

ACTUALIDAD PROCESAL



*delegación
Mendoza*



PALABRAS PRELIMINARES

Es difícil contar algo que todavía no dimensiono bien. De hecho, no sé si nació de casualidad o fruto de la causalidad... lo más justo o salomónico sería decir que hubo un poco de ambos. Lo que era un trabajo de un grupo de estudio, algo pequeño, interno y en lo más mínimo pretensioso, se transformó en un documento más que interesante. Es por eso que nos animamos a hacerlo público y compartirlo. Paso a contarles cómo empezó todo esto.

En primer lugar, es preciso destacar que somos parte de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Particularmente integramos la Comisión de Jóvenes de la misma, en la Delegación de la Provincia de Mendoza. Es en este espacio que nos unimos. Si bien la mayoría nos conocemos de otros ámbitos, lo cierto es que esta Institución nos acogió y brindó un marco para crecer no solo en el derecho procesal, sino en lo profesional y fundamentalmente en lo personal. La predisposición y sencillez de Jorge Rojas, José María Salgado, Ceci Pérez, Vale Di Bernardo, y todas las personas que trabajan en este espacio, nos motivó y animó a emprender este lindo camino. Sin dudas ellos, como sus predecesores, han achicado la brecha entre los referentes del procesalismo argentino y los que recién rompemos el cascarón, generando un espacio amplio en donde cada uno puede encontrar su lugar.

Fue así que a finales del año pasado reactivamos la Delegación Mendoza de la CJP. Luego de algunas reuniones, y ver que el número de interesados crecía, decidimos hacer una encuesta para ver cuáles eran los intereses existentes. Si bien se extrajeron muchas conclusiones, la primera y más fuerte fue que los jóvenes querían “acción”. Querían estudiar, participar, perfeccionarse, colaborar para una mejor justicia.

Como responsable de la Delegación me vi en un interesante aprieto. Debíamos conjugar las aspiraciones (más de 40), y responder rápido y bien. Estos jóvenes de diversos sectores no estaban allí para participar pasivamente ni esperar que pase el tiempo. Para los rockeros nostálgicos, eran el auténtico “no sé lo que quiero, pero lo quiero ya”.

Intertanto sucedía esto, se declaró el aislamiento obligatorio debido a la pandemia del COVID-19. En este contexto, y a raíz de las inquietudes que les comenté, creí oportuno responderles con una actividad. Para integrar medianamente todos los intereses,

propusimos que cada uno comentara un fallo que tuviera algún contenido procesal que desarrollar. Sinceramente lancé la actividad sin mucha esperanza. Al menos sin una gran expectativa en cuanto a participación. La experiencia me ha demostrado que las ganas de trabajar en abstracto son muchas, pero en la práctica disminuyen rotundamente. En otras palabras, aplica al caso dichos como “del dicho al hecho hay un largo trecho”, o “en la cancha se ven los pingos”. De la encuesta al trabajo imaginé que el filtro sería demoledor.

Para mi sorpresa, lo que esperaba que fueran dos o tres fallos comentados, se transformaron en veinte. Mi diagnóstico había sido, siendo benévolo, errado. Estas personas querían jugar fuerte y me lo hicieron saber en la práctica.

Antes de seguir, creo necesario comentarles las pautas del trabajo y las líneas básicas del grupo, para que nos conozcan un poco más.

A groso modo, la CJP reúne jóvenes que les interese el derecho procesal. Abogados sub-40 la integramos a lo largo y ancho del país. Como sucede en otros lugares, la delegación de Mendoza la conforman chicas y chicos que litigan en forma independiente, que trabajan en el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, en el Poder Judicial, tanto en lo provincial como federal. Eso hace que la pluralidad de visiones sea riquísima y permita el crecimiento del colectivo en forma sostenida. Ergo, el requisito de “pluralidad” que nos propusimos al inicio, se cumple.

Otros compromisos que asumimos como jóvenes que pretendemos cambiar algunas cuestiones de la “justicia”, son tan simples como cumplir con los deberes asumidos y cuidar el medio ambiente.

La primera se ve reflejada en la puntualidad de las reuniones, la improrrogabilidad de los plazos (obviamente cuando no medie alguna circunstancia razonable), el presentar los trabajos en tiempo y forma, entre otras cosas. La segunda, si somos jóvenes y bregamos por una justicia ágil, dinámica, aggiornada a nuestra época, digital, etc., no podemos seguir imprimiendo. Tan sencillo como eso.

Como pueden ver, estos tres pilares tienen un tronco común, del que nacen indudablemente: el RESPETO. Respeto por las ideas diversas, por el tiempo del otro, por

el medio en el que vivimos. Respeto que a su vez se conjuga con el compromiso, para con mis pares y para conmigo mismo.

Volviendo al trabajo colectivo, como les dije se pidió que comentaran un fallo con aristas procesales. Con esto pretendíamos varias cosas: para comentar un fallo hay que elegir uno, para eso hay que leer varios; estudiar el tema sobre el que se pretende reflexionar; aprender a usar las herramientas de Word para hacer trabajos científicos; investigar sobre las reglas de citados (usamos las normas APA 2020); saber distribuir el tiempo - dimos dos semanas, con una prórroga de una más-. Establecimos una serie de reglas formales para unificar el trabajo: no más de 10 páginas, estructurarlo con un título y breve sumario, introducción, referencia al caso, análisis del fallo y conclusión.

Al fin y al cabo, más que la doctrina procesal, o el profundizar tal o cual instituto, lo que en el fondo buscábamos era “aprender a aprender”, el medio o método como fin en sí mismo. No solo lo logramos, sino que el resultado también fue exitoso.

Las sorpresas fueron gratas y variadas. Se sumaron más de veinte jóvenes que, a lo largo de estas semanas, fueron presentando sus trabajos. Chicos y chicas haciendo sus primeras experiencias en este terreno (aunque como verán no parece). La pluralidad que referimos, se ve en la diversidad de los artículos. Desde cuestiones genéricas y clásicas hasta pormenores específicos y modernos.

Una breve reseña quiero hacer sobre la temática abordada, porque lo merece. Como una suerte de director del trabajo leí cada uno y realizaba devoluciones a sus autores. Obviamente la labor, si bien mucha, terminó redundado en mayor beneficio personal que grupal; toda vez que ello implicó adentrarme en la profundidad de cada trabajo, para poder charlar con cada uno como merecía su dedicación. Claramente aprendí mucho más derecho que el que conocía.

Volviendo a lo que venía diciendo, los comentarios a los fallos contienen temas procesales vinculados al más candente de los sucesos actuales: el coronavirus. Así, por ejemplo, uno analiza la flexibilización de las formas en un amparo por salud, y otro la implicancia de la pandemia a la hora de valorar el arresto domiciliario.

En lo procesal penal encontramos comentarios referidos a cuestiones más amplias como el derecho al recurso, el doble conforme, la casación horizontal, el plazo razonable, o más específicas, como la prueba en el particular delito de lavado de activos.

En lo no penal, el contenido también es riquísimo: carga dinámica de la prueba, traslado en la sustitución de medidas cautelares, recursos extraordinarios contra sentencias no definitivas, cuestiones particulares del proceso de consumo, articulación de incompetencia en monitorios, etc. Específicamente en lo laboral la exigencia del paso por las Comisiones Médicas como limitación al acceso a la justicia; o la falta de una segunda instancia ordinaria.

Más aportes novedosos vemos en el estudio del proceso para invalidar un acto definitivo de las Universidades Nacionales, o temas de mucha actualidad como el valor probatorio de la mensajería electrónica o el uso del dron en las investigaciones domiciliarias.

Como se advierte de la simple lectura, el abanico de temas es amplísimo. Pero, sin ponernos de acuerdo, la mayoría gira en torno a una cuestión que evidentemente es transversal: la debida argumentación y razonabilidad de la sentencia. Uno de los jóvenes escribe en particular sobre ello, pero es notable cómo a todo el resto le preocupa lo mismo. Directa o indirectamente hay una referencia, como una preocupación actual y constante.

También se advierte una influencia importante de los tratados de derechos humanos, y una preocupación por el acceso a la justicia, sobre todo respecto a los sectores vulnerables. Dos de los trabajos refieren a la situación de migrantes y refugiados. Anima en gran manera ver cómo para los jóvenes esos reclamos de las minorías, dejaron de ser una cuestión sesgada o marginada, para ser una bandera contenedora de principios y valores que inunda todo el derecho.

Ya con este cúmulo de trabajos escritos, pensamos en hacer un documento único. Algo así como un "free e-book". Y ya que estamos... hagámoslo. Párrafo aparte merece mi hermana y eterna colaboradora Melisa, que, no solo revisó cada trabajo, corrigió citas, sugirió ideas, sino que también editó el trabajo. Junto a su compañero de aislamiento, Juani, armaron un libro en un par de días (ojalá no los descubra ninguna editorial). La verdad con la seriedad y compromiso que se trabajó, dio gusto.

Otra cuestión que me alegró mucho fue la responsabilidad con el grupo, de muchos de los que no escribieron. Estos, personalmente, me hicieron saber las ganas de participar, pero la imposibilidad en ese momento. Sin embargo, pudiendo no decir nada –al fin y al cabo es un grupo de estudio voluntario-, se pusieron en contacto en forma rápida y aseguraron que la no intervención en esta obra no implicaba una renuncia, sino todo lo contrario, un compromiso para lo que se venga. Fue una caricia, un mimo, un saber que vamos por buen sendero. El hecho de no perder soldados en el camino siempre tranquiliza y motiva.

Para ir cerrando quiero decir que obviamente la tarea puso de relieve muchos aspectos que debemos mejorar, pero no será éste el lugar de contar nuestros errores. Lean y saquen sus conclusiones. Solo decir que vamos a trabajar en mejorar la precisión terminológica, para que todos hablemos el mismo idioma. Desafío interesante, sobre todo en una ciencia humana como el derecho, en donde abunda la equívocidad.

Finalmente, llegamos a la conclusión de que esto nos puso a estudiar a todos, a empaparnos de derecho, a abrir nuestras mentes, a salir de la zona de confort y a pensar en una justicia mejor. Este el puntapié de esta Delegación, que como parte de la CJP espera transitar un camino de crecimiento para poder recibir a nuestra querida AADP en el Congreso Nacional de 2021.

JOSÉ PABLO PULIAFITO

16 DE ABRIL DE 2020

ÍNDICE

- ❖ LA COMPETENCIA FEDERAL Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE SOLICITANTES Y PETICIONANTES
DE ASILO Y REFUGIO (LEY 16.165)
ZAMBRANA, ANDRÉS
- ❖ LA VULNERABILIDAD DE UN MIGRANTE AHOGADO EN PRECEPTOS PROCESALES
RODRÍGUEZ, MARIANO A.
- ❖ EL TRASLADO EN LA SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ¿REQUISITO ESENCIAL O DISPENSABLE?
PULIAFITO, MARÍA MELISA
- ❖ EL RECURSO EXTRAORDINARIO CONTRA SENTENCIAS NO DEFINITIVAS
PULIAFITO, JOSÉ PABLO
- ❖ VALOR PROBATORIO Y ENCUADRE JURÍDICO DE LA MENSAJERÍA ELECTRÓNICA
PICIGHELLI GIACOMELLI, GEMINA
- ❖ AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y OBLIGACIÓN DE FUNDAR DEBIDAMENTE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
UNA JURISPRUDENCIA CONSTANTE QUE CONSAGRA EL CONTROL JUDICIAL
PARMA, AGUSTÍN
- ❖ COMPETENCIA EN MATERIA DE CONSUMO EN EL PROCESO MONITORIO
MOSQUERA, MARÍA MILAGROS
- ❖ ¿VULNERABILIDAD DEL ACCESO A LA JURISDICCIÓN? LA DIVISIÓN DE PODERES EN RIESGO
MICHEL, PAULA
- ❖ FLEXIBILIZACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES EN ÉPOCA DE EMERGENCIA SANITARIA (COVID 19)
MARTÍNEZ, JIMENA
- ❖ LA COMPENSACIÓN JUDICIAL Y CÓMO EVITAR QUE SE TRANSFORME EN UNA VÍA DE ESCAPE PARA EL
DEUDOR REMISO

MARTEDÍ, ADOLFO ISMAEL

- ❖ EL USO DE LOS DRONES SOBRE LOS DOMICILIOS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

GIUFFRÉ, AMPARO

- ❖ CONSOLIDACIÓN DE LA CASACIÓN HORIZONTAL

GALDAME ZAPATERO, FLORENCIA E.

- ❖ ANÁLISIS PRÁCTICO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

FREDDI, FERNANDO

- ❖ LA ILUSIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA LABORAL

FLEITAS, JUAN IGNACIO

- ❖ CADUCIDAD DE INSTANCIA. NUEVO CRITERIO EN LA PROVINCIA DE MENDOZA

DOMIZI, DANIELA MAGALI

- ❖ PLAZO RAZONABLE

CORREA LLANO, IGNACIO

- ❖ DISCRECIONALIDAD VERSUS ARBITRARIEDAD EN LA DECISIÓN JUDICIAL. EL MARGEN DENTRO DEL CUAL SE PUEDE Y SE DEBE DECIDIR

BUSTOS SARMIENTO, EMILIANO

- ❖ CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL PROCESO CIVIL

BERTONA, MARCELO GUILLERMO- FORMENTO, BRENDA EUGENIA

- ❖ NUEVA CONDENA A LA ARGENTINA POR LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE RECURRIR UN FALLO

BENTO, NAHUEL AGUSTÍN

- ❖ LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN SITUACIONES EXCEPCIONALES DE RIESGO

BATTAGION, MARÍA DE LOURDES

- ❖ LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: CONTRATOS DE SEGURO COLECTIVO Y RELACIONES DE CONSUMO

ARTAC, MARÍA PAULA

LA COMPETENCIA FEDERAL Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE SOLICITANTES Y PETICIONANTES DE ASILO Y REFUGIO (LEY 26.165)

ANDRÉS ZAMBRANA¹

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente fallo gira en torno al criterio tomado por la Sala "A" de la Cámara Federal de Mendoza sobre la competencia federal en acciones de impugnación contra actos administrativos de la autoridad nacional, la cual ha denegado peticiones de refugio y asilo en el marco de la ley 26.165. En esta ocasión, al resolver un recurso de apelación interpuesto por un ciudadano senegalés con motivo de la declaración de incompetencia del Juzgado Federal nro. 2 de Mendoza para entender en este tipo de causas, confirmó por mayoría la competencia de la justicia federal mendocina, impidiendo así la remisión de dichas actuaciones al Juzgado Contencioso Administrativo Federal en turno de la Ciudad de Buenos Aires que se había ordenado.

De esta manera, la Alzada fijó una posición amplia en materia de competencia para este tipo de procesos, garantizando el derecho de defensa en juicio de los solicitantes de asilo que residen en esta jurisdicción. Así también el derecho a ser oído, y el acceso a la justicia para este grupo de personas vulnerables, justificando en su decisorio la inmediatez con el tribunal federal que decidirá la suerte de una petición personalísima, como es el caso del refugio.

1. INTRODUCCIÓN

El aspecto central del debate se circunscribe en la determinación de los alcances que cabe asignar al derecho de la defensa en juicio y acceso a la justicia de los solicitantes

¹Abogado, egresado de la Universidad de Mendoza. Integrante de la Defensoría Pública Oficial ante Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: andreszambrana56@gmail.com

de asilo y, con él, el de las reglas de la competencia de excepción ejercida por los tribunales inferiores con asiento en las provincias.

En el caso bajo análisis, se podrá valorar cómo la Cámara del fuero federal local, dejando de lado cualquier otro pronunciamiento previo que haya resuelto una cuestión similar, y apartándose de la posición asumida por sus pares de la Sala B en causas idénticas, postula la descentralización territorial de la justicia federal con competencia contencioso administrativa, a fin de garantizar la inmediación como requisito esencial para el acceso a la justicia, más aún cuando una de las partes litigantes integra un colectivo en condición de vulnerabilidad, como es el caso de los solicitantes de refugio.

Como se podrá apreciar, una solución diversa restaría justificación a la existencia de tribunales federales con asiento en el interior del país, dado que todas aquellas acciones en las que resultara demandado el Estado Nacional o uno de sus entes desconcentrados —en el caso, el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación— corresponderían al conocimiento de la justicia federal emplazada en la Capital Federal. Este tipo de interpretación, de la distribución territorial de la competencia, sin dudas contraría los principios fundantes de la organización de la justicia de excepción.

2. EL CASO²

La causa tuvo su origen el 29 de agosto de 2017, fecha en que el actor promovió ante el Juzgado Federal nro. 2 de Mendoza, acción judicial de impugnación de acto administrativo, por intermedio de la cual la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior de la Nación desestimó la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, oportunamente formulada ante la Comisión Nacional para los Refugiados – Co.Na.Re. (cfr. art. 4, inc. a, Ley 26165).

Citando el art. 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), el *a quo* se pronunció por su incompetencia, señalando que la cuestión objeto de autos es compleja y va más allá, por sus implicancias, de los derechos que menciona

²“SerigneMbacke, Dioum c/ Co.Na.Re. s/ Impugnación de acto administrativo”. Cámara Federal de Mendoza, Sala “A” (27 de mayo de 2019). <http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=35046>

el accionante, atento que el acto impugnado, se exteriorizó, y produce efectivamente sus efectos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde funcionan los órganos creados por la ley 22.423 y el Decreto 1382/2012.

En el entendimiento que la revisión en sede contenciosa de los actos administrativos adoptados por autoridades nacionales debe tramitar ante los tribunales del lugar de la autoridad de la que emanan, el juez de grado no advirtió razón alguna que avale la competencia de la Justicia Federal de Mendoza para intervenir en la presente causa, motivo por el cual resolvió remitir las actuaciones al Juzgado Federal con competencia en lo Contencioso Administrativo en turno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al interponer el apoderado del actor recurso de apelación contra dicho resolutivo, los agravios se centraron en tres cuestiones que valen la pena destacar:

a) En primer lugar, manifiesta que en razón de lo dispuesto en el art. 5 inc. 3 del CPCCN, el criterio que determina la competencia en las acciones personales —como la que aquí se ha interpuesto— es, en principio, el lugar de cumplimiento de la obligación. En materia contenciosa administrativa, el “lugar de cumplimiento de la obligación” ha sido interpretado como aquel en el cual el acto administrativo impugnado produce sus efectos. Ergo, el acto denegatorio de la condición de refugiado, sólo puede tener efectos jurídicos sobre el solicitante de refugio. Así entonces, el "lugar de cumplimiento de la obligación", no puede ser otro que el domicilio del actor —emplazado en jurisdicción de los tribunales federales de Mendoza— y no el de la demandada.

b) Seguidamente, expresa que el parámetro de asignación de competencia dispuesto por el *a quo*, no se encuentra contemplado en las normas procesales aplicables. Además, considera que tampoco se justificó de qué forma un magistrado federal con asiento en la provincia se vería impedido de dictar una sentencia vinculante. Una solución diversa restaría justificación a la existencia de tribunales federales con asiento en el interior del país.

c) Por último, teniendo en cuenta que el actor reside en la Ciudad de Mendoza, la cual pertenece a la jurisdicción del Juzgado de origen, y que las reglas de la competencia

territorial responden en interés exclusivo del peticionante, entiende que someter al mismo a litigar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta contrario al principio de inmediatez, y a la protección especial que el actor requiere, máxime la situación de vulnerabilidad que atraviesa en su carácter de migrante, y en particular frente al rechazo del status de refugiado en sede administrativa.

En una primera aproximación, el Tribunal disintió respecto de que los efectos del acto administrativo emanado por un ente nacional con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires se producen en dicha ciudad, toda vez que la revisión de la situación migratoria del causante, al habersele denegado la petición de refugio, la Dirección Nacional de Migraciones deberá actualizar el status migratorio, y si se encontrare hipotéticamente en una situación migratoria irregular, ordenar su expulsión del país. Dicho procedimiento deberá llevarlo adelante la Delegación de la Dirección Nacional de Migraciones con asiento en el domicilio real del peticionante, por lo que a su juicio resulta fácilmente deducible que un efecto concreto de la resolución atacada se producirá en esta jurisdicción.

En lo atinente al argumento del juez *a quo* que proroga la competencia en favor de la justicia contencioso administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos, la Alzada, tomando en su mayoría los agravios de la parte recurrente, entendió que aquel razonamiento transgrede palmariamente los principios de distribución territorial republicana de nuestro país y, como consecuencia directa, vulnera la garantía de acceso a la justicia de la que goza todo ciudadano.

Al respecto, resalta la importancia de la distribución territorial de la competencia federal a los fines de garantizar el efectivo acceso a la justicia. En consonancia con esta idea, destaca que el peticionante de refugio reside en la Ciudad de Mendoza por lo que, si la judicialización de su denegatoria del trámite de refugio tramitara en esta jurisdicción, facilitaría sin lugar a hesitación alguna su posibilidad de compulsar el expediente, ser asesorado debidamente por un letrado patrocinante (público o privado) local y presentar las probanzas que considere pertinentes a los fines de fundar su pretensión. Lo contrario a dicha solución (si la competencia quedara radicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), dificultaría palmariamente la posibilidad de ejercer

debidamente el derecho fundamental de acceso a la justicia, más aún en un caso de vulnerabilidad como en el que se encuentra el actor.

Consecuentemente, y en relación a lo postulado anteriormente, destaca que, en nuestro ordenamiento interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso, el 24 de febrero de 2009 y a través de la Acordada 5/09 adherir a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, con el fin de acercar a determinados grupos con un mayor grado de vulnerabilidad al sistema de justicia.

Finalmente, luego de citar el art. 5 inc. 3 del CPCCN, concluye que la competencia en las acciones personales —como la que aquí se ha interpuesto— es, en principio, el lugar de cumplimiento de la obligación, afirmando en consecuencia y de manera conteste con lo señalado por el actor, que en esta materia el “lugar de cumplimiento de la obligación” ha sido interpretado como aquel en el cual el acto administrativo impugnado produce sus efectos y que, como sostuvo precedentemente, sería en esta jurisdicción.

Así las cosas, y en el entendimiento que la causa por el juez local favorecerá la inmediación en mayor medida que si se lo defiriera al juez de Capital Federal, en fecha 27 de mayo de 2019, por mayoría, se hizo lugar al recurso de apelación, confirmando la competencia de la Justicia Federal de Mendoza para continuar actuando en el proceso.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

El criterio de atribución de competencia elaborado por la Sala “A” de la Cámara Federal de Mendoza se puede resumir de la siguiente manera: a) consagra el principio de inmediación, integrante de la garantía de acceso a la justicia reglamentado en normas procesales específicas (cfr. art. 5, inc. 3, CPCCN); b) realza la organización de la justicia federal con asiento en las provincias para entender en materia contenciosa administrativa (cfr. art. 116, CN; art. 2, inc. 62, y 12, Ley 48; art. 111, inc. 5, Ley 1893); y c) garantiza el derecho de defensa en juicio de los solicitantes de asilo, quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En este caso, vemos cómo la Cámara asume una posición novedosa respecto a las impugnaciones de actos administrativos emanados por una autoridad nacional con

asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conjugando normas de la competencia para entender en las acciones personales con los principios de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia respecto a un gran número de personas –que por su condición de peticionante de refugio – se encuentra en situación de vulnerabilidad.

En primer lugar, esta interpretación encuentra su argumento – como ha sido señalado anteriormente - en el art. 5 inc. 3 del código de rito, al establecer que, tratándose de acciones personales, será competente el juez "del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia".

En este sentido, un punto central de dilucidación aquí es la competencia territorial. En términos generales, la competencia en razón del territorio obedece a la proximidad del órgano judicial con el lugar en que se encuentra situado alguno de los elementos de la pretensión o petición que es el objeto del proceso. En tales condiciones, un principio que anima la distribución de la competencia territorial es la inmediación con el órgano judicial llamado a decidir el asunto, ya que ello hace al resguardo del debido proceso y la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.³

En esta tesitura, se advierte que el acto administrativo denegatorio de la condición de refugiado, en tanto concierne al estado de las personas, sólo puede tener efectos jurídicos sobre el solicitante de refugio.

Este argumento a su vez encuentra respaldo por las directrices de la Comisión Nacional para los Refugiados, al instrumentar acuerdos para delegar funciones originariamente propias de su Secretaría Ejecutiva (art. 31, Ley 26165) en las Oficinas Migratorias de la Dirección Nacional de Migraciones que se encuentran fuera de la Ciudad de Buenos

³"Telecom Argentina SA c/ EN -ENÁCOM y otros s/ medida cautelar autónoma". CNCAF, Sala I (8 de noviembre de 2016); y "Estado-Nacional - Ministerio de Energía y Minería s/ inhibitoria". CNCAF, Sala I (21 de febrero de 2019).

Aires y su Área Metropolitana (cfr. Anexo I, Acuerdo del 25 de febrero de 2015). Así, en razón de las distancias geográficas y de los costos que demandaría la centralización de esos cometidos exclusivamente en la sede principal de la Co.Na.Re., se autorizó a las citadas delegaciones a: a) dar inicio a los expedientes de solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado, b) realizar las entrevistas de elegibilidad, c) remitir actuaciones, d) otorgar certificados de residencia precaria y aquellos que acreditan el estatuto de refugiado reconocido, e) notificar las decisiones recaídas en los expedientes, f) procurar la atención adecuada de los solicitantes 'y refugiados que se encuentren en particular situación de vulnerabilidad y g) llevar a cabo toda otra actuación necesaria y dispuesta por la Secretaría Ejecutiva relacionada con la conformación del expediente y el impulso del procedimiento.

De esta manera, la misma autoridad nacional ha previsto que los efectos del reconocimiento o de la denegación del estatuto de refugiado se producen en la jurisdicción en la que la persona concernida se domicilia y, con el fin de abordar las contingencias que el ejercicio de los derechos derivados de esa condición suscita, ha procedido a la descentralización administrativa con base territorial.

En otro orden de ideas, la resolución de Cámara desentraña el sentido de la organización de la justicia federal con asiento en el interior del país y el acceso a la jurisdicción de personas en condición de vulnerabilidad. En tal sentido, recuerdo que la Corte Suprema de justicia de la Nación determinó que resulta irrelevante que la pretensión comprenda como sujeto pasivo al Estado Nacional, pues su privilegio federal se encuentra satisfecho con la intervención de los tribunales inferiores de la Nación (conf. art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2, inc. 62, y 12, Ley 48; art. 111, inc. 5, Ley 1893).⁴

Por ello, corresponde resaltar la importancia de la distribución territorial de la competencia federal a los fines de garantizar el efectivo acceso a la justicia. En el interior del país la distribución de la competencia federal obedece a la necesidad de privilegiar el principio de inmediatez del magistrado federal, lo que facilita el ejercicio de la jurisdicción en los procesos iniciados en las provincias en cuyo territorio corresponda la

⁴"Mendoza, Silvia Beatriz". Corte Suprema de Justicia de la Nación (20 de junio de 2006).

intervención del fuero de excepción.⁵Se debe atender entonces a la situación de la parte actora en algunas materias que así lo justifican, a través de previsiones orientadas a favorecer o, al menos, no dificultar el acceso a la jurisdicción.

La jurisprudencia del fuero ha destacado el principio por el cual se impone la determinación de la competencia según un criterio territorial. Esto es, allanar los inconvenientes derivados de la distancia y a obtener un mayor rendimiento de la justicia que deriva de la aproximación entre la sede del órgano judicial y el lugar de producción de la prueba. Ello con fundamento en los principios procesales de economía, agilidad e inmediatez.⁶

Párrafo aparte merece hacer mención que esta postura no es la que ha tomado la Sala B de la Cámara Federal de Mendoza en casos idénticos traídos bajo su análisis. Remitiéndose al caso "Bow, Bada", dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín⁷, ha resuelto que la competencia territorial debe justificarse en la proximidad del tribunal con el lugar donde debería cumplirse el objeto del proceso, esto es, el reconocimiento del carácter de refugiado por parte de la CONARE, situada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde deberían cumplirse las medidas judiciales tendientes a ese eventual reconocimiento.

Esta interpretación restrictiva de derechos, prescinde, entre otras cosas, de la gravitación de los estándares específicos del Derecho Internacional de los Refugiados sobre las reglas adjetivas. Particularmente, esta articulación normativa impone que el actor ejerza su derecho a ser oído en términos de participación personal, garantía fundamental integrante del debido proceso (cfr. arts. 8 y 25, CADH)⁸. En la instancia recursiva y en conjunción con la garantía de imparcialidad, este derecho exige "la posibilidad de que la autoridad que conoce la apelación o revisión tenga una impresión

⁵PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B. (DIR.) (2012), "*Competencia Federal*". Buenos Aires: La Ley, p. 809.

