser humano. El posible consentimiento inicial queda efectivamente anulado cuando comienza la utilización de un medio compulsivo en cualquiera de las etapas posteriores[17].

En conclusión, un consentimiento válido y eficaz es sólo posible, y legalmente reconocible, cuando no existen vicios de la voluntad y cuando se conocen todas las circunstancias y hechos relevantes de una situación.

---

[14] *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Organización de las Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Programa Mundial contra la Trata de Personas, 2007, pág. 38.

[15] *Manual para la lucha contra la trata de personas*, ob. cit., pág. xix.

[16] TAZZA, Alejandro y CARRERAS, Eduardo R., *El delito de trata de personas*, La Ley 2008-C, 1053, pág. 2.

[17] *Manual para la lucha contra la trata de personas*, ob. cit., pág. xix.

Sólo así una persona se encuentra posibilitada de actuar y decidir en libertad. Y, por definición, se debería reconocer que la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual representan prácticas donde se anula lisa y llanamente cualquier forma de consentimiento libre. Esto se debe a la necesidad que tienen los explotadores de coaccionar a sus víctimas para mantenerlas en una situación de vulnerabilidad. Si ello no sucede en las etapas iniciales, irremediablemente ocurrirá en etapas posteriores.

II.3. Necesidad de que exista una manifestación inequívoca del consentimiento por parte del titular del bien jurídico y su reconocimiento externo por parte del autor

El titular del bien jurídico ha de exteriorizar su voluntad acorde a la realización de la acción típica y todo actor ha de conducirse sobre la base de la existencia de dicha aprobación. Además, la voluntad aprobatoria del titular del bien jurídicamente protegido destinada al menoscabo de su autodeterminación ha de ser fehaciente, clara e inequívoca, y para esto vale cualquier forma de expresión[18].

Como lo sostienen Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, son las circunstancias fácticas que afronta la víctima, y no la mera expresión de lo que ella pueda decir al respecto, las que conducen a un correcto juicio sobre la existencia o no de los medios comisivos.

> Pensando en lo que sucede en la práctica con las declaraciones y manifestaciones de las víctimas, nos parece importante distinguir lo siguiente: La expresión y/o evaluación de la víctima respecto de la situación que atraviesa en el lugar sindicado como explotador no puede confundirse ni asimilarse a un análisis sobre su supuesto consentimiento para ser explotada. Lo verdaderamente importante, es el análisis jurídico, como valoración jurídica y fáctica, normativa de su situación, que como tal deben hacer los actores del proceso penal (fiscal y juez), teniendo en cuenta los dichos vertidos en su declaración testimonial pero, y principalmente, valorando las restantes circunstancias que el caso presenta.[19]

---

[18] POLAINO-ORTS, Miguel, ob. cit., pág.15.

[19] COLOMBO, Marcelo Colombo y MÁNGANO, María Alejandra, "El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal", página 18, texto accesible en la web del Ministerio Público Fiscal de la Nación a través de la URL http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf

Debe quedar en claro, entonces, que en los casos de explotación de la prostitución ajena, las circunstancias de sometimiento, coacción, anulación de la voluntad y situación de vulnerabilidad convierten al consentimiento en una cuestión de alta complejidad, donde no alcanza con un análisis superficial de las expresiones o manifestaciones de la víctima. El esfuerzo probatorio debe centrarse en circunstancias objetivas útiles para acreditar la existencia de uno o más medios comisivos.

De lo contrario, se corre el riesgo de tomar las manifestaciones de la víctima, que a simple vista parecen claras e indubitables, pero que en realidad también se encuentran contaminadas por los efectos de la utilización de los medios comisitos, como expresiones plenas de consentimiento.

II.4. Necesidad de que el bien jurídico esté dentro del ámbito de disponibilidad de su titular

Sin entrar a polemizar sobre un concepto proteico[20], aceptaremos que los bienes jurídicos son todos los "intereses jurídicamente protegidos"[21].

Además, tomaremos como premisa que "bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo".[22] No en vano también se sostiene que el "bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan"[23].

Ya hemos reconocido que la facultad de consentir, y consecuentemente disponer, de ciertos bienes jurídicos, resulta ser una manifestación inmediata de la libertad de acción y del desarrollo de la personalidad.

---

[20] Hans Welzel sostenía que "el bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto" (WELSEL, Hans 58, §. 491 ss., 509, citado por JAKOBS, Günther en *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*).

[21] MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Editorial Karlsruhe Müller, 1954, pág. 213.

[22] ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 518.

[23] ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Ediar, 2002, pág. 289.

Pero

> no todos los bienes personales jurídicamente protegidos pueden ser objeto de consentimiento válido por parte de su respectivo titular, y aún menos en todas circunstancias, lo que, si así fuera en ambos casos, sería inadmisible filosófica, sociológica y jurídicamente en el marco de todo y cualquier sistema vinculado al equilibrio de las relaciones humanas en sociedad. Ello es así aunque sea indudable la base constitucional de la autodeterminación de la persona hacia el desarrollo amplio de su personalidad, pues lo que se atribuye como desarrollo, en determinadas situaciones extravagantes del comportamiento del individuo, puede tratarse de una lesión o amenaza tanto a la persona en particular como a bienes y valores jurídicamente protegidos y de titularidad colectiva[24].

Entonces, resulta necesario especificar cuál o cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el derecho frente a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, analizados exclusivamente en el contexto de la trata de personas. Sólo así podremos analizar su disponibilidad.

La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual implican una violación compleja y continuada de derechos, implicando un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana.

La violación es compleja o múltiple porque está en juego una pluralidad de derechos: a la vida[25]; a la integridad psíquica y física; a no sufrir torturas ni tratamientos inhumanos, crueles o degradantes; prohibición de la esclavitud y la servidumbre; a la personalidad jurídica; a la libertad y seguridad personales; a la libertad sexual; a desarrollar el propio plan de vida; a contraer matrimonio y fundar una familia; a la libertad de tránsito y residencia; a la libertad para elegir la actividad laboral; y al respeto de la vida privada y honra de la persona.

La violación de los derechos arriba enunciados es continuada porque el explotador persigue un aprovechamiento económico duradero de la prostitución ajena u otra forma de explotación sexual y genera, para mantener su forma de vida parasitaria, una subyugación permanente de la víctima. La idea misma de explotación sexual supone en sí misma una práctica que se prolonga desgarradoramente en el tiempo.

---

[24] VITAL DE ALMEIDA, Ricardo, ob. cit., pág. 233.

[25] En este sentido resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, en esencia y en virtud de su carácter fundamental, el derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a condiciones de existencia digna (Cfr. Caso "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 156; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 128; Caso Myrna Mack Chang, párr. 152; Caso Villagrán Morales y otros, párr. 144; y Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, párr. 161.)

El hecho de que se admita a la explotación sexual en el contexto de trata como una forma contemporánea de esclavitud no resulta una cuestión menor. Con ello se reconoce que la esclavitud en la actualidad adopta diversas formas y que no todas ellas se corresponden con su concepto tradicional, pero en todos los casos, como resultado de alguno o todos los poderes atinentes al derecho de propiedad, existe alguna destrucción de la personalidad jurídica. La destrucción es mayor en la esclavitud en su sentido tradicional, pero la diferencia es sólo de grado[26].

En estas prácticas análogas a la esclavitud la víctima es cosificada y el dueño puede exigir de ella que se someta a la más innoble degradación a que es capaz de descender un ser humano, obligándola a ser, a pesar suyo, instrumento de una función animal[27].

Así, se afecta irreparablemente la "libertad de elegir un plan de vida en el que pueda seguir considerándosela persona (…) y aquél plan de vida individual cuya libertad de elección busca defenderse a través del derecho penal debe conservar, así todo, un estándar que garantice un piso mínimo de dignidad"[28].

En estas condiciones, ¿es todavía posible sostener que puede consentirse la propia esclavitud? ¿Puede igualmente argumentarse que es el ejercicio de la libertad implica poder enajenar de manera absoluta la propia? ¿Puede sacrificarse un complejo de derechos que sólo encuentra síntesis en estándares mínimos de dignidad?

Una importante corriente del derecho viene sosteniendo que las lesiones a la dignidad humana deben representar un límite al consentimiento de la víctima para excluir el ilícito (principalmente en Estados Unidos). En este ámbito se ha entendido que hay actos que son inadmisibles debido a que violan la dignidad de los participantes y ésta es tan esencial a nuestra humanidad que, en caso de conflicto entre un consentimiento legalmente válido y la dignidad del primero, debe estarse a favor del segundo. La razón por la cual debe rechazarse la esclavitud, incluso en el hipotético caso de los "esclavos felices", es debido a que la esclavitud representa un "paradigma de injusticia" que, según sus propios

---

[26] Caso *"Prosecutor v Kunarac, Kovac y Vukovik"* del Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables por serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Esta idea ha sido tomada de COLOMBO, Marcelo Colombo y MÁNGANO, María Alejandra, ob. cit., pág. 6.

[27] STUART MILL, John, *La esclavitud femenina*, publicado en la página web http://www.kclibertaria.comyr.com/lpdf/l109.pdf, pág. 32.

[28] COLOMBO, Marcelo Colombo y MÁNGANO, María Alejandra, ob. cit., pág. 4.

términos, niega valor moral a las personas y, por lo tanto, no les confiere respeto[29].

Pero estas ideas no son nuevas, sino que ya en 1869 John Stuart Mill decía:

> La libertad del individuo en cosas que sólo a él conciernen, implica la libertad análoga para cualquier número de individuos, de regirse de mutuo acuerdo en todo aquello que conjuntamente les atañe, y no ataña a nadie más que a ellos (...) Pero un compromiso por el que una persona se comprometiera a ser vendida como esclava sería nulo y sin ningún valor; ni la ley ni la opinión impondrían su cumplimiento. El motivo por el que así se limita el poder de un individuo sobre sí mismo es manifiesto, y ello se ve muy en este caso extremo. El motivo para no intervenir en las acciones voluntarias de un individuo (a menos que sea en beneficio de otras personas) estriba en el respeto o consideración de su libertad. Su elección, por ser voluntaria, prueba que lo que él elige es deseable, o al menos soportable para él, y después de todo no hay modo mejor de asegurar a nadie su dicha que el de permitirle que elija lo que desea. Pero, al venderse como esclavo, un hombre abdica de su libertad; abandona, después de ese acto único, todo uso futuro de su libertad. Destruye, pues, en su propio caso, la razón por la cual le era permitido disponer libremente de su persona. Y no sólo dejará de ser libre, sino que, desde entonces, permanecerá en una posición que presumiblemente ya no será de su agrado y que, por lo tanto, habrá dejado de ser voluntaria. El principio de libertad no puede exigir en ningún caso que se sea libre para no serlo. No es libertad el poder enajenar la libertad propia.[30]

En conclusión, el derecho a consentir, como manifestación de la libertad de autodeterminación y del desarrollo de la personalidad, encuentra un límite infranqueable en la prohibición de una voluntaria asunción de condiciones de vida que puedan ser consideradas como esclavas o análogas, en donde se suprimen de manera prolongada, sino permanente, las condiciones mínimas y básicas de dignidad humana.

Allí donde se pretende admitir la cosificación humana, el sacrificio absoluto de la libertad y la destrucción de la personalidad, bajo la excusa del ejercicio de la autodeterminación, la conducta individual adopta

---

[29] COLOMBO, Marcelo Colombo y MÁNGANO, María Alejandra, ob. cit., pág. 4. Cita y traducción de ideas de: *"Basic Values and the Victim's state of mind"* de DAN COHEN, Meir; *"Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment"* de DUBBER, Markus Dirk; *"Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non Coercively" de* WRIGHT, George; *"Happy Slaves: A Critique Of Consent Theory" de* HERZOG, Dog; y "The right to be hurt testing the boundaries of consent" de BERGELSON, Vera.

[30] STUART MILL, John, ob. cit., págs. 225 y 226.

relevancia social y el Derecho concurre a fijarle límites, con el fin de evitar la posibilidad de consentir semejante abdicación.

A modo de síntesis de los puntos anteriores, debemos destacar que la capacidad para consentir, la ausencia de vicios y la manifestación inequívoca del consentimiento, son dejados de lado en la mayor parte de los casos concretos de explotación de la prostitución ajena. Por otro lado, respecto del último requisito -que el bien jurídico esté dentro del ámbito de disponibilidad de su titular- es posible señalar que los bienes jurídicos afectados en la explotación de la prostitución ajena no resultan disponibles por verse sustancialmente afectadas manifestaciones básicas de dignidad humana. En consecuencia, no resulta posible consentir situaciones de explotación sexual de la índole referida.

III. Referencia histórica relativa a la importancia del consentimiento en la normativa internacional

En este enfoque particular del consentimiento de la explotación sexual es pertinente analizar la evolución de la normativa internacional. Los instrumentos internacionales relativos a la trata de personas que se aplicaban en la primera parte del siglo XX se centraban en los casos en que se transportaba a mujeres y niñas a través de fronteras internacionales, con y sin su consentimiento, destinadas a la prostitución.[31] Por consiguiente, durante mucho tiempo la trata de personas estuvo asociada a la prostitución en los tratados. En 1910, el "Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas" impuso a las Partes la obligación de castigar a toda persona que introdujera a una menor de edad en la práctica de la prostitución, aún con su consentimiento. En 1933, en el artículo 1 del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad se estableció la obligación de prohibir, evitar y castigar la trata de mujeres, incluso con su consentimiento[32].

> Esta tendencia a considerar delito el reclutamiento de mujeres en un país para que ejerzan la prostitución en otro, con o sin su conocimiento y consentimiento

[31] Estos instrumentos eran el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, de 18 de mayo de 1904; el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas, de 4 de mayo de 1910; el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921; y el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933. La Sociedad de las Naciones elaboró en 1937 un nuevo proyecto de convenio, pero no fue aprobado.

[32] WEISSBRODT, David y la Liga contra la Esclavitud, ob. cit., párr. 65.

> previos, continuó después de la segunda guerra mundial con la adopción en 1949 del Convenio para la represión de la trata. Este tratado unificó los instrumentos anteriores relativos a la trata de blancas y al tráfico de mujeres y niños, definiendo como delito el hecho de que una persona concierte la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona. De ahí que, según lo dispuesto en el Convenio para la represión de la trata, la cuestión del consentimiento de la víctima carece de importancia. Por consiguiente, los Estados Partes están obligados a castigar la concertación tanto voluntaria como involuntaria de la prostitución de otra persona. Este planteamiento refleja la intención general expresada en el Preámbulo del Convenio, donde se define la prostitución como una práctica incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana (...)[33].

Especialmente debe señalarse que la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, no obstante sus falencias, se refiere a la prostitución como "perversa" e "incompatible con la dignidad y el valor de la persona" y se propone abolirla al impedir que las mujeres se incorporen, aún en forma voluntaria, a la industria del sexo.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, aprobado en el año 2000, al admitir la existencia de víctimas que pueden consentir su situación de explotación, se enrola en una renovada tendencia reglamentarista que reconoce la distinción entre prostitución libre y forzada.

IV. La cuestión del consentimiento en los *travaux preparatoires* y las "notas interpretativas" del Protocolo contra la trata

En el noveno período de sesiones del Comité Especial intergubernamental encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional se produjo un amplio debate sobre si se debía hacer una referencia al consentimiento de las víctimas en la definición de trata de personas y, de ser así, cuál debía ser su tenor.

Hasta ese momento, la definición que se venía trabajando entendía por trata de personas a

> la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de fuerza, al rapto, a la superchería, al engaño, a la incitación, a la coacción o al abuso de poder, o recurriendo a la concesión o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que

[33] WEISSBRODT, David y la Liga contra la Esclavitud, ob. cit., párr. 66.

> tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, l<u>independientemente del consentimiento de la persona</u>; la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la extirpación de órganos para fines ilícitos , o servidumbre.
>
> "La mayoría de las delegaciones convino en que el consentimiento de la víctima no debía, como cuestión de hecho, ser pertinente en cuanto a si la víctima había sido objeto de trata."[34]

Esta consideración reviste una importancia superlativa, pues permite comprender que para la mayor parte de las delegaciones el consentimiento no constituye un elemento fáctico de utilidad para determinar si en una situación concreta ha existido trata de personas. En conclusión, para esta posición, el acto de trata se configura "independientemente del consentimiento" de la víctima.

> "Varias delegaciones expresaron inquietud por la posibilidad de que una referencia expresa al consentimiento implicase, de hecho, que en ciertas circunstancias sería posible dar consentimiento a comportamientos tales como el uso o la amenaza de fuerza, o a la superchería"[35].

Esta posición reviste interés y relevancia, pues reconoce la peligrosidad de otorgar a una víctima la facultad de consentir conductas naturalmente coactivas o violentas. En el fondo, persigue la idea de no hacer en el texto ninguna referencia explícita al posible consentimiento de la víctima.

> "No obstante, muchas delegaciones expresaron preocupaciones de orden jurídico sobre el efecto que tendría excluir expresamente el consentimiento de una disposición en la que muchos de los medios enumerados, por su naturaleza, impedían el consentimiento de la víctima[36].

Este planteo colisiona con los dos anteriores y, a nuestro juicio, es falaz desde el punto de vista lógico. Los sostenedores de esta idea

---

[34] *"Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos"*, Organización de las Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, págs. 362 y 363.

[35] Ibídem.

[36] Ibídem.

argumentan que la incorporación de medios comisivos generadores de trata hace necesaria la correspondiente introducción de una referencia a la posibilidad de consentir libremente la captación, el transporte o la explotación, cuando no se presentan los medios comisivos. Pero esta posición, a nuestro juicio, pierde de vista que en la práctica la trata no puede llevarse a cabo sin medios comisivos inherentes a la figura delictiva. Varias delegaciones señalaron que era difícil probar la falta de consentimiento dado que el consentimiento de la víctima o su capacidad de dar consentimiento variaba con frecuencia mientras que el delito se mantenía invariable. En los casos de trata, a menudo el consentimiento inicial de la víctima se retiraba o quedaba invalidado por cambios ulteriores de las circunstancias y podría darse el caso de que una víctima secuestrada sin consentimiento asintiera posteriormente a otros elementos de la trata.[37]

Esta última postura, que puede ser considerada intermedia, tiene sustento pragmático y apunta a las dificultades probatorias de un consentimiento que puede variar significativamente según las distintas etapas del proceso de trata.

Lo cierto es que en el noveno período de sesiones del Comité Especial no se logró un consenso sobre la expresión: "independientemente del consentimiento de la persona, y el Presidente pidió a las delegaciones que examinaran distintas opciones a efectos de arribar a un acuerdo[38].

Finalmente, la propuesta elevada por el Comité a la Asamblea General de las Naciones Unidas se basó en la idea de que el consentimiento dado por la víctima de trata de personas a toda forma de explotación no se tendría en cuenta cuando se hubiese recurrido a cualquiera de los medios ilícitos enumerados, tal como consta actualmente en el artículo 3 b) del Protocolo.

Lo que el Protocolo parecería admitir es la posibilidad de que la víctima de trata otorgue su "consentimiento" para alguna "forma de explotación intencional", en el contexto exclusivo de un caso de trata de personas. Así, podría existir un consentimiento válido por parte de una persona mayor de 18 años, libre por completo del empleo de medios ilícitos que vicien la voluntad. Y, con ello, se respeta la capacidad de los adultos de

---

[37] Ibídem.