⁶"Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/I.N.S.S.J.P. s/apremio". Cámara Federal de La Plata, Sala III (2 de marzo de 2009).

⁷"Bow, Bada c/ Comisión Nacional para Refugiados - Ministerio del Interior - Estado Nacional s/ impugnación de acto administrativo". Cámara Federal de San Martín, Sala I (13 de diciembre de 2017).

⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013), "Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia", *Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas*. Párr. 154.

personal del solicitante, constituye otra garantía procedimental importante"⁹. El principio de amplitud probatoria en la materia se halla consagrado en el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados — aplicable al sub examine de conformidad con lo prescripto en el artículo 35 de la Ley 26165— que establece un procedimiento específico de averiguación y evaluación de los hechos. Particularmente, implica que "el examinador debe: procurar que el solicitante exponga su caso con la mayor amplitud posible y con todas las pruebas de que disponga" (cfr. punto 205, inciso b, apartado i).

Por último, no quiero dejar de mencionar que la exigencia de inmediación que con acierto se ha aplicado en el caso bajo tratamiento se intensifica aún más cuando es parte una persona integrante de un colectivo en condición de vulnerabilidad, como es el caso de los solicitantes de asilo y refugiados.

El Derecho Internacional de los Refugiados establece estándares agravados en materia de debido proceso, en atención a los intereses concernidos en este tipo de controversias. En ese sentido, otorga al derecho a ser oído un contenido diferencial que no se agota con el acceso a la representación letrada, sino que impone una participación personal e inmediata en el proceso, atento a que el Tribunal debe ponderar la existencia de temores de persecución que no resultan asequibles de otro.¹⁰

A su vez, esta importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad ha sido expresamente destacada en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

En la exposición de motivos, se ha sostenido que: "El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado

⁹ACNUR (2001), *Procesos de asilo. Procedimientos de asilo justos y eficientes*, párr. 43.

¹⁰ACNUR (2001), "*Procesos de asilo...*", ob. cit, párraf. 43; Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados; art. 35, Ley 26165.

reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social”.

En definitiva, no debe perderse de vista que el mismo cuerpo normativo está dirigido a los operadores de justicia, quienes al momento de resolver deberán tener en cuenta las condiciones particulares de quien pretende de la jurisdicción una protección de sus derechos, revisando de tal modo las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

4. CONCLUSIÓN

Entiendo que, más allá de la interpretación oportuna y acertada que ha hecho la Cámara Federal sobre la competencia en materia contencioso administrativa, la jurisdicción en conflicto traída a debate no es más que una mera forma de organización de justicia que debe ceder – en todo caso - para favorecer el acceso a la justicia de una persona en condición de vulnerabilidad. Postular una asignación de competencia distinta – como sería la proximidad del tribunal con el ente nacional – sería materializar un fin opuesto al que anima la normativa procesal, es decir, la descentralización territorial de la justicia federal con competencia contencioso administrativa, y con la que la justicia Federal de Mendoza cuenta materialmente¹¹.

Cabe reparar al respecto que el ordenamiento adjetivo federal se encuentra en un proceso de evolución hacia un sistema con mayor oralidad e inmediatez, en resguardo de la tutela judicial efectiva de las personas en condición de vulnerabilidad, principios

¹¹Cfr. art. 3, Ley 21161 y art. 1, Ley 22292.

que han sido acogidos expresamente en el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que se encuentra a consideración del Congreso Nacional.

En mérito de lo expuesto, es importante reafirmar este antecedente que ha sido objeto de análisis, y que está siendo aplicado en los números casos que tramitan actualmente en el fuero federal local. Pues imaginen los problemas que puede tener un peticionante de refugio si tuviera que ir a litigar a más de 1000 km de su lugar de residencia. Muchos ni siquiera poseen un documento provisorio para circular o acceder a los servicios esenciales básicos en la provincia, o bien, se encuentran en una gran precariedad laboral que apenas les alcanza a cubrir sus requerimientos alimentarios básicos; cuestiones que sin duda agravan su delicada situación.

LA VULNERABILIDAD DE UN MIGRANTE AHOGADO EN PRECEPTOS PROCESALES

MARIANO A. RODRÍGUEZ¹²

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente análisis, se da a partir de un fallo dictado por el Juzgado Federal N° 2 de San Juan, en el cual se resolvió rechazar el recurso judicial incoado por una persona de nacionalidad extranjera, contra una disposición de la Dirección Nacional de Migraciones. Por su intermedio se declaró irregular su permanencia y se ordenó la expulsión de la República Argentina, con carácter permanente, ello bajo los parámetros contemplados por en los arts.29 inc. c) y 69 de la Ley N° 25.871.

Se tratará de atender la especial situación de vulnerabilidad de los migrantes, bajo el manto de normas que desoyen la realidad del colectivo minoritario.

1. INTRODUCCIÓN

El decisorio a comentar presenta varias particularidades que merecen la pena ser observadas. Entendemos que el Juzgado Federal N° 2 de San Juan, se apartó de los criterios impuestos por los principios de la ley nacional, como así también de las más bastas y reconocidas obligaciones asumidas por la Argentina, mediante la firma de tratados internacionales.

A la luz del fallo analizado, coexisten otros temas de interés, tales como el planteo de inconstitucionalidad del Decreto 70/2017, los cuales quedarán exentos del presente, siendo merecedoras de párrafos apartes.

¹²Abogado. Egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires. Relator de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Ex Director Provincial del Centro de Protección de los Derechos de la Víctima ante el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Ex Director de Defensa y Asistencia a las Víctimas ante el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Ex Asesor ante el Gabinete de la Subsecretaría de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Coautor de obra colectiva de interés jurídico. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: marianoalro@yahoo.com.ar

Destáquese que, en virtud de lo estipulado por el art. 69 de la Ley N° 25.871, expresamente se contempla que *“respecto de los extranjeros que se encuentren comprendidos en alguno de los impedimentos previstos en los artículos 29, incisos a), b), c), d), e), f), g), h), i), j) y k) y 62, incisos a), b), c) y f), y cancelación automática de la residencia, o en los restantes supuestos de los artículos 29 y 62 de la presente Ley que impliquen gravedad institucional, se aplicará el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo regulado en el presente Capítulo. Los plazos previstos en el presente Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo son improrrogables”*.

El capítulo relativo al procedimiento migratorio especial sumarísimo, fue incorporado por el art. 9º del Decreto N° 70/2017 (publicación oficial: B.O. 30/01/2017), cuya vigencia data a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.

2. EL CASO¹³

La presente causa tuvo inicio con el recurso interpuesto por el defensor oficial representante del Sr. Rodríguez Fernández, previsto en el art. 79 de la ley 25.871. El mismo ataca la resolución definitiva de la Dirección Nacional de Migraciones. Subsidiariamente solicitó la inconstitucionalidad de los arts. 7, 9 y sigs. que establecen el procedimiento migratorio especial sumarísimo. Señaló también, que debía procederse a la aplicación de la ley 25.871 y su decreto reglamentario N° 616/2010, sin las modificaciones introducidas por el Dto. 70/2017, por entender que las dos primeras configuraban la normativa vigente al momento del inicio de las actuaciones administrativas.

A los fines de anclar su arduo reclamo, el actor inició el laberinto jurídico, exhibiendo que él, de nacionalidad española, residía en la Argentina desde el año 2012, dedicándose a diversos trabajos, como así también, que contrajo nupcias en este país con una mujer de nacionalidad argentina con quien convive desde octubre de 2014 junto a los dos hijos

¹³“Rodríguez Fernández, Juan José c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo A Juzgado”. Juzgado Federal N° 2 de San Juan (28 de junio de 2018). <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=tJM5C39w9mD7n%2FWY%2B2pAQ6Smn62SuRaAmdHxq7P2iH0%3D&tipoDoc=despacho&cid=125041>

de ella, progenitor “afín” de los menores, adoptando un rol parental en todos los ámbitos, desde lo afectivo, el cuidado, la educación y hasta lo económico.

Sin perjuicio de ello, en fecha 5 de octubre de 2016 fue notificado de la resolución administrativa DNM N° 192791 (de la Dirección Nacional de Migraciones), por medio de la cual se le denegó el beneficio solicitado y ordena la expulsión del recurrente, como así también le prohibió su reingreso.

En oportunidad de responder la interposición de la demanda, la Dirección Nacional de Migraciones, acompañó las constancias de los antecedentes penales del reclamante, motivos por los cuales, le fue denegada su petición, y consideró que correspondía ordenar su expulsión del país con prohibición de reingreso por estar incurso en el impedimento previsto en el inc. c) del art. 29 de la ley 25.871.

Finalmente, amparó la constitucionalidad del decreto 70/2017, destacando que los derechos declarados por la C.N., no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y que dicha potestad en el ámbito nacional en principio se otorga al Congreso de la Nación y por excepción al Poder ejecutivo.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, con los fundamentos expuestos en extenso, revocó la sentencia de primera instancia. Para así decidir, no tuvo más que recordar, que lo que aquí se decidía, era el futuro de una familia, donde la vulnerabilidad propia del migrante, nunca tuvo cabida¹⁴. Veamos:

a.- En primer lugar, sin perjuicio de haberse puesto en análisis lo relativo a los antecedentes penales del actor, tales hechos no han sido considerados bajo el contexto familiar que la misma legislación de fondo exige.

b.- La constatación por parte de la Dirección Nacional de Migraciones, de algunas de las causales de impedimentos en el ingreso y permanencia de extranjeros previstos en la

¹⁴“Rodríguez Fernández, Juan José c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo a Juzgado”. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza (7 de agosto de 2019) <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=IGvo6CBBMm7JyfUSlvpZXLXTu80CLb9bFCS%2BxS2eAo%3D&tipoDoc=sentencia&cid=125041>

norma (art. 29 de la Ley N° 25.871), de ningún modo puede ser desnaturalizada sin el espíritu informante de los principios correspondientes al colectivo vulnerable.

c.- Que no se trata de evadir una de las causales de impedimento para la permanencia en el territorio (art. 29 Ley N° 25.871), sino de una interpretación armónica de la voluntad del legislador al momento de crear la norma (art. 3 de la Ley N° 25.871).

d.- Principio de reunificación familiar: Así, se advirtió que el vínculo del recurrente Juan José Fernández Rodríguez, no sólo se ha extendido en su marco familiar por su cónyuge de nacionalidad argentina, sino también por los dos hijos menores de ella, Joaquín y Julián, con quienes conforma una familia de tipo ensamblada.

e.- Interés Superior del Niño: llamó la atención, que desde el inicio de las actuaciones en Sede Administrativa, como así también, con posterioridad, esto es, durante toda la sustanciación del proceso en sede judicial, los niños no fueron escuchados.

f.- Incumplimiento de los requisitos reseñados en la Ley N° 19.549: los actos administrativos emanados de la Dirección Nacional de Migraciones, carecieron de motivación, siendo por ende, ineficaces para surtir efectos jurídicos.

Para obtener algunos de esos datos de interés, la Cámara Federal, previo a resolver, dispuso realizar una audiencia con las partes e interesados. Para ello echo mano de las herramientas del art. 36 CPCCN al cual referiremos más adelante.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A) PRIMERA APROXIMACIÓN. LA VULNERABILIDAD

Resulta imprescindible delimitar el concepto de “*grupo en situación de vulnerabilidad*” para poder establecer a quiénes y en qué contexto estarían dirigidas las políticas públicas que nuestro país y el régimen internacional pretenden cubrir.

Se dice que la *vulnerabilidad* es el resultado de la acumulación de desventajas, la cual deriva en una posibilidad mayor de sufrir un daño, como consecuencia de un conjunto

de causas sociales y de algunas características personales, culturales, económicas y cualquier otra análoga.

En este contexto, la vulnerabilidad puede definirse como la disminución en la capacidad de una persona o grupo de personas para prever, enfrentar y tolerar los efectos de un peligro (natural o causado por la actividad humana), como así también para recuperarse de los mismos.

*“(...) La vulnerabilidad es la disposición interna a ser afectado por una amenaza. Si no existe vulnerabilidad no se produce la destrucción. Depende del grado de exposición, de la protección, de la reacción inmediata, de la recuperación básica y de la reconstrucción (...)”.*¹⁵

B) DESAPEGO A LA REALIDAD

Dicho ello, corresponde adentrarse en el análisis de la sentencia. El fallo de primera instancia no ha valorado las circunstancias que a continuación se desarrollarán, y que dieron origen al fallo comentado.

En primer término, la duración de la estadía del migrante en el país: se trataba de una persona que, al momento de dictarse sentencia, había arribado a territorio argentino hace más de seis años. Su ingreso data del año 2012, la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones del año 2018, y la sentencia de primera instancia de junio de ese mismo año.

En segundo lugar, los vínculos familiares del migrante: el afectado, se encontraba viviendo en el país junto a su esposa de nacionalidad argentina y dos hijos de ella, Joaquín y Julián, respecto de quienes ostentaba figura paterna.

¹⁵Instituto de Geografía (IGUNNE) (2004) Facultad de Humanidades. UNNE. Resistencia, Chaco. Argentina. <https://hum.unne.edu.ar/revistas/geoweb/Geo2/contenid/vulner6.htm>

En tercer término, de efectuarse un test de convencionalidad, surgiría de manera clara y visible que la medida dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones no resulta una medida proporcionada y necesaria para el Estado.

C) DE LA LEY A LOS HECHOS

Rige en Argentina, la Ley N° 25.871, por medio de la cual se regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas, es decir, la política migratoria de nuestro país.

Para ello, el mismo texto, determina que "inmigrante" es todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente.

De la política migratoria argentina, surgen algunos objetivos, plasmados en varios incisos del art. 3. Un breve repaso por cada una de ellas, deja al manifiesto, la arbitrariedad de la sentencia aquí analizada.

El apartamiento de los objetivos básicos contemplados por la política migratoria de nuestro país, hace que aquí se hayan palpado ciertas arbitrariedades, que una vez más, despojan al vulnerable de los derechos más esenciales.

Respetando el orden expuesto por el art. 3, de la citada Ley N° 25.871, se advierten las siguientes inobservancias:

- Falta de compromiso con las obligaciones asumidas mediante los Tratados Internacionales, entiendo que la sentencia se apartó del art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, atento a no haber tomado en cuenta el derecho a la vida familiar que le asiste al sentenciado, como así tampoco, los límites a la potestad del Estado de expulsar a quien habita en nuestro suelo. Ergo el caso, no supera un test de razonabilidad, toda vez que no veló por el cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente por la política pública nacional (violación al art. 3, inc. "a" de la Ley N° 25.871).

- La 'NO' contribución al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país. Por el contrario, ha ejercido un acto que, a todas luces, deviene discriminatorio para quien no sea de nacionalidad argentina y esté habitando dentro de nuestro territorio (violación al art. 3, inc. "c" de la Ley N° 25.871).

- Principalmente, el fallo atacado fue resuelto sin atender al ejercicio del derecho a la reunificación familiar. Veamos. Tiene dicho la Convención Americana de Derechos Humanos, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (art. 17 de la CADH).

Por ello, la discusión en torno al caso traído a colación, debió haber sido examinada bajo las disposiciones de raigambre constitucional, las obligaciones asumidas internacionalmente, y por sobre todo, circunscribirse a los principios básicos rectores (violación al art. 3, inc. "d" de la Ley N° 25.872).

- Promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes, sin dudas implica un cambio en el paradigma cultural de nuestro país (violación al art. 3, inc. "e" de la Ley N° 25.872).

- La Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones, por medio de la cual se ordena la expulsión del país, como la sustanciación de todo el proceso, y sentencia de primera instancia, dejaron a un lado, una de los más preciados detalles de la vida. Esto es, la felicidad de los niños y la posibilidad de estos a gozar de los derechos más básicos como la familia. De la mano a la trasgresión al "principio de reunificación familiar", floreció la falta en el "interés superior del niño".

D) ART. 36 DEL C.P.C.C.N.

Recién en la segunda instancia del proceso judicial, el expulsado pudo hacer valer los derechos que, desde el primer día de reclamo, puso sobre el tapete.

"(...) Y en este contexto, coincido con quienes destacan que toda cuestión de índole formal, o aún sustancial que se oponga o pueda de algún modo obstaculizar el abordaje

*de cuestiones referentes a conflictos donde se encuentra involucrado el interés superior del niño, deben ser zanjadas en favor de éste último (...)*¹⁶.

Atento a que la cuestión aquí traída, no hace al fondo del análisis, sino que es mera parte de la crítica, solo expresaré que de haberse hecho efectiva la medida ordenada por la demandada – Dirección Nacional de Migraciones -, esto es, la orden de expulsión, se habría privado a los menores de un sostén de contención y apoyo, como así también, habría obligado a toda la familia a trasladarse a otro país, con las consecuencias prácticas que ello implica.

La fría aplicación de la norma aquí cuestionada (art. 29, inc. c, de la Ley N° 25.871), de la cual hizo uso la Dirección Nacional de Migraciones, para llevar adelante su intento de expulsión, terminó siendo rebatida por un artículo cuyo texto data en el art. 36 del Código de Rito.

Por razones de criterio, o por omisiones de factores esenciales, la Alzada puede discrepar en las soluciones a las cuales arribó la sentencia de primera instancia. Esa posibilidad no es sino, una expresión más que nuestra norma prevé a los efectos de garantizar los derechos de las partes.

Claro está, que el rol del Poder Judicial en este tipo de acciones, se limita al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación; integrando necesariamente con ello el debido análisis y control judicial de toda pretensión administrativa de expulsión del país, respecto de un extranjero¹⁷.

Ello pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte IDH, la revisión del acto administrativo de expulsión de un extranjero por parte de un juez o tribunal “(...) es un

¹⁶LLOVERAS, NORA- MONJO, SEBASTIÁN (2012), *El interés de los niños, niñas y adolescentes de cara al formalismo y ritualismo procesal: inadmisibilidad y procedencia*. San Salvador: Edit. Abeledo-Perrot, p. 253.

¹⁷Ley N° 25.871. Migraciones. Art. 89 (2003).

*requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la Administración, que afecten derechos fundamentales (...)*¹⁸.

La CFAM, previo al dictado de la sentencia, decidió llevar adelante una audiencia, convocándose al Defensor Oficial, al Sr. Fernández, a la esposa de este último, al asesor de menores, a los niños involucrados y al representante de la Dirección Nacional de Migraciones. Claro está, que en un caso como el aquí analizado, muchas dudas pueden ser despejadas por los magistrados, sin papeles de por medio, en un “cara a cara” con las partes.

Concretamente, mediante la utilización de la herramienta, se lograron construir los cimientos sobre los cuales versó su posterior sentencia.

Ante todo, se advirtió que el vínculo del migrante, no sólo se ha extendido en su marco familiar por su cónyuge de nacionalidad argentina, sino también por los dos hijos menores de ella, Joaquín y Julián, con quienes conforma una familia de tipo “ensamblada”.

En segundo término, los jueces intervinientes consideraron que la resolución administrativa cuestionada no superó el test de convencionalidad ya que vulneraba preceptos recogidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, atento a no garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.

En tercer lugar, la audiencia del art. 36, permitió tener presente “el interés superior del niño”, atento a que sin perjuicio de tratarse de un migrante (de nacionalidad española), con familia ensamblada en el país, hasta el momento de la audiencia en cuestión, no se había cedido un espacio tendiente a escuchar la voz de los menores.

Finalmente, la herramienta permitió a los magistrados de la Alzada, para expedirse respecto a la falta de motivación como requisito esencial previsto en la Ley 19.549.

¹⁸Vélez Loo vs. Panamá. Corte Interamericana de Derechos Humanos (23 de noviembre de 2010). <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

4. CONCLUSIÓN

Los vulnerables, han estado históricamente sometidos como grupos a distintos patrones de valoración cultural y se encuentran sometidos a políticas públicas efectivas (y a veces no tanto), por parte del Estado.

Con severas dificultades o hasta incluso, lamentablemente verse privados del pleno goce de sus derechos fundamentales, nuestra Carta Magna, en consonancia con los nutridos Convenios Internacionales, han sostenido la necesidad de que el Estado tenga la obligación de visibilizar las problemáticas suscitadas en los distintos grupos que se encuentran sujetos a estas situaciones y consecuentemente arbitren todos los medios tendientes a producir las políticas públicas adecuadas para superarlas.

Es indispensable la puesta en marcha de herramientas tendientes al desarrollo de políticas públicas que prevean la construcción de refugios jurídicos para la protección de aquellos que se encuentran en situación de desventaja. Aunque las mismas quedarán jurídicamente huérfanas, si *a posteriori*, y en el caso concreto, no son asumidas por los jueces como papel preponderante.

Sin perjuicio de lo expuesto, vale aclarar que no se trata de violar el impedimento previsto en el inc. c) del art. 29, ni al art. 69 de la ley 25.871, sino de que dichas normativas sean analizadas a la luz de su base humanitaria, sin que las mismas sean contradictorias a las previsiones de nuestra Constitución Nacional, y a los tratados internacionales de los cuales somos parte.

En este sentido, la Corte IDH tiene dicho, en relación con los migrantes, como grupo vulnerable, que *“el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos”*¹⁹.

¹⁹Vélez Loor vs. Panamá. Jur. Cit. ref. 18.

Con ello, queremos decir que, un trato diferencial puede traducirse en el caso concreto a un vehículo para el efectivo acceso a derechos, como una forma, a veces efectiva, de proteger a quienes se consideran más débiles por los factores que determinan la vulnerabilidad.

Reconocer la existencia de grupos con particularidades de tipo “minoritarias”.

De lo que se trata, es de acceder a derechos. Donde la ley no alcance, la interpretación del juez habrá de estar presente.

EL TRASLADO EN LA SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ¿REQUISITO ESENCIAL O DISPENSABLE?

MARÍA MELISA PULIAFITO²⁰

RESUMEN (ABSTRACT)

Recientemente, la Sala “M” de la Cámara Nacional en lo Civil, en ocasión de pronunciarse acerca de la validez del dictado de una sustitución de medida cautelar sin previo traslado a la contraria, resolvió a favor de la misma por entender que: 1) el derecho a ser oído de la recurrente pudo ser ejercido con la fundamentación del recurso de apelación, lo que descarta una afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio; y 2) no se advierte prima facie la desproporcionalidad en la sustitución invocada.

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, son dictadas por el juez, en principio valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas, para el momento en que aquella se encuentre producida.

Tal como recordaba Lino Palacio, la regla general que establece que las medidas cautelares se decretan inaudita parte no trasunta una derogación del principio de contradicción (el cual constituye una proyección de la garantía constitucional de la defensa en juicio) sino una postergación momentánea de su vigencia justificada en obvias razones de efectividad²¹.

Este principio general que indica que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin intervención de la otra parte, es reconocido en forma expresa por el Código Procesal

²⁰Abogada, egresada de la Universidad de Mendoza. Relatora de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. Doctoranda de la Carrera de “Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, de la Universidad de Mendoza. Especialista en Ciencias Penales, por la Universidad de Mendoza. Diplomada en Defensa Internacional de los Derechos Humanos, emanada del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH). Diplomada en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Universidad Nacional de Cuyo. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: melisa.puliafito@hotmail.com

²¹PALACIO LINO E. (1985), *Derecho Procesal Civil*, T. VIII, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 69.

Civil y Comercial de la Nación en su art. 198, y ha sido receptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Ahora bien, cuando la medida cautelar ya se encuentra cumplida pero el acreedor/deudor solicita la ampliación, mejora o sustitución de la ya decretada, la norma procesal sita en el art. 203 exige que la resolución sea dictada previo traslado a la contraria, por el término de 5 días.

¿Cuál es el fin de dicho traslado? ¿Resulta requisito indispensable para decretar la validez de la medida dispuesta, o bien, puede prescindirse del mismo? Y si pudiere prescindirse de éste, ¿lo sería en cualquier caso, o únicamente en aquellos donde la urgencia lo ameritare?

Estos son algunos de los interrogantes que intentaré poner de resalto, en ocasión del reciente fallo de la Cámara Nacional Civil.

2. EL CASO²²

La coheredera N. M. A. interpuso recurso de apelación contra el decisorio que dispuso la sustitución del embargo pedido por los demás coherederos. Allí se agravió de la arbitrariedad de la resolución por tres cuestiones: 1) la decisión carece de fundamentación; 2) omitió disponer traslado a su parte del pedido de sustitución de embargo; y 3) resulta desproporcionada.

El Tribunal constata, en una primera aproximación, que la sustitución de la medida cautelar fue ordenada sin traslado previo a la recurrente, y que el conocimiento previo de la apelante no hubiera frustrado la medida, en tanto los fondos se encontraban depositados en una cuenta bancaria de titularidad del expediente.

²²“Incidente Nº 2 - s/INCIDENTE CIVIL”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M (16 de marzo de 2020). <file:///C:/Users/Meli/Downloads/fallo%20-%202020-04-14T160929.253.pdf>

Sin perjuicio de ello, considera que en tipos procesales urgentes se reduce la cognición o se posterga la bilateralidad a los fines de lograr una tutela eficaz, que permita cumplir al mismo tiempo con la garantía de la tutela efectiva y en tiempo útil.

Desde esa perspectiva, destaca que el derecho a ser oída de la recurrente en la cautelar analizada pudo ser ejercido con la fundamentación del recurso de apelación, lo que descarta una afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio.

Tampoco advierte *prima facie* la desproporcionalidad en la sustitución, cuando en un primer momento se habría ordenado el embargo, sin indicación de monto, sobre las cuentas bancarias de la coheredera apelante, y no obstante ello, aquella habría retirado cheques por la suma de \$325.000 con posterioridad al fallecimiento de la causante.

Finaliza estableciendo que, atento que la apelante no brindó razones en su memorial que permitieren desvirtuar los argumentos invocados en la resolución que decretó el embargo, no corresponde limitar la medida en instancia de apelación, confirmando, en efecto, la sustitución dictada por el *a quo*, sin traslado previo a la contraria.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

El principio que inspira las normas que autorizan la sustitución de medidas cautelares es doble: que se mantenga adecuadamente protegido el crédito que garantizan y al mismo tiempo que no se cause innecesariamente perjuicio al deudor.

El último párrafo del art. 203 del Código Procesal Nacional establece que: *“la resolución sobre la ampliación, mejora o sustitución de una medida cautelar decretada, se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias”*.

La norma previó dicho traslado, tal como bien señala la Cámara Civil, puesto que ya no se justificaría prescindir de la bilateralidad propia de todo proceso contradictorio; y

además, para que el juez pueda resolver acerca de la pertinencia de tal modificación/ampliación requerida, luego de escuchar a la contraria²³.

Tiene dicho la Corte Federal, en numerosos precedentes, que la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, el cual supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deban ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de ejercer su defensa²⁴.

El principio de bilateralidad es propio de la conformación del proceso. Dos partes que litigan en igualdad de oportunidades defendiendo intereses contrapuestos.

Ahora bien, si bilateralidad supone contradicción, es un presupuesto infaltable para dar cobertura plena al derecho de defensa, salvo que no se interprete como garantía sino como principio, en cuyo caso, se convierte en una orientación que se podrá solapar en situaciones justificadas. Esta es la corriente generalmente aceptada²⁵.

Dice Palacio que [...] *“la vigencia del principio de contradicción requiere, fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden, a quienes se encuentren en las situaciones mencionadas, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y de producir pruebas. No exige la efectividad del ejercicio de tales derechos [...]”*²⁶.

La índole de ciertos procesos, sin embargo, impone la necesidad de que las resoluciones que en ellos recaen, se adopten sin la previa audiencia de una de las partes o mediante una audiencia restringida; pero en ninguno de esos casos media una derogación del principio que nos ocupa, sino simplemente, una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta²⁷.

²³CAMPS, CARLOS E. (2012), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado. Comentado. Concordado*, T.1, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 361.

²⁴Círculo Odontológico de Jujuy s/infracción ley 25156 - apelación multa. Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite (23 de junio de 2015) Ver también Fallos: 331:866; 327:120; 325:806; 320:2607; 320:1789; entre muchos otros.

²⁵GOZAINI, OSVALDO A. (2012), *Garantías, principios y reglas del proceso civil*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires: Ed. Eudeba, p. 216/224.

²⁶PALACIO, LINO E. (1979), *Derecho Procesal Civil*, T. I, 2da ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 263/264.

²⁷PALACIO, LINO E. (1979), ob. cit., p. 263/264.

La tutela de urgencia es una de las manifestaciones que encuentra el derecho a ser oído para quedar postergado por imperio de las circunstancias fácticas. La rapidez para resolver se asocia con el estado de necesidad que justifica la prontitud de la respuesta jurisdiccional para evitar males o peligros mayores.

He aquí la razón de la posible abreviación del plazo previsto, el cual tendría el mismo fundamento que la habilitación de días y horas; es decir, cuando se “tratase de diligencias urgentes cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes a las partes” (conf. art. 153 del CPCCCN).

Gozaíni, concluye que la única posibilidad de encontrar que se afecte el derecho de defensa y se cercene el derecho a ser oído, está cuando se resuelve una medida sin haber dado posibilidad alguna de contrariarse contra ella²⁸.

En dicho marco, encontramos doctrina mayoritaria que entiende que constituye una facultad del juzgador decretar las sustituciones y/o ampliaciones de medidas cautelares previstas por el art. 203 del código de rito, aún *inaudita pars*, cuando de los antecedentes alegados y eventual sumaria comprobación, pudiere resultar que militan las mismas razones que autorizaron su adopción sin sustanciación²⁹ (en consonancia con lo previsto por el art. 197 sobre la información sumaria).

En la misma línea, otros entienden que el juez puede prescindir de la sustanciación prevista en la norma, cuando el conocimiento previo del deudor de la solicitud pueda originar la frustración de la medida³⁰.

Hasta aquí entonces, aparece como regla general, consagrada tanto por el Código Procesal, como así también por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, y seguida incluso por nuestra doctrina, que el principio de bilateralidad es el que debe regir a lo largo del proceso para hacer efectivo el derecho de defensa en juicio; y la excepción

²⁸GOZAINI, OSVALDO A., ob. cit., p.220.

²⁹KIELMANOVICH, JORGE L. (2015), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado*, 7ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 555 y 534.

³⁰MORELLO, A. M., SOSA, G. L., & BERIZONCE, R. O. (1984), *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación: comentados y anotados*, T. II, Buenos Aires: Librería Editora Platense, p. 609. Si bien allí se comenta el art. 203 del Código Procesal de Buenos Aires, el mismo resulta idéntico en número y contenido, al Código Procesal Nacional.

radicaría en la particularidad de la urgencia de ciertos procesos, que podrían verse truncados frente al traslado previo de las actuaciones, o bien, en la posibilidad de frustración de los fines de la misma, si el deudor tomare conocimiento de ello.

Ahora bien, lo expuesto, no resultaría *a priori* novedoso. Lo que aquí genera dudas, y ha sido motivo de adopción de un criterio por parte de la Cámara Civil, es si, no obstante no existir tal urgencia, podríamos igualmente apartarnos de la exigencia de traslado previo de la normativa, y con ello no violar el principio de bilateralidad y la consecuente garantía de defensa en juicio.

A mi entender, y compartiendo la postura en este caso del mentado tribunal, la respuesta sería afirmativa.

Es que, tal como venimos diciendo, lo fundamental es la “posibilidad” de ser oído, la cual en el presente caso, fue ejercida mediante la fundamentación del recurso de apelación, no significando tal aplazamiento, una derogación estricta de la garantía en cuestión.

Sin embargo, aquella consideración no puede valorarse aisladamente, sino que el juez, necesariamente, debe evaluar los efectos que la sustitución de la medida pudo generar al recurrente; elemento esencial a los fines de decidir si aquella defensa es susceptible de ser ejercida después de haberse dictado, o bien si debió ser llevada a cabo, indefectiblemente, con anterioridad al mismo.

Ello por cuanto la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho; de otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público³¹.

³¹Ferrell, Patrick Martin c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios. Corte Suprema de Justicia de la Nación (6 de mayo de 2008).

Cabe recordar que, hallándose en juego la interpretación de normas procesales, es aplicable el principio con arreglo al cual ello debe hacerse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan las leyes en cuestión, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso³².

Esta importancia que he de destacar en cuanto a los efectos y la finalidad del acto, para ser tenida en cuenta por los magistrados a la hora de analizar la norma aplicable al caso en cuestión, también fue consagrada por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dejó de lado como pauta de interpretación el conocido “espíritu de la ley” que regulaba el C.C. en sus arts. 14 y 16, para adoptar una interpretación “adecuadora”³³, que ‘constituye uno de los tipos más importante de interpretación sistemática’.

De este modo, se puede afirmar que el CCyC adhiere a la interpretación activista y no a la originalista, en la misma línea que lo hace la Corte IDH y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, en nuestro país, la Corte Federal desde el resonado caso “Kot” en 1958³⁴. Idéntica postura cabría aplicar entonces para la interpretación del Código Procesal Civil.

A modo de corolario, y no obstante lo expuesto a lo largo del presente análisis, cabe destacar que lo dicho sigue constituyendo la excepción a la regla, tal vez considerada si se quiere, como una “nueva” excepción *-uniéndose así a la urgencia y la posibilidad de frustración de la medida, ya existentes-*.

Por ello, y como toda excepción de tipo procesal, a fin de velar por su validez, siempre debe ser interpretada de manera restringida, y su habilitación debe encontrarse

³²Cabezas Daniel Vicente y otros s/Denuncia - Las Palomitas - Cabeza De Buey. Corte Suprema de Justicia de la Nación (17 de octubre de 2007).

³³Tiene lugar siempre que se adapte el significado de una disposición, al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (...) Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales, y no pretende derogarlos. En este sentido, se resaltó que: “La unión entre texto y finalidad (o letra y espíritu) de la ley es reconocida por la jurisprudencia pacífica de la CSJN, en el sentido de que adolece de vicios la interpretación literal de una norma que frustra el objetivo perseguido por la institución reglamentada” (MARISA HERRERA - GUSTAVO CAMELO - SEBASTIÁN PICASSO (Dir.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo 1, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, p. 13/14).

³⁴MARISA HERRERA - GUSTAVO CAMELO - SEBASTIÁN PICASSO (Dir.) (2015), ob. cit., p. 13.

suficientemente fundada por el magistrado, en antecedentes y constancias propias de la causa (conf. art. 34 inc. 4 del CPCCN).

4. CONCLUSIÓN

El juez, como director del proceso, tiene amplias facultades para decidir en todas las causas que se le presenten bajo su jurisdicción, siempre y cuando respete los límites impuestos por los propios Códigos Procesales y, obviamente, las garantías establecidas por nuestra Constitución Nacional, las cuales, a su vez, se encuentran amparadas por los distintos tratados internacionales cuya jerarquía ha sido avalada por el art. 75 inc. 22 de aquella Carta Magna.

En efecto, siempre que se esté ante el apartamiento de un trámite que expresamente dispone la norma procesal, más aún como en el presente caso, donde se vela por el tan preciado principio de bilateralidad, el cual nació en miras a la realización de la garantía de defensa en juicio, ineludiblemente deben analizarse los antecedentes de la causa, las razones que llevaron a dicho apartamiento, y los efectos que aquél pudo generar en la parte presuntamente afectada.

Todo ello, a fin de verificar si, no obstante no encontrarse cumplida estrictamente la norma procesal, la finalidad que la misma proclamaba, fue igualmente alcanzada, o bien, no se vio frustrada por su aparente inobservancia.

Amén de lo expuesto, resáltese que nos encontramos en el marco de una medida cautelar, esencialmente mutable, y más especialmente, en la facultad de solicitar su ampliación, modificación o sustitución; donde se debe velar porque las mismas cumplan con el fin de la cautela, adaptándose a las necesidades del caso, y tendiendo a evitar o disminuir los perjuicios que pudieren ocasionar, en la forma que originalmente fueron dictadas³⁵.

³⁵NOVELLINO, NORBERTO J. (1994), *Embargos y desembargo y demás medidas cautelares*, 4^{ta} ed., ampliada y actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 99.

En definitiva, esto resulta consonante con la tendencia actual de un juez activista, que debe optar siempre por una interpretación de tipo sistémica, protector de las garantías constitucionales y realizador de los derechos fundamentales en juicio.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO CONTRA SENTENCIAS NO DEFINITIVAS

JOSÉ PABLO PULIAFITO³⁶

RESUMEN (ABSTRACT)

A partir de un fallo que dictó la CSJN a fines de 2019, que revoca una medida cautelar en la que se ordenó a la Obra Social del Poder Judicial entregar una medicación a una niña, hacemos un análisis de la admisibilidad de los recursos extraordinario federales contra sentencias interlocutorias.

Creemos que la Corte se apartó de su tradicional y restrictiva postura de acceso a sus estrados, abriendo injustificadamente la instancia excepcional y revisando un fallo de carácter provisorio y no definitivo, como lo es un decisorio precautorio.

1. INTRODUCCIÓN

El fallo que vamos a comentar presenta varias particularidades que merecen la pena ser observadas. Creemos que la Corte se aparta de la mayoría de los criterios que ha mantenido a lo largo de su jurisprudencia. Si bien alguna manifestación haremos en torno a ello, no es justamente el fondo del asunto sobre el que pretendemos exponer, sino una de sus aristas procesales.

Lo que encontramos cuanto menos llamativo, es la apertura de un recurso extraordinario federal, cuando el mismo se dedujo contra una sentencia o auto interlocutorio. Más cuando la CSJN, sobre todo en la actual y anterior composición, ha sido muy restrictiva en este sentido.

Este último tema es el que vamos a estudiar, a la luz del caso citado. Para eso comenzaremos haciendo un breve resumen del mismo.

³⁶Abogado, egresado de la Universidad de Mendoza. Prosecretario administrativo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. Maestrando en Derecho Procesal UNR. Egresado del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados del Consejo de la Magistratura Nacional. Delegado por Mendoza de la Escuela Judicial de dicho Consejo y de la Comisión de Jóvenes procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autor de artículos legales y coautor de obras colectivas de interés jurídico. Contacto: josepablopuliafito@hotmail.com

2. EL CASO³⁷

La actora promovió acción de amparo contra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación. El objeto de la misma fue que se le brinde a su hija menor la cobertura al 100% de la medicación *Somatotrofina Omnitrope 10 mgr* (5 cartuchos por mes). Según prescripción médica, era necesaria para el tratamiento de la patología de "resistencia a la hormona decrecimiento endógena" que presentaba la niña.

En ese marco, solicitó la provisión de la droga con carácter cautelar. La petición fue admitida por la jueza de primera instancia y confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala III)³⁸. Ésta, en resumidas palabras, tomó en cuenta que la Obra Social reconoció la enfermedad y, el hecho que la cobertura de la hormona del crecimiento no estuviera expresamente contenida en el Plan Médico Obligatorio, no era excusa. Sostuvo, que este catálogo no es un techo sino un piso de obligaciones mínimas de estas entidades.

Es contra este decisorio que la demandada deduce recurso extraordinario. La Cámara interviniente lo declaró inadmisibles³⁹, por no dirigirse contra una sentencia definitiva ni resolución equiparable a tal en cuanto al perjuicio del daño que pudiera causar.

Expresó que, tratándose de abrir la tercera instancia de excepción, el legislador sólo la autoriza respecto de las sentencias definitivas, y por tales se entiende las que dirimen la controversia poniendo fin al pleito, haciendo imposible su continuación o causando un gravamen insusceptible de ser reparado con ulterioridad.

En referencia concreta al caso dijo que el pronunciamiento cuestionado no causa una lesión de esa especie, toda vez que implica una medida de alcance temporal y que no impide la continuación del pleito.

³⁷Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa D. P., C. S. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud. Corte Suprema de Justicia de la Nación (26 de diciembre de 2019). <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7571392&cache=1586891844361>

³⁸Fallo CCCF Sala III, 03/05/18, en las referidas actuaciones. Para su consulta ver en www.cij.gov.ar

³⁹Sentencia interlocutoria de fecha 06/08/18. Ídem referencia anterior.

No contenta con la decisión del Tribunal, la demandada dedujo queja por extraordinario denegado, entendiendo que existe cuestión federal porque la decisión es contraria al derecho de esa índole, así como de arbitrariedad, derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, de la omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales y de la falta de aplicación de la normativa conducente a la correcta solución del litigio.

La Corte Suprema con los fundamentos expuestos en extenso en el fallo y resumidos a continuación, acogió la queja, abrió el recurso y revocó la medida cautelar. Para así decidir sostuvo:

a.- En primer lugar, y es lo que aquí nos interesa, refiere a la cuestión formal. Es decir el motivo por el cual, aun siendo lo decidido materia cautelar –o por el contrario sin revestir carácter de sentencia definitiva-, debe abrirse el recurso extraordinario federal.

Alega que en el presente se configura un supuesto de excepción pues la sentencia apelada, *“ha anticipado la solución sobre el fondo del asunto y ello implica una alteración en las relaciones de una obra social estatal con sus afiliados que, por el tenor de los argumentos empleados, puede afectar su normal desenvolvimiento, máxime si se consideran los efectos que acarrearía una eventual proyección de la misma solución a casos similares”*⁴⁰.

b.- Desde el acápite 5º en adelante, el fallo expone las razones jurídicas y prácticas, por las cuales considera improcedente la medida cautelar. Específicamente refiere a resoluciones del Ministerio de Salud, PMO, disposiciones de la Obra Social, testimonios de médicos, referencias de peso y estatura de la niña, etc.

Solo destacaremos, que la Corte sostiene que el fallo de Cámara no tuvo en cuenta la normativa aplicable, la cual torna inverosímil el derecho de la actora y, consecuentemente, arbitraria la sentencia. Por eso decide lo que decide.

⁴⁰Las comillas encierran el argumento medular expuesto textualmente por la Corte en el considerando 4º del fallo. Creemos, por ese motivo, importante la cita textual.

Como dijimos al inicio, lo que nos interesa comentar es la procedencia del remedio federal en este caso, por lo que la resolución del tema de fondo carece de interés a esos fines. Allí el motivo de la falta de extensión de este apartado.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A) PRIMERA APROXIMACIÓN

Haciendo justicia al subtítulo que precede, comenzamos diciendo que los recursos extraordinarios buscan especialmente afianzar la seguridad jurídica, estableciendo un control sobre la uniformidad en la aplicación del derecho objetivo y un ejercicio razonable del control de constitucionalidad⁴¹.

Entre estos recursos está inmerso el *extraordinario federal* (REF). Vía extraordinaria – ergo no ordinaria- que aspira a que la Corte Suprema sea el último intérprete de la Constitución Nacional.

Es en este sentido ella misma ha sostenido desde siempre que no es una tercera instancia. De ahí que uno de los requisitos propios para la procedencia del recurso en cuestión es que haya existido una sentencia definitiva⁴². En otras palabras, se trata de un presupuesto indispensable para el tratamiento de cuestiones federales. Ello en virtud del sistema difuso de control de constitucionalidad que rige la Nación⁴³.

Sin embargo, cuando se habla de sentencia “definitiva” no solo se ha referencia a aquella que pone finiquito al proceso, sino que a través de la jurisprudencia se han ido incorporando otras resoluciones que puedan causar un perjuicio de imposible o muy compleja reparación posterior. Estas por su particularidad han generado una suerte de ventana de acceso a la revisión del Máximo Tribunal. Pero, estamos hablando siempre en el terreno de lo restrictivo o excepcional.

Las sentencias interlocutorias que deciden sobre medidas cautelares no suelen estar contenidas dentro de ese grupo de excepciones. Ello en tanto, además de no ser

⁴¹GOZAINI, OSVALDO A. (2015), *Elementos de derecho procesal civil*, 2ª ed. CABA: Ediar, p. 505.

⁴²Art. 14 ley 48.

⁴³ROJAS, JORGE A. (2019), *El recurso extraordinario federal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 125.

definitivas, resuelven sobre una petición con características particulares. Una de ellas es la provisoriedad. En efecto, la medida concedida puede revocarse a lo largo del proceso cuando hayan cedido las circunstancias que la motivaron.

Todo ello sin perjuicio de que su existencia se justifica para garantizar el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia favorable. Por lo tanto si esta rechaza la demanda, la medida atada a ese proceso, dado su carácter de accesorio, pierde su razón de ser.

No obstante lo hasta aquí expuesto la CSJN ha abierto REF contra decisorios que conceden o rechazan precautorias. Generalmente por encontrarse en juego intereses superiores como la vida, libertad, medio ambiente, cuestiones de trascendencia política, económica o social⁴⁴, etc.

El caso que comentamos trata de un extraordinario contra cautelar, aunque sin existir motivos suficientes para suponer que esta sentencia interlocutoria se puede incluir en las excepciones relatadas en el párrafo anterior. Sobre esto volveremos más adelante.

B) LA DECISIÓN ARBITRARIA

Como es sabido, la jurisprudencia creó una nueva vía de acceso a sus estrados. Así, cuando la resolución apelada sea arbitraria, aun cuando no exista cuestión federal clásica en los términos del art. 14 de la ley 48, se habilita su intervención.

Este concepto se ha ido desarrollando a lo largo de los fallos, creando así una suerte de doctrina sobre lo que significa. La Corte ha sostenido, a lo largo de sus últimas composiciones, que son arbitrarias las sentencias que se limitan a efectuar un examen parcializado y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa sin integrarlos ni

⁴⁴Traemos a colación un fallo de trascendencia, reciente, que puede servir de ejemplo de lo que pretendemos señalar. En el juicio en el que la Asociación de Magistrados demanda al Estado Nacional por la interpretación de la ley de impuesto a las ganancias de jueces y personal judicial. Al momento de exponer sobre el REF contra la cautelar concedida dijo que, “si bien las resoluciones sobre medidas precautorias -ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan- no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo decidido excede el interés individual de las partes y afecta de manera directa el de la comunidad”. Fallos: 341:1717.

armonizarlos en su conjunto, circunstancia que desvirtúa la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios⁴⁵.

También ha dicho que con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Para no perder el norte debemos recordar que siempre estamos ante recursos extraordinarios, que limitan la competencia del tribunal a un análisis jurídico superior del caso. No a una nueva revisión completa de hecho y pruebas como lo hace la segunda instancia.

En ese orden de ideas, la noción de sentencia arbitraria surgió para evitar fallos ilegales e irrazonables. Pero siempre la lupa debe ser puesta con el máximo de cautela, ya que es una creación pretoriana que deja sin efecto nada más ni nada menos que un fallo judicial. Por eso, como dice la Corte, no se trata de que esta no comparta el criterio de la Cámara anterior, sino que el pronunciamiento recurrido sea tan malo que no cuente con los requisitos mínimos de una sentencia.

A riesgo de ser redundante, no se trata de estar de acuerdo o no con lo resuelto, sino que lo resuelto contenga o no los requisitos de validez de un acto decisorio jurisdiccional.

c) NI UNA NI OTRA

Hechas esas breves aclaraciones, ahora sí nos metemos de lleno en el caso.

En primer lugar, la CSJN se aparta de la mayoría de los criterios que viene manteniendo sobre derechos humanos: cautela a la hora de revocar medidas que puedan poner en juego la salud, más de índole provisorio, más cuando el afectado es un niño o niña, etc.

⁴⁵Fallos 321:1909. Éste ha sido citado hasta la actualidad.

Pero no es sobre el fondo del asunto sobre el que haremos hincapié, sino como anticipamos, en sus aristas procesales.

La primera que surge palmaria es la apertura de un recurso extraordinario federal cuando el mismo se dedujo contra una sentencia o auto interlocutorio. Si bien hace una aclaración del porqué de esa decisión, entendemos que el caso que nos convoca no cabe en una de sus excepciones.

No se advierte que la concesión de la medicación para el crecimiento de la actora durante el proceso pueda poner en riesgo la economía de la Obra Social del Poder Judicial. Aparece como una afirmación abstracta, carente de sustento empírico.

Hecho que agrava con la afirmación del descalabro que los efectos de la concesión de tales medidas acarrearía, generando una eventual proyección de la misma solución a casos similares.

Este razonamiento, más el que asevera que el fallo ha anticipado la solución sobre el fondo del asunto, sería aplicable a todas las medidas cautelares, más aún a las deducidas contra prepagas u obras sociales por prestaciones médicas. Obviamente es errado, de hecho la Corte Nacional suele confirmar ese tipo de medidas directamente no abriendo el REF. Cuestión que trataremos con detalle en el próximo punto.

Por lo tanto, compartimos lo resuelto por la Cámara Civil y Comercial Federal al denegarlo por carecer del requisito propio de ser una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Otra cuestión que llama la atención es el meticuloso tratamiento que hace el fallo, refiriendo a normas infralegales, resoluciones administrativas, y demás, cuando se trata de una resolución cautelar, ergo provisoria y mutable. Los fundamentos dados por el Máximo Tribunal son propios de una sentencia definitiva que corone el desarrollo acabado del proceso. Los fundamentos dados rozan –siendo generosos- la preopinión sobre el fondo.

Además, el fallo parece no compartir los argumentos dados por la Cámara. Pero como explicamos, ello no quiere decir que éste sea arbitrario. La Corte no amplía o desarrolla a dónde está la arbitrariedad –que sea de tal magnitud que invalide el acto procesal intermedio y justifique su intervención-, apartándose de su propia doctrina.

D) UN POCO DE NÚMEROS

El carácter restrictivo, excepcional o extraordinario de la Corte no es solo legal sino práctico.

En el cuadro que armamos, colocamos algunos datos de interés. Por un lado, los recursos extraordinarios que por año declara procedentes la CSJN y por otro, los improcedentes. Estos datos estadísticos y su conclusión en forma de promedio, son realmente demostrativos de lo que venimos diciendo⁴⁶:

CSJN ante REF	Totales	Procedentes	%	Improcedentes	%
2012	8015	1429	17,82	6586	82,18
2013	7926	1110	14	6816	86
2014	8719	1817	20,83	6902	79,17
2015	7416	1359	18,3	6057	81,7
2016	6663	767	11,51	5896	88,49
2017	<i>El sitio web de la CSJN no ha publicado estadísticas de este año.</i>				
2018	5396	1081	20,03	4315	79,97
Promedios	7355	1260	17,13	6095	82,87

⁴⁶Cabe señalar que en la CSJN computa mayor número de pronunciamientos por año que referenciamos aquí. Lo cierto es que, como todo Tribunal, además de los recursos extraordinarios también decide sobre: cuestiones de competencia, declaración de *moot case* o abstracto, desistimientos, regulación de honorarios, aclaratorias, entre otros.

Los datos fueron extraídos de <https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/sentencias-de-la-corte-suprema> (20/03/2020).

Como se puede ver la Corte abre, aproximadamente, un 17 % de los recursos extraordinarios que se presentan por año. Si bien algunos son inadmisibles por cuestiones formales⁴⁷, la mayoría son rechazados por ser considerados “intrascendentes”.

Con la modificación del CPCCN de 1990 (ley 23.744), no solo se amplió el número de jueces de la Corte, llevándolo a nueve, sino que se incorporó el art. 280: *el certiorari criollo*. Con ambas decisiones se buscaba mayor agilidad y dinámica⁴⁸.

Este instituto importado del derecho anglosajón, permite al Tribunal de los supremos, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

A lo que vamos es que es imposible que la CSJN entienda sobre todos los casos que le llegan. Esperar lo contrario sería convertirla en lo que no se quiere: una tercera instancia.

Es por todo esto que lo que venimos desarrollando opera en contra de lo decidido por la Corte en este caso. No se advierte la trascendencia económica, social, política o la que fuere, para que declare procedente el recurso extraordinario federal, e incorpore a esta decisión cautelar provisoria, al selecto y escueto número de fallos revisables.

4. CONCLUSIÓN

La Corte yerra al tratar el caso. Apartándose de todos sus precedentes que rigen en la materia, declara procedente un recurso extraordinario contra un auto interlocutorio cautelar por considerar arbitrario el fallo de Cámara. Para así decidir, no fundamenta

⁴⁷La CSJN en el año 2007 dictó la acordada N° 4, en la que se exponen todas las exigencias formales para interponer el REF. Fue criticada por limitar el acceso a la justicia por medio de ritualismos innecesarios. Lo cierto es que, a nuestro criterio, a través de la misma no solo aspiró a organizar el contenido de aquellos recursos, sino a limitar su procedencia.

⁴⁸Cabe señalar que la decisión de ampliar la CSJN a 9 miembros fue tildada por muchos como una maniobra para cooptar la mayoría decisoria. Ese tribunal fue lamentablemente conocido como la *corte menemista* poniendo, obviamente la lupa sobre su independencia.

suficientemente el motivo de tal decisión. Fustiga de arbitraria la sentencia del Tribunal de competencia inferior, cuando la que parece tener tal mote es la de la propia Corte.

La CSJN como Máximo Tribunal de la Nación debe velar para que su intervención no se convierta en una tercera instancia. De hecho, las estadísticas referidas, como así también su doctrina, alberga esa larga y lógica tradición de excepcionalidad o restricción de acceso. Sin embargo, fallos como el que nos toca comentar no solo no cooperan en ese sentido, sino que lo contradicen injustificadamente.

RESUMEN (ABSTRACT)

En base a un fallo dictado por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Provincia de Mendoza, analizaremos la validez probatoria de los correos electrónicos y de los mensajes de WhatsApp, u otras aplicaciones similares, los cuales han sido aceptados como medios de prueba, siempre y cuando reúnan ciertos requisitos que detallaremos a lo largo del presente trabajo.

Entendemos correcta su incorporación dentro de los medios de prueba posibles, ya que la misma es coherente con el art. 176⁵⁰ del CPCyT de la Provincia de Mendoza, cuando establece la libertad de medios probatorios siempre que sean idóneos, pertinentes y no prohibidos por la ley general.

1. INTRODUCCIÓN

El fallo que pasamos a examinar determina en forma detallada el avance de la legislación y de la interpretación de las normas en coincidencia con el surgimiento permanente de nuevos medios de comunicación, los cuales van invadiendo el tráfico comercial siendo cada vez más utilizados para concretar ofertas, aceptaciones, condiciones, formas de pagos, entre otros.

⁴⁹Abogada, egresada de la Universidad de Mendoza. Posgrado en Corporate Compliance en la Esade Business & Law School de Barcelona. Diplomada en Derecho Procesal, Civil, Comercial y Tributario de la Universidad de Mendoza (Ley 9.001). Adscripta a la Cátedra de Derecho Empresario y Societario Profundizado de la Universidad de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Miembro de la Comisión de Derecho Tributario del Colegio de Abogados de la Provincia de Mendoza. Contacto: geminapicighelli@gmail.com

⁵⁰Art. 176 CPCCT: MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba: los documentos, el dictamen e informe de peritos y expertos, la declaración de testigos, el examen judicial, reproducciones y experiencias y *cualquier otro no prohibido por la ley en general o para casos particulares, que sea idóneo y pertinente.*

El juzgador podrá invocar las presunciones o indicios y los hechos notorios, aunque no hayan sido invocados.

Es casi impensado concretar un contrato sin que exista algún tipo de correo o mensaje entre las partes de aquél.

Todo ello genera la necesidad de enmarcar jurídicamente a estos medios de comunicación, a fin de lograr la mayor certeza posible en cuanto a los requisitos necesarios para su validez probatoria en juicio.

Siendo este tema el objeto de estudio del presente trabajo, pasaremos a examinar el fallo antedicho.

2. EL CASO⁵¹

Haciendo un breve resumen de los hechos, en el presente caso la actora tenía encargada la venta de un inmueble, estando de acuerdo con el vendedor en la comisión y estrategia de venta, pero todo ello sin formalización alguna por escrito, debido a la confianza existente entre las partes. Dicho contrato de corretaje no instrumentado fue probado en el proceso mediante avisos en el diario, visitas del inmueble y demás actos en los que no me voy a detener por no ser objeto del presente trabajo, así como por intercambios de correos electrónicos y mensajes de WhatsApp, lo que sí nos interesa.

Una de esas visitas al inmueble la realiza el actor con los demandados, futuros compradores del inmueble, informándoles en la misma el precio (\$485.000). Por mensajes de la aplicación WhatsApp, los demandados solicitan información sobre el loteo y ofrecen un monto determinado de dinero apenas inferior al comunicado en la visita (\$465.000). El actor comunica el precio al vendedor, quien acepta. Luego de ello, el actor envía la información requerida a los demandados por correo electrónico, y les facilita el teléfono del vendedor a los compradores.

Tanto el boleto de compraventa como la escritura se realizan sin dar aviso a la inmobiliaria del actor, quien se entera por el vendedor que la operación se había llevado

⁵¹“LLOPART RICARDO JOSE C/ LOMBARDICH LUIS Y OT. P/ COBRO DE PESOS”. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Provincia de Mendoza (1 de junio de 2017). <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5487228020>

a cabo. Ante la falta de pago de sus honorarios, intenta comunicarse con los demandados, sin obtener el cobro de los mismos, por lo que interpone su demanda.

Los demandados desconocen convenio alguno entre la inmobiliaria y el vendedor, y sostienen que de existir no les es oponible, denunciando un monto apenas superior a la mitad del precio que había denunciado la demandada (\$280.000).

Tal como indicamos, el contrato de corretaje fue probado mediante los avisos en el diario, las visitas no desconocidas por los demandados, los mails cruzados y las testimoniales rendidas, sobre todo la del vendedor del inmueble, quien reconoció haber contratado con la inmobiliaria para la venta del inmueble, habiendo abonado su parte de la comisión.