[38] Argentina propuso reemplazar el artículo por el texto siguiente: "(...) A los fines de este Protocolo se entenderá por "tráfico de personas" su traslado en cualquier circunstancia, con o sin su consentimiento, con fines de explotación; (...) Se entenderá por "explotación" la reducción a servidumbre, el sometimiento a la prostitución, esclavitud, trabajos forzados o pornografía infantil; (...) Los Estados Parte podrán considerar otras formas de "explotación", según sus ordenamientos jurídicos internos".

tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, concretamente en cuanto a las opciones de trabajo y migración.

Por otra parte, es propicio hacer especial hincapié a la nota interpretativa al artículo 3.b) del Protocolo.[39] En concreto, allí se establece que la referencia al consentimiento "no se debe interpretar como la imposición de la carga de la prueba a la víctima" y que, "como en toda causa penal, la carga de la prueba corresponde al Estado o al ministerio público, con arreglo al derecho interno."[40] La razón de ser de la nota apunta a evitar hacer recaer en la víctima la carga de probar la inexistencia de consentimiento en un proceso abierto por un caso de trata.

Esta nota, si bien no elimina todas las críticas posibles a la redacción del artículo 3.b) del Protocolo, al menos habilitaría cierta lucidez interpretativa que pone en cabeza del Estado la obligación de investigar, en caso de que el acusado por el delito de trata alegase que la víctima ha consentido dicha sumisión.

Aunque, en realidad, si admitimos la posibilidad normativa de un consentimiento válido por parte de la víctima mayor de 18 años y reconocemos, como no puede ser de otra manera, que un acusado de trata de personas goza de la garantía de presunción de inocencia, no queda otra salida para el Ministerio Público que perseguir por todas las vías posibles la prueba de la existencia de medios comisivos que anulan o hacen irrelevante cualquier forma de consentimiento.

La principal conclusión que extraemos del proceso de formulación del artículo 3.b) del Protocolo es que la mayoría de las delegaciones participantes en las consultas oficiosas consideraron, al menos en algún momento, que la opción jurídicamente más conveniente era establecer que el consentimiento de la víctima no debía, como cuestión fáctica, ser relevante para determinar si aquélla había sido objeto de trata. Lo lamentable es que esta postura no haya primado por sobre la desacertada alternativa de hacer una referencia al "consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional".

El legislador argentino optó, al momento de diseñar los tipos penales para la represión de la trata de personas -especialmente el artículo 145 bis-, por emular la definición desarrollada en el Protocolo de Palermo.

---

[39] Nota interpretativa al artículo 3 b) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Organización de las Naciones Unidas, A/55/383/Add.1, 3 de Noviembre de 2000, párr. 68.

[40] Estas notas son de utilidad para que las delegaciones dejen constancia de aclaraciones a ciertas cuestiones que no figuran en el texto pero revisten importancia interpretativa.

Nos parece una elección francamente desacertada, principalmente por los siguientes motivos: 1) en nuestro país, desde 1853, por el artículo 15 de la Constitución Nacional, se prohíbe la compraventa de personas, sin ningún tipo de consideración al consentimiento o edad; 2) las figuras penales que reprimen la privación ilegítima de la libertad no incluyen medios comisivos particulares para la consolidación del tipo objetivo, y si lo hacen, se incorporan únicamente como agravantes de las figuras básicas (artículos 140, 141, 142 y 142 bis del Código Penal)[41]; 3) el instituto del avenimiento, como forma derivada de consentimiento, ha sido recientemente declarado inconstitucional y eliminado como figura válida[42]; 4) la propia República Argentina propuso en el 9º período de sesiones del Comité Especial acoplar a la definición la expresión "con o sin su consentimiento".

Así, la vigencia del artículo 145 bis del Código Penal representa un retroceso en cuanto a los tres primeros requisitos del consentimiento; respecto del tercer punto, existe una incoherencia entre las posturas expresadas en el ámbito de las relaciones internacionales y las disposiciones normativas de derecho interno.

V. Conclusión

Si bien el Protocolo de Palermo fue provisto de una interesante norma por la cual los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños (art. 9, 5° párrafo), pueden vislumbrarse, al menos, tres situaciones que fatigan su contundencia y brío.

En primer lugar, resulta notorio que las más de 100 delegaciones participantes en el Comité Especial no pudieron llegar a un consenso para lograr definir los conceptos de "explotación de la prostitución ajena" y "otras formas de explotación sexual".

En segundo lugar, se observa una levedad en la generación de compromisos internacionales con la incorporación de una nota interpretativa que estableció como decisión simplista que, en tanto y en cuanto el Protocolo no define esos conceptos, no se prejuzga la manera en

---

[41] DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Editorial Hammurabi, 2009, pág. 366.

[42] No podemos dejar de recordar el lamentable caso de Carla Figueroa en la ciudad de General Pico, Provincia de La Pampa.

que los Estados Parte abordan la prostitución en su respectivo derecho interno.

En tercer lugar, como ya lo hemos manifestado en los puntos anteriores, lo preocupante del diseño legislativo que admite la posibilidad de consentir situaciones de explotación intencional, en el fondo no hacen otra cosa que reavivar la tendencia reglamentarista que reconoce la distinción entre prostitución libre y forzada.

En síntesis, nuestros temores devienen fundados, ya que el Protocolo parece pretender desconectar la erradicación del fenómeno de la trata del combate de la prostitución, decisión ostensiblemente errada, pues esta última actividad funciona como motor impulsor de aquel fenómeno.

En la medida en que el sistema penal argentino comparta los vicios señalados, se corre el riesgo de abrir una brecha en el ordenamiento jurídico que reblandezca el combate del flagelo de la explotación de la prostitución ajena.

HACIA LA INCORPORACIÓN DEL INSTITUTO DE LA PRUEBA PERICIAL PREVALENTE AL CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

Gerardo Román Bonino[1]

I. Introducción y antecedentes

Dos reflexiones de destacados autores motorizan el presente trabajo. Por un lado, Jorge W. Peyrano señala que "Si algo caracteriza al proceso civil de hoy, es la poca paciencia de los justiciables. A diferencia de tiempos pasados (donde, resignadamente, aguardaban el resultado del lento devenir de la maquinaria judicial) hoy exigen ser reconfortados con resoluciones expeditas"[2]. Por otro, Morello se pregunta:

> ¿Por qué no imaginar métodos diferentes pero de mayor idoneidad que los establecidos? Que con iguales seguridades operativas (garantías en y dentro del trámite procesal) facilitar que el juez, ante la prueba decisiva practicada, esté ya suficientemente convencido para expedir, sin más quiero decir en ese momento oportuno, si bien anterior al que "normalmente" debía acontecer mucho después, que entonces es el más oportuno porque se ajusta al tiempo de la justicia (art. 6°, Convención Europea de Derechos Humanos; art. 8°, Convención Interamericana de Derechos Humanos, etc.) la sentencia en el mérito?[3]

Las consideraciones de los actores mencionados encierran el desafío de articular, a través del accionar de las partes o del judicante, distintas herramientas procesales, creadas o por crease, a efectos de obtener una resolución pronta del conflicto judicial.

Como ocurre permanentemente en nuestros tribunales, observamos que dentro del proceso se articulan distintos medios de prueba cuya producción resulta innecesaria. Asimismo, en ciertas oportunidades advertimos que alguno de esos medios probatorios aparecen como determinantes para la resolución del caso. Gozaini fue aún más allá y se

---

[1] Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Secretario de la Sala "A" del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa.

[2] PEYRANO, Jorge W., *Nuevas apostillas procesales*, Santa Fe, Editorial Panamericana, (2003), p. 47.

[3] MORELLO, Augusto M., "Producción de prueba temprana", publicado en Editorial La Ley, 1996-C, 1228.-

preguntó: ¿acaso no podríamos sostener que con la prueba se puede evitar el proceso?[4].

Es el propio Morello quien recoge el guante y enuncia la doctrina de la "Producción de la prueba temprana" diferenciándola de la prueba anticipada. Este autor sostiene que

> La producción de prueba temprana se diferencia, en cambio, de aquellos mecanismos porque pone distancia con el esquema cautelar y los fines a que están destinados las primeras; constituye una adecuada reconversión funcional del proceso de conocimiento al abrirse una alternativa inédita que al permitir obtener prueba inequívoca sobre el núcleo del objeto controvertido, el juez queda ya convencido de la atendibilidad (fundamentación) de la pretensión.

Agrega luego que

> Si el juez está en posesión de la certeza moral, ha accedido cabalmente a la verdad objetiva (material) y el procedimiento consciente, en: a) prescindir de prueba innocua, innecesaria, que ya no es apta a los fines del esclarecimiento de los hechos principales; b) prácticamente está el órgano (con la participación igualitaria, con observación de la distribución regular de la carga de la prueba, y el juego vinculante del deber de colaboración), en "la verdad" según actividad controlada y nada sorpresiva de lo actuado por las partes y sus letrados; c) la evidencia probatoria, por su máximo voltaje científico e intrínseca fuerza de demostración, supera la eventual proposición de reservas y objeciones inconducentes; d) la controversia ha merecido la averiguación y esclarecimiento bastante e indubitable, recayendo la prueba decisiva recaudada sobre el núcleo de la relación sustancial en disputa. ¿No están así debidamente satisfechos, y rigurosamente acreditados los presupuestos que autorizan (en prioridad es deber del juez proceder de esa manera) a dictar "ya" la sentencia en el mérito? ¿Qué otro apoyo racional sería menester agregar y qué razón de peso indicaría "esperar" el recorrido orgánico, el estereotipado por la ley, pero que admite funcionalmente las excepciones o diferenciación que indique cada caso?; no otra cosa que actos y ritos retardatarios, vacíos de significación positiva. Sólo devaluar la efectividad propia que ha de esperarse del sistema global de justicia".

> "Autorizar esa intercalación anticipatoria --aunque no estuviese expresamente mencionada en las normas instrumentales-- y la realización de la prueba temprana en su incorporación pero determinante en el sentido y eficacia del fallo, es acoger el criterio más idóneo para asegurar y realizar la justicia. El juez dada la especial naturaleza del derecho a tutelar no se excede del marco de sus atribuciones y se limita, por el contrario, a satisfacer con inteligencia y osadía, lo que genérica y prioritariamente edicta el Código Procesal; al establecer sus poderes-deberes, no sólo de funciones ordenatorias e instructorias: 1) evitar la paralización del proceso; pasar

[4] GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "La prueba extraprocesal (Sobre la importancia de la preconstitución probatoria para la resolución anticipada del conflicto)", publicado en LA LEY1995-C, 1363.

> (y a contrario, anticipar) una etapa, disponiendo de oficio las medidas necesarias (art. 36 inc. 1°, Cód. Procesal); 2) esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (ídem, inc. 2°); 3) dictar las resoluciones "lo antes y mejor en que pueda hacerlo" (arts. 34 inc. 3° y 36 inc. d, ídem); 4) concentrar en lo posible en una audiencia las diligencias que sea menester realizar a fin de procurar la mayor economía procesal (art. 5° incs. a y e, ibídem); 5) y lo más importante y de valor infranqueable en tanto el primer mandato legal al juez --a todos los jueces-- es el deber que ellos tienen de respetar la jerarquía de las normas vigentes (art. 4°, Cód. Procesal) lo que impone sortear dilaciones indebidas y llegar a la composición sentencial idónea en el tiempo más corto (arts. 6°, Convención Europea de los Derechos Humanos; 8°, Pacto de San José de Costa Rica --Adla, XLIV-B, 1250--; 75 incs. 22 y 24, Constitución Nacional reformada en 1994)[5].

En concordancia –podría decirse- con la postura transcripta, el Senador Dr. Horacio Colombo presentó en la legislatura correntina un proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, señalando que

> (...) la prueba pericial anticipada a la producción de la restante prueba, unida a la inmediata convocatoria a una audiencia de conciliación, (...) permitiría dentro de un plazo más próximo a la ocurrencia de los hechos demandados, establecer: a) la efectiva ocurrencia del daño demandado; b) la justipreciación de dicho daño de manera casi inmediata; c) la atribución o no de dicha ocurrencia y daño a quien es demandado; d) el porcentaje de responsabilidad en la atribución del daño, permitiendo simultáneamente al Juzgador, apreciar la pertinencia de la pretensión intentada o su desestimación[6].

Su objetivo estriba en permitir "(...) llevar a cabo en primer término y con prelación a cualquiera de los otros medios de prueba ofrecidos por las partes, (...) la prueba pericial por un perito designado de oficio, con el concurso de los consultores técnicos designados por las partes, (...) para que las partes en conocimiento de los resultados de la pericia, propongan una solución concordada, que de por concluido el pleito"[7].

La iniciativa derivó en la aprobación del siguiente texto, que fue incorporado dentro del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes como artículo 326 bis:

---

[5] Morello, Augusto M., "Producción de prueba temprana", publicado en la LA LEY 1996-C, 1228.-

[6] Exposición de fundamentos del Proyecto de Ley, presentado por el Senador Dr. Horacio COLOMBO.-

[7] Exposición de fundamentos del Proyecto de Ley, presentado por el Senador Dr. Horacio Colombo.-

> "**Prueba Pericial Anticipada:** En todas las acciones judiciales donde las partes hayan ofrecido la prueba pericial y acompañados los interrogatorios periciales con los puntos a peritar, una vez contestada la demanda por los emplazados, el tribunal antes de ordenar la producción de la restante prueba ofrecida por las partes, designará a los peritos que intervendrán para el correspondiente informe pericial, que se practicará con intervención de las partes y de los consultores designados por las partes, que refrendarán la pericia o practicarán las observaciones e impugnaciones que correspondieren.
>
> **Audiencia de Conciliación:** Inmediatamente de concluida la pericia y resueltas las observaciones e impugnaciones practicadas por las partes, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación a la que concurrirán las partes personalmente, sus letrados, el perito y los consultores técnicos de parte, en la que se procurará con los resultados de la pericia, que las partes se avengan a un acuerdo resolutorio de todas las cuestiones en litigio, homologándose por el tribunal, en su caso, lo convenido por las partes.
>
> **Ausencia de acuerdo:** En caso de no lograrse en dicha audiencia, que las partes se avengan para dar por concluido el proceso, las actuaciones proseguirán en la forma dispuesta por este Código".

César Rafael Ferreyra, planteó sus discrepancias con las afirmaciones del Senador Colombo, señalando que

> "Lo que el legislador confunde con anticipación es la "postergación" de la orden y producción de los restantes medios probatorios ofrecidos por las partes que la operatividad del precepto implica. La prueba pericial según el art. 326 "bis", no se anticipa a nada, sólo posterga la orden y producción de las otras pruebas, hasta tanto sea producida aquélla y hasta tanto sea realizada la audiencia de conciliación. Digo que posterga pues hace sufrir un retraso, deja atrasada la producción de otras pruebas, respecto del tiempo procesal en que había de tener sus efectos conforme la regulación "normal" de los procesos de conocimiento. A su vez, también los fundamentos son distintos pues, en el art. 326 "bis" no es el temor de imposible o dificultosa producción de la prueba pericial en el periodo probatorio un presupuesto de su operatividad, ya que es en el período probatorio y no antes de él en que se la ha de producir, sino que, más bien, lo que parece darle razón de existencia al instituto –objetivamente considerado- es la incidencia que el resultado de la prueba pericial producida –pendiente de orden y producción el resto de la prueba- podrá tener en la voluntad de la partes con el fin de llegar a una conciliación y, eventualmente, en la voluntad del juzgador de decidir conforme al dictamen pericial. Por esto y lo que diré más adelante, considero que la razón del instituto se encuentra en la gran relevancia, preponderancia y mayor incidencia en resultado final del litigio, de la prueba pericial ofrecida por las partes. De allí que se la considere y denomine como la "prueba pericial prevalente"[8].

[8] FERREYRA, César H.E.R., artículo publicado en la web "Fundamentos Jurídicos" del Poder Judicial de de Corrientes, en www.juscorrientes.gov.ar/fundamentos.php?id=622.

Luego de preguntarse cómo aplicar el artículo 326 bis en el proceso ordinario, Ferreyra señaló que el referido artículo supone, en primer lugar, la apertura de la causa a prueba en mérito a existir hechos conducentes alegados y controvertidos. Por otro lado, el hecho de que el nuevo art. 326 bis desconcentre la producción de la prueba no implica que suceda lo mismo con su ofrecimiento. De allí que en el proceso ordinario deba ofrecerse en un mismo tiempo toda la prueba "dentro de los primeros diez días" del plazo fijado por el juez, aún cuando tal ofrecimiento contuviera la prueba pericial prevalente. Acto seguido, el juez proveerá sólo la prueba pericial relevante, postergando la decisión sobre el resto de los medios probatorios para después de concluido el procedimiento que regula el citado precepto, y en tanto y en cuanto haya resultado negativo el intento conciliatorio entre las partes, o se frustrare -por el motivo que fuere- la producción de la prueba pericial prevalente.

II. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa

Ahora bien, me pregunto si el procedimiento dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa resiste la incorporación del instituto de la prueba pericial prevalente, si su introducción sería contraproducente o, finalmente, si su integración resultaría inocua y, por lo tanto, innecesaria.

En esta instancia, me permito recordar que, conforme lo señala Couture,

> El proceso civil es, en forma, un conjunto de actos jurídicos. Como su nombre lo indica, estos actos se hallan ordenados en forma sucesiva. Colocados unos tras otros con arreglo a un orden determinado, adquieren en su continuidad un sentido de desarrollo y desenvolvimiento. De la misma manera que los procesos físicos, químicos y biológicos, el proceso civil es un proceso continuativo, dinámico"[9].

Conviene aquí observar que dentro de los distintos tipos de procesos civiles los procesos de conocimiento

> son aquellos en los cuales el conocimiento (la notio) y la información del juez son plenos y totales sobre la causa, y a través de ese conocimiento pleno, abonados por una prueba amplia, se llega a una sentencia total que resuelve la cuestión

[9] COUTURE,. Eduardo, citado en FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, *Tomo I*, Rubinzal – Culzoni Editores, (2006), pg. 14.

> definitivamente. Este conocimiento pleno está ligado a la posibilidad de acceder al conocimiento de las causas y de los hechos fundantes de la pretensión[10].

En resumidas cuentas, podría señalarse que el proceso ordinario parte desde la demanda y procura arribar a una sentencia. En ese trayecto nos encontramos con una primera etapa (arts. 313 a 342 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa), en la cual incluimos la demanda y su contestación -sin olvidar la posibilidad de una reconvención y su contestación-; una segunda etapa, denominada probatoria (arts. 343 a 457, 1er. y 2do. párrafo del CPCyCLP); la tercera etapa de merituación (arts. 457, desde el 3er. párrafo y 458 del CPCyCLP) y como cuarta –y última-, la de decisión (arts. 459 a 461 del CPCyCLP).

Ahora bien, como es sabido, los actos procesales de una etapa determinada deben desarrollarse dentro de la misma y en la oportunidad que la ley ritual establece para tal fin. Cumplido el plazo o término sin que aquellos actos fueran realizados opera la preclusión, por lo que decae el derecho para ejecutarlos.