En resumidas palabras, la ley 25.028 establece que *“Interviniendo un solo corredor, éste tendrá derecho a percibir retribución de cada una de las partes; si interviene más de un corredor, cada uno sólo tendrá derecho a exigir remuneración a su comitente; la compartirán quienes intervengan por una misma parte”*⁵².

Con lo cual, probado el contrato de corretaje, el juez entendió que correspondía el 3% sobre la operación, aplicando el mismo al monto denunciado por la demandada (\$280.000), y sumando a ello los gastos efectuados, resultando una admisión parcial de la demanda, ya que admitió la procedencia de la misma, pero no por el monto denunciado por el actor.

Atento a ello, la sentencia es recurrida por el actor, quien critica el fallo por realizar una *“incorrecta apreciación de la prueba respecto del monto de la operación inmobiliaria”*, que es lo que aquí nos concierne, ya que entiende acertada la admisión de la demanda, pero opina que existe una errónea interpretación probatoria al momento de determinar el monto por el cual se realizó la operación, que es la base para calcular su porcentaje de honorarios.

⁵² Ley 25.028 art. 37, inc. a), párrafo tercero.

La Juez de primera instancia estableció que: *“En cuanto al monto de la operación solo queda a falta de otro elemento remitirme a lo que consigna la matrícula (fs. 128 vta.) que alude a la suma de \$280.000 como valor del inmueble adquirido”*, con lo cual el actor se vio en necesidad de utilizar la prueba aportada en el proceso para lograr una valoración distinta de la misma a la hora de determinar el valor cuestionado.

Es así que menciona, una tasación aportada al proceso cuyo valor oscilaba entre \$460.000 a \$470.000 y el cruce de mails y mensajes de WhatsApp entre actor y demandado, intentando hacer valer los mismos para demostrar el monto por el que efectivamente se llevó a cabo la venta. Según el actor apelante, se omitió la apreciación de la prueba de la cual surgía un monto distinto al de la matrícula para determinar sus honorarios, aunque esa prueba sí fue tomada en cuenta para admitir la demanda.

Por lo expuesto, la Cámara coincidió con el actor en lo que se refería a la labor de interpretación probatoria realizada, ya que existían otros elementos de prueba en la causa, destacando especialmente el instrumento notarial extra protocolar que certificaba el intercambio de correos electrónicos (e-mail) realizado a través de técnico en sistema, demostrando la efectiva comunicación entre las partes por este medio, y también señala que se encuentran protocolizados los diálogos por WhatsApp, dentro de los cuales se indicaba el monto de honorarios.

Es así que la Cámara trató especialmente la validez de la mentada prueba de correos electrónicos y WhatsApp señalando que la misma puede ser ofrecida y producida como prueba admisible, haciendo lugar a la apelación.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

El fallo brevemente resumido trata pura y exclusivamente la labor de interpretación probatoria realizada por la primera instancia, debido a que ello era lo único por lo cual se consideró agraviado el actor, configurando así la competencia de la alzada⁵³.

⁵³Art. 141 CPCCT, ap. IV.

Es por ello que, el fallo de Cámara analiza someramente la validez del contrato por no haber sido materia de agravios, para luego, en el considerando 5°, detenerse en la apreciación del *a quo* de la prueba instrumental rendida en el proceso, ya que en el fallo de primera instancia, se había considerado la totalidad de la prueba para acreditar la existencia del contrato de corretaje, pero se la había dejado de lado, sin argumento alguno, a la hora de determinar el monto de honorarios correspondiente a ese contrato.

Ante ello, con el fin de determinar ese monto, la Cámara procede a examinar nuevamente los medios probatorios aportados por el actor, y entre ellos resalta los correos electrónicos y los WhatsApp enviados entre las partes, todo lo cual había sido certificado notarialmente.

En primer lugar, el fallo cita un análisis de Carlos Carbone y a Gabriel Quadri⁵⁴ destacando que: *“en una correcta hermenéutica del art. 1.036 C.C. debe entenderse que la referencia que el codificador mencionaba sobre el valor de las ‘cartas misivas’ debía aplicarse analógicamente a cualquier tipo de soporte de la correspondencia en los cuales se encuentran incluidos estos tipos de mensajes tales como e-mail, mensajes de texto de teléfonos móviles (SMS o short messageservice) o la utilización de otro tipos de mensajería que la modernidad nos aporta como el WhatsApp, entre otros”*.

Luego, citando a Jorge Grispo⁵⁵, la Cámara entiende que si esa era la interpretación realizada con el anterior Código, mejor quedarán enmarcados en el art. 318 del Código Civil y Comercial, ya que menciona expresamente a la correspondencia como medio de prueba, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, englobando así la correspondencia epistolar clásica, los correos electrónicos, los mensajes de texto y los mensajes de cualquier plataforma utilizada para la transmisión de los datos escritos.

⁵⁴CARBONE, CARLOS A. (2005), *"Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba"*, Santa Fe: RubinzalCulzoni, p. 102.

QUADRI, GABRIEL H., *"Los mensajes de texto como prueba en el proceso civil"*. La Ley. Cita Online: AP/DOC/381/201.

⁵⁵GRISPO, JORGE D. (2015), *"Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código"*, LA LEY. Cita Online: AR/DOC/2964/2015.

Cabe destacar, que el fallo es claro al mencionar que quedan fuera de la “correspondencia” las comunicaciones de carácter “público” donde todos los que tengan acceso a la red puedan acceder al texto (Twitter, muro de Facebook, Instagram, etc.).

Con lo cual, los medios escritos en soporte electrónico quedan enmarcados jurídicamente en el art. 318 del CCCN, siempre y cuando los destinatarios elijan el modo privado de comunicación y no sean públicos, y por supuesto, no violen la confidencialidad de la misma, lo que no ocurrió en el caso en análisis porque los mensajes fueron entre las partes en conflicto, con lo que pueden utilizarlas en juicio sin violar dicha confidencialidad, ya que como expresa la Cámara “entre las partes no hay secretos”.

Con lo cual, si buscamos una admisión de las mismas como correspondencia entre las partes, tendremos que seguir todos estos lineamientos.

Ya la Cámara Nacional en lo Comercial había dispuesto que: *“Si bien las constancias de correos electrónicos constituyen documentos que, por carecer de firma digital, no pueden ser equiparados a los instrumentos privados en cuanto a su valor probatorio, ello no obsta a que se las pueda presentar en juicio para probar un contrato, siendo consideradas como principio de prueba por escrito”*⁵⁶; y en otro fallo estableció que: *“los correos electrónicos configuran principio de prueba por escrito, y corresponde asignarles eficacia probatoria si la misma demandada, a los efectos de fundar su defensa, también se valió de estos medios probatorios; máxime cuando los testigos coincidieron en punto a que las partes se comunicaban vía e-mail”*⁵⁷.

Por último, señalaremos que este tipo de pruebas es conveniente que vayan acompañadas de certificación notarial que acredite su autenticidad, así como del ofrecimiento de una prueba informática sobre el servidor que corresponda, o pruebas de informes libradas al proveedor del servicio, o medida asegurativa de prueba con el fin de obtener por un perito las conversaciones directamente desde la computadora,

⁵⁶“Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A.”. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D (2 de marzo de 2010) LA LEY 2010-C, 542. También “Henry Hirschen y Cía. S.A. c. Easy Argentina S.R.L.”, DJ, 2007-II, 1315.

⁵⁷“Marby S.A.C.I.F.I.A. c. Thyssen Krupp Stahlunion GMBH”. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala F (17 de abril de 2008).

celular o dispositivo electrónico de la parte contraria en el proceso. Todo ello con el objetivo de cuidar su validez y evitar una posible nulidad, oposición o no admisión de la misma.

4. CONCLUSIÓN

Los medios de prueba, en virtud de la libertad probatoria de la que gozan los litigantes, pueden ser tan variados como la imaginación de los mismos. Lo importante será su encuadre legal que le permita su subsistencia en el proceso para el fin buscado.

Como conclusiones arribamos a las siguientes:

- a. En una hermenéutica del art. 1036 del anterior Código Civil, la referencia a las cartas misivas se aplica analógicamente a cualquier tipo de soporte de la correspondencia.
- b. Con el art. 318 del actual Código Civil y Comercial de la Nación la correspondencia es expresamente un medio de prueba “cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla”.
- c. Para ser encuadrada en el art. 318 los destinatarios deben elegir el modo privado de comunicación y no ser públicos.
- d. Es importante que la prueba ofrecida no viole la confidencialidad que el art. 318 exige.
- e. Se aconseja acompañarla de certificación notarial, pericial informática, prueba informativa y/o medidas asegurativas de prueba, entre otras.

Todo lo expuesto busca establecer el mejor camino a la hora de encontrarse con este tipo de pruebas tan comunes en los procesos y en las consultas, ya que las relaciones contractuales en la actualidad utilizan este tipo de comunicación si es que no a veces como exclusivo medio de comunicación, no teniendo en ciertos casos más prueba que los mensajes entre las partes. Con lo cual, hay que estar preparado en el momento de aportarlas para no perderlas por negligencia profesional en el caso de los litigantes y para valorarlas correctamente en el caso de la Justicia.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y OBLIGACIÓN DE FUNDAR DEBIDAMENTE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

UNA JURISPRUDENCIA CONSTANTE QUE CONSAGRA EL CONTROL JUDICIAL

AGUSTÍN PARMA⁵⁸

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente trabajo analiza un reciente fallo de la C.S.J.N. en donde se pone de resalto la importancia y jerarquía del principio de debida fundamentación de los actos administrativos, estándar que habilita el control judicial, aun por sobre el principio consagrado constitucionalmente (y también reconocido por la Corte en reiteradas ocasiones) de la autonomía universitaria. Si bien el Máximo Tribunal, ratifica la autonomía de las casas de altos estudios, manifiesta que esa condición, de ninguna manera puede dejar afuera del control judicial a los actos por ella emitidos, a fin de analizar si los mismos están debidamente fundados, so pena de nulidad por vicio de arbitrariedad.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía universitaria, ha sido un logro para toda la comunidad académica; si bien el mismo ya había sido proclamado en diversas ocasiones, fue a partir de la reforma constitucional de 1994, donde quedó definitivamente consagrado.

Considerando la naturaleza autónoma, la C.S.J.N. ha sostenido en numerosos precedentes que el nombramiento de los docentes, a través de sus concursos, es una cuestión que compete al claustro académico y no a organismos judiciales.

Pero, el desarrollo que ha tenido la doctrina de la arbitrariedad y la consolidación de las garantías del debido proceso en el plano administrativo, habilita al organismo

⁵⁸Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Cuyo. Diplomado en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Maestrando en Derecho Administrativo (U.N.Cuyo). Docente de la cátedra Derecho de los Negocios Internacionales, Facultad de Ciencias Económicas (U.N.Cuyo). Miembro de la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Delegación Mendoza. Contacto: agustinparma@hotmail.com

jurisdiccional a revisar si el acto se encuentra debidamente fundado, sin considerar que la condición autonómica obste a ello.⁵⁹

En este entendimiento, la C.S.J.N. concibe que, si bien la autonomía universitaria es un principio constitucional, ello no impide que los organismos jurisdiccionales controlen sus actos administrativos, a fin de determinar si los mismos son emitidos conforme a derecho, y en caso de que así no sea, se disponga su anulación y remisión a fin de dictar otro.

La C.S.J.N. vuelve a remitir a su inveterada opción sobre la fundamentación de los actos administrativos, con la particularidad de que, en este caso, lo hace por sobre una doctrina también ya consolidada por su parte que en materia de concursos universitarios, la decisión compete a las propias Universidades.

2. EL CASO⁶⁰

La resolución en análisis, emitida por la C.S.J.N. tiene como antecedente el fallo de la Sala "B" de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Ésta hizo lugar al recurso judicial interpuesto por P. M., quien se había visto perjudicado en el marco de un concurso para cubrir tres cargos de profesor adjunto para la cátedra "Introducción a la Economía II" de la Facultad de Ciencias Económicas, de la Universidad Nacional de Córdoba.

El damnificado había interpuesto, contra las resoluciones Nº 98/2012 y 595/2012 dictadas por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas y por el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, recurso directo en los términos del art. el 32 de la ley 24.521.

⁵⁹El requisito de la fundamentación se desprende del sistema de gobierno democrático (art. 1 de la CN), de las garantías del debido proceso administrativo del art. 8.1 de la CADH y del art. 7 de la LPNA.

⁶⁰"Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa "Moncarz, Pedro Esteban c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ recurso directo Ley de Educación Superior 24.521". Corte Suprema de Justicia de la Nación (19 de marzo de 2019). www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-hecho-deducido-demandada-causa-moncarz-pedro-esteban-universidad-nacional-cordoba-recurso-directo-ley-educacion-superior-24521-fa19000038-2019-03-19/123456789-830-0009-1ots-eupmocsollaf?

Considerando que los actos administrativos atacados no habían sido debidamente fundados, la Cámara Federal resolvió declarar la nulidad del dictamen del jurado de fecha 30 de julio de 2010, su ampliación del 14 de julio de 2011 y las mencionadas resoluciones.

Contra tal decisión, la Universidad Nacional de Córdoba interpuso recurso extraordinario que, denegado, dio origen al recurso de queja sobre el que se expidió la Corte Suprema⁶¹.

Luego de analizar el recurso, consideró que, en lo sustancial, la Cámara entendió que el dictamen del jurado del concurso -y su ampliación- revelaban una inobservancia de los requisitos de valoración que exigía la normativa reglamentaria del régimen de concursos aplicable. Afirmó que, en oportunidad de examinar y asignar puntajes tanto a los antecedentes del actor como a las pruebas de oposición, no se había cumplido con las previsiones de los arts. 17 y 18 de la ordenanza N° 8/1986 de Concursos Docentes.

Por otra parte, destacó que en el dictamen se había establecido un orden de mérito en relación a participantes cuyos títulos, antecedentes, clase pública y entrevista personal, no habían sido evaluados.

En consecuencia, el Tribunal colegiado consideró que el apartamiento de las previsiones reglamentarias, impedía al actor ejercer su derecho de defensa pues no contaba con elementos objetivos que le permitieran examinar en qué radicaba la diferencia de su puntaje con el del resto de los postulantes (ordenanza N° 8/1986 de Concursos Docentes).

Recurrida la sentencia por la Universidad Nacional de Córdoba a través de recurso de queja, en virtud de la denegatoria del recurso extraordinario federal, la C.S.J.N., previo dictamen de la procuradora, se dispuso a analizar el planteo.

Sostuvo entonces nuestro máximo tribunal, que las impugnaciones expresadas por la universidad demandada en su remedio federal, no constituían una crítica concreta y

⁶¹https://www.lavoz.com.ar/sites/default/files/file_attachments/nota_periodistica/moncarz_contra_un_c.pdf

razonada de los fundamentos de la decisión apelada. Pues, la recurrente no lograba demostrar la irrazonabilidad de la decisión del *a quo* de aplicar la doctrina consagrada por la Corte respecto a que, si bien la designación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente, no admiten revisión judicial- por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad-; esa regla cedería cuando los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial, estuvieren afectados por arbitrariedad manifiesta.⁶²

A su vez, consideró que, “... *las genéricas referencias a la autonomía universitaria y a las facultades discrecionales del jurado en la valoración de las cuestiones académicas esbozadas en el recurso en examen en forma alguna refutan las conclusiones del a quo respecto de los incumplimientos de la normativa reglamentaria que se produjeron en el marco del concurso examinado y que se -ven corroborados por las constancias acompañadas en los autos principales. Tal orfandad en la exposición argumental impide tener por cumplido el requisito de fundamentación autónoma establecido en el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario federal...*”.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

El fallo en examen pone de resalto la importancia del respeto por las garantías que surgen del debido proceso administrativo, entre estas, la correcta motivación de las decisiones administrativas, de la cual se deriva la doctrina de la arbitrariedad, que prima aun por sobre otro principio constitucional, que es el de la autonomía universitaria.⁶³

Podemos ver cómo, a través de la doctrina de la arbitrariedad, la Corte habilita el acceso recursivo a su instancia, es decir que, si bien el control judicial sobre los actos administrativos está en principio limitado a cuestiones de legalidad, y no puede inmiscuirse en aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia, la alegación de una

⁶²“Piaggi, Ana Isabel c/ Universidad de Buenos Aires (UBA) Resolución 3582/2000”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (29 de junio de 2004).

⁶³Cabe señalar que la CSJN ya ha resuelto en otras ocasiones de manera similar en Fallos: 334:1412, 330:694, 329:5368.

deficiencia en su fundamentación, debidamente expuesto y probado, constituye un vicio de legalidad, que habilitaría el control jurisdiccional propio del poder judicial.

Si bien el jurado del concurso es soberano en la valoración de las cuestiones académicas, lo que se deriva del principio de autonomía universitaria, ello no lo exime de motivar y fundar su decisión.

Pero, la C.S.J.N. entiende que, la autonomía universitaria no puede ser una dispensa para que las universidades, en el plano normativo, puedan emitir actos administrativos al margen de todo control de constitucionalidad y legalidad, desconociendo así el principio general del arto 116 de la Constitución Nacional, piedra angular del sistema judicial argentino.⁶⁴

Así, por amplia que sea la autonomía consagrada por la reforma constitucional, ésta no puede dejar de lado el ordenamiento jurídico en general, por el cual corresponde sostener que la autonomía universitaria es por sí misma, un poder en sentido institucional. Por lo tanto, con toda la independencia que se quiera conceder a las universidades, siempre estarán sujetas a las leyes del Congreso.⁶⁵

A fin de poder profundizar en el análisis, resulta necesario hacer una reseña del origen del principio de autonomía de las universidades y de la debida fundamentación de los actos administrativos, en relación a la doctrina de la arbitrariedad.

A) LA AUTONOMÍA DE LAS UNIVERSIDADES

Es esencial observar la evolución de la relación entre las Universidad Nacionales y el Poder Ejecutivo Nacional, como órgano de contralor administrativo superior.

Esta relación, estuvo siempre caracterizada por una tensión que radica en que las Universidades pretendían autonomía plena, mientras que el Poder Ejecutivo mantenía sus facultades de control sobre las mismas, basándose en su condición de órgano superior jerárquico de la administración pública. Esta puja, ha existido desde los

⁶⁴Fallos: 320:2298; 327:2678.

⁶⁵Así lo sostiene la procuradora en el dictamen previo al fallo en análisis, siguiendo lo ya sentado en Fallos: 322:842.

orígenes de la organización nacional, donde el Poder Ejecutivo conservaba facultades de revisión sobre los actos de las altas casas de estudios.

Antes de la reforma constitucional de 1994, los actos de las Universidades Nacionales eran revisables por el presidente a través de la vía del recurso de alzada contemplado en el régimen general de recursos administrativos.⁶⁶ Este control, recaía sobre la legitimidad del acto en revisión y no sobre la oportunidad, mérito y conveniencia del mismo.

En 1994, la reforma de la C.N. coloca, entre las atribuciones del Congreso, la de sancionar *“leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: ... que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales (Art. 75 inc. 19)”*. Este artículo resolvió la tensión a favor de la autonomía de las universidades, y consecuencia de ello fue la sanción de la ley de Educación Superior 24.521.⁶⁷

La mencionada ley, prevé en su art. 32, un recurso directo ante el organismo jurisdiccional, Cámara Federal, para que sea ésta, y no el Poder Ejecutivo, quien revise los actos administrativos definitivos por ella emitidos.⁶⁸

Teniendo en cuenta el contexto referido, el artículo denota que el legislador, más que pensar en una forma rápida y simple para que la jurisdicción controle los actos de las universidades nacionales, con una estructura procesal adecuada a ello, procuró garantizar la independencia de las universidades, siendo éste el fin de la norma.

⁶⁶Art. 94 y sptes. del decreto reglamentario 1759/72.

⁶⁷La ley 24.521 se sancionó el 20 de julio de 1995.

⁶⁸Sin perjuicio de que subsiste la posibilidad de optar por la demanda contencioso administrativa contra los actos administrativos de las Universidades Nacionales, el art. 32, dentro del título IV (De la Educación Superior Universitaria), capítulo 2 (*De la autonomía, su alcance y sus garantías*), establece: *“Contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, solo podrán interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria”*.

De esta manera, al establecer que: “...solo podrán interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones...”, intentó el legislador, no dejar dudas en relación a que la revisión de los actos definitivos de las universidades corresponde al Poder Judicial, y no al Ejecutivo, derogando de esta manera (tácitamente) la posibilidad de interponer recurso administrativo de alzada.

El art. 32 es entonces, una manifestación de la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales consagrada en la C.N., que consolida un estándar mínimo de no injerencia. El Poder Ejecutivo no puede intervenir en las decisiones de las universidades nacionales, ni en la revisión de sus actos, lo que debe ser interpretado en sentido amplio, tal como se desprende del análisis de la evolución histórica de la problemática, de lo establecido por el 75 inc. 19 de la C.N (reformada en 1994) y lo dispuesto por la ley 24.521.

B) LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD EN RELACIÓN A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Resulta medular en materia procesal administrativa, el concepto de debida fundamentación y arbitrariedad de las sentencias, a través del cual, la C.S.J.N. ha desarrollado su “doctrina de la arbitrariedad”, como elemento para disponer la apertura de un recurso extraordinario federal (aun cuando, en principio, las objeciones a las sentencias, relativas a la aplicación de normas de derecho común y procesal, y la apreciación que efectúan de las cuestiones de hecho y prueba, son ajenas al recurso extraordinario), y proceder al análisis de fondo, resolviendo en caso de arbitrariedad, la nulidad de la sentencia recurrida.

Esta doctrina ha evolucionado, siendo aplicada por la Corte, en una primera etapa, a las sentencias que no tenían apoyo legal (fundadas sólo en la voluntad y decisión del juez). Luego, se incorpora como criterio, sosteniendo que habrá arbitrariedad cuando la sentencia resuelva con prescindencia de lo expresamente resuelto por la ley (o en contra de ésta), o cuando se resuelve prescindiendo de pruebas incorporadas en autos (o sin considerar las incorporadas).

Finalmente, se considera que es condición de validez de toda sentencia, que la misma sea conclusión razonada del derecho vigente, basada en circunstancias debidamente probadas de la causa.

Los criterios de debida fundamentación de la sentencia resultan trasladables a los actos administrativos (aunque con matices, pues lógicamente, los actos administrativos simples no requieren el mismo nivel de fundamentación que una sentencia compleja). Puede sostenerse entonces que, todo acto administrativo, en su naturaleza de manifestación de la voluntad de la administración, debe indicar debidamente las razones por las cuales se emite.

Así, se admite la necesidad de revisión, de aquellos supuestos donde el acto administrativo (o la sentencia jurisdiccional que lo analizó) carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal. Ya sea, en razón de una arbitrariedad manifiesta surgida del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, o de la omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes -o de normas conducentes al litigio-, o de una fundamentación aparente sustentada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico o fáctico.⁶⁹

4. CONCLUSIONES

El derecho procesal administrativo es definido como la rama del derecho procesal que se ocupa del estudio de los actos en los cuales se materializa la acción de la Administración Pública. Tiene como fin la satisfacción de los intereses públicos, pero también de fines particulares. El procedimiento administrativo, se singulariza en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos, es decir, es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación de la Administración Pública para la realización de los intereses y los fines de los administrados. Vela por la averiguación de la verdad y la satisfacción de las

⁶⁹Fallos: 326:3734; 322:2880; 315:503; entre otros.

pretensiones ejercitadas por las partes, mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal según la legislación vigente en cada país.⁷⁰

Todo proceso administrativo debe cumplir con las garantías que surgen del respeto por el debido proceso administrativo, entendiendo a éste como la expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de la C.N., y que surge también de los art. 8 y 25 de la C.A.D.H.⁷¹

Enseña Fiorini que: *“el debido procedimiento administrativo es toda la actividad administrativa y el debido proceso adjetivo que menciona la ley es una sección del mismo; el primero tiende a la justicia de muchos otros bienes en especial, mientras el segundo se refiere a derechos particulares”*.⁷²

En nuestro ámbito local, ya desde 1972, el Decreto Ley 19.549 (LNPA) en su artículo 1 inc. f) disponía que las normas del procedimiento administrativo que se aplicarán ante la Administración Pública Nacional deberán respetar el debido proceso adjetivo, el cual comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y también a obtener una decisión fundada.

⁷⁰Es decir, *“la ley regulará el Procedimiento Administrativo a través del cual pueden producirse los actos administrativos, garantizado cuando proceda, el derecho de audiencia del interesado, y en todo caso, está forma peculiar de gestión de los asuntos públicos, por estar sometida al principio de legalidad, exige, el cumplimiento de determinadas formalidades que, permitirán después el control jurisdiccional, mediante el Proceso Administrativo...”*. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2001), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, p. 437.

⁷¹También los artículos 2 inc. 3, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ver GORDILLO, AGUSTIN (1998), *Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción*, Publicado en LL, 1997-E, 1091, disponible en <https://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>.

Por su parte, la Corte IDH en reiteradas ocasiones ha sostenido que las garantías del art. 8 y 15, a pesar de denominarse “judiciales” son también aplicables a los procedimientos administrativos, si bien en los casos se analizaron procedimientos administrativos sancionatorios, es posible hacer una extensión pro homine a los procedimientos administrativos en general. Ver Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de febrero de 2001).

⁷²FIORINI, BARTOLOMÉ (1976), *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 457.

Como se ha puesto de resalto precedentemente, la debida fundamentación implica valorar los argumentos principales esgrimidos por el recurrente, decidiendo sobre todas las peticiones formuladas por el particular.⁷³

En el fallo en análisis, la C.S.J.N. ratifica la importancia de la debida fundamentación de toda sentencia judicial, y también de los actos administrativos⁷⁴, al disponer que aun los actos definitivos de las Universidades Nacionales, deben estar debidamente fundamentados y someterse al control judicial que corresponde a toda la administración pública, principio indeclinable en nuestro ordenamiento.⁷⁵

Si bien la posición que sigue la Corte no es nueva, resulta acertado que la misma se haya ratificado recientemente, haciendo mención especialmente a que la autonomía de la cual gozan las Universidades Nacionales en virtud de la reforma constitucional de 1994, no las dispensa de fundar debidamente todas sus decisiones.

⁷³El art. 7, inc. c) dispone como requisito esencial del acto administrativo que su objeto sea cierto y decida todas las peticiones formuladas. Ver CASSAGNE, EZEQUIEL, *El control de la inactividad formal de la administración*, www.laleyonline.com.ar.

⁷⁴Fallos: 306:362 y 314:451, entre otros. Íntimamente relacionada con la doctrina de la arbitrariedad encontramos la doctrina de los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328; 322:1605).

⁷⁵HUTCHINSON, TOMAS (2009), *Derecho Procesal Administrativo*, T.1, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 253.

COMPETENCIA EN MATERIA DE CONSUMO EN EL PROCESO MONITORIO

MARÍA MILAGROS MOSQUERA⁷⁶

RESUMEN (ABSTRACT)

En el año 2019 la Cuarta Cámara de Apelaciones de Mendoza dictó un fallo que despeja toda duda respecto a la consecuencia de la admisión de la excepción de incompetencia en el marco de un proceso monitorio.

A partir de dicha resolución, este trabajo busca analizar la normativa referida a la competencia para casos en que se encuentre de por medio una relación de consumo y también ver de qué manera una armónica interpretación de la regulación legal puede evitar el rechazo de una demanda monitoria y la posible responsabilidad profesional que ello puede implicar.

1. INTRODUCCIÓN

Creemos que este fallo es interesante ya que trata un tema que podría dar lugar a dudas debido a la nueva regulación del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza (en adelante CPCCyT) en materia de planteo de excepción de incompetencia.

El interrogante se puede plantear debido a que la anterior regulación procesal (Ley 2.269) disponía el archivo de la causa en caso de acoger la excepción de incompetencia planteada por la parte demandada, mientras que el nuevo CPCCyT establece como efecto la remisión del expediente al Tribunal que se considere competente, ello con las posibles implicancias que puede traer aparejado respecto al conflicto negativo de competencia.

Sin embargo, como veremos oportunamente, esta disposición del nuevo código sólo es aplicable a los procesos de conocimiento regulados en el Libro Segundo de este cuerpo legal, y no así a los procesos de estructura monitoria como es el caso del fallo en análisis.

⁷⁶Abogada. Egresada de la Universidad de Mendoza. Abogada litigante. Diplomada en Actualización de Derecho Societario, Universidad del Aconcagua. Diplomada en Derecho Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (Ley 9001), Universidad de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: m.milagrosmosquera@gmail.com

Asimismo, creemos importante indagar sobre las características de la competencia en los casos en que se pueda ver involucrada la Ley de Defensa del Consumidor a pesar de que la resolución de Cámara no trata en profundidad los fundamentos de la excepción planteada por el demandado, ello por motivos procesales que detallaremos más adelante.

En nuestro criterio la importancia de dicho análisis radica en que podrían entrar en juego ciertos principios generales de derecho procesal receptados por el nuevo CPCCyT, y hasta inclusive se podría ver comprometida la responsabilidad profesional de los abogados litigantes debido a la negligencia en el análisis del caso.

2. EL CASO ⁷⁷

La actora promovió demanda ejecutiva por el cobro de un crédito proveniente de una operación comercial instrumentada mediante un pagaré suscripto por la demandada.

Una vez notificada la sentencia monitoria, dentro del plazo de 5 días otorgado a fin de interponer posibles oposiciones, la demandada dedujo excepción de incompetencia, relación de consumo y en subsidio inhabilidad de título.

En virtud de la relación de consumo alegada, respaldada mediante facturas y resúmenes de tarjeta de crédito, la accionada solicitó la aplicación del art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto a la competencia del tribunal correspondiente al domicilio del mismo.

Por su parte la actora negó categóricamente la calidad de consumidor del demandado debido a que la compra que dio origen a la instrumentación del pagaré derivaría de productos destinados a un supuesto uso comercial.

Sin embargo, la juez *a quo* entendió que se trataba de una relación de consumo atento a que la parte actora no demostró el destino comercial de la mercadería, haciendo aplicable el principio tuitivo del derecho del consumidor en cuanto a la interpretación más favorable en caso de duda.

⁷⁷“Ibaceta, Rodrigo Damián en j:257458 Ibaceta Rodrigo Damián c/ Herrera Francisco Ernesto p/ monitorio p/ recurso directo”. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza (14 de agosto de 2019) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7023428381>

En consecuencia, admitió la defensa de incompetencia según lo establecido por el art. 36 de la Ley 24.240 debido a que el domicilio real de la accionada se encontraba en el departamento de Las Heras y consideró que el Juzgado de Paz con asiento en la Ciudad de Mendoza era incompetente para entender en el caso.

Por su parte, la actora planteó recurso de aclaratoria contra la sentencia invocando que se había omitido disponer la remisión del expediente al Tribunal que se estimara competente de acuerdo a lo ordenado por el art. 171 inc. II a)⁷⁸ del CPCCyT.

La Juez de primera instancia rechazó el recurso de aclaratoria por entender que el planteo importaba una revocatoria o modificación sustancial de lo resuelto y, por lo tanto, no correspondía el remedio recursivo utilizado.

En consecuencia, la parte accionante interpuso recurso de apelación por considerar que la denegatoria le causaba un gravamen irreparable ya que ello importaba el archivo de la causa y la consecuente imposibilidad de perseguir el cobro de los créditos o la necesidad de tener que entablar un nuevo proceso ante el Tribunal competente debiendo afrontar nuevamente los costos y demoras pertinentes.

La Cámara de Apelaciones rechazó el recurso interpuesto, entendiendo que la norma citada por el apelante en la que basó su planteo no es aplicable al caso del proceso monitorio atento a que es una disposición relativa al proceso de conocimiento, y que carecería de sentido que el Tribunal que se considere competente reciba la causa con una demanda ya resuelta y rechazada.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A) PRIMERA APROXIMACIÓN

Previo a adentrarnos en el estudio de la resolución propiamente dicha, creemos apropiado realizar una breve aproximación respecto del proceso monitorio dado que es la vía mediante la cual se tramitó el caso que origina el presente trabajo.

Una de las tantas definiciones del proceso monitorio explica que el juicio, proceso o procedimiento de estructura monitoria propende a la creación de un título- en forma

⁷⁸“...II. Si se acogieren definitivamente excepciones previas se procederá: a: si se tratara de incompetencia, dispondrá la remisión del expediente al Tribunal que estime competente, por la vía pertinente” (Ley 9001).

acuciosa- ante situaciones determinadas en donde el demandante, mediante una simple petición - documentada o no- (monitorio puro y documental respectivamente), solicita al órgano jurisdiccional que emita, sin contradicción previa, un mandato dirigido al demandado fijándole un plazo, además, para que se oponga y provoque el contradictorio. Si esto no sucediese, la orden librada por el juez deviene título, adquiriendo la cualidad de cosa juzgada⁷⁹.

En efecto, el nuevo CPCCyT de Mendoza en el libro Tercero, Título I, regula el proceso de estructura monitoria que tal y como se encuentra previsto es eminentemente documental, dado que para poder iniciarlo debe acreditarse documentalmente el derecho del pretense actor: presentar al Juez el instrumento causa fuente de la acción (prueba)⁸⁰. A diferencia del proceso monitorio puro que tiene la particularidad de promoverse con la sola iniciativa del acreedor, desprovisto de cualquier probanza que le respalde.

Como es sabido, el proceso monitorio tiene muchos adeptos y en la vereda opuesta también muchos adversarios, cuya principal crítica radica en que este tipo de procedimiento pone en duda la garantía del derecho de defensa del demandado.⁸¹

En respuesta a esta crítica los defensores del proceso monitorio sostienen que el esquema del mismo es perfectamente congruente y lógico con las exigencias constitucionales del proceso justo⁸², ya que sólo se posterga para una etapa posterior el contradictorio y la consecuente posibilidad de defensa por parte del demandado al momento de plantear la oposición.

Sin embargo, más allá de la postura a favor o en contra que se pueda tomar en relación este proceso, lo cierto es que muchas provincias de nuestro país lo han adoptado en sus códigos de procedimiento, y también se está analizando la posibilidad de incluirlo en la

⁷⁹ENDERLE, GUILLERMO J. (2005), *Proceso Monitorio* en “Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados. XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal”. Buenos Aires: La Ley, p. 238.

⁸⁰RAUEK DE YANZÓN, INÉS- CANELA, PATRICIA B. (2019), *Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Institutos Trascendentes de la Reforma Ley N° 9001. Anotado, Comentado y Concordado por la Comisión Redactora y colaboradores especiales. Jurisprudencia actualizada. Compilado- 1ª ed.* Mendoza: ASC, p. 881.

⁸¹PONZ, MANUEL A., *El Proceso Monitorio*. Revista del Colegio de Abogados de la Plata, años XIX, n° 40, p. 263/267.

⁸²RAUEK DE YANZÓN, INÉS- CANELA, PATRICIA B. (2019), *Código Procesal Civil...*, ob. cit. p. 881/882, citando a MORELLO- KAMINKER, *Hacia los procesos de estructura monitoria*, Ed, 158-1001, apa. II, El proceso civil moderno, p. 448.

reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por lo que se ha transformado en una realidad con la que debemos lidiar todos los operadores jurídicos.

En este tipo de proceso, la secuencia de la prueba aparece ab initio como condición *sine quanon* de admisibilidad de la vía y luego de notificada la sentencia monitoria al demandado, cuando éste plantee su oposición (prueba) es donde recién aparece el contradictorio. Este principio puede ser materializado en tanto el demandado formalmente interponga defensa opositora fundada en los hechos y el derecho, y ante inexistencia de oposición formal, la regla constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio no se ve alterada, dado que el accionado, pudo y tuvo la oportunidad procesal de expresarse. Vemos que en este tipo de proceso la secuencia del contradictorio aparece luego de dictada la sentencia, similar a las medidas cautelares, a diferencia del proceso de conocimiento, donde la secuencia del contradictorio aparece luego de notificada la demanda y antes del dictado de la sentencia⁸³.

En efecto, el CPCCyT de Mendoza, en sus artículos 232 a 236 regula todo lo relativo al proceso monitorio estableciendo los supuestos aplicables, la preparación de la vía monitoria en caso de ser necesario, los requisitos para acceder al mismo, las excepciones admisibles contra la sentencia monitoria y todo lo relativo a su tramitación.

B) EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA- REGULACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO

Dentro de la regulación del CPCCyT de Mendoza, encontramos que el art. 235 apartado II, 1) enumera a la excepción de incompetencia como uno de los supuestos admisibles de oposición a la sentencia monitoria.

Respecto a esta excepción, si bien su admisibilidad no fue tratada en la Cámara de Apelaciones debido a la modalidad en que fueron planteados los recursos por la parte actora (recurso de aclaratoria contra la sentencia, y recurso de apelación contra el auto denegatorio de la aclaratoria), estimamos que no es sobreabundante recordar la normativa aplicable cuando se encuentra en juego un caso en el que subyace una relación de consumo.

⁸³RAUEK DE YANZÓN, INÉS- CANELA, PATRICIA B. (2019), *Código Procesal Civil...*, ob cit., p. 881.

Como es sabido el art. 36 de la Ley 24.240 (texto ordenado Ley 26.993) en su último párrafo establece la competencia del Tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

En consonancia con ello, el nuevo CPCCyT ha receptado dicha regla de competencia en diversos artículos.

Así, el art. 4 del CPCCyT que regula sobre la prorrogabilidad de la competencia, en su inc. VIII dispone que la competencia de los Tribunales provinciales es improrrogable en todos los contratos derivados de relaciones de consumo, cuando el consumidor tenga su domicilio en la provincia de Mendoza.

Por su parte, el art. 6 del código de procedimiento al regular la competencia territorial en el inc. ñ) establece que en los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el Juez correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario; adoptando así el criterio establecido por la Ley de Defensa del Consumidor a fin de que no quede lugar a dudas.

Asimismo, el cuerpo legal incorpora una normativa aplicable al proceso monitorio al regular específicamente el pagaré de consumo, ya que en su art. 245 establece que, cuando en el proceso monitorio cambiario resultare que subyace una relación de consumo, el Juez, a pedido de parte o de oficio, ordenará que sean acompañados los antecedentes documentales que acrediten el cumplimiento de lo dispuesto por los art. 8 bis, 36, 37 y cc. de la Ley 24.240, y arts. 1097, 1119, 1120 y cc. del C.C.yC.N; estableciendo que el Juez puede presumir la existencia de una relación de consumo de la sola calidad de las partes de la relación cambial, conforme a las constancias del título ejecutado y que la norma será aplicable incluso cuando el título hubiese circulado.

Si bien esta última disposición puede ser objeto de duras críticas respecto a la autonomía de los títulos cambiarios, la incorporación en el CPCCyT obedece a la corriente jurisprudencial tuitiva de los derechos del consumidor⁸⁴.

⁸⁴“Banco Santander Río S.A c/ Rico, Enrique Carlos y o/s s/ejecutivo”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F (28 de septiembre de 2017); “HSBC Bank Argentina c/ Pardo Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo”. Fallo Plenario, Cámara de Apelaciones de Azul, Provincia de Buenos Aires (09 de marzo de 2017).

A su vez nos parece una norma trascendente atento que, de la documentación respaldatoria de la operación de consumo, pueden surgir datos útiles a fin de fijar la competencia, tales como los datos consignados en un posible contrato, o la nulidad de alguna cláusula que prorrogue la competencia en perjuicio del consumidor.

C) ADMISIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA EN EL PROCESO MONITORIO- RECHAZO DE LA DEMANDA

Como adelantamos, la Cámara de Apelaciones no hizo lugar al planteo formulado por la parte actora en relación a la supuesta omisión incurrida por la juez *a quo* en la sentencia que hizo lugar a la excepción de incompetencia, respecto de ordenar que el expediente fuera remitido al Juzgado que considerara competente.

Recordemos que la actora pretendía la aplicación de lo previsto por el art. 171 inc. II a) del nuevo CPCyT, ya que sostenía que si bien la norma se refiere a los procesos de conocimiento resultaría aplicable a los monitorios en todo lo que no está expresamente previsto para éstos.

Sin embargo, el Tribunal de Alzada resolvió que, aunque el nuevo código de procedimiento difiere de la antigua regulación en cuanto al efecto del acogimiento de la excepción- ya que anteriormente se preveía que, de hacerse lugar, se procedía al archivo de la causa⁸⁵-, ello no significa que aquella previsión legal fuera aplicable al caso del proceso monitorio.

Concretamente la Cuarta Cámara de Apelaciones consideró que: “En el proceso de conocimiento la excepción de incompetencia tiene el carácter de excepción previa por lo cual la misma se resuelve en la audiencia inicial (cfr. arts. 168 ap. IV 1) y 173 inc. c)), importando un gran avance por razones de economía procesal la normativa que dispone la remisión del expediente al Tribunal competente. Sin embargo, tratándose de un proceso monitorio y tal como se resolvió a fs. 56/8, la admisión de la excepción de incompetencia importa el rechazo de la demanda. En virtud de ello, al poner la admisión de la misma, fin al proceso, no puede prosperar el pedido de remisión de la causa al Tribunal que se considere competente, lo que carecería de sentido desde que el mismo recibiría la causa con la demanda ya resuelta y rechazada”⁸⁶.

⁸⁵ Art. 176 inc. 1) Ley 2269 de Mendoza

⁸⁶Las comillas encierran el argumento central del fallo. Por este motivo creemos importante la cita textual.

En definitiva, el fallo de Cámara viene a despejar dudas en cuanto a una posible aplicación analógica del art. 171 inc. II a) en un caso de juicio monitorio en el que se haga lugar a la excepción de incompetencia, lo cual sería mucho más beneficioso o menos perjudicial para el actor, dejando claro que ello no corresponde. Si bien hubo un cambio en cuanto la estructura del proceso, antes mediante proceso compulsorio (ejecución típica o ejecución acelerada) hoy mediante proceso monitorio, el resultado del acogimiento de la excepción sigue siendo el mismo, el rechazo de la demanda.

D) IMPLICANCIA DEL CRITERIO ESTABLECIDO EN EL FALLO A LA LUZ DE LAS REGLAS PROCESALES DEL CPCCyT

Una vez despejada la duda respecto de la posible aplicación del art. 171 inc. II a) del CPCCyT prevista para los procesos de conocimiento a los supuestos del proceso monitorio, cabe preguntarnos cuáles son las consecuencias del acogimiento de la excepción de incompetencia.

Tal y como sostuvo la Cámara de Apelaciones, creemos que el resultado es el rechazo de la demanda con la consecuente imposición de costas; y si bien el *ad quem* no trató el tema en el fallo, entendemos que el acogimiento de la excepción de incompetencia no impide la posibilidad de interponer nuevamente la acción ante el juez competente, ello de conformidad con el criterio establecido por el Superior Tribunal de la provincia en un antiguo fallo y jurisprudencia de Cámara en el mismo sentido previa a la sanción del nuevo CPCCyT⁸⁷, ya que la sentencia no hace cosa juzgada material.

Sin embargo, en la práctica forense la opción de volver a interponer la demanda implica afrontar nuevamente el pago de las gabelas, sobre todo en aquellos procesos monitorios en los que se ejecuta un instrumento cambiario en el que subyace una relación de consumo, dado que la parte actora generalmente es una empresa (proveedor) que raramente podrá acceder al beneficio de litigar sin gastos, sin perjuicio del posterior recupero del costo de aquellas en caso de prosperar la acción.

⁸⁷“Zarate Julio C. En J: Zarate Julio Ibrahim Webbe p/Ejecución Cambiaria - Casación”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1 (12 de mayo de 1961); “Martínez Latorre Carlos c/ Francisco Campos p/ Ej. Típica”. Primera Cámara de Apelaciones en Civil de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza (19 de febrero de 1996); y “Banco de Previsión Social Constructora Los Andes S.A. p/ Ejecución Cambiaria”. Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción de Mendoza (27 de noviembre de 1992).

Es aquí donde se genera una situación difícil para el abogado litigante quien deberá explicar a su cliente que la demanda fue rechazada y que deberá interponerse nuevamente con las consecuencias económicas y la pérdida de tiempo que implica.

Asimismo, se debe tener en cuenta que son muchos los casos en que los créditos instrumentados mediante pagaré tienen de por medio una relación de consumo, por ello creemos que hoy más que nunca el abogado litigante que represente al ejecutante debe tomar los recaudos necesarios a los efectos de corroborar esta posible situación y en tal caso, acompañar la documentación necesaria que respalde la operación de consumo.

Si bien es posible opinar que de algún modo ello podría beneficiar a la contraparte, consideramos que es una actitud que obedece al cumplimiento de las reglas generales de buena fe y cooperación establecidas por el art. 2 del CPCCyT y al deber de probidad y lealtad receptado por el art. 22 del mismo cuerpo legal.

A su vez, contar con esta documentación en muchos casos permitirá corroborar que la acción se va a interponer ante el Juez competente y así evitar sorpresas durante el curso del proceso.

Por su parte esto también favorece a lograr un proceso más ágil y eficiente, evitando que sea el Juez quien ponga trabas al avance del expediente en aras de supervisar el cumplimiento de las normas tuitivas del derecho de consumidor, tal como lo establece el art. 245 del CPCCyT.

4. CONCLUSIÓN

Entendemos que la solución de la Cámara de Apelaciones fue acertada debido a que, el cambio introducido en el nuevo CPCCyT en relación a la excepción previa de incompetencia en el proceso de conocimiento, no es aplicable al caso de la excepción planteada en el marco de un proceso monitorio, ya que es contrario a la propia estructura del mismo.

Asimismo, y en cuanto al análisis de la normativa referida a la competencia en los casos en que se encuentra de por medio una relación de consumo, vimos que el CPCCyT incorporó numerosas disposiciones tuitivas del derecho del consumidor a los efectos de

garantizar que la acción se plantee ante el juez del domicilio real, lo cual consideramos sumamente positivo.

Como consecuencia de ello creemos que reviste especial importancia que los operadores del derecho realicemos una interpretación armónica de dicha normativa a los efectos de propender a una solución más rápida de los conflictos buscando evitar dilaciones innecesarias que muchas veces son motivadas en la falta de un análisis responsable de los casos que presentamos ante los Tribunales.

RESUMEN (ABSTRACT)

En el mes de junio del año 2018, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, sentó un precedente específico y determinante -pero aparentemente no concluyente- respecto de la ley 27.348 (complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo). La que en los arts. 1 y 2, regula la intervención de las Comisiones Médicas ante la ocurrencia de siniestros en el ámbito laboral y es de cumplimiento previo y obligatorio a la interposición de un pretense judicial. Artículos que fueron declarados inconstitucionales por la Cámara, por considerar que la actuación anterior e imperativa de las mencionadas resulta ser un claro desconocimiento del derecho del trabajador de acceso a la jurisdicción y de tutela judicial.

Por otro lado, en el mismo resolutivo, analizó las funciones otorgadas por ley a los médicos integrantes de las Comisiones Médicas (Central, Jurisdiccionales y Delegaciones), quienes, al expedirse, cumplen tareas que son propiamente judiciales. Y en el mismo sentido, puso en tela de juicio, el carácter de las resoluciones que emiten, denominadas “dictámenes”, que de ninguna manera pueden asimilarse a fallos o sentencias judiciales, pero que en la práctica producen efectos similares.

Esto contraría a los arts. 18 y 116 de la Constitución Nacional, por lo que se traduce en un riesgo inminente para la forma Republicana de Gobierno.

1. INTRODUCCIÓN

El fallo sujeto a análisis ataca a la ley N 27.348 que establece la imperiosidad de la intervención de las Comisiones Médicas (Central, Jurisdiccionales y Delegaciones), frente a un trabajador afectado por un accidente ocurrido en su lugar de trabajo (o en el trayecto hacia él o a su retorno *-in itinere-*). Intervención que es previa a la interposición de la demanda judicial y que resulta ser dilatoria y perentoria del derecho

⁸⁸Abogada, egresada de Universidad Nacional de Cuyo. Asociada del Estudio Jurídico Delgado & Martínez. Asesora legal del Programa de Familias Temporarias de la Provincia de Mendoza. Abogada adscripta a la Cátedra de Derecho Constitucional (TM) de la Universidad Nacional de Cuyo. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes, Delegación Mendoza. Contacto: michelpaulita@gmail.com

de acceso a la justicia del trabajador; puesto que el damnificado laboral, se encuentra frente a la obligación excluyente, y no ante la posibilidad u opción, de someter la determinación del daño y su carácter, a aquel organismo administrativo. Lo que, a su vez, pone en riesgo el principio de la división de poderes, propio de la forma republicana de gobierno.

A mayor abundamiento, el sistema del art. 1° de la indicada ley, prevé un procedimiento administrativo previo por medio del cual las Comisiones Médicas tendrán a su cargo "la determinación de la incapacidad del trabajador siniestrado", y además "la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la ley de riesgos del trabajo", materias reservadas a los jueces. Mientras que, por su lado, el art. 2 del mismo cuerpo normativo, habilita la instancia judicial como tribunal de alzada.

2. EL CASO⁸⁹

Las actuaciones en análisis llegan a consideración de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX de Capital Federal, en razón del recurso deducido por la parte actora contra la Resolución del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 44, la que desestimó planteos sobre la Ley 27.348, hizo lugar a la defensa de falta de acción y declaró inhábil la instancia judicial promovida.

El Tribunal de Alzada resolvió revocando la decisión recurrida, sentenciando sumariamente que: *"Debe declararse judicialmente y en cada caso la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 27.348 y, eventualmente, la de los arts. 2 y 3 del DNU 54/2017, por los jueces, en tanto lesionan los derechos, garantías y principios de acceso irrestricto a la justicia, progresividad, no discriminación, imperio normativo del ius cogens, juez natural del proceso, lo normado por los arts. 99 y 116 C.N., debido proceso, gratuidad, independencia e imparcialidad, idoneidad, igualdad, de defensa, revisión plena, doble instancia, irrenunciabilidad, tutela del trabajador, razonabilidad,*

⁸⁹Gallardo Gabriela Elizabeth c/ Prevención ART SA s/ Accidente-ley especial. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Capital Federal (21 de junio de 2018). <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-gallardo-gabriela-elizabeth-prevencion-art-sa-accidente-ley-especial-fa18040143-2018-06-21/123456789-341-0408-1ots-eupmocsollaf>

orden de prelación, justificación adecuada, control judicial suficiente, exceso de reglamentación, entre otros”.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A los fines de estructurar la exposición del fallo seleccionado en esta oportunidad, separaré en dos acápites los temas de mayor relevancia tratados por los Jueces integrantes de la Cámara al resolver el caso llevado a su conocimiento por la apelante, quien se vio gravemente perjudicada por la resolución del *a quo*. En primer lugar y bajo el título “*Libre acceso a la Jurisdicción*”, me referiré a la legítima vulneración del derecho de acceso a la justicia y tutela judicial de los que es titular el trabajador, quien resulta ser sujeto activo de un siniestro de índole laboral; y digo “legítima” en virtud de que tal desconocimiento del derecho subjetivo, surge de una ley sancionada y promulgada por el Congreso de la Nación.

En segundo lugar, y bajo el título “*División de poderes*” me referiré al muy cuestionado funcionamiento de las Comisiones Médicas (Central, Jurisdiccional y Delegaciones) las que se encuentran en permanente confrontación con el principio de división de poderes característico de la forma Republicana de Gobierno, conforme lo establecido en el art. 1 de la Constitución Nacional⁹⁰. Esto, por tratarse de organismos administrativos cuyos médicos integrantes se encuentran facultados para tomar decisiones respecto de controversias que son traídas a su conocimiento imperativamente, con efectos similares a sentencias -facultad que corresponde exclusivamente a los jueces-.

A) LIBRE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Para adentrarnos en el tema debe fijarse al principal interesado en el análisis planteado: el trabajador. Sujeto considerado la parte débil en una relación laboral, al punto tal de contar con una muy cuestionada “sobrepotección” legal -como así lo caracteriza cierta doctrina-, por tenerlo como un individuo inocente, vulnerable y frágil, frente a un sistema institucional o empresarial más bien malévolo, perverso y abusivo de derechos esenciales. Sujeto que, encontrándose inmerso en una relación de dependencia, cuenta con la garantía de que, frente a los posibles acontecimientos lesivos a su cuerpo, a su

⁹⁰Art. 1 C.N.: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según establece la presente Constitución”.

integridad física y/o a su salud, que pudieran ocurrir durante el cumplimiento de actividades propias de su función (incluido el trayecto que ordinariamente realiza para llegar de su hogar a su lugar de trabajo y a la inversa), una compañía aseguradora le responda mediante prestaciones económicas y/o médicas a fin de reestablecer la situación anterior al evento dañoso. Dicho de otro modo, la ley obliga, bajo diversos tipos de sanciones y apercibimientos, a que los empleadores, contraten estas mencionadas Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (A.R.T), con el objeto de garantizar la cobertura y protección eventual a sus dependientes.

Sin embargo, estos “sobreprotegidos” por las normas, sufren -a su vez- una vulneración legal a su derecho de acceso a la jurisdicción. Esto es así ya que desde la vigencia de la Ley 27.348 (complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo ley 24.557 y Ley 26.773), a principios del año 2017, expresamente se regula la intervención de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales disponiendo que *constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo*. Mientras que, el art. 2, fija que, una vez agotada la instancia administrativa, el trabajador cuenta con *la opción* de recurrir ante la Justicia Ordinaria del Fuero Laboral.

Como bien es sabido, el derecho de acceso a la justicia, es un derecho humano, universal y fundamental; tal y como textualmente se reconoce por los Magistrados al resolver el caso en cuestión.

No puede perderse de vista, que el derecho de acceso a la justicia y el derecho de tutela judicial efectiva (complementarios entre sí), han sido reconocidos, constitucional e internacionalmente, como derechos humanos, esenciales, fundamentales e irrenunciables. Los mismos comprenden el derecho de toda persona a recurrir para la solución de un conflicto (contra otros particulares o contra la autoridad pública) ante un sujeto imparcial, independiente y competente, dentro de un proceso preestablecido por la ley y de carácter rápido, sencillo y expedito, sin importar la rama o el fuero. Ese sujeto

debe prestar juramento de cumplir con lealtad y rectitud el ejercicio de la función y debe ser designado con anterioridad al hecho sujeto a su conocimiento.

Si es el Estado es el guardián principal de los derechos de los ciudadanos, cómo es posible que a través de sus órganos puedan vulnerarse los derechos que le son reconocidos a los individuos en la Carta Magna y en Tratados Internacionales. Es decir, es el propio órgano legislativo el que, por medio de normas de alcance general, debe procurar la salvaguarda del bienestar de los individuos que se encuentran bajo su alcance, sin admitirse la restricción de derechos de carácter fundamental -como lo es el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva-.

En el caso sujeto a análisis, la Cámara de Apelaciones cuestiona y ataca el requisito legal que establece que, para que un trabajador pueda acceder a alguna de las prestaciones contenidas en la Ley de Riesgos del Trabajo (ley 24.557), primero debe cumplir con una etapa administrativa de carácter previa y obligatoria (ante Comisiones Médicas, en cualquiera de sus formas). Dejándose totalmente de lado, en efecto, que la instancia administrativa con alcance jurisdiccional solo puede ser aceptada por ley, excepcionalmente y siempre que existan motivos suficientes y de interés público. De no ser así se estaría admitiendo el desplazamiento del órgano jurisdiccional competente y la intervención de un “sentenciante” que no es el juez natural.

Entonces, resulta necesario cuestionarse si la cotidianeidad, habitualidad y la constante ocurrencia de accidentes en la esfera laboral, verdaderamente justifica el apartamiento del art. 116 de la Constitución Nacional⁹¹. Pues la respuesta debe ser negativa determinadamente, ya que no se ve cumplido el requisito de la excepcionalidad que pudiera fundamentar tal apartamiento. Así las cosas, no debe perderse de vista que es el órgano legislativo el que le dará potestad a la administración de cumplir con tareas propias del órgano judicial, siempre y cuando, al otorgarle tales facultades, se especifique que es de excepción y por causa de interés público -tal y como no puede calificarse a la siniestralidad laboral-. Esto, por considerar que la independencia exagerada de los tres órganos del Estado puede acarrear riesgos aún más significativos.

⁹¹Artículo que determina la competencia de los jueces para entender y tomar conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]

Por lo expuesto *ut supra*, es que actualmente no se puede asegurar la existencia del derecho irrestricto de acceso a la justicia (o jurisdicción) y de tutela judicial, asegurándole a los trabajadores que un tercero imparcial e independiente será quien resuelva los conflictos que puedan suscitarse.

Es la Justicia del Trabajo, la indiscutible protectora de los derechos de las partes intervinientes en el proceso de resolución de controversias y, en especial, defensora de la parte débil de la relación: el trabajador. A éste, no puede garantizársele el ejercicio irrestricto del derecho de acceso a la justicia si previo a ello se le exige el cumplimiento de una instancia administrativa.