Sentadas dichas premisas he de adentrarme en el estudio de la etapa probatoria, recordando para ello que

> probar es efectuar una labor de traslación. Significa trasladar un hecho o suceso producido en unas coordenadas tempo-espaciales distintas a las del juez a la presencia de este último, haciendo de este modo viable su repetición histórica, o como decía Musatti, actualizando con la más apasionante representación un evento pasado frente a un extraño, que es el juez, quien debe revivirlo como un episodio de su propia vida[11].

A continuación, analizaré las semejanzas y diferencias de los distintos institutos procesales que, referidos a la prueba y establecidos por nuestro ordenamiento ritual, nos pueden presentar algunas incertidumbres respecto de la necesidad de incorporar denominada “prueba pericial prevalente”. Recordemos que muchas veces la búsqueda de soluciones para disminuir la litigiosidad y aliviar la labor de los tribunales conduce a la búsqueda de soluciones en forma desordenada y poco sistemática, con la consecuente escasa o nula efectividad del esfuerzo.

---

[10] FALCÓN, Enrique M., ob., cit., pag. 51.

[11] MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria, en Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4º ed., corregida y aumentada, Barcelona, Editorial Praxis, (1993) p. 34, citado por KIELMANOVICH, Jorge L., en *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 3º ed., Rubinzal - Culzoni Editores, (2004), pág. 23.

Entre los institutos procesales encontramos: la prueba anticipada (arts. 309 y 310 del CPCyC), la prueba anticipada después de trabada la litis (art. 311 del CPCyC), la anticipación de prueba (art. 346 del CPCyC), las facultades ordenatorias e instructorias del Juez (art. 37 del CPCyC), la audiencia preliminar (art. 343 a 345 del CPCyC) y la sentencia anticipatoria o despachos interinos de fondo.

III. Diligencias preliminares y prueba anticipada

En relación con las diligencias preliminares, Palacio señala que éstas "permiten el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de la futura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores"[12].

Normativamente estas diligencias se encuentran previstas en el art. 306 del Código Procesal Civil y Comercial (en adelante CPCyC) de la Provincia de La Pampa, que contempla la posibilidad de que sean solicitadas tanto por quien pretenda iniciar una acción como por quien, con fundamento, prevea que será demandado.

Conviene tener presente que la jurisprudencia se ha expedido en relación a las diligencias preliminares, en el sentido de que

> tramitan con anterioridad a la iniciación de un proceso, procurando a quien ha de ser parte en un juicio de conocimiento hechos o informados que no podría obtener sin la actuación jurisdiccional. A pesar de la existencia de algunas disposiciones comunes a ambos institutos, no deben ser confundidas con la prueba anticipada, que cumple una función de aseguramiento, que se adquiere en previsión de que su producción pudiera tornarse imposible o sumamente dificultosa con posterioridad[13].

El artículo 309 del CPCyC de la Provincia de La Pampa establece que:

---

[12] PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. VI, p. 11. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1977

[13] Confr. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, Expte. Nº 11.495/06 del 30/11/06 y sus citas.

> Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieran motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes: 1°) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse de la Provincia; 2°) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares; 3°) Pedido de informes.-
>
> Si el juez estimare necesaria la producción de la prueba, citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor general. La misma se diligenciará en la forma establecida para cada clase de prueba, salvo en el caso de la pericial, que estará a cargo de un perito único nombrado de oficio[14].

Como se puede observar, la prueba anticipada se ubica en una etapa previa al proceso, ni siquiera se advierte que pueda realizarse dentro de la primera de las etapas, mientras que la "prueba pericial prevalente", conforme el Código de Procedimientos correntino, se incluye en la segunda (etapa probatoria propiamente dicha) y que se difiere la realización del resto de la prueba a una etapa posterior, en virtud de su destacada importancia para las partes.

La jurisprudencia ha señalado que

> El anticipo preventivo de la prueba importa la admisión excepcional de medidas, en una etapa no propia, con fundamento en la eventualidad de su desaparición. Por ello, el criterio de aplicación del art. 326 del CPCCN debe ser restrictivo, tendiente a evitar la posibilidad de anticipar la solución de fondo y fundamentalmente, sin vulnerar la igualdad de las partes en el proceso. Es decir, que sólo son procedentes si se comprueba "prima facie" que la parte que las solicita está expuesta a perder la prueba, o que le resultará de imposible o muy dificultosa ejecución en la etapa pertinente[15].

Asimismo, es menester destacar que la prueba anticipada permite, por razones de urgencia, su realización *inaudita pars*, contemplando, para el caso de la prueba pericial, su realización a través de un perito único nombrado de oficio (art. 319 CPCyC de la Provincia de La Pampa).

Por el contrario, la prueba pericial prevalente se realiza en virtud de la conformidad -y con la intervención- de las partes, quienes a su vez

---

[14] Artículo 310 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa.

[15] Conf. CNCiv., Sala A, 13/03/96, "CONFORTI, Daniel O. c/Centro Médico C.E.M.L.A.", Editorial La Ley, 1993-D, 233, cit. en GOZAINI, Osvado A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. II*, Buenos Aires, Editorial La Ley, (2002), p. 200.

aportan sus propios consultores técnicos (art. 326 bis CPCyC de la Provincia de Corrientes).

IV. Prueba anticipada después de trabada la litis

El artículo 311 del CPCyC de la Provincia de La Pampa, señala que después de trabada la litis la producción anticipada de prueba sólo tendrá lugar por las razones de urgencia indicadas en el artículo 309, salvo la atribución conferida al juez por el artículo 37, inciso 2º.

En consecuencia, para producir la prueba deberán existir motivos justificados que lleven a temer que su producción posterior pueda resultar imposible o muy dificultosa.

Es aquí donde encontramos una importante diferencia con la prueba pericial prevalente, toda vez que el motivo de su realización es el peligro que acarrea su diferimiento en el tiempo. En cambio, el fundamento de la pericial prevalente es la importancia que sus conclusiones tienen para las partes.

V. Anticipación de prueba

El artículo 346 del CPCyC de la Provincia de La Pampa señala: "Sin perjuicio de los dispuesto por el artículo 311, si por una causa sobreviniente hubiere fundados motivos para temer que alguna medida se torne imposible o muy dificultosa, a pedido de parte y con notificación a la contraparte, se anticipará a la fecha mas cercana de manera que asegure su realización".

La diferencia, en este caso, con la prueba anticipada, es que la urgencia, en virtud del peligro que acecha para la producción en tiempo y forma de la prueba, apareció con posterioridad a su ofrecimiento dentro del proceso, y dentro de la etapa probatoria propiamente dicha.

Al igual que lo señaláramos anteriormente, la diferencia estriba en la contraposición entre dificultad, urgencia o peligro[16] y la importancia o

[16] Es que, en aquellos procesos en que están involucrados objetos que requieren reparaciones, cabe admitir el adelantamiento de los trabajos periciales tendientes a constatar los daños correspondientes, en orden a obviar el inevitable lapso que demanda la tramitación del proceso posibilitando la realización de las reparaciones necesarias para que

utilidad, fundamentos –estos últimos- esenciales en la prueba pericial prevalente.

VI. Facultades ordenatorias e instructorias del juez

El artículo 37 del CPCyC provincial establece que

> Aún sin requerimiento de parte, los jueces de Primera Instancia, las Cámaras de Apelaciones y el Superior Tribunal, podrán: 1º) (...); 2º) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 3º) (...); 4º) Disponer, en cualquier momento, la comparencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento; 5º) Decidir en cualquier momento la comparencia de los peritos y los testigos para interrogarlos acerca de todo aquello que creyeren necesario; 6º) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros en los términos de los artículos 369 a 371.

Como podemos observar, varias son las facultades que el ordenamiento ritual otorga al juez, aunque para el presente trabajo resultan de interés dos de ellas: a) la de articular los medios de prueba y b) la de propender a la conciliación. Ambas circunstancias se encuentran previstas en la denominada "prueba pericial prevalente" pero, como señaláramos, esta última es básicamente una facultad de las partes. En cambio, como el mismo título del artículo 37 del CPCyC lo indica, las facultades arriba trascriptas son del juez, con lo que difiere sustancialmente con el instituto que es el objeto de este trabajo.

Es en este marco de las facultades ordenatorias donde tiene cabida la creación doctrinaria realizada por Morello, al que denomina "prueba temprana". Este autor expresa al respecto que:

---

el propietario pueda disponer de sus bienes -Cfr. art. 314, inc. 2 del CPCyC-. (Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala nº 1 en lo Civil y Comercial, 18-abr-2011,MJ-JU-M-65029-AR | MJJ65029). En análogo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la producción anticipada de la prueba pericial mecánica con el fin de reparar el vehículo sobre el que deben efectuarse las operaciones técnicas tendientes a contestar los distintos puntos periciales propuestos, pues dicha circunstancia constituye una razón de urgencia suficiente para admitir la solicitud, ya que, en caso contrario, los demandantes se verían privados de utilizar el automotor hasta tanto se realice el peritaje (Cfr 20/11/2007 Boucher, Jean Benoit y otra c. Ford Motors Argentina S.A. y otros LA LEY 14/12/2007, 6 - LA LEY 17/12/2007, 11 - LA LEY 2008-A, 147 - DJ 06/02/2008, 250).

> El encuadramiento del tema coloca a la cuestión en un plano diversificado: 1) se lo radia fuera del corredor de la cognición sumaria y cautelar; 2) no está destinada a asegurar el fin práctico del proceso principal, sino directamente, mediante el resultado que arroje la estructura concentrada que para recibir a la prueba temprana ha quedado intercalada, dar solución inmediata al proceso en sí; 3) se asimila a la institución del derecho brasileño del juzgamiento anticipado de la litis (art. 330, Cód. Procesal), porque, según la misma, también el juez juzga sobre el propio mérito de la causa y en forma definitiva; 4) la medida podrá ser concedida por el juez, después de la contestación de la demanda o reconvención y en cualquier estadio del proceso anterior a la audiencia preliminar (o dentro de ella, en el proceso oral), o a la apertura a prueba en el proceso escriturario, con reserva de ordenar eventualmente las demás pruebas, en su caso; 5) para la práctica de esa prueba imprescindible y decisiva se respetará la igualdad y el derecho de defensa de las partes; 6) la prueba temprana deberá provocar en el juez un convencimiento pleno y motivador de conformidad a las reglas de la sana crítica[17].

VII. Audiencia preliminar

Como es sabido, nuestro ordenamiento ritual tiene previsto, para el caso de que existan hechos controvertidos, la realización de una audiencia dentro de los quince días de dictada la providencia que tiene por contestada la demanda o reconvención, en su caso, o firme que se encuentre el interlocutorio que resuelve las excepciones previas. Asimismo, estipula que las partes deberán ofrecer, dentro de los cinco días de notificadas, las pruebas de que intenten valerse (art. 343 del CPCyC).

Berizonce señala en relación a la audiencia preliminar que

> La finalidad primordial de abreviar los desarrollos litigiosos mediante la concentración de actividades diversas, pero susceptibles de ser agrupadas en un momento inicial inserto a continuación de la traba procesal, se desbroza en otras tantas funciones entre las que se destacan principalmente, las que apuntan hacia: a) la conclusión del proceso por conducto de la conciliación de las posiciones de las partes y la obtención de un acuerdo solutorio; b) el sancionamiento anticipado, a través de la decisión y eventual superación de los impedimentos procesales que obstan a la decisión de mérito, o si fueren estos insubsanables, el sobreseimiento de las actuaciones; c) la simplificación y abreviación del objeto del proceso y de la prueba; d) la ordenación de los desarrollos inmediatos para la más provechosa y efectiva recepción de las medidas probatorias[18].

---

[17] Morello, Augusto M., "Producción de prueba temprana", publicado en la LA LEY 1996-C, 1228.-

[18] BERIZONCE, Roberto O., *La Audiencia Preliminar en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, publicado en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/26.pdf, pág. 453; con remisión a GELSI BIDART, A., *Sentido de la audiencia preliminar en el proceso*, comunicación a las IX Jornadas Iberamericanas de Derecho Procesal, Madrid, (1985);

Surge nítido que el objeto de la audiencia preliminar prevista en nuestro Código adjetivo (art. 345) es el de tentar la conciliación y preparar la etapa probatoria, delimitando los hechos controvertidos. Empero, la conciliación emana como una mera facultad del magistrado, diferente a la prevista en la estructura de la prueba pericial prevalente, que estriba en la voluntad de las partes.

En cuanto a la prueba pericial, el instituto de la audiencia preliminar refiere a que las partes, con anterioridad a que ésta se produzca, puedan presentar un escrito proponiendo peritos y determinando los puntos de pericia. Sin embargo, ninguna referencia se hace a la prueba restante en caso de existir ni a una futura audiencia de conciliación, sin perjuicio que las partes puedan solicitarla o el juez convocarla en virtud de sus facultades ordenatorias y de instrucción.

Ahora bien, la realización de la audiencia preliminar dispara el comienzo del plazo correspondiente a la segunda etapa del proceso ordinario, denominada probatoria, que se extiende por cuarenta días hábiles y donde las partes deberán diligenciar todas las pruebas ofrecidas. En cambio, la estructura prevista por el artículo 326 bis del Código Procesal de la Provincia de Corrientes segmenta el periodo probatorio, en el que debe realizarse, en primer lugar, la pericial y, de no arribar a un acuerdo, la restante prueba ofrecida.

VIII. La sentencia anticipatoria o despachos interinos de fondo

Advierte Carbone que

> debe tenerse por cierto que cuando nos referimos a las llamadas sentencias anticipatorias –para nosotros despacho interino de fondo- nos dirigimos a aquella porción del proceso urgente que anticipan total o parcialmente el contenido mismo de ciertas pretensiones, siempre y cuando se acrediten prima facie una fuerte dosis de probabilidad de ser declarado el derecho solicitado en la sentencia de fondo y que pueda llegarse a sufrir un perjuicio irreparable (irreversible en el terminología de la Corte en el leading case Camacho Acosta) o de difícil reparación, extremo este último que constituye un plus respecto del habitual peligro en la demora que se exige para el despacho de las medidas cautelares y en

FAIRÉN GILLÉN, V., *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, (1955), en nota 1, pp 7-8, publicado en www.bibliojuridica.org/libros/2/592/26.pdf.

> el marco del proceso troncal cuyo objeto mismo se está anticipando y sin perjuicio de que la sentencia definitiva revoque o confirme tal anticipación[19].

En definitiva, el referido autor conceptúa el instituto como

> el que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, de acuerdo el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez de modo sumario en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito[20].

Con ello podemos concluir que el instituto del "despacho interino de fondo" da cobijo a una pretensión cuyo fundamento, *prima facie,* contiene una alta probabilidad de certeza en cuanto a su recepción en la sentencia definitiva, lo que lo diferencia de la "prueba pericial prevalente" que es un elemento previo y de vital importancia para la sentencia.

IX. Precisiones

De lo expuesto precedentemente podemos advertir que la incorporación del instituto de la "prueba pericial prevalente" a nuestro CPCyC, de ninguna manera se contrapone con los ya regulados en él.

---

19 CARBONE, Carlos A., *Hacia un concepto de las sentencias anticipatorias (despachos interinos de fondo) y su repercusión en materia de accidentes del tránsito*, con cita de MARINONI, Luiz G., *La tutela anticipatoria en la reforma del Proceso Civil Brasileño*, Revista Jurisprudencia santafesina Nº 25, pág. 17; RIVAS, A, *La jurisdicción anticipatoria*, Ponencia en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe, 1995, Separata pág. 11; y PEYRANO, J., *Reformulación de la Teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, Ponencia en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de Corrientes, (1997), Libro de Publicaciones, pág. 500, Caso "Camacho Acosta M. c. Grafi Graf, SRL y otros CS, 07/08/97 ED, 176-64, publicado en MJ-DOC-2789-AR | MJD2789.

20 CARBONE, Carlos A., *Hacia un concepto de las sentencias anticipatorias (despachos interinos de fondo) y su repercusión en materia de accidentes del tránsito*, con cita de ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo Medidas Cautelares*, pág. 421.-

Por otro lado, resulta dable advertir que la incorporación de esta prueba al código de rito provincial permitiría:

1. La posibilidad de facultar a las partes para catalogar como "prueba prevalente" a la pericia.

2. La segmentación de la etapa probatoria, arrojando como consecuencia dos sub-etapas. La primera, en la cual se desarrollaría la prueba pericial "prevalente", y que a esta altura podemos denominar principal y de carácter necesario; y la segunda, que para su diligenciamiento requiere del fracaso de la audiencia de conciliación prevista dentro del esquema, que podemos denominar accesoria o complementaria y, por lo tanto, de carácter contingente.

3. Otorgar la posibilidad a los litigantes de llegar a una justa composición de sus derechos en la audiencia de conciliación prevista como obligatoria dentro de la etapa probatoria.

4. El desplazamiento de la apreciación de los resultados de la experticia a las partes y dentro de la etapa de prueba, lo que permitiría lograr un resultado temprano y acorde a sus pretensiones. Recordemos que, de lo contrario y conforme lo ha advertido la doctrina,

> (...) la apreciación del dictamen pericial de conformidad con las reglas de la sana crítica es facultad de los jueces, los que tienen respecto de la prueba pericial la misma libertad de apreciación que para el examen de las restantes medidas probatorias, pudiendo hacerlo con la latitud que, a su ciencia y conciencia, le adjudica la ley; pero es evidente que no pueden emitir una opinión distinta de la pericial sin fundarla científicamente, ya sea mediante sus propios conocimientos, opiniones científicas, comprobables en textos de ese carácter y opiniones de otros expertos. Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, -frente a la imposibilidad de obtener argumentos científicos de mayor valor-, aceptar sus conclusiones"[21].

X. Conclusiones

Sin perjuicio de considerar que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el proceso civil no puede conducirse en

[21] ALLOCATI, Amadeo y PIROLO, Miguel A. (Directores), *Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. Ley 18.345 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Tomo 2, 2da. Edición*, Ed. Astrea, (1999), p. 319.

términos estrictamente formales, pues no se traduce en el cumplimiento de ritos caprichosos, sino en el desarrollo de procedimientos destinados a establecer la verdad jurídica objetiva, que es su norte[22]; y que la normativa procesal, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso[23], entiendo que resulta aconsejable la incorporación del instituto de la "prueba pericial prevalente" al CPCyC de la Provincia de La Pampa. Sostengo esto porque si sólo se reserva al Juez su articulación, esto presupondría reconocer una modalidad de trabajo, por parte de los magistrados, que no se manifiesta en la cotidianeidad y, por otro lado, priva a las partes de una extraordinaria y moderna herramienta, cuya puesta en funcionamiento redundará, sin ningún lugar a dudas, en beneficios para todos.

[22] Fallos: t. 238, p. 550, Rev. LA LEY, t. 89, p. 412.-

[23] Fallos: t. 302, p. 1611, citado en BERIZONCE, Roberto O., en *El activismo de los jueces*, publicado en Editorial La Ley 1990-E, 920.

EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO, LA UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Norma Beatriz Martínez[1]

I. Introducción

La teoría general de la responsabilidad civil y, en particular, la extensión del resarcimiento, ha recibido el impacto del cambio de paradigma constitucional adoptado por la comunidad científica a partir de la reinterpretación que formularon Carlos Santiago Nino y Germán Bidart Campos al artículo 19 de la Constitución Nacional.