Finalmente, y no menos importante, resulta la terminología jurídica que confusamente emplea el Legislador, cuando en el artículo segundo de la debatida ley⁹², refiere a “recurso” y no “acción”, por lo que también y ahondado un poco más en el tema, la ley 27.348 rompe con la garantía de la doble instancia que debe regir en materia de procesos judiciales. Así, se vulnera por completo el recaudo legal de contar con revisión judicial plena, puesto que, al actuar como alzada, su competencia se limita a los agravios expresados por las partes sobre lo ocurrido en la etapa administrativa obligatoria, sin tener conocimiento íntegro sobre la controversia.

B) DIVISIÓN DE PODERES

Como ya se ha expuesto doctrinariamente, *“es a la parte más débil de esa relación la que le asiste no sólo el derecho de revisar los actos que se consideren arbitrarios del empleador o de quien deba satisfacer el cumplimiento de una obligación que le es debida o que se reclama como debida, sino también de poder acudir a los órganos jurisdiccionales de contralor, que no pueden sino estar encabeza exclusiva del Poder Judicial del Estado, como órgano independiente, como garante de las compensaciones necesarias para que se proteja mediante decisiones que tienen el imperium de tener que ser respetadas”*⁹³.

⁹²El segundo párrafo del art. 2 de la ley 27.348, textualmente establece que: “El trabajador tendrá opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino”.

⁹³POMPA, ROBERTO (2011), *“Garantía de una justicia especializada en derecho del trabajo, con un procedimiento que recepte el principio de protección”*, Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana. Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de f, p. 209/210.

El Principio de División de Poderes, es una nota característica de la forma Republicana de Gobierno. El que, dicho *a grosso modo*, refiere a la coexistencia de tres Órganos de Poder en el Estado. Estos son los conocidos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cada uno de ellos con facultades que le son exclusivas, es decir, que el ejercicio propio de su función es absolutamente indelegable (salvo excepciones expresas).

En el *sub lite*, se plantea la inconstitucionalidad de los dictámenes emitidos por los médicos integrantes de las Comisiones Médicas. Profesionales que vienen a cumplir con tareas que no le son propias de su función (tareas administrativas), sino que le corresponden al Órgano Judicial, como lo es la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho. De igual manera, cabe destacar que los médicos integrantes de las mismas carecen de todas las fórmulas de juramento de los magistrados judiciales nacionales, el que se traduce en la obligación de *“administrar justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución Nacional”*, lo que se ha considerado como un presupuesto necesario para impartir justicia con imparcialidad. Esta imparcialidad e independencia se ven altamente discutidas, si, además, se tiene en cuenta que el sostenimiento de las Comisiones Médicas dependen en última instancia de una de las partes del proceso: las A.R.T.

En el mismo sentido se ha dicho que: *“La autonomía, independencia e imparcialidad de los miembros del Poder Judicial apela a la adopción de medidas que aseguren el acceso irrestricto a la jurisdicción, la sustanciación de las causas, conforme al debido proceso legal y su conclusión en un plazo razonable mediante sentencias exhaustivas”*⁹⁴.

La intervención de un órgano administrativo, frente a un litigio o una controversia, supone desconocer a los órganos del poder judicial el mandato constitucional.⁹⁵ Por lo que no puede considerarse como fallo o condena lo dictaminado por las Comisiones en sede administrativa, pues la solución de los conflictos está reservada a la función judicial (art. 116 C.N).

⁹⁴CIDH, Informe anual 1992/1993, p. 227; pp. 484 y 485, Estado de Nicaragua.

⁹⁵Contenido en diversas disposiciones de la Constitución Nacional, como la del art. 109 cuando prescribe que: *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”* y, de manera más expresa, la del art. 116 cuando prescribe que *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”*.

Tal es así, que de ninguna manera puede asegurarse la independencia e imparcialidad de los médicos de las Comisiones Médicas, quienes tienen que determinar en sus dictámenes "la incapacidad del trabajador siniestrado", pero además "la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la ley de riesgos del trabajo", quienes no cuentan con la estabilidad que les da el cargo, lo que hace poner en tela de juicio la imparcialidad de su labor.

4. CONCLUSIÓN

Una vez concluido con el estudio del caso, cabe preguntarse si es correcto que los tres Órganos de Gobierno, funcionen como si se tratara de compartimentos estancos, absolutamente independientes y aislados unos de otros; o si, por el contrario, debe admitirse cierta flexibilidad y plantearse el trabajo en conjunto de estos.

A decir verdad, puede ocasionar consecuencias verdaderamente peligrosas para la República el admitir tajantemente una postura o la otra. El trabajo coordinado es fundamental, como así ocurre con el control y la auditoría recíproca.

El legislador, en lo que hace a la materia laboral, debe encargarse de emitir disposiciones de carácter general y nacional, en aras de la protección del trabajo y del hombre que lo realiza, teniendo como norte esa salvaguarda (en consideración de que el trabajador es sensible en la relación) al sancionar y promulgar leyes como al efectuar reformas legislativas, siendo que los constantes cambios en las formas de organización del trabajo y los nuevos modelos de producción, no pueden alterar la tutela y garantía en favor de los trabajadores. Lo que lleva a concluir que la ley 27.348 (arts. 1 y 2) vulnera efectivamente derechos de estos trabajadores.

En tanto, la administración, y sus organismos (como lo son las Comisiones Médicas) si bien pueden tomárselos como auxiliares de la justicia e inclusive, pueden dotarlos de algunas funciones a los fines de descongestionar la carga judicial, no puede caerse en el error de delegarles funciones que le corresponden al Poder Judicial, por el riesgo que ello significaría para la República.

Así las cosas, el juez, frente a una situación sometida a su consideración, no debe desconocer que la justicia del trabajo fue creada para que los trabajadores accedan en

condiciones de igualdad, libertad y sin restricciones, para defensa de sus derechos, en forma efectiva, rápida y expedita.

FLEXIBILIZACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES EN ÉPOCA DE EMERGENCIA SANITARIA (COVID 19)

*Jimena Martínez*⁹⁶

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente trabajo pretende analizar la flexibilización de las normas procesales evidenciado en un actualísimo caso resuelto por la justicia civil, y la importante actuación de la magistrada, en la época de emergencia sanitaria que transitamos.

1. INTRODUCCIÓN

En el panorama que actualmente vivimos de emergencia sanitaria (COVID 19), la Corte de Justicia de la Nación, mediante la Acordada N° 6/2020, dispuso una feria extraordinaria, por razones de salud pública, iniciando el día 16 de marzo, y siendo prorrogada hasta la actualidad, con guardias mínimas a cargo de jueces y funcionarios. Acordó asimismo que el funcionamiento de la justicia se torne más virtual.

El movimiento de expedientes se encuentra reducido a los pocos recursos humanos con los que cuenta cada juzgado, y las prioridades se enfocan en temas vinculados a trámites urgentes, especificados en la Acordada N° 4/2020, tales como amparos de salud, excarcelaciones, hábeas corpus, entre otros; por lo que muchos procesos judiciales, que no detentan tal premura, se encuentran actualmente suspendidos.

Se decidió "suspender la atención al público salvo para las actuaciones procesales en las que resulte indispensable la presencia de letrados y o partes". Respecto de los asuntos que no admiten demora, la Corte Suprema de Justicia determinó "que las partes podrán solicitar la habilitación de días y horas inhábiles".

Así se llegó al trabajo remoto y a las audiencias por videoconferencia.

En este contexto, la justicia se encuentra con un gran desafío en cuanto a su

⁹⁶Abogada. Prosecretaria del Juzgado Federal N° 2 de Mendoza. Doctoranda de la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Mendoza. Diplomada en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Delegación Mendoza. Contacto: jimemarvalle@gmail.com

funcionamiento y resolución de las causas habilitadas.

2. EL CASO⁹⁷

Se presenta la progenitora de la menor, con patrocinio letrado y plantea acción de amparo contra la Obra Social del Personal de la Construcción con el objeto de que se le ordene mantener la internación domiciliaria indicada por sus médicos tratantes. Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la demanda que cumpla con la cobertura del 100 % de la atención especializada de enfermería las 24 horas del día, de todos los días de la semana, con carácter de urgente en los términos del art. 232 del CPCCN.

Relata que su hija es beneficiaria de la demandada, tiene 6 años de edad y debido a su patología, posee certificado de discapacidad con diagnóstico de “Supresión del brazo corto del cromosoma 4, epilepsia; microcefalia, retraso mental grave, y otras enfermedades pulmonares obstructivas crónicas”.

Refiere que, debido a su historia clínica, el médico tratante prescribió que la menor debía tener internación domiciliaria las 24 horas para llevar un adecuado control médico y así evitar nuevas convulsiones y enfermedades que le generan fuertes retrocesos. Que dicho tratamiento fue prestado durante 4 años hasta que en febrero del corriente año, cuando concurrió a un control y el médico le informó que le iban a reducir las horas de internación de 24 a 12, atento que la menor solo es oxígeno dependiente y no tiene otras patologías. Asimismo, le informaron que se le reducirían las horas de estimulación temprana. Finalmente, destaca que, sumado a ello, actualmente padece de tuberculosis y diabetes tipo 1.

Puntualiza el grave riesgo de salud que corre su hija ante la pandemia de COVID 19, por ser una paciente con enfermedades respiratorias.

El Juzgado Federal de San Martín, hace lugar a la medida cautelar solicitada por la actora

⁹⁷“Flores, M. S. -En Rep. de su Hija Menor A.N.- c/ Obra Social del Personal de la Construcción s/Prestaciones Médicas”. Juzgado Federal de San Martín (2 de abril de 2020). <https://www.diariojudicial.com/nota/86091>

y ordena a la Obra Social demanda que provea de manera inmediata a la niña A.N., la cobertura integral de enfermería domiciliaria las 24 horas del día, los 365 días del año, conforme a lo expresamente prescripto por los profesionales médicos que la asisten y hasta tanto se dicte sentencia en autos. Se admitió la caución juratoria prestada en el escrito de inicio, conforme a lo dispuesto por el art. 199 del CPCC y las razones sanitarias que son de público conocimiento.

La jueza autorizó al abogado a firmar el oficio que dispone la medida cautelar, suprimiéndose el requisito que debe llevar su firma o la del secretario. Al día siguiente, el letrado dejó el oficio en la obra social y a las cuatro horas, se comunicaron de la obra social con la amparista para restablecer la prestación.

Cabe destacar que la demanda fue presentada por el patrocinante de la actora sin firma del abogado ni de la peticionante, debido a la imposibilidad de reencontrarse con su cliente, no obstante la jueza validó los datos del abogado en el sistema judicial Lex100 y a las cinco horas, decretó la medida cautelar que fue notificada al domicilio electrónico del abogado.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

El presente caso, recientemente dictado, amén de ser uno más de la larga lista de los amparos presentados en materia de salud, que se resuelven diariamente en la Justicia Federal del país, resulta innovador en cuanto a la tramitación y por ende, en el cumplimiento de las normas procesales.

Sabido es que, en la CSJN en el marco de la emergencia sanitaria, dictó la Acordada Nro. 4/2020, que dispuso que a partir del 18 de marzo del corriente, todas las presentaciones que se realizaren en el ámbito de la Justicia Federal, deben ser completamente en forma digital a través del IEJ (Identificación Electrónica Judicial), registrada en cada una de las causas, con excepción de las presentaciones iniciales que no pueden ser objeto de ingreso digital⁹⁸.

⁹⁸Acordada 6/20, art. 11.

Por otro lado, la Acordada Nro. 6/2020 recuerda a los magistrados llevar a cabo los actos procesales que no admitan demora o medidas que de no practicarse pudieran causar perjuicio irreparable y, a tal efecto, deberán tener especialmente consideración las causas de amparo de salud⁹⁹.

Por esta vía, deberían efectuarse todas las presentaciones, salvo las iniciales de un proceso¹⁰⁰.

Las mismas contarán, a lo sumo, con firma electrónica del letrado.

Se presenta, entonces, la cuestión de la falta de firma del patrocinando (en los casos en que el letrado no sea apoderado), tema acerca del cual la norma no dice absolutamente nada. Salvo que se interprete que este mecanismo implica la necesidad de subir al sistema la copia digital del original firmado por ambos, tal como lo establece el art. 5 de la Ac. Nro. 3/2015.

La adjunción de documentación a las presentaciones en formato digital (claramente en referencia a los originales escaneados) conlleva una declaración jurada en cuanto a su autenticidad. No se dice absolutamente nada en cuanto a la necesidad, o tiempo, de presentación de los originales (y muchas veces los originales son necesarios en el proceso). Tampoco hay alusión acerca de dónde deben quedar estos originales (si en poder del letrado o de la parte).

Quizás se ha procurado instalar, de algún modo, la figura del “letrado depositario”; de ser así, creemos que la normativa es claramente insuficiente para hacerse cargo de la totalidad de las facetas de este instituto.

En el caso analizado: 1) se permitió el ingreso de la causa en el Lex100, cuando en realidad, la acordada exceptúa taxativamente el ingreso digital cuando es causa que se inicia; y 2) se admitió la presentación de la demanda sin firma del abogado ni de la peticionante.

⁹⁹Acordada 4/20, art 11.

¹⁰⁰Acordada 3/2015, art. 5.

Claro está que la ausencia de firma del peticionante en esta instancia del proceso no genera inconveniente alguno, por cuanto el propio art. 48 del CPCCN lo permite, al establecer que, en caso de urgencia, la actuación de la parte que comparezca a juicio por medio de quien no tenga poder suficiente para representarla, podrá ser convalidada dentro de los cuarenta días hábiles; más no así la del abogado patrocinante.

No obstante, se admitió y se dio trámite a la acción de amparo, sin la firma del abogado, en tanto fue presentada vía *mail*. La resolución que acogió la acción de amparo fue notificada al mismo, en el plazo de cinco horas.

El presupuesto de caución requerido para el otorgamiento de la medida cautelar (art. 199 del CPCCN), que generalmente es prestada por el actor y en algunos casos por el abogado patrocinante, también se flexibilizó, teniéndose por otorgada aquella prestada en la presentación inicial.

En efecto, la tramitación de la causa en estos términos, donde se admite la presentación de una acción de amparo a través de un correo electrónico, sin la firma electrónica o digital¹⁰¹ del representante legal, sin haber mediado audiencia en videoconferencia, y aceptándose la caución juratoria presentada por la solicitante inicialmente, denota un claro activismo judicial; ciertamente justificado por las particularidades del caso, y por la excepcional circunstancia de emergencia sanitaria actual, abriendo camino así a la utilización de los diversos medios electrónicos con los que contamos desde hace tiempo.

Así lo fundamentó la magistrada al establecer que: *“Hallándose en juego en el presente, la subsistencia de un derecho personalísimo como el derecho a la salud de una niña menor de edad, de principal rango en el texto de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional –art. 75 inc. 22-, ante la interposición de la acción con el fin de garantizar su plena vigencia y protección cabe adoptar una interpretación extensiva y no restrictiva sobre la procedencia de la medida cautelar incoada, a fin de evitar un eventual daño, si en el momento de ejecutar la sentencia dicha ejecución se convierte en ineficaz o imposible [...] Por las razones*

¹⁰¹La firma digital es un aspecto poco claro de la Acordada que requeriría de un análisis pormenorizado que excede el campo del presente trabajo.

expuestas, considero que la situación en la que se encuentra inmersa la niña A.N implica una urgencia que no admite demoras en su respuesta, pues se conjugan compromisos internacionales asumidos por la República en materia de derechos humanos".

Finalmente, entendemos que casos similares al presente, seguramente se irán vislumbrando con el tiempo. Así, por ejemplo, ha sucedido recientemente en un caso de demanda de alimentos en el que un Juez de Paz notificó, a través de *WhatsApp*, el acogimiento de la misma justificándolo en que la necesidad alimentaria impostergable, no admite otra tutela que no sea la efectivización en forma inmediata a través del proceso cautelar¹⁰².

Otro tanto sucedió en Córdoba, donde la Jueza del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, autorizó a cuatro hermanos de 13, 10, 8 y 6 años, que vivían en el hogar San Marcos Sierra, a pasar la cuarentena juntos, en la casa de un matrimonio voluntario¹⁰³.

La magistrada mantuvo una audiencia por videollamada con los menores para conocer su opinión, y finalmente les otorgó el egreso provisorio del hogar de niños a la casa del matrimonio, con quienes habían desarrollado un vínculo afectivo "sostenido y estable".

En los fundamentos de la resolución también refirió que, *"los niños, desde hace un tiempo y hasta el confinamiento obligatorio, han mantenido encuentros y han compartido las fiestas de fin de año con este matrimonio voluntario de la Fundación Sierra Dorada, con quienes "han entrelazado un vínculo afectivo sostenido y estable"*.

De esta forma, se advierte que casos como los precedentes se suman a varios procesos ya adoptados bajo modalidades digitales (videoconferencias o mails) en el marco del aislamiento obligatorio.

¹⁰²"S. S. G. C/ G. R. A. S/ ALIMENTOS". Juzgado de Paz de General La Madrid (2 de abril de 2020). Para ver el fallo completo: <https://www.diariojudicial.com/nota/86106>.

¹⁰³"G., T. F. – B., A. E. – B. G., A. J. – G., A. E. – G., M. N. - Control de legalidad (Ley 9944 - Art. 56)". Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 1° Nominación de la ciudad de Córdoba (6 de abril 2020). Para ver fallo completo: <https://www.diariojudicial.com/nota/86101/noticias-por-fuero/videollamada-y-tutela-aprobada.html>

La flexibilización de las normas procesales que se vislumbran en estos casos, y el fallo comentado en particular, por la premura que requirió la resolución de una causa de este tipo: amparo de salud de un menor, con discapacidad, con derechos ampliamente garantizados en el bloque de constitucionalidad- y su tramitación, ha resultado no sólo novedosa, sino también exitosa, puesto que ha obtenido respuesta en tiempo récord, por medios totalmente electrónicos.

4. CONCLUSIÓN

Más allá de la rápida tramitación y de la eficiencia lograda en el caso en cuestión, es destacable la utilidad de la tecnología en el servicio de justicia y su uso adecuado y pertinente.

Esta potencialidad de las tecnologías, que desde hace un tiempo se viene tratando de introducir a nuestro sistema judicial, y que en épocas de emergencia como la que vivimos actualmente, donde patentiza su real utilidad; deberían servirnos de ejemplo para un mayor esfuerzo en la aplicación de los mismos por parte de los legisladores, magistrados y demás operadores del derecho.

Así, comienza a desplegarse un importante activismo judicial vinculado a lograr mayores garantías a los justiciables en aras a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

La intervención activa de los tribunales para asegurar el acceso de los individuos a ciertas prestaciones, con trámites sencillos y ágiles, desprovistos de formalidades procesales, puede servir para restaurar derechos vulnerados. En especial, respecto de ciertas personas que se encuentran en situación de desventaja para acceder al sistema de justicia o en situaciones de urgencia impostergable como en el caso analizado.

En relación al rol que cabe asignarle al juzgador en casos como el presente, destacamos el trabajo publicado por el profesor de derecho constitucional Dr. Patricio A. Marinello,

en el que sostiene: *“considerar que la figura del juez no se ha modificado a lo largo del tiempo y que este Siglo XXI no lo tiene como actor principal, es no ver la realidad.”*¹⁰⁴

Asimismo, luego de describir la génesis del activismo judicial, destaca las perspectivas que la CSJN ha manifestado en cuanto al compromiso que mantiene con los derechos y garantías en el área de los derechos humanos, con cita de los ministros –Dra. Highton de Nolasco y Dr. Lorenzetti–: *“este es el siglo de los jueces”, jueces que resuelven todo “...y que ante la inercia, burocracia o desidia, el Poder Judicial en casos excepcionales debe actuar eficaz y eficientemente....La tarea actual del legislado ya no consiste en dar soluciones, sino que se limita a exponer problemas a través de cláusulas generales. Y es justamente el Poder Judicial quien dar las soluciones complejas...”*¹⁰⁵.

Quizás, esta época de emergencia en que se flexibilizan las rígidas normas procesales, con un resultado satisfactorio, sea un punto de partida hacia una apertura en la utilización de la tecnología, y con la debida garantía de la validez de los actos procesales, no solamente en los casos como el presente, que requería indefectiblemente una solución urgente; sino en todas aquellas en que sea posible.

¹⁰⁴MARINELLO, PATRICIO A. (2008), *El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional*, Conferencia brindada en Formosa, Consejo de la Magistratura de la Nación. Publicado en <http://patriciomaraniello.com.ar>

¹⁰⁵Palabras expresas en el marco del IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del MERCOSUR, celebrado entre los días 19, 20 y 21 de mayo de 2007, en la Facultad de Derecho de la UBA; cit. por MARINELLO, PATRICIO... ob. cit., p. 16.

**LA COMPENSACIÓN JUDICIAL Y CÓMO EVITAR QUE SE TRANSFORME EN UNA VÍA DE ESCAPE PARA EL
DEUDOR REMISO**

Adolfo Ismael Martedi¹⁰⁶

RESUMEN (ABSTRACT)

La Primera Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza ha sostenido que, si los créditos que se pretenden compensar son ilícidos, deberá articularse la defensa por medio de demanda reconvenional, de modo que admita un amplio examen de conocimiento sobre su causa, pues en tal caso estaríamos en presencia de la compensación judicial prevista en el artículo 928 del Código Civil y Comercial.

Las exigencias formales para que opere la misma no se configuran cuando, para dar sostenimiento al planteo de compensación judicial, se acompañen como prueba del crédito compensable, facturas electrónicas que instrumenten rubros difusos y cuyas fechas de emisión sean posteriores al traslado de la demanda.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del derecho procesal, la compensación opera como un escudo, en el sentido de que le acuerda al demandado la posibilidad de oponer una defensa contra el actor para neutralizar el progreso de la pretensión de cobro incoada por éste.

La compensación es judicial cuando la decreta el juez al dictar una sentencia en un litigio, declarando admisible y procedente total o parcialmente un crédito alegado por el deudor demandado, que pretendía a su vez ser acreedor del actor. Y es necesario que se dicte sentencia, por cuanto esos créditos y deudas recíprocas carecen de alguno de

¹⁰⁶Abogado, Jefe de Trabajos Prácticos Derecho Privado I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza. Diplomando en Compliance, Ética Corporativa y Procesos de Integridad. Especialista en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción. Diplomado en Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: ismaelmartedi@hotmail.com

los requisitos necesarios para que se produzca la compensación legal, generalmente la liquidez.¹⁰⁷

En este contexto, el primer interrogante de la sentencia en análisis gira en torno a si el pedido de compensación judicial debe ser articulado por vía de reconvencción o contrademanda, o si por el contrario, resulta suficiente su introducción procesal bajo la forma de simple contestación de demanda, como ocurrió en el caso que terminó resolviendo. Ante la falta de previsión legal expresa, el Tribunal sentenciante hace aplicación de las posiciones doctrinarias más resonantes sobre el particular, que difieren según se trate de compensación judicial o legal.

Adicionalmente, y una vez resuelta la cuestión formal, el fallo se adentra en el análisis de los requisitos sustanciales para la procedencia de la compensación judicial. Conforme el criterio sentado en la sentencia, el crédito compensable debe revestir los requisitos legales de reciprocidad, fungibilidad, liquidez, exigibilidad, libre disponibilidad y embargabilidad.

Ahora bien, ¿el hecho de que el Código Civil y Comercial de la Nación haya eliminado el requisito de la liquidez de la deuda y no exija la certidumbre de su existencia para poder oponer la compensación, no podría transformarse en una llave de escape para hábiles y escurridizos deudores ávidos de evadir sus obligaciones?

Las referencias doctrinarias de la sentencia y la decisión que en definitiva se adopta, resultan concluyentes para poner de manifiesto la rigidez del criterio de los jueces al momento de valorar y ponderar los elementos de prueba con los que se pretende acreditar la existencia y cuantía de los créditos compensables.

2. EL CASO¹⁰⁸

¹⁰⁷CASEAUX, PEDRO N.- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. (1992), *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Tomo 2, Buenos Aires: Ed. Platense, p.177.

¹⁰⁸“Yokogawa America Do Sul Ltda. c/ Tecnología en Productos y Servicios A.G. S.A. p/ Cobro de pesos”. Primera Cámara en lo Civil, Comercial y Minas, 1° Circ. Judicial de Mendoza (3 de junio de 2019) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6837443539>

La empresa demandante, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia en la que se hizo lugar a la demanda por cobro de pesos incoada por ella misma y, concomitantemente, a la defensa de compensación opuesta en la contestación por la demandada.

Al contestar la demanda, en contra del progreso de la misma, la accionada había opuesto defensa de compensación e indicado que la relación comercial que vinculaba a ambas partes y que había sido causa originaria de la deuda compensable, estaba compuesta por varias circunstancias negociales que habrían ocurrido, presuntamente, entre 2011 y 2013.

En abono de su postura, la demandada acompañó en calidad de prueba instrumental, la facturación referida a dichas operaciones, comprobantes electrónicos cuyas fechas coincidían con la de la contestación de la demanda en abril de 2017, por lo tanto, posteriores al traslado de la demanda.

Los agravios formulados por la apelante giran en torno a dos cuestiones: a) la procedencia formal de la defensa de compensación judicial opuesta al momento de contestar la demanda, sin que se haya reconvenido al respecto; y b) la procedencia sustancial, esto es, si de la prueba acompañada se podía resolver concluyentemente sobre la veracidad de la deuda a favor de la demandada con posibilidad de ser opuesta al crédito de la parte reclamante.

Al momento de dictar sentencia, la Cámara concluye que la compensación judicial debe plantearse mediante demanda reconvenzional y no mediante simple introducción de la defensa en el responde, pues solo a través de la reconvenición se asegura la correspondiente vista a la contraria a los efectos de contestar la compensación alegada, en consonancia con la garantía constitucional del debido proceso.

A pesar de considerar que la vía procesal elegida para introducir la cuestión de la compensación judicial no fue la correcta y que el vicio procesal era palmario y evidente al plantearla en la contestación de la demanda, el Tribunal rechazó el planteo de improcedencia formal, por cuanto consideró que el defecto de forma fue consentido por

la actora interesada al no oponerlo, oportunamente, en contra del decreto que tuvo por contestada la demanda y por opuesta la defensa de compensación.

Sin perjuicio de ello, ingresando en el análisis de la faz sustancial de los agravios propuestos, resolvió que los créditos de la demandada cuya compensación se pretendía, no presentaban los requisitos necesarios para la procedencia de tal figura extintiva de obligaciones.

Se pone de relieve que el crédito cuya compensación pretendía la recurrida no revestía, por lo menos, los caracteres de liquidez ni exigibilidad. Determina que, ante la pretensión de pago de facturas comerciales acompañadas por la actora, emitidas todas en el año 2013, mediante demanda deducida el 25 de agosto de 2016, la accionada pretendió compensar una suma llamativamente cercana a la reclamada, plasmada en comprobantes comerciales fundados en causas negociales no solo negadas por la actora, sino también, algunas, instrumentadas en facturas electrónicas datadas en abril de 2017, con posterioridad a la notificación de la demanda. Agrega la Cámara que los conceptos que dichas facturas contenían, consistían en rubros que en modo alguno podían conceptualizar sumas líquidas y exigibles.

Al resolver en contra de la compensación aludida, el fallo pondera la falta de razones por las que las facturas que se acompañan como base de la resistencia se emitieron años después de haberse devengado, presuntamente, tales deudas, y cuando ya se conocía la existencia de la contienda judicial. En esa tesitura, concluye que no puede reconocerse eficacia probatoria a tal documentación, dado que fue emitida cuando la demandada ya se encontraba en conocimiento de la existencia del pleito.

En atención a todos los argumentos objeto de resumen, la Cámara decide admitir el recurso de apelación interpuesto por la actora, revocando la sentencia de primer grado en cuanto admite la compensación de créditos opuesta por la demandada y confirmándola en cuanto admite la demanda interpuesta por la accionante.

3. ANÁLISIS DEL CASO

La compensación como modo extintivo de las obligaciones se presenta como un mecanismo de neutralización entre dos obligaciones por el cual ambas se tienen como pagadas, hasta el monto de la menor, cuando dos sujetos revisten, recíprocamente la calidad de deudor y acreedor, en dos vínculos independientes.

El fallo en examen versa sobre un intento de compensación judicial, así calificada tanto en primera como en segunda instancia. Tradicionalmente se concibe a la “compensación judicial” como aquella que se declara al momento de dictar sentencia, admitiendo total o parcialmente un crédito reclamado por el demandante y otro invocado por el demandado, por la cual se computan ambas deudas hasta el límite de la menor y se condena al pago del saldo impago que resulta de esa neutralización.¹⁰⁹

La carga de oponer la compensación recae en cabeza del interesado. En tal sentido, a *priori* y desde la perspectiva del derecho procesal, podría servirse de dos mecanismos bien distintos: 1.- Por “reconvención”, a través de una demanda reconvencional que plantea la parte cuyo crédito no reúne todavía todas las condiciones requeridas para la compensación legal; o 2.- Por “excepción o defensa sustancial”.¹¹⁰

A tenor de lo dispuesto en el artículo 928 del código de fondo, se estima que resultaría necesaria la reconvención por parte del demandado para que pueda procederse a la compensación judicial si los créditos son ilíquidos, aun cuando la liquidez ya no sea un requisito legal para la procedencia de la defensa¹¹¹. Esta es la vía que mejor respetaría el derecho de defensa de la otra parte, quien debe tener oportunidad útil de contestar la pretensión, la compensación alegada y producir la prueba que estima necesaria. Ahora bien, si se tratase de créditos líquidos y concurrieran los demás requisitos de la compensación legal, el juez tendría facultades para declararla, ya que técnicamente no se estaría en presencia de una compensación judicial, sino de una de carácter legal.

¹⁰⁹LLAMBÍAS, JORGE J. (2012), *Tratado de Derecho Civil, Tomo 3*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p.253.

¹¹⁰PIZARRO, RAMÓN- VALLESPINOS, GUSTAVO. (1999), *Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Tomo 3*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 561.

¹¹¹TRIGO REPRESAS, FÉLIX, A.; COMPAGNUCCI DEL CASO, RUBÉN H. (2005), *Código Civil Comentado. Obligaciones, Tomo 2*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, p. 446.

En el área del derecho procesal encontramos opiniones coincidentes que aseveran que, a fin de arribar a la compensación judicial, es menester demanda y reconvencción para que, en caso de prosperar ambas, el magistrado haga la compensación en la sentencia entre ambos créditos recíprocos, ejerciendo su propia potestad.

Hay quienes sostienen la posibilidad de introducir la compensación como defensa sustancial contra el progreso de la acción en la contestación de demanda, debido a que en el proceso ordinario, la amplitud de debate permitiría conocer exhaustivamente las invocaciones hechas, incluso en relación a la procedencia de la compensación opuesta. Es cierto que el denominado “proceso ordinario” admite amplitud de defensas y pruebas por ser, justamente, el proceso residual. Ahora bien, la facultad defensiva debe ser entendida en beneficio de ambas partes, no en desmedro de una de ellas. La amplitud del proceso de conocimiento debe estar siempre en pos del principio de igualdad de las partes, tal como lo contempla el artículo 2).-I.-i de nuestro Código Procesal Civil, Comercial y Tributario al prescribir que el tribunal debe velar por la igualdad de los litigantes y por preservar las garantías del debido proceso.

No escapa de nuestra consideración que el fallo se enrola detrás de la postura que propugna la introducción de la compensación judicial mediante la vía de la demanda reconvenccional, que es la que mejor se presenta como protectoria del derecho de defensa. Sin embargo, a pesar de que la sentencia en examen es reciente, la parte introductoria del proceso tramitó y se sustanció durante la vigencia del derogado Código Procesal Civil de Mendoza. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, el cual reestructura los ahora denominados “procesos de conocimiento” y prevé oportunidad procesal para el traslado del responde, la garantía constitucional prevista en el artículo 18 de nuestra Ley Fundamental, aparecería más a cubierto. En tal sentido, a diferencia de lo que ocurría durante la sustanciación del anterior “proceso ordinario”, ahora el actor cuenta con oportunidad para formular su descargo y ampliar su prueba respecto de los hechos nuevos introducidos por el demandado, siendo la compensación uno de ellos.

Por otro lado, también resulta llamativo el enfoque que realiza la Cámara en relación a los requisitos que debe reunir el crédito que se pretende compensar. Recordemos que,

en el caso de marras, como prueba de su crédito en contra de la actora, la empresa demandada acompañó una serie de facturas electrónicas emitidas con posterioridad a tomar conocimiento de la demanda, generadas unos días antes de contestarla, documentando presuntas operaciones acaecidas años antes de su instrumentación contable. Dicha suspicacia no escapó de la consideración de la Cámara.

Al rechazar la compensación se pone de resalto que la actora había negado terminantemente la existencia de la deuda y que los rubros facturados resultaban tan vagos y amplios que no brindaban pautas para aseverar la liquidez de la deuda o si era necesario un procedimiento especial para su determinación. Lo cierto es que el artículo 924 del Código Civil y Comercial, al referirse a los efectos de la compensación, dispone que la misma procede aunque el crédito no sea líquido o sea impugnado por el deudor. Al respecto, cabe destacar que, en la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield, aplicado para resolver el caso en razón de la fecha de origen de la relación contractual entre las partes, la liquidez sí era un requisito para que operara la compensación legal.

El criterio rígido en la valoración de la prueba sobre los requisitos de procedencia de la compensación judicial se evidencia aún más al considerar inadmisibles la pasividad observada por la demandada para facturar conceptos devengados años atrás, recién en oportunidad de notificársele la demanda. La eficacia probatoria de dicha documentación resulta claramente controvertida, ya que las facturas fueron emitidas cuando la demandada ya se encontraba en conocimiento de la existencia del pleito, sin razón alguna que justificara su omisión de facturar los respectivos conceptos devengados años antes.

En consonancia con la postura sentada por el fallo, coincidimos en que la facturación electrónica es un acto unilateral, que de ninguna manera da fe sobre la veracidad de su contenido, sea prestación de servicios o entrega de productos; mucho menos de su recepción y conformidad por parte del deudor. Por otro lado, dichas facturas fueron emitidas en fecha 03/04/2017 en una clara maniobra de post facturación. En efecto, la demanda que dio inicio a los obrados fue iniciada el 25/08/2016 y el traslado se corre en fecha 15/03/2017. La accionada se presenta a contestar demanda en fecha 12/04/2017. Es decir que las facturas que el juzgado de primera instancia tuvo en cuenta

como títulos compensables no existían sino hasta que fueron generadas, sin noticia de la parte actora, solo diez días antes de que se contestara la demanda.

En tal sentido debería tenerse presente que la compensación es un sustitutivo del pago, y no se puede pagar una deuda cuyo monto todavía se ignora. Asumimos, entonces, que la compensación ha dejado de ser instrumentada como un medio de pago simplificado, para pasar a tener una función de garantía¹¹², entendida ésta como un mecanismo que asegure al acreedor ante la insolvencia de su deudor, permitiéndole retener el cumplimiento de su prestación ante la eventualidad de que su crédito no se vea satisfecho, con prescindencia del carácter líquido o ilíquido de las obligaciones.¹¹³

La jurisprudencia es conteste en este plano, en tanto considera ineficaces como elementos de prueba a los asientos puestos en libros de comercio cuando es inminente la demanda o con posterioridad a ella respecto de operaciones cumplidas con mucha anterioridad, los cuales flaquean en valor probatorio.¹¹⁴

Respecto de las sociedades comerciales, el criterio del legislador al ponderar la normativa contenida en el artículo 61 de la Ley General de Sociedades fue admitir que el libro diario se lleve con asientos globales que no comprendan periodos mayores a un mes. Forzoso es concluir en la improcedencia de la pretensión de oponer como prueba instrumental a los libros contables con asientos formulados muchos años después de concretadas las operaciones facturadas que se dicen pendientes de pago.

El hecho de que la pericia contable producida en la causa haya constatado la existencia de los comprobantes electrónicos post facturados en el sistema digital y su registro en el Libro IVA Ventas, de llenado y maniobra exclusiva de la parte demandada, solamente brindaría certeza sobre la apoyatura contable póstuma de las operaciones, pero no sobre las causas germinantes de los montos allí consignados.

¹¹²PIZARRO, RAMÓN- VALLESPINOS, GUSTAVO (1999), *Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Tomo 3*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 543.

¹¹³LLAMBÍAS, JORGE J. (2012), *Tratado de Derecho Civil, Tomo 3*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 213.

¹¹⁴“Neptan S.A v. International Container Terminal Services y otros”. C.Nac. Com., Sala D (17 de febrero de 2010). “Droguería Disval S.R.L. c/ Farmacia Social Canning y otro s/ ordinario”. C.Nac. Com., Sala D (5 de marzo de 2009) Cita LLOnline: 70058642.

En otras palabras, el dar andamio a un pedido de compensación judicial sobre la base de comprobantes electrónicos post facturados unilateralmente por la demandada y asientos contables plasmados en su Libro IVA significaría conferir eficacia probatoria a elementos que, de ningún modo, reflejan el cuadro verídico de los hechos y negocios. A lo sumo podrán tener virtualidad indiciaria, si lo que resulta de ellos cuenta con el correlato coadyuvante de otros medios probatorios, y particularmente cuando sus registraciones no se encuentren contradichas por los libros de la adversaria.¹¹⁵

4. CONCLUSIÓN

El derogado Código Civil no contemplaba a la certidumbre sobre la existencia de la deuda como un requisito de admisibilidad de la compensación. A ello se suma que el Código Civil y Comercial que vino a reemplazarlo eliminó un requisito que sí era exigido legalmente: la liquidez del crédito que pretende oponerse en compensación. Es decir que, en la actualidad, no es necesario que el crédito al cual se refiere la compensación sea reconocido por la contraparte, e incluso, aunque sea ilíquido, podría ser objeto de compensación.

A tales extremos se ha arribado a los fines de evitar que oposiciones infundadas o maliciosas por parte de deudores remisos impidan la operatividad práctica de la figura en estudio. Si bien compartimos la flexibilización de criterios, pensamos que debería ser del mismo tono para ambas partes del proceso, no solo para aquel que intenta la defensa. En el mismo sentido, cualquier presunto titular de un crédito dudoso, incierto o hasta inexistente, en clara maniobra dilatoria, tendría en sus manos las llaves para oponerse al progreso de una acción en su contra, invocando su mera compensación y generando de su propia mano la prueba de cargo para refrenar el proceso.

Resulta interesante, entonces, la intervención del magistrado como director del proceso civil al momento de avocarse a la valoración de la prueba con la que se pretende dar sostenimiento al crédito compensable. Es que la sola registración de asientos contables

¹¹⁵"Paramen S.A. c/ Rutilex Hidrocarburos S.A. s/ ordinario". C.Nac. Com., Sala D (13 de octubre de 2006). "Equifarma S.A. c/ Dis-Far-Mar S.A.", C.Nac. Com. Sala D (20 de noviembre de 2006). "Creatividad y Arte Publicitario S.R.L. c/ Araneta, Edgardo Bautista s/ ordinario". C.Nac. Com. Sala D (4 de junio de 2007).

sin correlato en los libros de la contraria y con emisión de comprobantes de respaldo a través de la facturación electrónica unilateral de las operaciones, podría dar lugar a la convalidación de harteras maniobras dilatorias y evasivas de los compromisos asumidos por deudores reticentes a cumplir, los que decididamente abundan.

De allí la importancia de un juez atento, con miras en el objetivo de llegar a la verdad. Solo garantizando al actor oportunidad procesal amplia para ejercer el debido derecho de defensa y valorando la prueba ofrecida por las partes conforme a las reglas de la sana crítica racional integrativa de los preceptos de sentido común, de la lógica racional y las máximas de la experiencia, se podrán evitar resoluciones arbitrarias antes que fundadas en razón.

RESUMEN (ABSTRACT)

A partir de una resolución emanada de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Bahía Blanca, se dispuso la exclusión probatoria de una declaración policial y de placas fotográficas obtenidas por el uso de un dron y, consecuentemente, se denegó un allanamiento requerido por el representante del Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación de la causa en cuestión.

1. INTRODUCCIÓN

En la resolución traída a debate, se analizó la posibilidad del uso de drones en el proceso penal como medida de vigilancia y seguimiento policial y hasta qué punto puede afectar, o no, a la inviolabilidad del domicilio y, por ende, el derecho a la intimidad.

Considero que este fallo es un límite al uso de las modernas técnicas de investigación criminal por parte de las fuerzas de seguridad; ello en razón de que, sobre dicha medida probatoria se encuentra un vacío legal en cuanto a su regulación en los códigos procesales provinciales, como así también en el Código Procesal Penal de la Nación.

Dicho límite se funda en el principio procesal de exclusión probatoria de toda aquella prueba que se considere contraria a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

2. EL CASO¹¹⁷

¹¹⁶Abogada. Egresada de la Universidad de Mendoza. Auxiliar de la Defensoría ante el Tribunal Oral Federal N°1 de Mendoza. Egresada de la carrera de especialización en Ciencias Penales por la Universidad de Mendoza. Egresada del programa de actualización de cibercrimen y evidencia digital de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en la carrera de "Ciencias Penales" por la Universidad de Sevilla. Doctoranda de la Carrera de "Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales", de la Universidad de Mendoza. Contacto: amparo.giuffre@hotmail.com

¹¹⁷"NN s/ estupefacientes -siembra o cultivo- artículo 5 Ley 23.737". Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Sala I (6 de noviembre de 2019).

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 6 días del mes de Noviembre del año dos mil diecinueve, los Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- resolvieron no hacer lugar al recurso de apelación presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal, contra la decisión dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías, por la que dispuso la exclusión probatoria de las placas fotográficas obtenidas mediante el uso de un drone por parte de las fuerzas de seguridad; y en consecuencia, denegó el allanamiento requerido por no contarse con elementos de convicción suficientes que justificasen la intromisión al domicilio, al considerar que las imágenes fotográficas fueron obtenidas de manera ilegítima, ya que no contaban con autorización judicial para ello.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

Un agente de la policía de Narcocriminalidad recibió "un dato" sobre la posible plantación de marihuana en una vivienda, obteniendo también de dicha información el domicilio de la misma. Con esa pista se montó un operativo y, mediante el uso de un Vehículo Aéreo No Tripulado (VANT), se logró confirmar la sospecha, ya que pudo fotografiarse la existencia de plantas de cannabis en el patio de la vivienda.

Asimismo, una vez adentrada la causa en la justicia, se citó a un agente de la policía que realizó el procedimiento y prestó declaración, en la cual refirió que la unidad remota se alzó sobre la esquina del domicilio y, de esa manera, pudieron observar que en el patio había una construcción con una red naranja como techo, a través de la cual se evidenciaba la presencia de plantas similares a las de la especie Cannabis Sativa.

A) MODERNAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN EL PROCESO PENAL

La irrupción del fenómeno digital en el mundo cambió radicalmente la forma de investigar los delitos. En la actualidad, la aportación de prueba digital es cada vez más regular en las distintas jurisdicciones; es común y recurrente el uso de las tecnologías en el ámbito de la administración de justicia. Hay que concientizarse que la prueba digital hoy en día no debe ser una novedad, ya que casi todas las personas dependemos de los medios tecnológicos de la información y de la comunicación.

Esto se vuelca también en los avances tecnológicos de los mecanismos de investigación criminal llevados a cabo por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para la investigación, persecución y resolución de los delitos. No obstante, como contrapartida de este desarrollo tecnológico, se encuentran los derechos fundamentales de los ciudadanos que necesariamente deben ser delimitados, para ofrecer una protección adecuada en la nueva era digital.

Concretamente, la problemática que suscita la investigación criminal y la obtención de evidencia digital se centra en saber cuál va a ser su alcance probatorio en un proceso judicial, respetando los derechos y garantías constitucionales.

La posibilidad de utilización de drones para la averiguación y adquisición de conocimientos sobre hechos ilícitos, es una modalidad que va adquiriendo presencia como una moderna técnica de investigación criminal; específicamente, su uso se apoya en lograr obtener pruebas para fundamentar la solicitud de una orden de allanamiento, búsqueda de personas o de elementos de interés para la causa.

Siguiendo esta misma línea, es conveniente analizar, como expresa Maximiliano Hairabedián, el tipo de accesorio con los que está equipado el artefacto. Ya que no es tanto el dron en sí mismo lo que puede afectar el derecho a la intimidad, sino los instrumentos que posea (cámaras, visores nocturnos, micrófonos, etc.); ya que si un dron estuviera desprovisto de herramientas extras (ej. armas) o sensores que permita tener percepciones (ver, oír, oler, grabar, filmar, registrar, etc.) no pasaría de ser un juguete sofisticado y casi inofensivo¹¹⁸.

En la causa bajo análisis, el dron presentaba la posibilidad de captar, a través de imágenes fotográficas, una visual del espacio que recorría con la misma. Es decir, hubo una intromisión arbitraria al domicilio por parte de las fuerzas encargadas de la investigación.

¹¹⁸ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO (2018), *El uso de drones sobre domicilios en la investigación criminal*. Artículo extraído de la obra *Ciberdelitos II*. Buenos Aires: Ed. IBdeF; p. 198.

Por ello, y con toda razón, la Cámara consignó que se invadió un espacio privado sobre el que cualquier injerencia sólo puede ser decidida con intervención de los órganos judiciales y jurisdiccionales, afectando, por ende, los derechos constitucionales de privacidad e intimidad. Así, denegaron la medida de allanamiento solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal, por sostener que no contaba con elementos de convicción suficientes que justificasen la intromisión solicitada. Ello, toda vez que, previamente, se había resuelto la exclusión de las imágenes obtenidas ilegalmente por el artefacto utilizado, lo que derivó en la imposibilidad de que esa evidencia fuera utilizada y valorada en curso del proceso.

Como enseña Alejandro D. Carrió, admitir tales pruebas importaría desconocer la función ejemplar que tiene para la comunidad los actos estatales, y que la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente tiene una incidencia disuasoria de futuros procedimientos arbitrarios¹¹⁹.

Así, la Cámara concluyó que, atento las posibilidades de intromisiones ilegítimas en la privacidad de los ciudadanos que puede derivarse del uso de nuevas tecnológicas, resulta importante recomendar un uso especialmente prudente y cuidadoso de esos elementos (como medios de investigación), procurando -de ser posible- una activa participación de los órganos judiciales y jurisdiccionales en la efectivización de las diligencias, con el fin de garantizar una efectiva tutela de los derechos constitucionales. Ello, valga aclarar, como regla, y sin perjuicio de otras situaciones excepcionales donde motivos urgentes y de gravedad pudieran ameritar el accionar, sin ese control judicial y jurisdiccional previo.

B) AUSENCIA DE REGULACIÓN EN LOS CÓDIGOS PROCESALES

En este contexto, se refleja que la evolución del derecho avanza por detrás del desarrollo tecnológico. Es que, en el aspecto procesal, actualmente tropezamos con un vacío regulatorio de las modernas técnicas de investigación criminal y lo referido a la evidencia

¹¹⁹CARRIÓ, ALEJANDRO D. (2019), *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, p. 313.

digital en los códigos procesales, lo que trae aparejado la dificultad de investigar y probar los delitos.

Problemática que encontró un pequeño avance en el Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la Ley 27.063 en relación a las técnicas de investigación. El mencionado código prevé un catálogo de medidas de investigación tecnológica en los artículos 150 y 151; interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, y el registro de un sistema informático o de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. En tanto, medidas como la captación y grabaciones de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, los registros remotos sobre equipos informáticos, entre otras, aún no han sido reguladas en el código de procedimiento nacional.

Conforme lo descripto, se exhibe una tensión existente entre la eficacia de los métodos de investigación y la posible afectación de derechos constitucionales; es decir, se plantea la problemática referida a la posibilidad de introducir novedosos elementos de investigación al proceso penal, cuando aún existen códigos procesales de nula regulación sobre la temática de estudio, generando como consecuencia un enfrentamiento a las garantías constitucionales y a la eficiencia del funcionamiento del proceso penal.

Ante todo, cabe mencionar que al ingresar la Convención de Budapest a nuestro ordenamiento jurídico interno, que se presenta actualmente como el instrumento de referencia que delimita los esfuerzos de la Comunidad Internacional para fortalecer la legislación de los Estados partes en el ciberespacio, deben tenerse presente sus objetivos: *mejorar el sistema penal*, tanto en la persecución de los delitos informáticos como en la investigación de cualquier delito para el que se requiera la obtención de evidencia digital a través de las modernas técnicas de investigación; así como *lograr una fluida cooperación internacional* entre los países que adoptaron el referido documento.

En virtud de esta incorporación, surgió la falencia a nivel legislativo en el Estado Argentino, ya que dicho instrumento solicita a los Estados miembros, la adaptación de

sus legislaciones a nivel sustantivo, procesal y de cooperación internacional. Lo único que se logró adaptar a través de la sanción de la Ley 26.388, conocida como la Ley de delitos Informáticos, fue a nivel sustantivo, ya que ingresó al Código Penal un catálogo de delitos informáticos.

Así se pone de resalto que actualmente la legislación argentina se encuentra en deuda sobre la regulación procesal referida a temas vinculados con el tratamiento de las modernas técnicas de investigación criminal y, consecuentemente, con la obtención de evidencia digital, puesto que en el presente momento rigen códigos de procedimientos a nivel provincial y federal sólo referidos a técnicas de investigación tradicionales y receptan principios de tratamiento de evidencia física.

C) PRINCIPIO DE “LIBERTAD PROBATORIA” VS. “GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”

El nuevo régimen procesal a nivel federal, sancionado por la Ley 27.063, regula el “*principio de libertad probatoria*”, en virtud del cual los hechos investigados pueden acreditarse recurriendo a todo tipo de elementos de convicción, siempre y cuando no se encuentren expresamente prohibidos y vulneren garantías constitucionales de los involucrados (conforme el texto del artículo 134 del CPPN)¹²⁰.

De acuerdo a este principio, aparece la posibilidad de aplicar por analogía las normas previstas para los medios de prueba regulados a los medios de prueba que no tengan una regulación específica. En razón de ello, cuando se apela a un tipo de prueba no contemplado expresamente por el legislador, debe respetarse el procedimiento legal que, según las características, la naturaleza y las modalidades de la especie probatoria, más se adecue a ella analógicamente¹²¹.

Por cierto que, aunque por imperio de este principio la ley no exija un medio determinado para acreditar un objeto específico, siempre deberá preferirse aquel que

¹²⁰Artículo 134: “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley [...] Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes”.

¹²¹Arocena, Gustavo Alberto, Balcarce, Fabián Ignacio, Cesano José Daniel; “*La prueba en materia penal*”, Astrea, Buenos Aires, 1009, pág. 43.

ofrezca mayores garantías de eficacia del procedimiento y respeto por los derechos de la persona involucrada. Ahora bien, si esa comprobación se lleva a cabo mediante la comisión de ilícitos, o violándose derechos o garantías constitucionales, no será válida y, en consecuencia, no vulnerará la posición del afectado por esta clase de prueba.

En otras palabras, este principio de libertad probatoria se enfrenta al límite del principio de legalidad de las injerencias en derechos fundamentales y la “*nullacoactio sine lege*”, a través del cual no hay medida de coerción sin ley, es decir, que todos aquellos mecanismos de investigación, procedimientos probatorios o medios de prueba que impliquen algún grado de injerencia de los derechos fundamentales, deben estar previstos en la ley.

Como expone Gustavo A. Bruzzone, debemos hablar de la tipicidad de la medida de coerción o injerencia para poder utilizarla. A su vez, la medida debe ser necesaria, idónea, proporcional, y el órgano que la esté dictando en ese momento determinado, debe ser el competente para disponerla¹²².

En conclusión, se deben distinguir aquellos medios de prueba que no implican injerencia a los derechos fundamentales de las personas involucradas, es decir, no implican coerción por parte del Estado, por lo cual, no requieren de una habilitación legal expresa; de aquellos medios de prueba que, por reunir las características contrarias a las expresadas, sí necesitarían regulación legal y no es posible la aplicación analógica de leyes procesales.

En efecto, se concluye que resulta manifiesta la necesidad de prever mecanismos procesales especiales para permitir la investigación de aquellos delitos que plantean la obtención de evidencia digital, es decir, promulgar normas que entiendan la particular naturaleza jurídica que presenta la misma.

Solución compartida por Gabriel Pérez Barberá, quien sostiene que: “*si lo que se desea es aplicar nuevas tecnologías en el procedimiento penal con el objeto de probar hechos,*

¹²²BRUZZONE, GUSTAVO (2005), *la nullacoactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal, en estudios sobre justicia penal*. Homenaje al profesor Julio B. J Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 248.

y tales medios de prueba aún no han sido regulados, lo que corresponde es una intervención del legislador; él deberá regularlos en la ley procesal penal con el mismo detalle con el que ha regulado los medios de prueba tradicionales, o incluso mayor, dada la extrema complejidad de las nuevas tecnologías y su extrema capacidad invasiva en la privacidad”¹²³.

Se advierte entonces, que uno de los principales desafíos es llevar a cabo una reforma procesal penal que regule la obtención, almacenamiento y conservación de la evidencia digital y así lograr la eficacia de las investigaciones, ya que aquello constituye una garantía para los derechos constitucionales de intimidad y reserva.

Debe regularse considerando también los derechos del debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el juicio justo, reconocidos a nivel constitucional e internacionalmente como derechos humanos, por lo cual este marco de protección debe ser tenido en especial consideración para analizar los mecanismos de obtención de prueba digital en las legislaciones procesales.

Este proceso de cambio tiende a profundizarse por el vertiginoso avance de la tecnología, en el sentido de que las diferentes formas de pruebas electrónicas tenderán a reemplazar en poco tiempo a los medios de prueba tradicionales y, en lo sucesivo, a los mecanismos de vigilancia y prevención del delito a los que estamos acostumbrados.

Todo ello producto de que el uso de pruebas digitales en los procesos judiciales crece todos los días; en la actualidad, la gran mayoría de los casos de derecho civil, penal, familiar o laboral, incluyen pruebas virtuales que van desde conversaciones en WhatsApp hasta el registro de la huella en el celular, pasando por correos electrónicos, datos obtenidos en redes sociales, mensajería instantánea, escuchas telefónicas, geolocalización de dispositivos, técnicas de inteligencia en redes abiertas, archivos de cámaras, registro y secuestro de datos almacenados en sistemas informáticos, incorporación al proceso judicial de la información contenida en ordenadores, páginas

¹²³ Extraído de la Ponencia del “VI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal Penal”, Salta 21/05/2009.

web, memorias digitales, pendrives, discos duros externos, teléfonos móviles, tablets, router, información contenida en la nube, etc.

4. CONCLUSIONES

El mayor interés en la protección de la privacidad surge por la capacidad de operación que presentan los drones como una poderosa herramienta de vigilancia autónoma. Justamente, por los distintos accesorios que pueden llegar a presentarse, permite obtener información detallada sobre los individuos, equipados con cámaras, GPS de rastreo, filmadoras de video, infrarrojos; todo ello sin el conocimiento de la persona. Por eso se propicia que la legislación requiera de una orden judicial basada en una causa probable para su utilización¹²⁴.

Si bien de acuerdo a lo narrado no existe regulación normativa, comparto la opinión de que dicha ausencia relativa, específicamente, al uso del drone, no es impedimento para que un juez ordene la indagación domiciliaria con drones mediante la orden fundada de registro de domicilio prevista en las legislaciones procesales, porque el registro no se limita al ingreso físico. No obstante, no se arriba a la misma solución cuando se lo emplea como elemento de apoyo de un allanamiento dispuesto judicialmente. No es necesario una estipulación expresa de su uso, ya que la intimidad doméstica ha sido desguarnecida por mandato judicial¹²⁵.

Comprendo que, dicho mecanismo, amerita debate y reflexión para lograr su regulación y así queden debidamente garantizados los derechos constitucionales de los ciudadanos, ya que considero que no puede existir un proceso penal válido sin respeto de los derechos humanos.

Finalizo mi aporte en enumerar algunos requisitos para lograr el punto de partida hacia una regulación de las modernas técnicas de investigación criminal, que se deben cumplimentar para incorporarlas al proceso penal, a saber: las instancias y condiciones de vigilancia deben ser establecidas de manera previa, expresa, taxativa, precisa y clara

¹²⁴SCHLAG, CHRIS (2013), *"The New Privacy Battle: How the Expanding Use of Drones Continues to Erode Our Concept of Privacy and Privacy Rights"*, Journal of Technology Law & Policy, Vol. XIII.

¹²⁵HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO (2018), *"El uso de drones ..."*. Ob. cit., p. 203.

en una ley; se debe contar con una autorización judicial previa; debe contemplarse el alcance, duración y los organismo competentes para autorizarlas, implementarlas y supervisarlas; debe capacitarse a las fuerzas de seguridad, en miras al respeto de los derecho y garantías de los ciudadanos; y, por último, es necesaria la difusión de todas las políticas y prácticas en torno a estas técnicas de investigación.

CONSOLIDACIÓN DE LA CASACIÓN HORIZONTAL

FLORENCIA E. GALDAME ZAPATERO¹²⁶

RESUMEN (ABSTRACT)

A finales del 2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad que, ante el dictado de una sentencia que en sede casatoria revoca una absolucón para al mismo tiempo condenar, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado, debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación.

Este recurso deberán resolverlo otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión.

De esta manera, consolidó una posición jurisprudencial nueva en el sistema judicial penal a través de la llamada "casación horizontal", tornando operativo el derecho al doble conforme.