El desarrollo de fuente doctrinaria y jurisprudencial confirma esta línea evolutiva. Hoy no se duda que, ante la colisión de derechos fundamentales entre dos sujetos que se vinculan en un supuesto de hecho, ha de prevalecer el derecho de mayor peso. Así, el deber de no dañar a otro torna operativo el derecho de no sufrir un daño injusto y, éste, a la vez, vuelve operativo el derecho subjetivo a la reparación.

El profundo giro que desde lo teórico se ha producido tiene enorme incidencia en el análisis concreto que cada supuesto fáctico impone.

Así, es posible observar con especial atención un conjunto de aseveraciones que conforman la doctrina constitucional de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, esbozada en pronunciamientos que datan de algunos años (*Gunther*, *Santa Coloma*, *Luján*[2], entre otros.

Lo más relevante para el universo de análisis que abarca la responsabilidad civil es destacar que la normativa argentina de fuente interna consagra un derecho fundamental o sustancial a la reparación. En el Derecho Civil no se constituye el deber de reparar ya que el Código Civil sólo legisla normas reglamentarias derivadas de la Carta Magna. En efecto, es en el artículo 19 de la Constitución Nacional donde se consagra como principio general el deber de no dañar injustamente a otro. En el ámbito del derecho privado sólo se reglamenta la manda constitucional con el enunciado general del artículo 1109, de lo que deriva luego el desarrollo y

---

[1] Abogada. Maestrando. Profesora Universitaria. Profesora Adjunta de Derecho Civil II y Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de La Pampa. Email: norma.martinez@pjn.gov.ar

[2] CSJN, respectivamente en *Fallos* 308:1118; 308:1160; 308:1109.

regulación, como sanción, de la consecuencia jurídica que su violación conlleva. Este es el fundamento por el cual el régimen reparatorio del daño injusto que integra nuestro ordenamiento civilista se tendrá por válido sólo si cumple con los parámetros constitucionales. Lo será, por ejemplo, si soporta con éxito el test de razonabilidad del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Desde la fuente externa o internacional, el deber de no perjudicar injustamente a otro es un derecho humano y, como tal, está reconocido o constituido en el ordenamiento jurídico internacional. Esto es precisamente lo que ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo *Aquino*[3], con el que ha formulado notables aportes -a través de interpretaciones puntuales- al derecho de daños.

Luego de enfatizar en el considerando 3° que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero -concepto éste vinculado entrañablemente a la idea de reparación-, se señala con meridiana claridad cuál es el alcance de la reparación integral. La concepción materialista –expresan los jueces- debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente a la vida humana y a cuya reparación debe tender la justicia. Hay que reparar todo daño injusto que se haya provocado, tanto el de naturaleza patrimonial como el agravio moral.

Nadie duda que, con el paso del tiempo, la comunidad científica ha mutado de paradigma. Del liberal individualista, con eje en la propiedad, al del hombre como centro del sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la persona es inviolable y constituye un valor fundamental respecto al cual los restantes tienen siempre carácter instrumental.

No basta con la justicia distributiva que se instaura midiendo la exclusiva capacidad económica de las víctimas –en términos de capital o de su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo-. La significación de la vida de las personas no se agota en ese aspecto patrimonial, sino que las manifestaciones del espíritu, insusceptibles de medida económica, también integran como valor vital a los sujetos de derechos.

Es decir, la reparación debe tener esta calidad, debe ser plena o integral, para borrar así todo rastro de perjuicio. Si queda un mínimo menoscabo sin resarcir no se ha cumplido con el objetivo y, como tal, no se ha hecho justicia. En otras palabras, para que el pago sea eficaz y de este

[3] CSJN. Fallo "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidente Ley 9688", de fecha 21/09/04 y publicado en el Suplemento Especial, La Ley (septiembre de 2004).

modo se extinga la obligación contraída a partir del acto ilícito, o de la formalización de un contrato, o por la intervención activa de una cosa riesgosa o viciosa, se requiere respeto por el principio de integridad del pago.

En el considerando n° 4 –siempre del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni-, se retoma el análisis de los rubros indemnizatorios, acorde al principio de la reparación justa que emana de este derecho humano y, en el considerando n° 9, -en el que se hace referencia a un precedente de la Corte Interamericana[4]-, es precisamente donde se señala, como pauta orientadora, que la regulación del principio del alterum non laedere no puede imponer limitaciones que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. La indemnización debe ser "justa", y se considera tal la que tiende a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, en los planos tanto material como inmaterial, y no pueden implicar el empobrecimiento de la víctima. Es decir, el daño indemnizable -patrimonial y moral- será aquel que se haya padecido y acreditado.

Se desprende de *Aquino* que el derecho a la reparación es un derecho humano, conforme jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[5], y su sustento normativo lo encontramos en el artículo 21, parágrafo 2, del Pacto de San José de Costa Rica, en concordancia con el artículo 63, parágrafo 1 del mismo cuerpo.

> Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa" (artículo 21, parágrafo 2., PSJCR).
>
> Cuando decida que hubo violación en un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada…" (artículo 63, parágrafo 1., PSJCR).

Lo expuesto lleva a plantearnos si nuestra regulación interna del derecho a la reparación es correcta. El debate está abierto. Tenemos la enorme responsabilidad de reflexionar para encontrar las propuestas de

---

[4] Sentencia "Bamaca Velásquez vs.Guatemala, Reparaciones", de fecha 22/02/02, Serie C N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), San José, 2003, pgs. 107-08.

[5] Sentencias "Aloe Betoe" (Año 1992) y "Molina Tesei c/Guatemala" (Año 2004), Corte Interamericana de Derechos Humanos.

solución que mejor se adapten a la normativa internacional que integra nuestro ordenamiento.

II. El Proyecto de Unificación

De lo anteriormente expuesto se ha hecho eco el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, para el que se convocó, por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191/11, a los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Higthon de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En el mismo, de manera simplificada y general, se legisla reduciendo el número de normas aplicables, y dejando trascender una manifiesta constitucionalización del derecho privado, haciendo hincapié no sólo en la relación de los sujetos con las cosas sino, -lo que es por demás relevante-, las que vinculan al sujeto y los bienes, ampliando de este modo la protección a las relaciones no patrimoniales. Así, el Código Civil operará como un verdadero nexo entre la Constitución, los instrumentos internacionales y la vida de los particulares.

III. La responsabilidad civil

Más allá de lo que pueda opinarse en lo que hace a la denominación adoptada –teniendo en cuenta la posición de un sinnúmero de juristas que propiciaban hablar de responsabilidad por daños, por tener un campo de aplicación más amplio y abarcar, además, a las funciones preventiva y sancionatoria-, lo cierto es que esta terminología es la que se ha incorporado en el universo social.

El texto redactado ha consagrado la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, estableciendo el principio de la reparación plena y planteando distinguir, en base a la calidad del sujeto pasivo, dos especies de responsabilidades: directa, cuando se identifica como legitimado al autor del daño para la reparación del perjuicio causado; e indirecta, para aquellos casos donde quien debe hacer frente a la obligación indemnizatoria es determinado por la ley en base a la calidad que ostenta, (p.e., al ser principal de un dependiente o dueño o guardián de una cosa riesgosa o viciosa).

Además, y como derivación de lo expuesto, se desprenden supuestos donde el sujeto activo no se encuentra identificado y otros donde media pluriparticipación.

Se otorga carácter legal a la obligación objetiva de resultado y se plasman normativamente los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, elaborados por la doctrina y jurisprudencia, y que conforman lo que llamamos la tesis unitaria de la responsabilidad civil. Antijuridicidad, dañosidad, relación de causalidad y factores de atribución serán los cuatro requisitos legales a acreditar, siempre que se pretenda intentar una acción reparadora.

IV. Causales de justificación

Por primera vez en la legislación privada se establecen causales de justificación de los daños. La legítima defensa propia y de un tercero, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho fueron previstos en el artículo 1716, con una clara remisión al derecho penal al receptar, tal como lo hace el 34 del Código Penal, los requisitos que habilitan la aplicación de las justificaciones. De este modo es suficiente la ponderación que el juez civil efectúe para tener por justificado el daño, lo que generará el rechazo de la indemnización. Tratamiento particular mereció el supuesto especial del estado de necesidad, ya que para éste se acepta el progreso del reclamo por los daños provocados, aunque condicionado a que el juez, al ponderar en concreto la situación, la considere equitativa.

V. Eximentes

También se formulan consideraciones puntuales en cuanto a las eximentes de responsabilidad. A partir de ahora se hablará del hecho del damnificado, hecho del tercero, caso fortuito y fuerza mayor, imposibilidad objetiva y absoluta de cumplimiento y consentimiento del damnificado. La ruptura del nexo causal por causa ajena impone, de este modo, un freno al desplazamiento patrimonial indemnizatorio. Dejaremos de referirnos a la culpa del damnificado, de la víctima o de un tercero. No parece que esto sea sólo un cambio de denominación, sino que la modificación se ha de extender al análisis concreto del aporte causal extraño al legitimado pasivo. Esa contribución deberá tener carácter de caso fortuito o fuerza mayor para que, a nivel de eximente, habilite la compensación judicial de la obligación mayor hasta donde se extienda el monto de la menor. Dicho de otro modo, no cualquier aporte ajeno ha de eximir de responsabilidad.

El hecho del damnificado, previsto en el artículo 1726, tendrá idénticos efectos de liberar total o parcialmente de responsabilidad, excepto que, por el principio de autonomía de la voluntad -que sigue funcionando como rector,- se haya dispuesto lo contrario. Si las partes formalizaron un pacto de garantía, cualesquiera de las eximentes pierde vigencia, salvo que la ley prohíba asumir el caso fortuito. Y, si el deudor está en mora, o si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento ocurren por su culpa o son contingencia propia del riesgo o la actividad, la obligación sólo se extinguirá cumpliendo con la conducta debida.

Expresamente se señala que el caso fortuito y la fuerza mayor, junto a la imposibilidad objetiva y absoluta de cumplimiento, en la actual redacción, tienen consecuencias jurídicas idénticas (artículos 1727 y 1729). El texto del Anteproyecto indica que la imposibilidad no debe ser imputable -aunque parece redundante señalarlo luego de exigir que sea "objetiva y absoluta"-. Ello, sin duda, permite interpretar que se exige que ningún otro sujeto esté en condiciones de cumplir lo establecido.

La asunción de riesgos, plasmada en el artículo 1717, recoge lo que buena parte de la doctrina venia esbozando. Como principio general, la exposición voluntaria a una situación de peligro que causa daño al que se expuso, no exime de responsabilidad, a menos que tenga las características de un hecho del damnificado con entidad para interrumpir total o parcialmente el nexo causal. En cambio, si la exposición es para salvar la persona o los bienes de un tercero y en esas circunstancias se sufre una lesión, el damnificado tiene derecho a indemnización de quien generó el peligro. Claro está, entonces, que habrá acontecimientos excepcionales que al ser evaluados permitan aplicar la asunción de riesgos como eximente, aunque no funcionando como regla.

De igual manera, el consentimiento del damnificado puede tener trascendencia jurídica. En el artículo 1718 del Anteproyecto se especifica que opera como eximente en aquellos casos donde la lesión se produce sobre bienes disponibles, si: 1) el consentimiento es exteriorizado de manera libre e informada y 2) no constituye una cláusula abusiva.

VI. Prueba. Teoría de las cargas dinámicas.

El artículo 1731 del Proyecto de Unificación establece que la prueba de la relación causal, las eximentes y los factores de atribución quedarán a cargo de quien las alega, salvo que la ley las impute o presuma (artículo 1732), facultando al juez a que, durante el desarrollo del proceso, utilice el criterio de la distribución dinámica de la prueba si considera que la otra parte es quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. En este

caso, se impone como requisito notificar a quienes integran la litis para facilitar el ejercicio del derecho de defensa.

La directiva es sustancial, porque está dirigida al juez para que, al momento de resolver en ausencia de pruebas, pondere que el incumplimiento probatorio acarrea la pérdida del beneficio y adopte, de este modo, la decisión en consonancia con ello. La regla no ha de funcionar cuando se presuma la culpa o la causalidad.

VII. Valoración de la conducta

Al momento de valorar la conducta que ante el hecho concreto los intervinientes han desplegado, el juez debe efectuar un análisis conveniente y acorde a todas las circunstancias. Sabios maestros del Derecho Civil, como fue el Dr. Isidoro Goldenberg y es el Dr. Jesús Daniel Los Arcos Vidaurreta, siempre han señalado que una verdadera pieza jurídica del Código de Vélez Sárfield lo constituía el artículo 902. Con beneplácito podemos encontrar que el artículo 1723 recoge sus preceptos. "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias…" Similar al artículo 902 que Vélez había extraído del Código de Prusia pero ampliado ya que, cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones de las partes.

Esto es, frente a relaciones entre los profesionales y sus clientes, por ejemplo, permite tomar en cuenta la condición subjetiva especial o la facultad intelectual del sujeto interviniente.

Así, la regla se aplicará no sólo para la imputabilidad sino, además, para la causalidad.

VIII. Factores de atribución

Se introduce una acepción única de dolo, que requiere la producción intencional del daño o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, quedando comprendido en ella el incumplimiento obligacional deliberado. La culpa se prevé con un criterio similar al del artículo 512 actual y se la define como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Junto a estos factores de atribución subjetivos

funcionan además los objetivos (equidad, garantía, riesgo, vicio, actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias). De ellos se puntualiza que son aquellos en los que la culpa del agente es irrelevante. Los factores de atribución subjetivos funcionan por defecto ante falta de previsión. La diferencia entre ambas imputaciones se ponen de manifiesto a nivel de las eximentes. Mientras la objetiva permite liberarse acreditando un curso causal ajeno (p.e., caso fortuito, hecho de la víctima o hecho de un tercero), la subjetiva, aunque se presuma la culpa, requiere la demostración de su falta.

IX. Deber de reparar

El artículo 1109 del Código Civil actual concuerda con el artículo 1714 del Anteproyecto. Se impone el deber jurídico genérico de no dañar a otro, alterum non laedere. Su violación, sea por incumplimiento de una obligación o simplemente por causar un daño, genera la obligación de reparar. Esta redacción traduce la unificación de regímenes que nos lleva a decir que, con ella, el artículo 1107 vigente pasará al olvido. La solución es coherente con las conclusiones a las que se arribó en numerosos Congresos y Jornadas Nacionales.

Este deber de reparar merece armonizarse con la previsión del artículo 1749: “Es responsable directo quien incumple una obligación por sí o por un tercero, u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”.

X. Antijuridicidad

“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. La redacción es mucho más general que la actual del artículo 1066 y recepta el criterio material. Lo que es ilícito es antijurídico. Incluye toda conducta considerada inconveniente, en particular, por el legislador o aquella que vulnere la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

XI. Relación causal

La causalidad, que permite adjudicar las consecuencias de un acto, debe ser adecuada, tal como lo pauta hoy el artículo 906. Se indemnizan

siempre las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, es decir, las que ocurren según el curso natural y ordinario de las cosas y las que se conectan con el hecho a través de un acontecimiento distinto en tanto puedan preverse. Las casuales, que son las que no pueden preverse, ingresan a la reparación cuando se actúa de manera dolosa al preexistir un vínculo contractual o para otorgarle carácter de plena en los casos de hechos ilícitos.

Tal como estudiamos hasta el presente, la previsibilidad objetiva es la que permite determinar de manera directa la extensión del resarcimiento en tanto, indirectamente, nos lleva a adjudicar las consecuencias dañosas del acto a su autor o a quien por la calidad que tiene, la ley identifica como legitimado pasivo (p.e., principal de un dependiente o dueño o guardián de una cosa riesgosa o viciosa, quien se aprovecha de una actividad riesgosa, etc).

La previsibilidad contractual está contenida en el artículo 1725 del Anteproyecto, en total acuerdo con lo que rige el actual artículo 1198. En éste se fija que si hay dolo se responde hasta por las consecuencias no previstas.

Se ratifica el parámetro de la previsibilidad, tanto subjetiva como objetiva para orientar los razonamientos jurídicos en el campo de la responsabilidad.

XII. Dañosidad

Varios aspectos relacionados con el daño son abordados en el Anteproyecto. A partir de su sanción, se hablará de daño patrimonial y no patrimonial, ampliándose la legitimación para el agravio moral. Se incluye la violación a derechos personalísimos, a la integridad personal, a la salud psicofísica, a las afecciones espirituales legítimas y la interferencia al proyecto de vida.

El artículo 1733 afirma que: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Para que el daño sea resarcible se consagran los requisitos elaborados y especificados por la doctrina y la jurisprudencia. El perjuicio debe ser directo e indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. Destaca, como excepción a la certeza exigida, que la pérdida de la chance se reparará si la contingencia es razonable y guarda relación causal adecuada con el hecho generador.

XIII. Indemnización

La reparación, como prestación, tiene que ser plena conforme el artículo 1736 del Anteproyecto, texto similar al del actual artículo 1083. Se pretende la restitución del equilibrio perdido a causa de la lesión. El pago se hará en dinero o en especie y la víctima puede optar -salvo que medie imposibilidad-, funcionando como una obligación alternativa impropia. Para el caso de lesión al honor, intimidad o identidad personal, el juez está facultado para ordenar la publicación de la sentencia.

El artículo 1734 del Anteproyecto especifica rubros indemnizatorios patrimoniales. En principio, se indemnizan la pérdida o disminución del patrimonio, -que hoy se identifica como el daño emergente-, junto al lucro cesante considerado como el beneficio económico esperado según una probabilidad objetiva, y la pérdida de chance. Se deja sentado, para que no quede duda alguna que, en lo que hace a las ganancias de que fue privado el sujeto lesionado, la determinación debe efectuarse con una medición objetiva.

En lo que hace al daño no patrimonial, como regla sólo el legitimado directo accedería a la indemnización. Sin embargo, por muerte o discapacidad, también progresará el planteo efectuado por los ascendientes, descendientes, cónyuges y quienes convivan con aquél si reciben trato familiar, lo que evidencia una manifiesta extensión de legitimados. El artículo 1078 del Código Civil actual fue objeto de numerosos planteos de inconstitucionalidad y, por otro lado, desconoce el agravio moral a la concubina –que, en los hechos, es desconocer la realidad imperante en la sociedad que integramos-. Se acepta que, iniciada en vida y producida luego la muerte del peticionante, la acción se transmitirá a los sucesores.

La prueba del daño queda a cargo de quien lo invoca, salvo presunción legal o que sea notorio, lo que suma un nuevo reconocimiento de lo que venía siendo considerado así por los operadores del derecho.

Un lugar especial ocupa la atribución que tiene el juez de morigerar la indemnización cuando se actúa de manera culposa. El artículo 1738 del Anteproyecto establece que ello puede hacerse por cuestiones de equidad, en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho, excluyendo tal facultad cuando se haya actuado con dolo. Es evidente la coincidencia con lo que postula el actual artículo 1069.