Asimismo, la doctrina del Máximo Tribunal está en sintonía con el recientemente sancionado Código Procesal Penal Federal, que incluye, entre otras disposiciones, el derecho a recurrir la sanción penal que se haya impuesto ante otro juez o tribunal con facultades amplias para su revisión.

1. INTRODUCCIÓN

Considero que el resolutivo que voy a analizar presenta varias aristas interesantes para ser abordadas, principalmente el razonamiento que realizaron los miembros de la Corte para sentar una jurisprudencia fuerte y acorde a los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El Máximo Tribunal a través de esta sentencia, se pronunció sobre el medio de impugnación y el trámite procesal que deben ser empleados para garantizar en forma

¹²⁶Abogada. Egresada de la Universidad Nacional de Cuyo. Auxiliar de la Fiscalía Federal de Instrucción N  2 de Mendoza. Profesora adjunta de la cátedra Derecho Procesal Penal de la Universidad de Congreso. Adscripta de la cátedra Teoría y Práctica Procesal I de la Universidad Nacional de Cuyo. Alumna del Curso de Posgrado "Reformas y Nuevos Escenarios Jurídicos en la Justicia Federal" de la Universidad Nacional del Chaco Austral. Contacto: galdameflores@gmail.com

eficaz el derecho constitucional de la persona imputada a revisar la condena dictada por un Tribunal de Segunda Instancia.

En este sentido, la Corte deja sentada una nueva jurisprudencia, que gira alrededor de la garantía del “doble conforme”, tornándola operativa. Ello en virtud de que el art. 75 inc. 22, incorpora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad, entre los cuales se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 8.2.h., prevé de forma expresa el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, como así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.5.

Dicha operatividad de normas constitucionales ha sido resuelta previamente en el caso “Ekmekdjian”¹²⁷, en tanto se sostuvo que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para operativizar mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Norma Fundamental.

Los ministros del más Alto Tribunal concluyeron que ante el dictado de una sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a la Corte para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión.

Para decidir de esta manera, la Corte Suprema recordó la doctrina emanada de sus precedentes “Di Nunzio”¹²⁸ y “Duarte”¹²⁹. Del primero, recalcó la importancia de evitar

¹²⁷Fallo: 315:1492; “Ekmekdjian”, Miguel Ángel vs. Sofovich Gerardo y otros”

¹²⁸“Recurso de hecho deducido por la defensa de Beatriz Herminia Di Nunzio en la causa Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación. Causa N° 107.572C”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (3 de Mayo del 2005).

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11603>

¹²⁹“Duarte, Felicia s/ recurso de casación”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (5 de agosto del 2014). <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7132211&cache=1586895400366>

interpretaciones que conlleven un excesivo ritualismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso. Del segundo, enfatizó sobre el escaso margen revisor que tiene la Corte Suprema mediante el recurso extraordinario federal, circunstancia que dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional.

Por último, ratificó y dejó muy en claro que sostener este criterio, no implica injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes u otro principio de raigambre constitucional, sino que se trata del debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que les impone la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica con voluntad de eficacia.

2. EL CASO¹³⁰

El Tribunal de Menores N° 1 de la Capital Federal absolvió al imputado S. M. P. en orden al delito de homicidio simple por el que había sido llevado a juicio oral y público. Contra esta sentencia, el fiscal y la querrela interpusieron sendos recursos de casación que fueron concedidos por el Tribunal de Juicio. La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) hizo lugar a dichos recursos, revocó la absolución y condenó a S. M. P. como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple a la pena de seis años de prisión. Esta última resolución fue recurrida por la defensa particular del acusado y por la defensora de menores e incapaces, mediante los respectivos recursos extraordinarios que fueron concedidos por decisión unánime de la misma Sala y elevados a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Sin perjuicio de ello, la defensora de menores e incapaces que intervino en representación del menor dedujo, además del recurso extraordinario, un recurso de casación contra la sentencia que revocó la absolución y dictó condena. Por medio de

¹³⁰“Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa P., S. M. y otro s/ homicidio simple”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (26 de diciembre de 2019). <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7575641&cache=1586895526763>

esta vía recursiva, la parte procuró que otra Sala de la Cámara -distinta de la que ejerció casación positiva- revisara el pronunciamiento así impugnado.

La Sala IV de la CFCP -por mayoría- declaró inadmisibles ese recurso de casación, por entender que la normativa ritual vigente no prevé la posibilidad de interponer dicho remedio contra una sentencia dictada en dicha instancia. Ello, sin perjuicio de lo expresado por la CSJN en “Duarte”, desde que lo resuelto en tal precedente no podía ser aplicado directamente al caso dada la ausencia de una norma legal que expresamente habilitara la vía recursiva intentada.

Contra esta decisión, la defensora en cita dedujo un recurso extraordinario federal en el que alegó que la Sala de Casación se negó arbitrariamente a hacer operativa la garantía de la doble instancia tutelada en el artículo 8, apartado 2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y en el artículo 14, punto 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El recurso extraordinario fue denegado por decisión mayoritaria de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, cuyos integrantes fundamentaron su decisorio en la ausencia de una norma legal que expresamente habilite la vía recursiva intentada, lo cual motivó que la parte acudiera en queja ante la Corte.

Una vez arribada la causa al Máximo Tribunal y comenzando con el tratamiento que le dieron a la misma, los ministros trajeron a colación el precedente “Duarte”, en el que se sostuvo: *“el derecho que prioriza el artículo 8, apartado 2, inciso h), de la Convención Americana de Derechos Humanos es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primera sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) excepciona la intervención de un Tribunal Superior -cuando no hay otro en el organigrama de competencias-, aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (caso “Barreto Leiva c/Venezuela, CIDH”). El escaso margen revisor que tiene la Corte mediante el recurso extraordinario federal dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del Máximo Tribunal Constitucional; por el contrario, el nuevo examen del caso -primera condena mediante- en la mecánica de funcionamiento de la Cámara de Casación -máxime luego de la adecuación al recurso a partir del citado*

precedente “Casal”- no haría mella en su cotidianeidad desde lo eminentemente práctico” (Considerandos 7 y 8).

Por lo que en dicho precedente el Máximo Tribunal resolvió que, a fin de garantizar el acceso a la doble instancia, se debía dar intervención a otra Sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actuara como Tribunal revisor de la condena dictada en dicha sede.

Sumado a ello, la Corte recordó también la doctrina establecida in re “Di Nunzio”. En dicho caso, se destacó la importancia de evitar una interpretación del Código Procesal Penal en lo relativo a la admisibilidad del recurso de casación, que conlleve a un excesivo formalismo, del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso. Es decir, en supuestos en los que se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de la manera que mejor se compadezcan y armonicen con el ordenamiento jurídico restante, y con los principios y garantías constitucionales. En tanto con ello, no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso; incluso, cuando no se encuentra expresamente contemplado, ha de preferirse la inteligencia que favorece, y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas.

En mérito de todo lo expuesto, los ministros consideraron que el temperamento adoptado por la Sala de Casación interviniente no se ajustó fielmente a la doctrina sentada en dichos precedentes porque, con base en una posición meramente formal y ritualista, obligó al imputado condenado en esa sede a deducir la vía extraordinaria que habilita la jurisdicción de la CSJN al solo efecto de procurar el dictado de una decisión que ordene que tenga lugar la revisión que precisamente propugnó obtener mediante el remedio procesal diseñado específicamente para obtener el doble conforme.

De este modo, se impidió, sin fundamento válido, hacer inmediatamente operativo el acceso a la etapa revisora de la condena dictada en instancia casatoria, en desmedro del derecho del imputado a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable que ponga término del modo más rápido y posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

En consonancia con lo dicho anteriormente, la Corte recordó que la ausencia en la previsión legislativa de normas procesales, que permitan garantizar la revisión horizontal intentada, conllevaría la negación de brindar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas (artículos 7.5 y 8.1, CADH, artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de un derecho de jerarquía constitucional como el debido proceso penal. Y, específicamente, el derecho al doble conforme (artículos 18 Constitución Nacional, 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP, ambos cfr. artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) de los que cabe predicar operatividad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado¹³¹, se encuentra obligada a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el bloque de constitucionalidad argentino, aún ante omisiones de las normas legislativas necesarias para su operatividad.

Es decir, ante el dictado de una sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a esta Corte para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión.

Ya finalizando el tratamiento, antes de emitir el resolutivo, en el considerando 13, los magistrados aludieron al hecho de que el presente caso es la primera oportunidad en que se determina expresamente la solución expuesta. Por este motivo, la aplicación en el tiempo del nuevo criterio asentado ha de ser precedida por una especial prudencia, con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, fijaron la línea divisoria de aplicación de esta nueva jurisprudencia, respecto al recaudo de superior tribunal de la causa y precisaron que esta no regirá en las causas en que la sentencia condenatoria dictada por el tribunal casatorio, haya sido notificada con anterioridad al presente pronunciamiento.

¹³¹Fallos: 342:509, 584, 1417; 338:1575 y 330:4134.

En definitiva, la CSJN resolvió por unanimidad hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado, ordenando devolver los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, resuelva conforme a lo allí dispuesto.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

Para entender la importancia que reviste la garantía del “doble conforme”, y por qué la CSJN resolvió en este sentido, hay que remontarse tanto a la normativa en la que se encuentra prevista, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 8, ap. 2, inc. h)] más conocida como Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 14, pto. 5]; como a la interpretación que ha hecho sobre dicha garantía la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicha Corte, instituida como autoridad judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos y garante último de la Convención Americana, en ejercicio del control de convencionalidad que recae sobre ella, al resolver en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”¹³², indicó que se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz, mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida (párrafos 161, 164 y 165).

En similar sentido se expidió la CIDH recientemente en el caso “Gorigoitía vs. Argentina”¹³³, al hacer referencia al alcance del art. 8.2.h) de la Convención y al deber

¹³²Resuelto el 2 de julio del 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

¹³³Resuelto el 2 de septiembre del 2019. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf.

de los Estados Partes de adoptar disposiciones en su legislación interna para garantizar los derechos consagrados en la Convención.

En virtud de estos precedentes, entiendo que la CSJN ha resuelto de modo correcto y acorde a los criterios sentados por la Corte Interamericana en diversos casos, al considerar que la garantía del “doble conforme”, consistente en el derecho que tiene el imputado condenado penalmente a recurrir el fallo condenatorio o la pena impuesta ante un tribunal superior, se satisface mediante la revisión por parte de un cuerpo con integración distinta de aquél que emitió la resolución recurrida (y no necesariamente de superior jerarquía), dejando de estar condicionado al formato y límite de la legendaria herramienta del artículo 14 de la ley 48 que habilita la vía del Recurso Extraordinario Federal.

Al mismo tiempo, la CSJN, como intérprete final de la Constitución Nacional y baluarte de las garantías constitucionales, se encuentra investida de la potestad de suplir esa inactividad reglamentaria del Congreso en el caso sujeto a decisión, en el que se verifique una afectación concreta, siendo ello un deber y no una facultad discrecional, es decir, la Constitución Nacional no es un catálogo de buenas intenciones, sino la Ley Fundamental que reconoce prerrogativas ejecutivas, exigibles y vinculantes, lo cual no significa que esto sea una injerencia dentro del ámbito del Poder Legislativo, en virtud del principio republicano de separación de poderes.

Bidart Campos decía: *“para que la Constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la Constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que, quién sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio”*¹³⁴.

¹³⁴BIDART CAMPOS, GERMÁN (1995), "El derecho de la constitución y su fuerza normativa". Buenos Aires: Ed. Ediar, p. 21.

Cumplir con los estándares internacionales fijados por la CIDH y hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, es una obligación del Estado Argentino, cuya violación acarrearía responsabilidad estatal internacional como ha pasado en varias oportunidades, verbigracia en el caso “Mendoza y Otros Vs. Argentina”¹³⁵.

Por último, me parece interesante resaltar que el nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF) sancionado mediante Ley 27.063, que instaura en el ámbito de la justicia nacional y federal el sistema acusatorio, está en sintonía con lo establecido por la CSJN ya que en su artículo 21, incorpora el derecho que tiene toda persona a recurrir la sanción penal que se le haya impuesto ante otro juez o tribunal con facultades amplias para su revisión.

Dicha disposición, en mérito a la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF, ya tiene vigencia en todo el país, en aras de evitar que el sistema de progresividad territorial adoptado genere interpretaciones disímiles que den cabida a situaciones de desigualdad ante la ley.

En efecto, el legislador, a fin de brindar una respuesta a diversos planteos que se han formulado en el ámbito jurisdiccional, para que se apliquen a los procesos en trámite bajo el CPPF los institutos previstos en dicho ordenamiento procesal federal, considero que ya podían tornarse operativos aquellos institutos procesales y/o artículos previstos en el CPPF que no resulten incompatibles con el sistema procesal establecido en la Ley 23.984.

Ello se encuentra en sintonía con el artículo 52 del nuevo cuerpo normativo, que si bien aún no se halla en vigor en todo el territorio nacional, se refiere a la idea de organización judicial horizontal, es decir, diferencia a los magistrados por las funciones que cumplen, sin que resulte necesario concebir al Tribunal Revisor como un tribunal superior en sentido jerárquico, denotando que ya no se concibe a la revisión por la jerarquía de los magistrados, sino que hay que entenderla en clave de división judicial de funciones y que lo relevante es la capacidad del órgano revisor para dejar sin efecto la resolución recurrida y no su nivel jerárquico.

4. CONCLUSIÓN

¹³⁵Resuelto el 14 de mayo del 2013. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf.

Luego de haber realizado un recorrido por el presente caso y de recordar los distintos precedentes de la Corte Interamericana, considero que la garantía constitucional del “doble conforme”, integra un nuevo eslabón dentro de la mecánica del debido proceso penal, el cual se compone por la acusación, defensa, prueba y sentencia.

Es decir, el derecho al recurso que se le reconoce al imputado, que implica la posibilidad de revisar en forma amplia la sentencia condenatoria (a partir del fallo “Casal”¹³⁶ de la CSJN), refleja una interpretación respetuosa y acorde a las garantías que consagra el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las cuales, a su vez, funcionan como límite al poder punitivo estatal, integrando el bloque de constitucionalidad, a partir de la reforma de la Constitución de 1994, que incorpora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el art. 75 inc. 22, otorgándoles jerarquía constitucional.

Por ello entiendo que el criterio de la Corte es acertado y constituye un avance en el respeto hacia las garantías que deben impregnar el proceso penal, a fin de no incurrir en eventuales responsabilidades estatales a nivel internacional, debido al control de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁶Fallos: 328:3399.

ANÁLISIS PRÁCTICO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

FERNANDO FREDDI¹³⁷

RESUMEN (ABSTRACT)

A partir de un fallo dictado por la Excma. Cámara Criminal y Correccional Federal -Sala I-, se ha logrado establecer jurisprudencialmente diversas posturas de carácter procesal -ley aplicable-, de fondo -elementos del tipo objetivo-, de raigambre constitucional -garantía del ne bis in ídem- y a nivel probatorio, vinculadas al delito de lavado de activos, que se sitúan como parámetros necesarios para la interpretación de dicha figura legal.

1. INTRODUCCIÓN

En el mencionado decisorio, los magistrados intervinientes efectuaron un minucioso examen respecto de las defensas interpuestas, las cuales se circunscribieron, en lo medular, a las siguientes temáticas: atipicidad en lo que se refiere a la figura del lavado de activos, la no aplicación retroactiva de la ley penal más benigna y la vulneración de la garantía del doble juzgamiento por un mismo hecho.

En virtud de ello, será mi intención desandar los distintos lineamientos fijados por el Tribunal a la hora de referirse a cada uno de los planteos, efectuando previamente una conceptualización teórica del delito de lavado de activos.

2. EL CASO¹³⁸

Con fecha 8 de octubre del año 2018, la Excma. Cámara Criminal y Correccional Federal -Sala I-, resolvió confirmar el procesamiento de la Ex Presidente Cristina Elisabet Fernández y el contratista Lázaro Báez -entre otros-, por considerarlos coautores del

¹³⁷Abogado. Egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Maestrando en Derecho Penal UCA. Egresado del Programa de actualización sobre Prevención Global de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo por la Universidad de Buenos Aires. Docente Adjunto de las cátedras de Derecho Internacional Público y Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Relator -penal- de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. Contacto: fernando.freddi1990@gmail.com

¹³⁸Legajo de Apelación Nro. CFP 11352/2014/64, de la CCCF -Sala I-, con intervención del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 10 -Secretaría Nro. 19-. http://enernews.com/media/briefs/cuadernos-el-procesamiento-de-cristina_2874.pdf

delito de lavado de activos, en concurso real con el delito de asociación ilícita; conforme lo previsto en los artículos 45, 55, 210 y 303 -inciso 1ro.- del Código Penal; como así también, confirmar parcialmente el procesamiento ordenado respecto de Máximo C. y Florencia Kirchner –entre otros-, modificando la calificación atribuida por la de coautores de lavado de activos (arts. 45 y 303.1 del CP).

3. ANÁLISIS DEL FALLO

En primer lugar, debemos señalar que el lavado de activos es una figura que en los últimos años ha cobrado un notable protagonismo en el escenario penal nacional e internacional. Con el fin de dar una primera aproximación a este concepto, podríamos afirmar que consiste en un accionar mediante el cual los bienes de origen delictivo son integrados al sistema económico formal, de manera tal que adquieren la apariencia de haber sido obtenidos de una forma lícita. Es decir que, por intermedio de determinadas conductas, el sujeto activo logra legitimar o "lavar" bienes provenientes de un ilícito anterior.

Este articulado resulta ser relativamente novedoso, ya que fue incorporado por medio de la Ley 26.683 (B.O., 21/6/2011), debido a la creación de un nuevo título en el Código Penal vigente, el Título XIII, denominado sobre los "Delitos contra el Orden económico y financiero". Sin perjuicio de ello, ya se encontraba incorporado en nuestro derecho el delito de lavado de activos desde el año 2000, siendo legislado como una especie de encubrimiento agravado.

Como bien señala Gustavo F. Trovato¹³⁹, la incorporación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico viene "impuesta" por el *Group d' Action Financierere sur le blanchiment de capitaux* (GAFI), grupo que en el año 1990 creó sus famosas '40 recomendaciones'. Estas últimas consisten básicamente en la sugerencia de que cada legislación local deba tenerlo tipificado; junto con la aplicación de sanciones a las personas jurídicas y la incorporación del blanqueo imprudente.

¹³⁹TROVATO, F. GUSTAVO (2013), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial -Tomo 12-*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 568.

El principal fin de la reforma del año 2011 fue convertir el delito de lavado de activos en una figura autónoma, y para ello, se suprimió de su texto la exigencia de la no participación del sujeto activo en la actividad delictiva previa; como sucedía en el derogado artículo 278 del C.P.

Al respecto, el Dr. Fernando Córdoba¹⁴⁰, indica que “según el esquema de la nueva ley la acción típica del delito de lavado de dinero consiste en introducir bienes de origen ilícito en el mercado mediante la realización de una operación que podría darles apariencia de un origen lícito, es decir, a través de una operación apta, en general, para dotar a los bienes de esa apariencia. Es decir, la necesidad de idoneidad que debe poseer la conducta realizada para crearle a los bienes en trato un manto de licitud”. Ahora bien, concluida esta exposición introductoria al concepto del delito de lavado de activos, procederé a analizar los agravios sostenidos por los imputados en fallo bajo estudio.

A) SOBRE LA LEY PENAL APLICABLE

Esta defensa, se fundamentó en la necesaria aplicación del encuadre penal establecido en el anterior artículo 278 del Código Penal, dado que gran parte del periodo investigado se situaba previo a la reforma -año 2011-; y como ya fuera desarrollado con anterioridad, el mismo resulta ser evidentemente más benigno a la figura contemplada en el actual artículo 303 del aludido cuerpo legal.

Es decir, se plantea un posible escenario de vulneración al principio de legalidad, instrumento que protege a los ciudadanos del propio derecho penal a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o con una ley imprecisa o retroactiva.

En vinculación a este principio, Roxin enseña que este último se presenta como una premisa del estado de derecho que garantiza, frente al poder sancionador, la exigencia de que éste solo se ejercite cuando haya una ley previa al hecho, y que esa ley exprese claramente la conducta punible y sus consecuencias penales¹⁴¹; pudiéndose simplificar

¹⁴⁰CÓRDOBA, FERNANDO J. (2016), *Delito de Lavado de Dinero*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 94.

¹⁴¹ROXIN, CLAUS (2015), *Derecho Penal, Parte General, T. I “Fundamentos, la estructura de la teoría del delito”*. Madrid: Editorial Thomson Reuters Civitas, p.137.

en los postulados de *nullum crimen sine lege* –no hay delito sin ley– y *nulla poena sine lege* –no hay sanción sin ley–.

De modo análogo, en su jurisprudencia la Corte IDH ha establecido que las restricciones o limitaciones de derechos fundamentales provenientes del derecho penal deben “observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en ese ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa” pues “el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”.¹⁴²

Frente a tal descargo, los jueces actuantes reafirmaron lo concebido por el juez *a quo*, contemplando a la maniobra reprochada como un delito permanente, y no segmentada en distintos años. Para ello, remarcaron que si bien la conducta se inició en el año 2007 -con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26.683-, la misma finalizó en el año 2015. Con tal piso, y entendiendo que el delito no ha dejado de ejecutarse a lo largo de ese lapso temporario, dicho accionar debería ser alcanzado por la regulación legal dictada con posterioridad al inicio del *iter criminis*, aun cuando ésta resulte más gravosa que la ley vigente al comienzo de la ejecución.

El fundamento utilizado por los mencionados magistrados recaló en los principios constitucionales de igualdad ante la ley, proporcionalidad y razonabilidad; ya que de seguirse la interpretación sugerida por las defensas, estaríamos frente a un caso de posible inequidad e irracionalidad, donde un sujeto que delinquiró después del año 2011 le correspondería el encuadre típico descrito por el artículo 303 -más gravoso-; y quien lo desarrolló con anterioridad y posterioridad a dicho año, se beneficiaría con la aplicación de una figura más benigna.

B) BIENES LEGÍTIMOS, POSIBLE ATIPICIDAD Y LA PRUEBA DEL DELITO/ILÍCITO PRECEDENTE

Otro de los argumentos se centró en la idea de que el dinero proveniente de la obra pública no podía ser objeto del delito de lavado de activos, puesto que se encontraba ya

¹⁴²“Kimel vs. Argentina”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de mayo de 2008), párr.63.

dentro del sistema económico legal y, por lo tanto, no necesitaba ser “blanqueado” (defensas de Cristina Fernández, Lázaro Báez, Máximo C. y Florencia Kirchner).

En mi opinión, la clave se halla en la propia letra de la ley, en donde se hace referencia al elemento “proveniente”, la cual describe a una relación de causalidad; pero no solo desde el punto de vista en donde el bien debe ser producto directo del delito, sino más bien, en la concepción de que el ilícito es la razón por la cual los bienes cuestionados se encuentren en el patrimonio del autor. Por tal motivo, el artículo prevé tanto a los bienes originarios, como los subrogantes; siendo estos últimos los que ingresan en lugar, o a consecuencia, de los primeros.

Ante este marco, sostener la legitimidad del dinero adjudicado a las empresas del sindicato Báez, por parte de organismos estatales -Dirección Nacional de Vialidad-, es parcialmente verdadero; ya que, como bien se explica en el fallo bajo análisis, la corroboración de la existencia de sobrepagos y de otras circunstancias irregulares en tales contrataciones, supone la obtención de ganancias superiores a las normales y derivadas de una simulación de gastos.

En ese orden de ideas, dicho excedente, obtenido ilícitamente, constituye dinero “negro”, el cual requerirá de una maniobra o fórmula -ardid- para ingresarlo al patrimonio de los investigados. El mecanismo utilizado, conforme obra de los distintos expedientes judiciales, se ciñó a la locación de establecimientos hoteleros que intentaron ser la causa formal y de apariencia “lícita” para transferir parte del dinero mal habido a la familia presidencial.

En esa misma inteligencia, se hizo mención a la precitada reforma legislativa, en cuanto sustituyó la expresión “bienes provenientes de un delito” por “bienes provenientes de un ilícito penal”; lo cual trajo aparejado un cambio de paradigma en lo que hace al aspecto probatorio en este tipo de investigaciones.

Con relación a este punto, debemos decir que, ya con anterioridad a la reforma, se sostenía que para la acreditación del “delito precedente” bastaba que el juzgador, en

función de los elementos colectados, tuviera certeza de que el hecho realmente ocurrió, sin requerir para ello el dictado de una sentencia condenatoria.

A modo ilustrativo, podemos traer a colación el caso “Acosta Aguilera”¹⁴³(citado en el fallo bajo análisis), en el cual los magistrados intervinientes puntualizaron los indicios que les permitieron establecer el origen ‘sucio’ del dinero secuestrado en autos; sin perjuicio de no existir condena previa. Estos eran los siguientes:

- *La ausencia de patrimonios suficientes en cabeza de los imputados que justifiquen la legítima tenencia del dinero extranjero que se pretendió introducir al país.*
- *El método de ocultamiento del dinero y las falaces declaraciones de los imputados al llenar los formularios aduaneros.*
- *La inexistencia de una actividad de los imputados que puedan acreditar la acumulación de activos secuestrados, entre otros.*

De estas resoluciones, debemos resaltar un concepto de gran importancia, en cuanto a la posibilidad de acreditar el nexo entre el hecho delictivo y el origen del bien, mediante indicios razonables y verificables; ello, sumado a lo esencial que resulta la confección de un estudio patrimonial de los imputados en esta especie de pesquisas.

C) LA GARANTÍA DEL NE BIS IN IDEM Y LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

Aquí, efectuaremos una escisión entre dos planteos diferentes. En primer lugar, se argumentó que el objeto bajo estudio resultaba ser idéntico al pesquisado en otros expedientes. En síntesis, las asistencias letradas de la ex mandataria y Lázaro Báez, adujeron la violación de la garantía constitucional del doble juzgamiento, ya que estos últimos también versaban sobre irregularidades vinculadas a la “Obra Pública”.

¹⁴³“Acosta Aguilera, Luz María y Guzmán Ramírez, Francisco Javier s/ Contrabando e infracción arts. 278 inc. 3ro. y 277 inc. 3ro, apartado b del Código Penal”. Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 (27 de junio de 2011)

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la citada garantía se vuelve operativa ante el riesgo concreto de una doble condena en vinculación a un mismo hecho.

Haciendo hincapié en este precepto, los nombrados citaron una extensa lista de causas en las cuales se los vincula con una asociación ilícita destinada al lavado de dinero proveniente del apoderamiento de fondos estatales, por lo cual, a su entender, se avasallaba tal protección constitucional.

Ahora bien, el rechazo de este planteo encontró basamento en la comprobación, en cada una de las investigaciones desplegadas, de una diversidad en las conductas desarrolladas, disímiles ámbitos de actuación y la concurrencia de distintos co-imputados; más allá de la presunta existencia de un único plan global de acción. Es más, haciendo propia esa hipótesis, el Tribunal concibió posible que en dichos expedientes se esté pesquisando tramos de una misma maniobra delictiva, sin que ello transgreda el principio de *ne bis in idem*.

En esa inteligencia, es interesante traer a colación el precedente impuesto por la CSJN, en el marco de la causa 13/1984, seguida contra los ex comandantes del Proceso Militar, en donde se resolvió que la utilización de la fórmula “la totalidad de los sucesos”, al momento de ser legitimados pasivamente, no importaba un obstáculo para el juzgamiento de hechos concretos de desaparición de menores, no investigados específicamente en dicha causa.

En este sentido, determinó que “la conducta sobre la que debe hacerse análisis acerca de la existencia del *non bis in idem*, no es la del plan, sino la de sustracción de cada uno de los menores (...) Ello es así porque solo la errónea idea de que la materia de la causa 13/84 fue el plan sistemático de sustracción -al que así se le atribuiría la calidad de hecho- permitiría concluir en que existe una identidad de objeto entre los de ambos procesos” (del primer voto, considerando 13).

Ante tal marco jurisprudencial, comparto el argumento sostenido por la CCCF; ya que aun cuando la universalidad de las indagaciones judiciales se trate de un mismo plan criminal, nada obsta que aquellas se analicen por separado.

Dicho esto, me gustaría agregar que, para el caso de resultar correcta esta suposición, sí entiendo que correspondería la realización de un único juicio oral y público, en donde se verifique la materialidad de los sucesos pesquisados.

De no ser así, se afrontaría a un posible doble juzgamiento sobre un mismo hecho global, que podría dar pie a temperamentos contradictorios.

4. CONCLUSIÓN

Para finalizar, entiendo que lo significativo de este resolutorio se halla en la fijación parámetros y lineamientos que facilitarían el análisis, y sin dudas