Si la indemnización fuera por fallecimiento, deberán satisfacerse los gastos necesarios para la asistencia y funeral y el pago se hará al que los haya abonado. Corresponden, además, los alimentos para el cónyuge,

conviviente, hijos menores de 21 años o incapaces (sin necesidad de declaración judicial) y aunque haya otro obligado a prestar alimentos al damnificado indirecto. Se prevé, también, indemnizar la pérdida de chance de ayuda futura ante la muerte de hijos (aunque quien lo solicite sólo tenga su guarda), terminando así con un intenso debate jurisdiccional y doctrinario que generaba este tipo de planteos ante la ausencia de regulación en tal sentido.

Para la cuantificación de los daños, el juez debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes.

Si la indemnización es por lesiones o incapacidad física o psíquica, sea parcial o total, se requiere que el juez determine un capital -para que sus rentas cubran la disminución de aptitud para realizar actividades productivas- que se agote en el término en que pudo continuar la actividad.

Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte acorde a la índole de lesión. De modo que, una vez más, se incorpora al Código lo que la doctrina y jurisprudencia han desarrollado durante años.

Si la incapacidad es permanente, se indemniza el daño aunque el damnificado siga ejerciendo tarea remunerada. Esto quiere decir que, por más que la lesión no le impida a la persona actuar como factor productivo, el impacto que aquélla le genera en su vida cotidiana y de relación tiene que repararse.

Se legisla puntualmente que los intereses se deben desde el momento mismo en que el daño se produjo (artículo 1744 del Anteproyecto).

XIV. Particularidades

Partiendo del principio de que la responsabilidad directa prevista en el artículo 1749 del Proyecto de Unificación determina como responsable al que incumple una obligación por sí o por un tercero o el que ocasiona un daño injustificado por acción u omisión, considerando al sujeto protagonista capaz y, por ende, ejecutando un acto voluntario, se establece más adelante la responsabilidad por acto involuntario en el artículo 1750 -que coincide con el artículo 907 que introdujo la Ley 17711-. Acorde a este modo de actuar se responde por razones de equidad y se aplica lo dispuesto en el artículo 1738, en cuanto a la posible atenuación por parte del juez.

Cuando estemos en presencia de pluralidad de autores, el Anteproyecto se inclina porque las obligaciones sean concurrentes cuando la causa es distinta, y solidaria cuando es única (artículo 1751). Se termina

así con otra intensa discusión, tanto doctrinaria como jurisprudencial. La solución es absolutamente razonable. Se especifica que, en casos de encubrimiento, la obligación indemnizatoria será proporcional a la cooperación.

Cuando la responsabilidad se genera ante el incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, se considera inválida la dispensa contractual anticipada si esas cláusulas eximentes o liberadoras afectan derechos no disponibles o atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. No son válidas tampoco cuando liberan anticipadamente del dolo del deudor en el incumplimiento de la obligación futura, tal como lo hacía hasta la fecha el artículo 507 del Código Civil.

La previsibilidad contractual está normada en el artículo 1725 del Proyecto Unificado, de manera similar a como lo está en la actualidad en el artículo 1198 del Código Civil, aunque estableciendo de manera precisa que, en caso de que medie dolo, la extensión del resarcimiento incluye las consecuencias casuales.

XV. Responsabilidades especiales

1. Responsabilidad por el hecho de un tercero. El artículo 1753 del Anteproyecto pretende dar solución a los casos que quedaban atrapados por el artículo 1113 del Código Civil. El principal deberá responder por el dependiente cuando el hecho dañoso acaezca en ejercicio o en ocasión de las funciones encomendadas. Se consigna que la falta de discernimiento no excusa al principal. Frente a la víctima la obligación será concurrente -del principal y del dependiente-, siendo reconocida la acción de regreso del principal. Se especifica que éste responde también por las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones.

2. Responsabilidad de los padres. Se termina con otra gran discusión al establecerse que esta responsabilidad es objetiva (artículo 1755 del Proyecto de Unificación) y, por lo tanto, este es el paradigma que debe aplicarse. El artículo 1754 consagra la solidaridad entre ambos padres cuando el daño lo producen sus hijos que se hallan bajo su responsabilidad parental, aunque esto está sometido a la condición de que habiten con ellos. Merece citarse que parece innecesaria la previsión que señala que responderán aunque no convivan, si ello les es atribuible porque ese agregado introduce un sesgo culposo, que hasta puede generar interpretaciones dispares. Como es obvio, deja a salvo la responsabilidad de los hijos si fueren mayores de 18 años, en cuyo caso habrá concurrencia de

responsabilidades. Son los padres quienes, para eximirse, se encuentran obligados a probar las eximentes. De manera especial, se permite acreditar que el hijo fue puesto bajo vigilancia de otra persona, sea ésta permanente o transitoria, o cuando las tareas generadoras del daño son inherentes al ejercicio de su profesión o funciones encomendadas por terceros o, finalmente, cuando median obligaciones contractuales válidamente contraídas. De nuevo vale remarcar que hacer hincapié sólo en la vigilancia delegada para eximir de responsabilidad a los padres nos coloca ante la sospecha de que, entonces, el factor de atribución subjetivo sigue siendo relevante en este tipo de responsabilidad, lo que contradice lo afirmado en el artículo. Debería señalarse que cuando el menor se encuentra bajo la responsabilidad de un tercero será éste quien deba hacer frente a la indemnización.

3. Responsabilidad de los tutores o curadores. Los tutores o curadores responden como los padres aunque tienen a su disposición eximentes más amplias, ya que pueden esquivar el planteo si acreditan que les fue imposible evitar el daño, aunque no basta la circunstancia de que el hecho ocurrió fuera de su presencia (artículo 1756 del Anteproyecto).

4. Responsabilidad de los establecimientos asistenciales. El mismo artículo 1756 del Anteproyecto regula que, en estos casos, el factor de atribución es subjetivo, en relación a los daños que sufran las personas que tienen a su cuidado, sea de manera transitoria o permanente.

5. Responsabilidad por intervención de cosas. En la Sección 8°, a partir del artículo 1757 del Anteproyecto, se regula otro supuesto que quedaba abarcado por el actual 1113 del Código Civil actual. El hecho de las cosas y actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias de su realización, quedan alcanzadas por la responsabilidad objetiva. Toda persona debe indemnizar a quien, en esas circunstancias, haya padecido un daño, sin que lo exima la autorización administrativa para el uso de la cosa ni el cumplimiento de técnicas de prevención. El dueño y el guardián responden indistintamente frente a la víctima. Se especifica que "guardián" es el que ejerce por sí o por terceros el uso, la dirección y el control de la cosa, o quien obtiene provecho de ella. Se deja a salvo que el dueño no responde, si prueba que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta. En caso de que la propia actividad sea riesgosa, el legitimado pasivo es el que la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, salvo legislación especial.

6. Responsabilidad por daños causados por animales. Realmente es para aplaudir la síntesis efectuada en el artículo 1759 del Anteproyecto, que remite al artículo 1757 actual, que considera el perjuicio como un hecho de la cosa.

7. Responsabilidad colectiva y anónima. Cuando se produce la lesión a raíz de una cosa suspendida o arrojada de un edificio, los dueños y ocupantes responden solidariamente. El Anteproyecto deja a salvo la posibilidad de plantear como eximente la prueba de no haber participado del hecho (artículo 1760). Cuando el autor es anónimo (no identificado), y el daño se provocó en situación tal que pudieran haber sido varios los generadores del mismo, todos los posibles victimarios deben responder, funcionando en tal caso también como eximente la prueba de no haber participado del hecho (artículo 1761).

Supuesto similar al anterior es el que se regula en el artículo 1762 del Anteproyecto, cuando prevé la actividad peligrosa de un grupo en relación a terceros, caso en el que todos las intervinientes responden solidariamente, pudiendo eximirse quien prueba que no participó.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas. El artículo 1763 del Anteproyecto hace responsables a las personas jurídicas por los daños causados por quienes las dirijan o administren en ejercicio u ocasión de sus funciones.

9. Responsabilidad de los establecimiento educativos. La responsabilidad que establece el artículo 1767 del Anteproyecto es similar a la que prevé hoy el artículo 1117 del Código Civil. El titular del establecimiento es quien responde de manera objetiva. Funciona como eximente el caso fortuito, sea que el daño haya sido causado o sufrido por sus alumnos. Exige la contratación de un seguro.

10. Responsabilidad de los que ejercen profesiones liberales. El artículo 1768 del Anteproyecto especifica que los profesionales asumen como regla una obligación de hacer de naturaleza subjetiva, salvo promesa de resultado. Esa obligación no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas.

11. Responsabilidad en accidentes de tránsito. Consagrada en el artículo 1769 del Anteproyecto, lo considero otro gran acierto, al dejar en claro que todos los casos de accidentes de tránsito, con independencia del tipo de relación que conecte a las partes que se vincularon a partir de un acto ilícito con intervención de cosas riesgosas, deben ser resueltas por aplicación del artículo 1757.

12. Responsabilidad ante lesión a la vida privada. El artículo 1770 del Anteproyecto regula estos casos de igual modo a como lo hace el artículo 1071 bis.

13. Responsabilidad por calumnia. Sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados

de la falsedad de la denuncia o querella si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

XVI. Funciones

La función resarcitoria o reparadora es la que prevalece en el Anteproyecto de Unificación. Está prevista en veintiún artículos de la Sección 3°, donde se regulan la antijuridicidad, las causales de justificación, los factores de atribución, las eximentes y la relación de causalidad. Continúa en la Sección 4°, donde en doce artículos se establecen las pautas para considerar al daño, fijando como regla general la reparación plena, los daños resarcibles y la atenuación de la indemnización, para terminar regulando indemnizaciones especiales (artículos 1733 a 1744). Luego, la Sección 5° fija las pautas relativas a los daños a los derechos de incidencia colectiva (artículo 1745/1748) y la Sección 6° regula desde el artículo 1749 al 1752 la responsabilidad directa, por actos involuntarios, con pluralidad de responsables y el encubrimiento. La Sección 7° establece supuestos especiales de responsabilidad por el hecho del tercero (principal, padres, tutores, establecimientos asistenciales) en los artículos 1753 a 1756. En la Sección 8°, se proyecta la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades riesgosas (artículos 1757 a 1759), mientras que en la Sección 9° se consagra la responsabilidad colectiva y anónima. En la Sección 10° se regulan supuestos especiales de responsabilidad (persona jurídica, establecimientos educativos, profesiones liberales, accidentes de tránsito, protección de la vida privada y acusación calumniosa) para concluir en las Secciones 11 y 12 con el ejercicio de las acciones de responsabilidad y la independencia e interrelación de las mismas.

XVII. Prevención

La reparación no es la única función que la Comisión ha previsto en la Unificación. Durante mucho tiempo numerosos juristas venían sosteniendo, junto a la oposición de otros, que la reparación comparte con la prevención y la sanción pecuniaria disuasiva la calidad de función de la responsabilidad civil. De las dos, la prevención es –a no dudarlo- un mecanismo fundamental para impedir que cualquier perjuicio se concrete. Mucho más que eso supone pensar que primero hay que prevenir, para luego incentivar la protección de bienes colectivos.

La función a tener en cuenta y aplicar será acorde al bien protegido en el caso concreto.

La prevención está prevista en los artículos 1710 a 1713. En el primero de ellos se establece el deber de prevención, en el artículo 1711 se regula la acción de prevención y en el siguiente la legitimación, mientras que el artículo 1713 fija el alcance de la sentencia preventiva.

Así, señala el artículo 1710, que

> toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Evitar causar un daño, adoptar medidas razonables acordes a la buena fe para evitarlo o disminuirlo y no agravarlo son deberes impuestos *erga omnes*.

Cuando se omite cumplir el deber genérico de prevención, se acepta la acción preventiva ante la previsible producción, continuación o agravamiento del daño, sin que se exija la acreditación de ningún factor de atribución. Es suficiente la prueba de la antijuridicidad, la dañosidad y la relación de causalidad. Tienen legitimación sustancial para plantearla quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

Esa acción preventiva puede ser provisional o definitiva o incorporarse dentro de un proceso autosatisfactivo, delimitándose de este modo tres posibles criterios. Es claro que se recepta, así, la tutela inhibitoria o definitiva, la tutela civil preventiva y las medidas autosatisfactivas, transformándose en una norma sustantiva y adjetiva a la vez, que se ha introducido por una cuestión de política legislativa, aunque forme parte de una ley de fondo. Si la tutela pretendida es definitiva ella surgirá de un proceso autónomo destinado sólo a prevenir. La sentencia podrá establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos, y siempre la extensión de esas obligaciones estará guiada por la necesidad de evitar el daño, con la menor restricción posible de derechos. El juez podrá orientar su decisión considerando razonablemente todas las circunstancias del caso, cual relación de medio a fin.

XVIII. Sanción pecuniaria disuasiva

La sanción pecuniaria disuasiva ha sido por años la función más cuestionada del ámbito de la responsabilidad por su ajenidad con el derecho privado. En ella el rol de los jueces será más que preponderante en cuestiones donde falta experiencia, por lo que su aplicación constituirá una verdadera novedad. La sanción sólo puede imponerse a petición de parte, y siempre que medie grave menosprecio a los derechos colectivos (ambiente, transparencia de mercado, competencia). Esos derechos pertenecen a la categoría de los indivisibles, no generan derechos subjetivos y la expresión refleja la exigencia de un actuar doloso especial. No sólo media intención deliberada de generar daño sino también desprecio por los bienes con titularidad plural. Está prevista la posible acumulación de la sanción a la reparación y/o a la prevención, y su cuantificación requiere de la prudencia judicial, acorde a las circunstancias del caso (la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones administrativas o penales). El monto tiene que fijarse, por equivalencia o satisfacción, pero ajustándose a las pruebas rendidas.

El artículo 1713 denota que la sanción tiene una aplicación similar a las astreintes e idéntica a lo previsto por el artículo 52 bis de la ley 24240, que consiste en una multa civil que tiene como beneficiario al consumidor. La prestación supone una obligación de dar una suma de dinero y a la vez tiene una función dual, como si se tratara de una punición del derecho penal, a modo de prevención especial y general. Por un lado, tiene como objeto disuadir futuras conductas sociales dañosas y, por otro, actúa como reproche para el sujeto pasivo. La norma es abierta en cuanto al destino que se le da, por lo que será completada por el desarrollo jurisprudencial y doctrinario posterior. Es de tener en cuenta que, si la sanción pecuniaria tutela el interés colectivo, debiera tener como beneficiaria a la comunidad, ya que al comprometerse bienes especiales deberían intervenir ciertas organizaciones que busquen garantizar la no repetición de esos hechos. Esta medida se puede dejar de lado, si hay acumulación de sanciones ante un mismo hecho nocivo, lo que marca su mutabilidad, ya que pueden existir sanciones administrativas, penales o civiles derivadas de un único curso causal dañoso que tornen irrazonable la nueva sanción.

Ante las diversas situaciones que han de plantearse, deberemos tener presente que si se afecta un derecho de incidencia colectiva se aplicará la norma proyectada. Si, en cambio, la afectación se produce a un derecho individual en el ámbito de las relaciones de consumo, se torna operativa la ley especial. Pero si los derechos vulnerados no están dentro de

una relación de consumo y no pertenecen a un bien colectivo, la sanción pecuniaria disuasiva no se aplica.

Tienen legitimación quienes pueden peticionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva (defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, los afectados). Es obvio que un sujeto puede reclamar la reparación de daños individuales –que ingresará a su patrimonio- y, además, pedir la aplicación de la sanción –que no ingresará a su patrimonio-.

EL *EFFET UTILE* DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Victoria Santesteban [1]

I. Introducción

El actual Derecho Internacional Público (DIP) dista de aquel primigenio, abocado básicamente a las relaciones diplomáticas, a las declaraciones y el protocolo. Hoy día, el DIP se erige no ya como rama tímida del derecho, sino como campo indispensable para regir las relaciones que exceden fronteras.

Los conceptos de antaño se redefinen: fronteras más flexibles, términos y conceptos que adquieren otra significación, Estados que ceden cuotas de soberanía. Otros campos del Derecho advierten asimismo las mutaciones: el constitucionalismo actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no solo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, y ello en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador[2]. Y en este contexto, el llamado control de convencionalidad importa un cambio de paradigma. Apunta el catedrático y magistrado constitucional costarricense Jinesta Lobo, que la doctrina actual debe asumir esta mutación positiva de los principios de antaño como la supremacía constitucional y la fidelidad constitucional, así como el replanteamiento de la teoría clásica de las fuentes del Derecho como fenómenos generados por la eclosión del control de convencionalidad. Este control acarrea entonces la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos y, en definitiva, instaurar un

---

[1] Abogada, Universidad de Buenos Aires.

[2] BAZÁN, Víctor, *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo (2010), pág 153.

nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.[3]

La soberanía absoluta del Estado clásico cede ante el entendimiento de valores universales, de exigencias y problemáticas trasnacionales. La soberanía de los Estados se diluye y el poder público se reorganiza a través de nuevas formas y estructuras. Nuevas formas de gobernanza "multinivel" y de ejercicio de la soberanía que hacen a la redefinición del Estado y de las maneras en las que cumple sus funciones básicas.[4] El proceso de globalización pone en tela de juicio la capacidad estatal para seguir cumpliendo sus funciones básicas; y por más local que pueda parecer una acción determinada, entiende Gil Domínguez, la incidencia de la escena global en su éxito o fracaso parece ineludible.[5]

Ya ningún Estado puede arrogarse aislado del mundo, y regirse a sí bajo sus únicas reglas. Las relaciones entre Estados exceden el plano de la protocolar diplomacia: Estados que se unen entre sí y conforman regionalismos, que ceden parte de su soberanía a entes supranacionales, un plexo axiológico común, universal y el ser humano amparado no sólo por las leyes de donde es natural, sino como hombre y mujer de un mundo globalizado, protegido por un derecho transfronterizo. La nueva interdependencia mundial genera posibilidades hasta hace poco impensadas de expansión normativa, simbólica y filosófica de la universalización de los derechos como puntos mínimos de acuerdo para la convivencia planetaria.[6]

En los últimos cincuenta años proliferó la actividad convencional de los Estados: la concreción de Tratados Internacionales que obligan a las Naciones firmantes es una realidad patente de estos tiempos. Convenios que regulan de las más diversas materias, que no se limitan ya a los

---

[3] JINESTA, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales", artículo publicado en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coordinado por Ferrer Mac-Gregor, Constitucionalismo y Derecho Público Estudios accedido a través del link www.ijf.cjf.gob.mx.

[4] SANAHUJA, José A. & ELIZONDO, Luis, "El Estado en las relaciones internacionales. Ministerio de asuntos exteriores y cooperación", Programa de Escuela Diplomática de España, en www.maec.es.

[5] GIL DOMINGUEZ, Andrés, "Globalización y control de Convencionalidad", artículo publicado en Diario La Ley, Buenos Aires, 20/07/11.

[6] GIL DOMINGUEZ, Ob. cit.

primigenios pactos de carácter eminentemente comercial y de trazo de alianzas estratégicas, constituyen elemento clave para esta *convivencia planetaria*. Un mundo azotado por guerras mundiales, entendió luego de tanta aberración, que la unión debía consolidarse también para la paz.

Los pactos ratificados por los Estados integran el plexo normativo doméstico, y por tanto deben ser acatados por los Estados firmantes generando su incumplimiento responsabilidad internacional. Por lo que competerá a cada Estado velar por su propia conducta; son los propios Estados los que crean las normas internacionales y se someten a ellas.[7] En función de la materia regulada la jerarquía del Tratado respecto de la Constitución habrá de variar. En el caso de las Convenciones reguladoras de derechos humanos, en nuestro caso, el Art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental establece que detentan jerarquía constitucional; de allí que la cúspide de la pirámide normativa se encuentra ocupada no sólo por la Constitución Nacional, sino que completa el lugar aquellas Convenciones ratificadas por Argentina en materia de protección de los Derechos Humanos. De este modo, a la clásica función de control de la plena vigencia de la Constitución Nacional, súmese entonces el control de convencionalidad.

Los jueces nacionales no sólo deben velar por el respeto a los preceptos contenidos en la Constitución Nacional, sino que deben asimismo garantizar la vigencia de los preceptos convencionales. Las disposiciones locales no sólo habrán de condecirse con la letra constitucional, sino que deberán ser compatibles con la letra convencional.

II. Aproximación al concepto de control de convencionalidad

El control de convencionalidad es creación pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): a partir del caso "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile" de 26 de septiembre de 2006, el Tribunal entendió que

> 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.

[7] PAGLIARI, Arturo S., "Reflexiones sobre la fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y efectos", artículo publicado en sitio web Dialnet.com.

La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del control de convencionalidad se debe ejercer por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.[8]

Como si se tratara de una versión regional del emblemático *Marbury vs. Madison*, la Corte estatuye pretorianamente que el Poder Judicial de los países sujetos al sistema interamericano, debe ejercer el control de convencionalidad.[9] La Corte IDH indicó que el Control de Convencionalidad se sustenta en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados y que la Corte IDH ha harto reiterado: en virtud "... del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida"[10].

El control de convencionalidad - que debe ser ejercido, incluso de oficio, por los Tribunales y Salas constitucionales de Latinoamérica - les plantea a estos órganos nuevos retos y desafíos en el ejercicio de sus funciones de fiscalización constitucional. Como se adelantara, el control de convencionalidad supone un revulsivo en la teoría de las fuentes del Derecho, un replanteamiento de una serie de categorías dogmáticas y el surgimiento de otras absolutamente novedosas. Importa el deber judicial de velar por el respeto a los Convenios Internacionales sobre protección de los Derechos Humanos en los que el Estado es parte.

La necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado de Derechos Humanos del cual un Estado es parte implica que éste debe aplicar e implementar el derecho internacional que corresponda en su derecho

---

[8] Considerando 19 del voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010.

[9] ABEL, Federico, "El Control de Convencionalidad como mecanismo para la integración entre el Derecho Interno y el Derecho Interamericano", artículo publicado en Revista La Ley, 20/05/2011, www.laleyonline.com.ar.

[10] Sentencia de la Corte IDH, Caso "Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela", 04/05/2004.

interno mediante la creación de normas o toma de medidas que se ajusten al compromiso asumido y la derogación de aquellas incompatibles con ese compromiso. La conducta gubernamental deberá entonces asegurar el eficaz funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en nuestro caso. Y, en tal inteligencia, el control de convencionalidad, aparece como medida orientada al cumplimiento de aquellas obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación asumidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Este control se erige entonces como herramienta fundamental para cumplir con el compromiso pactado.

Recuérdese que el control de constitucionalidad importa que el juez debe velar por la correspondencia de las leyes con la cúspide de la pirámide jurídica, cual es, la Constitución Nacional. La inconstitucionalidad de una ley es pronunciada por el juez, en el ejercicio jurisdiccional, en el marco de una sentencia, y respecto del caso en concreto. El control de constitucionalidad argentino es difuso: todo magistrado está facultado para pronunciarse respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cualquier disposición normativa.

Y toda vez que Argentina –como demás Estados Americanos- es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces deben ejercer el control de constitucionalidad a la par del control de convencionalidad. Control este último que importa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.[11]

El control de convencionalidad importa entonces un examen sobre la normativa doméstica, pero la cúspide piramidal está ocupada en este caso por el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones sobre Derechos Humanos ratificadas por Argentina.

Este doble examen, aseguraría que toda revisación judicial no sólo asegura el cumplimiento de los preceptos constitucionales, sino además de los preceptos convencionales. El control de convencionalidad es definido como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado

[11] HITTERS, Juan C.. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", artículo publicado en Revista Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-28, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

respecto del tratado del cual es parte[12], y su no acatamiento responsabiliza internacionalmente al Estado incumplidor.

La letra del Tratado obliga a todos los poderes del Estado parte y su plena vigencia depende del proceder de los órganos públicos, encargados de velar por su cumplimiento. La eficacia de los preceptos convencionales dependerá entonces de la conducta estatal.

La inexistencia del ejercicio del Control de Convencionalidad importa no sólo las posibles sanciones al Estado que hace caso omiso de los preceptos convencionales, sino que el texto del tratado deviene en letra muerta, carente de *effet utile*. En este razonamiento, ha advertido la Corte IDH que: "... cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también 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".[13]

> Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, apunta Bazán, se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.[14]

El control de convencionalidad logra erigirse como herramienta indispensable para la fidelidad doméstica a los pactos internacionales. De nada sirve suscribir instrumentos en sede internacional si luego no habrán de ser observados, y lo que es más, contradichos: lógicamente, la letra del Tratado adquiere virtualidad cuando es aplicada. De allí que el juez contralor de convencionalidad asegura que el derecho contenido en la CADH es derecho vigente. Concreta, materializa, aquellos preceptos voluntariamente acordados por los Estados que se han sometido a una legislación que trasciende los límites de su geografía, y que no emana de sus parlamentos.

---

[12] IBAÑEZ RIVAS, Juana M., "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" artículo que se puede ver en www.anuariocdh.uchile.cl.

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C Nr. 158.

[14] BAZAN, Víctor, "Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas", artículo publicado en revista La Ley, 04/04/2012, www.laleyonline.com.

A decir de Pizzolo, este control inspirado en la lógica del control de constitucionalidad actúa como garantía de la aplicación efectiva de las obligaciones asumidas por los Estados, o sea, su efecto útil

El control de convencionalidad es ejercido tanto por tribunales locales como por tribunales internacionales. En este sentido asevera Hitters que el control de convencionalidad

> es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, comparando el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el Tribunal regional si es que el caso llega a sus estrados.[15]

El autor recuerda de este modo el carácter subsidiario de los Tribunales Internacionales: el encargado por excelencia de velar por el cumplimiento de lo convenido en el Pacto es el Estado parte; de no ser ello así, compete en tal caso a la Corte IDH ejercer el Control de Convencionalidad. Previa y principalmente los jueces locales pueden y deben ejercer este control, lógicamente antes que el pleito llegue a instancia internacional. Tal subsidiariedad de la Corte IDH y el necesario análisis doméstico de las actuaciones viene impuesto por la inteligencia del art. 46.1.a. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin dudas, el control de convencionalidad en sede interna opera como un eficaz suavizador de eventuales casos que pueden ser juzgados en el ámbito del control de convencionalidad en sede internacional. En otras palabras, a mayor control de convencionalidad en sede interna, menor espacio para la responsabilidad internacional del Estado respecto de la plena vigencia de los derechos humanos.[16]

Según Sagüés el control de convencionalidad desempeña un papel represivo a la vez que constructivo: represivo toda vez que obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas a la Convención, y a la interpretación que sobre dicha Convención ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[15] HITTERS, Juan C., ob. cit.

[16] GIL DOMINGUEZ, Andrés, "El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio", artículo publicado en revista La Ley, en www.laleyonline.com.

> Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación "armonizante" o "adaptativa" del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana".[17]

En ese aspecto se ha sostenido que los jueces y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José sus jueces como parte del aparato estatal, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar para que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarios a su objeto y fin.[18]

En realidad, todos los poderes públicos deben fidelidad al Pacto: no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH).

Ahora bien, vale destacar que el control de convencionalidad no sólo incluye en la cúspide piramidal a los instrumentos internacionales a los que el país ha adherido, Tratados, Convenciones, Resoluciones, Declaraciones, Informes, etc., tales como el Protocolo de San Salvador; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belem do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada; sino que el corpus iuris convencional se integra a su vez por la jurisprudencia de la Corte IDH.

> Los jueces locales, al resolver sobre cuestiones que comprometan los derechos reconocidos por el Pacto —sin perjuicio de los acogidos por los demás tratados incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22)—, no sólo deben resolver a la luz de la normativa convencional, sino también aplicando los criterios de interpretación adoptados por la Corte IDH (y no exclusivamente los plasmados en las causas en las que Argentina ha sido parte demandada).[19]

---

[17] SAGÜÉS, Néstor P., "Dificultades operativas del "Control de convencionalidad en el sistema interamericano", artículo publicado en revista La Ley, 2009-B, p1.

[18] HITTERS, Juan C., ob. cit.

[19] TREBUCQ, Silvina B., "El control de Convencionalidad. Su ejercicio por parte de los Tribunales nacionales", artículo publicado en revista La Ley, 29/04/2011, www.laleyonline.com.ar.

III. Vicisitudes doctrinarias respecto del control de convencionalidad

Hasta aquí, en resumen, el juez nacional está obligado a velar por el cumplimiento de aquellos pactos en materia de Derechos Humanos en los que Argentina es parte, y de respetar la jurisprudencia emanada del Tribunal regional a través del control de convencionalidad. Su no acatamiento implica responsabilidad internacional del Estado. Ahora bien, ¿cómo se legitima este deber? El interrogante en punto de la naturaleza de la obligación judicial de ejercer el control de convencionalidad ha encontrado diversas respuestas. Una biblioteca dividida, y aquellos autores reticentes a entender que este control debe ejercerse a nivel local, enmarcan el cuadro doctrinario de la materia. El debate es interesante pero excede los límites del presente estudio, por lo que habrán de esbozarse escuetamente algunas de las posturas sustentadas por la doctrina regional.

Sagüés define al control de convencionalidad como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos. Al comparar el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad en el sistema interamericano sostiene que, en una primera aproximación, se puede afirmar que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, la de la CADH. Pero el mismo autor resalta que, en el fondo, tienen en común manejar un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. Perfila al control de convencionalidad como herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto de San José, a la vez que se erige como instrumento de suma utilidad para la construcción de un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales, de una visión homogénea en materia de derechos humanos fundamentales.[20] Por todo ello entiende el jurista que toda norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad, y la del control de convencionalidad. Y el deber judicial de ejercer este último encuentra asidero en los Arts. 1 y 2 de la Convención Americana toda vez que explicitan el deber estatal de respetar los derechos de la Convención,

---

[20] SAGÜÉS, Néstor P, "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", artículo publicado en Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca Año 8, Nº 1, (2010), págs. 118-19.

garantizarlos, sin discriminación alguna y adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para efectivizar aquella garantía.

Gelli entiende al control de convencionalidad como una especie del género control de constitucionalidad.

También hace la comparación Gialdino cuando aduce que "... junto al control de constitucionalidad, asienta su plaza el control de convencionalidad, vale decir, el control relativo a la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados internacionales".[21]

Abel, en una línea similar, considera a este control como una "... suerte de complemento imprescindible del control de constitucionalidad", y que al igual que este, se encuentra "... descentralizado o diseminado difusamente entre los jueces de todos los fueros (federal y provinciales) y de todas las instancias".[22] Según el autor, la obligación judicial de ejercer el control de convencionalidad reside en que el Art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional incorpora a su letra los Tratados internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos; de allí que el juez deba velar por su supremacía.

Es interesante la postura de Bazán, toda vez que entiende que el control de convencionalidad se legitima a partir del principio

> pro homine: tal mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio pro persona o favor libertatis), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH. [23]

Este giro hacia la persona y su protección, como eje temático para legitimar el control es también receptada por Rey Cantor, cuando entiende que a partir del control de convencionalidad, es posible afirmar la existencia, en cabeza de las personas, de un derecho a la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos de carácter regional, lo que le permite, a cualquier justiciable, exigirle a un juez constitucional la aplicación directa e inmediata de ese orden jurídico con preferencia a la

---

[21] GIALDINO, R. "Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de oficio", artículo publicado en Revista La Ley, Buenos Aires, (2008), pág. 369.

[22] ABEL, Federico, ob. cit

[23] BAZÁN, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", artículo publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales, Número 18, Segundo semestre 2011, pág. 67.

legislación interna que lo contradiga, incluso, si es de rango constitucional.[24]

Quesada entrelaza el control de convencionalidad con el *iura novit curia* y entiende que una correcta puesta en práctica del principio sucede cuando el juez interno aplica la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos, "... ya que la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la "piedra de toque" del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal".[25]

En sentido similar, Graneros destaca que el deber judicial de conocer el derecho abarca lógicamente al derecho emanado de Tratados ratificados por el Estado:

> Los jueces, como custodios del bloque de constitucionalidad federal, están obligados a acatar y a hacer cumplir los preceptos internacionales, razón por la cual les viene impuesto el cabal conocimiento de la normativa convencional y el de la jurisprudencia de la Corte IDH con el fin de evitar que, en virtud de la aplicación irrestricta del derecho interno, se vulneren los compromisos asumidos internacionalmente, lo que puede generar —eventualmente— la responsabilidad del Estado frente a los organismos supranacionales.[26]

Gil Domínguez explica la cuestión desde la llamada "regla de reconocimiento" y dice:

> Cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de su Constitución "invita" a una fuente externa conformada por los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos respetando su lógica de funcionamiento, el espacio normativo que sirve como parámetro de validez de las normas inferiores es habitado por el control de constitucionalidad (proveniente de la fuente interna) y el control de convencionalidad (proveniente de la fuente externa)".[27]

---

[24] REY CANTOR, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, (2008), pág. 204.

[25] JIMENA QUESADA, L, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", artículo publicado en Revista El Poder Judicial, Revenga Sánchez (coord..), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, (2010).

[26] GRANEROS, Fernando E., *Responsabilidad judicial en el marco supranacional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, (2009), pg. 914.

[27] GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Escritos de neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Ediar, (2010), pg. 116.

En punto a que el deber de ejercer el control de convencionalidad importa no sólo la aplicación de preceptos convencionales sino también la jurisprudencia de la Corte IDH, encuentra cabida en que "... ello forma parte de las obligaciones estaduales asumidas al momento de ratificar los tratados; por otra parte, es la práctica seguida por los Estados en la materia".[28]

Bianchi, por su parte, considera al control de convencionalidad en cierta medida como un peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial, y asevera los esfuerzos doctrinarios por describirlo toda vez que, en su entendimiento, la Corte Suprema no ha logrado delimitar conceptualmente al instituto. Según el jurista, no puede sostenerse que el art. 75 inc. 22 al haberle otorgado jerarquía constitucional a la CADH haya modificado el sistema judicial argentino: el Estado sólo se encuentra obligado por aquellos pronunciamientos de la corte IDH en los que es parte (CADH, Art. 68); en los demás casos no existe una obligación de acatar su jurisprudencia, sino sólo de tenerla en cuenta. "Bajo este criterio estimo que el "control de convencionalidad", ejercido de conformidad con los precedentes de la Corte IDH, constituye un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema si entiende que tales precedentes resultan de aplicación".[29] Resulta gráfico aquí el empleo por Bianchi del vocablo *puede*; sería entonces a discreción del magistrado tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte IDH.

En igual sentido, explica Badeni -quien tiene una opinión crítica sobre la denominación "control de convencionalidad", pues a su juicio el mismo está comprendido dentro del control de constitucionalidad tradicional— que "... las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos erga omnes, pues sólo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados".[30]

Otros autores, por último, entienden que el control de convencionalidad es competencia exclusiva y excluyente de la Corte

---

[28] BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, JA, 1999-II-357, EdiUNS.

[29] BIANCHI, Alberto B., "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'", artículo publicado en Revista La Ley, 23/09/2010, www.laleyonline.com.

[30] BADENI, Gregorio, *Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, Editorial La Ley, (2009), pág 1018.

Interamericana; éste sería el único tribunal competente para pronunciarse respecto de la convencionalidad de los actos estatales. En todo caso, existiría una *especie* de control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales en el sentido de observar y aplicar el contenido de la CADH, por medio de una interpretación de los derechos que ésta contiene, mas no un control de convencionalidad propiamente dicho.[31]

En lineamientos similares, hay quienes sostienen que el control de convencionalidad importa en realidad una interpretación por parte de los jueces nacionales de la Convención Americana, y su aplicación, "... entonces, bien podría sustituirse el término 'control de convencionalidad' por algún otro que sea más representativo del fenómeno denotado por el término, por ejemplo, 'control de aplicabilidad', en el cuál se verificaría el cumplimiento acabado de las obligaciones contraídas en la esfera internacional".[32]

IV. Recepción jurisprudencial del control de convencionalidad

Un somero recorrido por los considerandos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tribunales inferiores valdrá de ejemplo gráfico de la consideración del control de convencionalidad.

En el emblemático caso *Mazzeo*, la CSJN entendió que

> No ofrece dudas que entre las "medidas de otra índole" que el Estado debe arbitrar "para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (Convención, art. 4; en sentido análogo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2), se inscriben las sentencias judiciales. Los "tribunales", al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una "supervisión adecuada" (ídem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber "de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar" de aquéllos lo cual comprende el ejercicio del "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución

[31] CASTILLA, Karlos, "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", artículo publicado en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011, pág. 603.

[32] VILLANOVA, M. "Sobre el control de convencionalidad. A propósito de las implicancias del control del sistema de garantías", Revista Pensamiento Penal, Edición 107, julio de 2010, pág. 5.

> Nacional". CSJN "Mazzeo Julio y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" (13/07/2007)

En *Gualtieri*, la Corte rememora este precedente:

> Más recientemente en el caso "Mazzeo" (Fallos: 330:3248) -en el voto de la mayoría-, se recordó el denominado control de convencionalidad que los jueces de los estados partes debían realizar, tal como había dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid vs. Chile". CSJN "Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros" (11/8/2009)
>
> "...con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales , y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio... los órganos del Poder Judicial no debían ejercer sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana..." [33]

De este modo, y a decir de Gil Domínguez,

> nuestra CSJN ha convalidado el deber de efectuar, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, el control de convencionalidad por parte de los jueces locales. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio. (Artículo de doctrina publicado en revista La Ley, 2010-E, 197)

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha considerado del mismo modo al control de convencionalidad como un deber jurisdiccional para no incurrir en responsabilidad internacional, toda vez que el efecto útil de los tratados se plasma a través de la normativa interna, y que son las sentencias las que deben velar por que tal normativa doméstica se compadezca con los convenios en materia de derechos humanos ratificados por Argentina.

En ese sentido se inscriben la doctrina de varios fallos que complementan y detallan las implicancias del control de convencionalidad en diversos aspectos

[33] CSJN, "Videla Jorge Rafael, Massera Emilio Eduardo s/ recurso de casación" (31/8/2010)

- Desde la perspectiva de la moderna disciplina del derecho internacional de los derechos humanos (v. Gros Espiell, Derechos Humanos, Perú, 1991, págs. 15/27) o como solía llamar Cappeletti a este fenómeno, la dimensión transnacional del derecho y la justicia (Cappeletti, Mauro, "Justicia Constitucional Supranacional" en Revista de la Facultad de Derecho de México, t. 28, nº 110, p. 361) se han sentado también dichas bases de interpretación para verificar en cada caso si la normativa en cuestión es coherente con dichos plexos normativos que no conocen de fronteras... 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.[34]

- El aludido "control de convencionalidad " importa, pues, una búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, y cuando hablamos de esas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina (que integran el corpus iuris convencional de los derechos humanos), al ius cogens y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales. Tal obligatoriedad redunda y esto es muy importante en la responsabilidad que tienen los magistrados judiciales de cumplir a cabalidad con los tratados internacionales, aun contradiciendo a su derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena sobre el referido Derecho de los Tratados), y de controlar a los demás poderes, ya que aquéllos tienen prioridad sobre éste.[35]

- Cuando digo que el Estado debe buscar el *effet utile*, no me refiero sólo al Poder Legislativo, sino también a los jueces que a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos acompasar el modelo interno con el transnacional, de lo contrario se originan injusticias en los pleitos y se genera responsabilidad internacional del país por actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes (...)En este sentido, no sólo se debe abordar el "control de constitucionalidad" de las normas, sino que también se tiene que ejercer el denominado "control de convencionalidad".[36]

- El Judicial como Poder del Estado está obligado a "acatar" y hacer "acatar" los preceptos internacionales, y estos deberes son quizás más fuertes que los del Ejecutivo y los del Legislativo, por ejercer aquél el control de los controladores (custodit ipso custodit)[37]

- No advierto que el esquema electoral atacado infrinja el art. 60 de la Constitución local ya que el legislador bonaerense adoptó el modelo electoral que creyó conveniente y razonable, por lo que el art. 109 de la ley 5109 no viola la Carta Magna local, ni tampoco los arts. 23 del Pacto de San José de Costa Rica y 21 incs.

---

[34] SCBA. "Apoderado del MO.PO.BO., Apoderado del M.I.D. y Apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. c/ Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires s/ Recurso de inaplicabilidad de ley" (20/10/2007)

[35] SCBA. "P.,L. c/ I.,I. s/ Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley" (18/8/2010)

[36] SCBA. "C.,M. c/ I.,I. s/ Amparo. Recurso extraordinario de nulidad, de inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad" (4/5/2011)

[37] SCBA. "P.,S. c/ I.,I. s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (1/6/2011)

1 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, superando también el test del Control de Convencionalidad[38].

- Una nueva meditación en la materia a partir de una interpretación dinámica y humanitaria de la Carta Magna nacional y de la vivificante vertiente de los tratados internacionales y de la jurisprudencia trasnacional, me lleva a someter al art. 1078 del C. C, a un control de constitucionalidad y de convencionalidad, de modo de verificar si resulta "razonable" la restricción de la legitimación de los partícipes en uniones sentimentales como las truncadas por el infortunio de marras. SCBA. "R.,A. c/ K.,S. s/ Daños y perjuicios" (14/9/2011)

- El control de convencionalidad no es un tipo de inspección exclusiva de los organismos internacionales, sino que también se encuentra a cargo de los jueces de cada país, en el caso del nuestro, de todos los de cualquier fuero y jerarquía, dado el carácter difuso del sistema de contralor, admitiéndose la posibilidad de efectuarlo, aun, ex officio[39].

- Los estándares de los tipos penales representados en los artículos 109 y 110 contravienen los artículos 9 y 13.1 de dicha convención, por lo que resultan inconstitucionales, y por tanto, hasta que se establezca una adecuación normativa de los mismos, los que fueron puestos en crisis por el fallo "Kimel", será la vía civil a la que podrán acudir a quienes se consideren ofendidos en sus derechos. Concluyo entonces, conforme lo expuesto precedentemente, que cabe confirmar el resolutivo de fojas 26/31 que declara la inconstitucionalidad de los artículos 109 y 110 del código penal, con la anti convencionalidad declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el sobreseimiento de los endilgados, en razón de la existencia del obstáculo señalado que, impide resolver las actuaciones con la intervención del derecho penal[40].

- Corresponde realizar tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad, cotejando dicha norma con las de fuente convencional que la actora invoca, que tienen jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Es que aún cuando el art. 259 del Código Civil no niega expresamente la legitimación de la mujer, la violación de un Tratado Internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento.[41]

- En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos (…), el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que

---

[38] SCBA. "Afirmación para una República Igualitaria (A.R.I.) s/ Inconstitucionalidad art. 109, ley 5109" (2/3/2011)"…

[39] SCBA. "Sandes, Hugo Raúl c/ Supga S.A. s/ Indemnización por despido" (5/10/2011)

[40] Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa, "García Stella Maris c/ Reyes Juan José y otros s/ sobreseimiento", 11/08/2009

[41] Cámara de Familia 2ª Nom. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, "V.F.N c/ C.L.A".

aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[42]

V. Conclusión

Las exigencias actuales propias de un mundo globalizado impactan en el campo jurídico, traduciéndose en redefiniciones de conceptos y cambios de paradigmas. Y aquí, el control de convencionalidad aparece a todas luces como herramienta fiel a su era, dispuesta a velar por el cumplimiento de aquellos preceptos convencionales pactados por Estados. Vocablo inaugurado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se asemeja así a su par doméstico, el control de constitucionalidad, toda vez que su nacimiento fue también pretoriano. El control de convencionalidad logra erigirse como una de las medidas que los Estados *deben* poner en práctica para garantizar el *effet utile* de las convenciones sobre Derechos Humanos a las que han adherido, y dar cumplimiento a las obligaciones de respeto, garantía y adecuación.

Como sucede con todo concepto novedoso, su incorporación acabada es aún un anhelo, mas no un imposible. La recepción del instituto a nivel doctrinario y jurisprudencial en la región da cuenta de su necesidad y utilidad práctica.

El derecho debe acompañar la realidad, y las mutaciones en la escena global generan institutos nuevos como el esbozado. Los poderes públicos y la ciudadanía en general deben ser conscientes de que el ser humano de hoy se encuentra doblemente amparado: por un orden doméstico y por un derecho que trasciende fronteras. La convivencia planetaria ha convenido valores universales y la expansión y aplicación de éstos se concreta a través de institutos como el control de convencionalidad.

[42] Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz, "Domínguez Aida del Valle c/ Municipalidad de Río Gallegos s/ Demanda Contencioso Administrativa", 29/06/2011.

FUNCIÓN DEL ARCHIVO JUDICIAL. NECESIDAD DE BUSCAR EL EQUILIBRIO ENTRE CONSERVACIÓN PERMANENTE Y EXPURGO DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES.

Analía Romero [1]

I. Introducción

¿Por qué un juicio de quiebra, de escrituración o una sucesión, por citar algunos ejemplos, deben ser preservados para siempre? En la búsqueda de esta respuesta, sólo hemos encontrado reiteraciones de plazos establecidos en reglamentos de reparticiones judiciales de otras provincias,. Probablemente exista, su explicación o fundamento pues es dificil pensar que sea una imposición caprichosa, pero tal vez su origen es muy lejano en el tiempo.

Es necesario poner en estudio el establecimiento de aquellos plazos que permiten el cumplimiento de su ciclo a cada proceso judicial, es decir, poder quitar la sacralidad de una tabla de guarda y conservación establecida, y asi poder fundamentar el por qué de los mismos, su movilidad y la metodología para arribar a una razonable solución en esta disyuntiva del preservar y/o expurgar.

Entendiendo como tal el procedimiento a través del cual se determina cuándo un documento pierde toda su utilidad o, por el contrario, ha de ser conservado, dándosele el curso correspondiente.

II. Definicion del problema

El Estado tiene la obligación de velar por el conjunto de los bienes que son de carácter público, entre los cuales encontramos los documentales y particularmente, los que aquí nos ocupan, los expedientes judiciales.

El Poder Judicial en este caso ejerce, además, el derecho de propiedad sobre estos documentos emanados de distintas reparticiones

[1] Abogada, Universidad del Salvador. Secretaria del Archivo Judicial y Registro Público de Juicios Universales de la Provincia de La Pampa.

productoras y que dan validez a la acción que ya se produjo. Este derecho implica el traslado, la conservación y la destrucción que a su vez debe estar reglada; de modo tal que cada decisión a tomar sobre el destino final de la documental responda a parámetros estudiados y acordados

En la Provincia de La Pampa el Archivo del Poder Judicial de la Primera Circunscripción Judicial, se denomina como tal porque es una institución que procesa documentos de archivo y ademas porque es concretamente el edificio que contiene a dichos documentos.

Su función es la de "archivo intermedio" porque reúne documentos que tienen un largo plazo de conservación, un escaso uso de los mismos y una tarea de selección realizada por el personal del Archivo. También es un "archivo permanente" porque determinadas colecciones (quiebras, sucesiones, adopciones, divorcios, etc.) tienen como destino final su conservación permanente.

Las situaciones problemáticas de mayor magnitud y dificil resolución se producen en estos trayectos y la no solución de los mismos desencadena en una enorme masa de expedientes que producen un hacinamiento en el destino final que es el Archivo Judicial.

La mala circulación de los documentos está manifestando que no existe planificación adecuada y que probablemente la selección documental este funcionando en forma deficiente o que la legislación no sea la adecuada para la resolución de este conflicto.

Sumado a ello, la carencia de un equipo técnico o comisión evaluadora que establezca la valoración de los documentos, confluyen en causar una necesidad de espacio que en un tiempo generará la saturación de los lugares de reserva.

III. Leyes y Reglamentos de la Provincia de La Pampa

La Ley 2574 -Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa- en su artículo 160 establece las funciones del Archivo Judicial y por la facultad también establecida en el artículo 39, reglamenta su funcionamiento.

El Archivo tiene su reglamento aprobado por Acordada del Superior Tribunal de Justicia N° 1636/1999, en la cual se establecen sus funciones y los plazos de conservación.

También por Acordada del S.T.J. 1735/2002 se creó el Departamento Histórico, el cual tiene bajo su custodia el volumen de documental desde el inicio del Poder Judicial en Territorio Nacional hasta 1930, además de documental que se va seleccionando por año, en función de un valor jurídico e histórico que se asigna y que es, por tales motivos, de conservación permanente.

Finalmente por Ley 1606/1995 se crea el Sistema provincial de preservación de documentos públicos históricos, que en caso del Archivo Judicial, indica examinar por el Archivo Histórico Provincial la documental que ya se ha seleccionado para expurgue.

El artículo 34 del Reglamento del Archivo (R.A.) establece las causas que no se destruyen y que están excluidas de la obligación de destrucción. Entre ellas considera a las quiebras, convocatorias de acreedores, concursos civiles, expropiaciones, sucesiones y testamentarias, divorcios, juicios de adopción, nulidad de matrimonio, tutelas cualquiera fuera su naturaleza, juicios der suspensión o pérdida de la patria potestad, insanías, venias supletorias para contraer matrimonio, demandas de escrituración, acciones posesorias, prescripción adquisitiva, juicios de mensura, medianería, límites, deslindes, nulidad de escrituras traslativas de dominio de inmuebles, servidumbre de tránsito, interdictos y toda otra controversia que verse sobre derechos posesorios o dominiales de inmuebles o haga al estado civil, ausencia, capacidad de las personas y derechos vinculados a la identidad personal y/o biológica de la persona.

También considera de conservación permanente a toda documentación relacionada con antecedentes administrativos de magistrados, funcionarios y agentes judiciales tales como legajos personales, sumarios administrativos y toda otra documentación que en ejercicio de la superintendencia determine la autoridad competente.

IV. Legislación comparada

En otras provincias argentinas, encontramos legislación referida a los plazos de conservación en las leyes o acordadas de tribunales superiores.

Asi en la Provincia de Buenos Aires, se reformó la acordada 2212/1987 que mencionaba a "expedientes que no se destruyen" en el artículo 83° por el actual Artículo116° del Acuerdo N° 3397/08 "Reglamento sobre el Régimen de Receptorias de Expedientes, Archivos del Poder Judicial y Mandamientos y Notificaciones" que modifica la denominación

por *supuestos de conservación prolongada*" Establece dicho artículo como estos supuestos:

> "a) *Los juicios sucesorios, quiebras, convocatorias de acreedores, concursos civiles, las que resuelvan cuestiones de familia que no se encuentren enumeradas en el artículo precedente- o derechos reales y en los que hubiere afectados bienes inmuebles.*
>
> *b) Ausencias, presunciones de fallecimiento, declaraciones de muerte en los términos del artículo 108 del Código Civil, los que decidan sobre el estado y la capacidad de las personas, inscripciones de nacimiento fuera de término, las guardas con fines de adopción, las adopciones y las rectificaciones de nombre.*
>
> *c) Los referentes a delitos contra el estado civil, falsificación de sellos, timbres, marcas y documentos en general, cuando el magistrado por resolución fundada así lo disponga y fije el plazo de conservación pertinente.*
>
> *d) Las causas sustanciadas entre los años 1972 a 1983 por homicidio o muerte dudosa con víctimas no identificadas, hallazgos de restos humanos, los hábeas corpus interpuestos por desaparición de personas, cuando así sea indicado por el juez que dispone el archivo fijando el plazo de conservación pertinente; cuando sea determinado por el Departamento Histórico Judicial o solicitado por los entes que se detallan en el inciso f).*
>
> *e) Los que a criterio del Departamento Histórico-Judicial dela Suprema Corte de Justicia revistan interés histórico, cultural, social o político;*
>
> *f) Los que se relacionen con crímenes de lesa humanidad; los que en forma individual solicite el Archivo General de la Nación, el Archivo Histórico de la Provincia, las Secretarías de Derechos Humanosde la Nación o de la Provincia, la Comisión Provincial por la Memoria o el Registro Provincial de Personas Desaparecidas;*
>
> *g) Los que soliciten las partes interesadas, de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 120 y 121.*
>
> *h) Los libros de sentencias y resoluciones (...).*

La reforma citada no modifica plazos, ni establece límite a la "prolongación", sólo incorpora los expedientes vinculados a los delitos de lesa humanidad como de conservación prolongada.

En el caso de Provincia de Entre Ríos la Ley 7387/1984 y su modificatoria ley 8906/ 1995 sobre Expurgo de expedientes judiciales establece que es la Dirección General del Notariado, Registros y Archivos de la Provincia la que procede a la destrucción de la documentación y la acordada del 19/09/1990 otorga facultades y determina plazos a reparticiones judiciales para la destrucción de documentación como libros de retiro, legajos de copias, duplicados, etc.

El Articulo 2º de la ley 8906 indica que "...no podrán ser destruidos los expedientes de juicio sucesorios, expropiaciones, cuestiones de familia, los qu econtienen constitución, transmisión, declaración, modificación o

extinción de derechos reales sobre inmuebles y los que revisten interés histórico y social."

Nada especifica sobre quiebras y concursos, pero ante la consulta telefónica al Archivo se indica que estos juicios son considerados de conservación permanente.

Establece como plazo de destrucción para expedientes de insanias o ausencias con presunción de fallecimiento, a los noventa años del nacimiento del insano o del ausente.

En la Provincia de Córdoba, la ley 9360/2007, tiene una denominación diferente para el tratamiento de plazos. Diferencia entre la documental que tiene "valor jurídico permanente" asignándole este valor. Pero agrega que: "... En tales condiciones dichos documentos no pueden ser destruidos".

El sistema asigna a los documentos producido en cada fuero, el carácter de valor jurídico permanente o sin valor jurídico permanente cuando hayan transcurrido los plazos de archivo mínimo y de acuerdo a pautas valorativas según criterios archivísticos.

En cuanto a las provincias patagónicas, la Provincia de Santa Cruz en su Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 1), art. 109, establece que:

> En ningún caso podrán ser destruidos, ni transferidos..... a) Juicios Sucesorios; b) Procesos concursales; c) Juicios que resuelvan cuestiones de familia; d) Juicios que declaren la incapacidad, inhabilitación o rehabilitación de las personas; e) Juicios relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles, o sobre bienes muebles registrables; f) Juicios que tengan algún interés histórico o social; g) Los que una Comisión Clasificadora, que se integrará conforme lo determine la respectiva reglamentación, crea conveniente conservar.

En la Provincia de Río Negro, la Ley 2430 y sus modificatoria -Orgánica del Poder Judicial- , en el artículo 91, establece que:

> En ningún caso serán destruidos los siguientes expedientes: a) Juicios sucesorios. b) Sobre cuestiones de familia. c) Los relativos a derechos reales sobre inmuebles. d) Procesos de quiebra o concurso. e) Los relativos a insanías. f) Los que respondan a un interés histórico o social. g) Los que una Comisión Clasificadora, que se integrará conforme lo determine el Reglamento, crea conveniente conservar.

En la Provincia de Neuquén, el Reglamento del Archivo General, con las últimas modificaciones introducidas por Acuerdos 3377,4602 y 4741, establece en el artículo 64° que:

> (...) serán considerados de conservación permanente y excluidos de la obligatoriedad de destrucción establecida en el artículo 50, las quiebras, convocatorias de acreedores, concursos civiles, expropiaciones, sucesiones y testamentarias, divorcios, juicios de adopción, nulidades de matrimonio, tutelas cualesquiera fuera su naturaleza, suspensión o pérdida de la patria potestad, insanias, venias supletorias para contraer matrimonio, demandas de escrituración, acciones posesorias, prescripción adquisitiva, juicios de mensuras, medianería, límites, deslindes, nulidad de escrituras traslativas de dominio de inmuebles, servidumbres de tránsito, interdictos, y toda otra controversia que verse sobre derechos posesorios o dominiales de inmuebles o haga al estado civil, ausencia y capacidad de las personas en los términos de los Títulos VIII-IX-X del Título I, Primera Sección y Título II-Capítulo I, Segunda Sección del Código Civil. Asimismo, será considerada de conservación permanente toda actuación relacionada con antecedentes administrativos de magistrados, funcionarios y agentes judiciales tales como legajos personales, sumarios administrativos y toda otra documentación que, en ejercicio de la superintendencia, determine la autoridad competente.

Esta numeración no es taxativa ya que los artículos 65 y 66 amplían el carácter permanente a causas que a juicio del juez o jefe de archivo asi lo dispongan o que respondan a un interés especial, social o histórico.

En la Provincia de Chubut**, e**l artículo 6 apartado B del acuerdo 1491/1971 establece que:

> (...) Se excluyen en forma absoluta de lo dispuesto en el artículo anterior,* las quiebras, convocatorias de acreedores, concursos civiles, expropiaciones, ausencias con presunción de fallecimiento, declaraciones de muerte en los términos del art. 108° del Código Civil, los juicios sucesorios, los referentes al estado y capacidad de las personas, los que resuelvan cuestiones de familia o derechos reales, aquellos en los que hubiera afectado un bien inmueble, los referentes a delitos contra el estado civil, falsificación de sellos, timbres, marcas y documentos en general, los que deban ser conservados por orden del Juez de la causa o a juicio del jefe del archivo, los que en forma individual soliciten los archivos (...).

La Provincia de Tierra del Fuego no tiene reglamentada aún las funciones del Archivo Judicial. El Archivo actualmente está en proceso de organización y contiene expedientes residuales y aquellos que se iniciaron a partir del 1994, año que se crea el Poder Judicial de Tierra del Fuego. Consultado el funcionario encargado de dicha repartición, refirió que los expedientes que ingresan son archivados según su procedencia y que aun no han realizado ninguna destrucción de documental. No han sido estblecidos plazos de guarda por no tener aun reglamento.

Los distintos reglamentos de los archivos judiciales que se han analizado, reflejan la realidad de su conformación y su historia. Provincias

como Buenos Aires y Córdoba, contienen enorme cantidad de expedientes pero además atesoran instrumentos jurídicos de gran valor histórico lo que ha generado en sus archivos un trabajo arduo para poder conservar los expedientes sin llegar a colmar sus espacios de reserva. Estas dos provincias argentinas tienen los plazos de conservación con denominaciones diferentes, pero ambas no cuentan con un plazo para poder destruir aquellos que se denominan "de conservación permanente".

El reglamento del Archivo Judicial de Córdoba resulta más apropiado porque permite asignar valor jurídico permanente o no otorgando una posibilidad de modificación de algunos plazos, aunque aparece en la metodología habitual del Archivo en la cual esta posibilidad siempre es a favor de la conservación, no permitiendo que algunos de los procesos como quiebras o sucesiones sean destruídos.

Las provincias patagónicas en sus reglamentos han reiterado los plazos casi exactamente. Pero hay datos importantes de resaltar, como la participación de una "Comisión Clasificadora" que puede determinar la guarda o no de algun expediente que existen en las Provincias de Santa Cruz y de Rio Negro. También habilitan a los Jueces a determinar si debe ser preservado un expediente, situación que también se observa en el reglamento de la Provincia de Neuquen. Observamos asimismo como ocurre en la Provincia de Córdoba que la posibilidad es otorgar permanencia a un proceso y no excluirlo del sistema de conservación permanente.

V. Archivo Judicial de Santa Rosa (Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa)

Las funciones básicas del Archivo Judicial son la recepción de la documental, su clasificación, orden y guardado.

Los expedientes provienen de las distintas reparticiones judiciales de la Primera Circunscripción Judicial y de las Secretarías Administrativas del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. Son enviadas por cada órgano emisor en paquetes debidamente atados e identificados con una planilla que detalla el contenido: carátula, tipo de juicio, cantidad de fojas y agregados si los hubiere. Los artículos 9 y 10 del Reglamento establecen los requisitos previos que deben cumplir y certificar los secretarios de los juzgados productores previo al envío de los expedientes y las condiciones que deben observar los mismos.

El personal del Archivo recibe el paquete y procede a su desarmado para cotejar cantidad de expedientes con la planilla que se acompaña. Esta tarea es realizada por cada empleado que tiene a su cargo reparticiones previamente determinadas. Llevada a cabo la verificación se vuelca al sistema del Archivo en bases de datos en las cuales constan los datos de identificación mencionados, la fecha que ingresa al Archivo y la fecha en que podría ser expurgado o su caracter de conservación permanente.

Posteriormente se devuelve conformada la planilla al organismo emisor y se arman legajos con numeración correlativa por fuero (penal, administrativo, civil, familia y menor, etc). de origen y por repartición judicial administrativa y se ordenan en las estanterías móviles, donde son reservados.

En el año 2011 comenzó la implementación de un sistema informático que permite adecuar las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal de La Pampa y la recepción de la documental en el Archivo.

El contenido del Archivo se compone de esta documental mencionada que es denominada por el Reglamento como “expedientes terminados”, pero a su vez ingresan actuaciones paralizadas por un año y aquellos en los que haya operado la caducidad.

También dispone el Reglamento que el Archivo se formará con los libros y protocolos de sentencias e interlocutorios de los juzgados y tribunales de la provincia transcurridos los tres años de la última sentencia que contuvieran.

VI. Situaciones en las que se produce conflicto

El desarrollo de las rutas de acceso de los expedientes y demás tramitaciones se desarrolla generalmente sin obstáculos, salvo la demora en el proceso de ingreso cuando los envíos son de considerable cantidad, y la tarea de abrir cada paquete, controlar con la planilla correspondiente y volcarlo al sistema, rearmar el paquete, darle fecha , numero de legajo y lugar en las estanterías se multiplica por la cantidad de legajos a producir. Aquí se abren dos vías distintas. Una, la de conservación permanente en materia civil y comercial, en el cual todos los expedientes indicados por el Reglamento (R.A. art. 34) se conservan para siempre y otra denominada no permanente que contiene los expedientes con plazos establecidos para su

expurgo. En materia penal no existe la obligación de la conservación permanente.

La conservación de la base “no permanente” lo es hasta que el plazo de prescripción opere, y ello está establecido en el mismo reglamento de funcionamiento del Archivo. (R.A., art. 33)

En el Archivo Judicial de Santa Rosa, la Acordada 1735 del S.T.J. de fecha 11/04/2001, respondiendo favorablemente a una iniciativa planteada, creó el Departamento Histórico Judicial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de

La Pampa que contiene todos aquellos expedientes que tienen un valor histórico jurídico. Se trata de preservar tipos de juicios por año que vayan mostrando en el tiempo la evolución de los procedimientos y los cambios jurisprudenciales. También resulta de interés por que se puede observar la evolución de los Juzgados y Reparticiones y de quienes fueron sus responsables y también documental de importancia histórica y judicial de innegable valor.

La realización del expurgo es a criterio de la Secretaría del Archivo en cuanto a su periodicidad, estando establecido en el reglamento el procedimiento a seguir.

En el momento del expurgo se determina con exactitud, los expedientes que corresponden a los años que se decide expurgar y, además, aquellos expedientes que quedan excluidos por su valor histórico y jurídico del expurgo.

Es en esta instancia cuando se produce un atascamiento del flujo de la documental ya que es muy grande el número de expedientes a revisar y no cuenta la repartición con personal capacitado que pueda determinar el valor jurídico de los expedientes, para enviar unos a la guarda y otros al expurgo.

En materia penal, quien hoy se desempeña como encargada del área, realiza la tarea de observar todos los expedientes para determinar su valor. El conflicto en la actualidad se produce porque con el cambio operado en el procedimiento penal, la enorme cantidad de documental que ingresa de los organismos residuales mas las actuaciones nuevas, sumado a un ingreso de expedientes record que se produjo antes del cambio, no permite en el tiempo realizar la tarea de observacion y análisis. Ante el cúmulo de tareas se otorga prioridad a la tarea cotidiana de responder los oficios enviados por las distintas reparticiones.

Los expedientes administrativos también son expurgados de acuerdo al reglamento y también se procede a su análisis para poder

determinar el valor histórico. Constan en ellos las actuaciones administrativas del Poder Judicial de La Pampa con respecto al personal, licencias, viáticos, adquisición de bienes, llamados a licitaciones, etc.

En materia civil, y dentro de esta denominación se incorporan causas laborales y comerciales, con los expedientes no permanentes, no se cuenta con personal capacitado ni con intención de capacitarse para desarrollar dichas tareas, por lo tanto los expedientes pueden ser expurgados pero sin llevar a cabo la tarea de selección.

Es enorme la cantidad de expedientes que están en esta situación, pero realizar un expurgo sin selección indicaría una actitud no acorde a los principios de la archivistica y de la importancia de poder contar con antecedentes históricos que se eliminarían. Es necesario destruir parte de la documentación contemporánea pues, dado el volumen, es materialmente imposible conservarla en su integridad y de manera que sea utilizable.

Como ya hemos visto no se puede hacer sin un orden y una reglamentación acorde porque todo procedimiento de expurgo debe ir precedido por la valoración y la selección de los documentos. Entonces es necesario establecer criterios legales y prescribir su procedimiento mediante cuadros reglamentarios

Lo imprescindible antes del expurgo es determinar si la documentación tiene valor jurídico, legal e histórico.

Al problema indicado anteriormente, es decir la falta de espacio que indefectiblemente ocurrirá si no se destruye aquello que hay que destruir, se le agrega la falta de gente capacitada para la tarea de selección que es central a la hora de tomar la decisión de un expugo.

VII. Un aporte desde lo teórico

La Archivística es una disciplina que ha fortalecido sus fundamentos en estas ultimas décadas. Está quedando definitivamente atrás la concepción de que cumplía las funciones de ciencia auxiliar de la historia, porque a partir de la administración electrónica, el archivero ha debido cambiar su rol de conservador de documentos para pasar a ser el agente que valora la gestión documental y a partir de esta tarea se define la suerte del patrimonio documental.

Ana Szlejcher -integrante del Centro Interamericano de Desarrollo de Archivos y ex Decana de la Facultad de Archivología de la Universidad

Nacional de Córdoba- entre sus invalorables aportes a esta disciplina en Argentina nos refiere una síntesis muy esclarecedora sobre el ciclo vital de los documentos indicando que tiene como fin que el material documental reciba el tratamiento adecuado en cada una de sus tres edades.

A partir de la teoría de las tres edades, es en los archivos corrientes donde se inicia la aplicación de los criterios de evaluación para distinguir los valores de los documentos y fijar plazos de conservación.

El proceso vital de los documentos de archivos se divide, según esta investigadora, en tres fases.

La primer fase es la pre- archivística en la cual se encuentran los documentos en producción hasta la terminación de la finalidad concreta, inmediata, práctica, que le dio origen.

En la segunda fase la documental pasa al archivo que desempeña la función de archivalía, de consulta potencial interna de la entidad y consulta externa física y jurídica relacionada directamente con los asuntos o gestiones que ellos mismos contienen

La tercera fase es en la cual se transforman los documentos en fuente histórica y están en condicion de pasar al archivo histórico o general.

La valoración y el ciclo de vida de los documentos han sido algunas de las múltiples causas que han llevado a que estudiosos del tema vuelquen sus conocimientos en obras y en hechos aportando a los grandes archivos del mundo.

La doctrina archivística considera la función de la valoración o evaluación documental como el núcleo fundamental de la misión de los archiveros.

La valoración consiste en el estudio de las series documentales, su origen funcional, la naturaleza de los actos que recogen, la tipología documental, el valor que han tenido o puedan conservar en adelante para la entidad que los ha creado, el que puedan ofrecer para su propia historia, para la investigación en general y para la difusión cultural; es decir su valor administrativo, legal e histórico, de información y de investigación, presente y futuro. En definitiva, se trata de apreciar el valor de los documentos de cara a establecer los criterios que regirán su destino.

Es la base de todo los procesos de expurgo, por cuanto las decisiones adoptadas determinaran el contenido de la documentación que se conserve permanente, es decir las fuentes archivística de información que legaremos a las generaciones futuras.

En la década de los 60, muchos de los profesionales de la archivalía recogieron la teoría del valor de los documentos formulada por Theodore Schellenberg, autor estadounidense de varias obras imprescindibles para el estudio de la archivística, y comienzan a sentar los principios teóricos y metodológicos de la valoración archivística.

Carole Couture, autor canadiense, al hablar sobre la función de la valoración en la archivística contemporánea la define como "el acto de juzgar los valores que presentan los documentos de archivo (valor primario y secundario) y de decidir los plazos de aplicación de estos valores a dichos documentos en un contexto que considere la relación esencial existente entre el organismo (o persona) a quien conciernen y los documentos administrativos que él (ella) genera en el marco de sus actividades."

Este autor establece una serie de principios básicos para fundamentar el proceso de valoración. Caridade Sanz Bravo desde el Archivo y Consejo de Cuentas de Galicia menciona algunos de ellos en su trabajo "Las comisiones de valoración de documentos de archivo y otros instrumentos corporativos". Así, indica que los archivos tienen que dar testimonio del conjunto de las actividades de la sociedad; por lo tanto, el archivero tiene que asegurar en su evaluación la objetividad y la contemporaneidad del juicio que produce; tambien debe asegurar el respeto a las relaciones que unen la valoración y las otras intervenciones archivísticas y ademas asegurar que haya equilibrio entre las finalidades administrativas y las finalidades patrimoniales de su intervención, sin olvidar en su trabajo de evaluación que debe existir también equilibrio entre el contexto de creación del archivo y su efectiva utilización.

También es fundamental contar con un sistema operativo de gestión con programas de identificación y valoración con un soporte normativo, que fueran capaces de asegurar desde el inicio del ciclo de los documentos la especificación de qué documentos serán conservados y la forma; el control de los documentos y de su eliminación; la destrucción de documentos sin valor; la definición de riesgos ante el incumplimiento de los requisitos de la conservación, y la determinación sobre qué tipo de soporte es el mas adecuado en función del uso y valor del documento.

Sin embargo, no es pacífica la posición de historiadores y archivistas con respecto a la conservación. Los primeros pugnan por un solución orientada a conservar la documental con fines sociales y culturales, mientras que los segundos señalan que la valoración es una medida necesaria para llevar adelante la administración de documentos en forma eficiente en cualquier institución.

La naturaleza de estas soluciones en apariencia complementarias, ha creado un conflicto permanente entre lo institucional y lo cultural, entre la producción y la acumulación de documentos y el valor de la información que contienen.

La armonía no se ha logrado pues la solución cultural, manifiesta en el acto de valorar la documentación, busca justificar la solución institucional, es decir, la eliminación de documentos inútiles para la administración, sin conseguirlo plenamente. Este es sin duda el problema de la selección documental, tal como lo señala Juan Manuel Herrera.[2] La documentación que genera una entidad cualquiera en el desarrollo de sus actividades orgánicas tiene caducidad administrativa y legal y esto significa que la documentación pierde su sentido original, pero no la información que contiene.

Ha finalizado su vigencia operativa y su plazo de retención precautoria porque ha concluido su trámite. No tiene fuerza obligatoria, aunque son testimonios de una acción[3]. Pues bien esta diferencia fundamental entre documentación e información que se hace al término de la vigencia de la primera es, de acuerdo a una postura mayoritaria, en todo caso, la que estaría justificando la selección documental.

Por otra parte es necesario fijar un sistema de gestión y custodia de la documentación judicial que contribuya a descongestionar los diferentes juzgados y reparticiones judiciales, para clasificar y custodiar todos aquellos expedientes que se encuentren en tramitación. Por el contrario, los que no están pendientes de tramitación se podrán enviar a los archivos judiciales o centrales, evitando así que ocupen un espacio innecesario. Esto exige una actualización de la normativa que regule el expurgo de los archivos de los juzgados y tribunales, así como el establecimiento de criterios que garanticen la más idónea conservación de cuantos documentos pudieran tener valor cultural, histórico, jurídico o administrativo, pues no hay que olvidar que la documentación que produce la Administración de Justicia constituye parte integrante del patrimonio documental e Histórico de la Provincia de La Pampa.

La importancia de una junta clasificadora o evaluadora de la documentación de las distintas reparticiones judiciales se sustenta en la

---

[2] ROSALES BADA, Amanda, *Valoración documental: Antecedentes*, ADABI, México, D.F., D. F., http://adabi.webxsp.com/adabi/investigacion/articulo.jsp?id=775.

[3] MURGÍA AGUILERA, Ramón y NACIF MINA, Jorge, *Valoración de archivos,* Secretaría de Gobernación-Archivo General de la Nación, México, D.F., (2002), p. 50.

necesidad de contar con un organismo interdisciplinario que arribe a la decisión de conservar o destruir con la seguridad que precisamente otorga el poder contar con distintos puntos de vista, enmarcados en el conocimiento que cada integrante desarrolle.

VIII. Necesidad de establecer un equilibrio

El incremento notable de la masa documental, con la consiguiente falta de espacio y guarda inadecuada de aquello que merece ser conservado, genera como solución la creación de la "Junta" como un nuevo sistema para reformular lo existente y en el mejor caso reformar la Ley o Norma sobre una base teórica mas sólida con los expedientes de conservación permanente y el expurgo con la consiguiente tarea de valorización, selección y eliminación.

El acervo documental del Poder Judicial conforma la memoria y ayuda a construir la historia de los pampeanos Es nuestro deber ineludible trabajar con el objetivo de poder colaborar con prestación de un buen servicio.

Con la "Junta" se permite reunir criterios de distintos profesionales que trabajan con documentos y formar grandes unidades de información sin olvidar la tarea de cada uno elaborando una estrategia y plan de acción para identificar soluciones concretas.

Es por eso que se debe realizar un estudio del fondo documental de Conservación Permanente que custodia y conserva el Archivo General del Poder Judicial de La Pampa, ya que en la actualidad nos encontramos con un fondo acumulado dispuesto con un criterio especifico de conservación, dificultando así la posibilidad de ser una fuente de información y consulta para el usuario y/o investigador.

Es necesario establecer normas para la valoración y selección de la documental que deba ser conservada por su valor histórico y/o jurídico; y también reglamentar el expurgo de documentos que carezcan de interés histórico y hayan perdido su valor jurídico.

La carencia de normas apropiadas traen como consecuencia el hacinamiento de la documentación; se ignora o desconoce el valor real del documento, se realiza el expurgo de urgencia y por consiguiente se arriba a un resultado final que es la pérdida total o por lo menos parcial del patrimonio documental.

Se impone la revisión del reglamento interno que especifique detalladamente las actividades a realizar, basándose en las premisas anticipadas

Retomando nuestro interrogante y situándonos en el Archivo Judicial, podemos intentar arribar a una primer respuesta. La necesidad de la conservación permanente y los plazos imprescriptibles a que se somete la guarda obedece a un criterio surgido en la disciplina de los archivos y es indudablemente la condición de preservación de la documental. Esta regla fue generalizada partiendo de que todo documento informa una situación que hace a la historia ya que en sus inicios la archivología estuvo muy vinculada, casi sin separación alguna, a la historia, y por lo tanto todo debía ser guardado.

Nuestra realidad está atravesada por estos principios básicos de la archivología porque una parte de la documental se vincula con la historia institucional, pero otra muy importante sólo resguarda procesos judiciales que no siempre es necesario preservar o por lo menos pueden tener un plazo limitado de valor

El origen se vincula también con las viejas tecnologías de identificación y también en la ardua tarea de la selección, hoy en gran parte superadas con las herramientas informáticas.

También el paradigma de la preservación ha ido cediendo y ya es posible aun en los sectores mas conservadores, introducir conceptos de movilidad y de preservación no masiva sino de aquello que es valioso y necesario.

Las corrientes dentro de la archivología que propugnan la creación de una Junta Evaluadora o Clasificadora, sostienen que debe responder a parámetros de interdisciplinariedad Agregamos a esta postura que además podría responder a principios de guarda institucional, atendiendo la clasificación y evaluación de la documentación archivada en los distintos archivos de los órganos de gobierno, es decir la posibilidad que esta Junta evalúe y clasifique los documentos existentes no sólo en el Archivo Judicial, sino en el Archivo de la Cámara de Diputados y en el Archivo del Poder Ejecutivo otorgando una visión del conjunto del Estado Provincial y respondiendo a un parámetro coherente de evaluación. De esta manera creemos que se lograría preservar la historia documental de la Provincia de La Pampa en su conjunto y específicamente la vinculada al Poder Judicial, pero de acuerdo a criterios de movilidad.

Otra altenativa es la digitalización. Este procedimiento consiste en el escaneo con equipos a gran velocidad de grandes volúmenes de

documentos de papel transformándolos en imágenes electrónicas a las cuales puede accederse fácilmente.

Es de resaltar que los legajos pueden ser consultados por personal autorizado mediante una red interna o mediante la web evitando el manipuleo de la documentación y el uso de fotocopias que se sacan para consultas

Este sistema mejora la eficiencia en la recuperación y almacenamiento, pero implica costos muy altos para su implementación.

www.juslapampa.gov.ar

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA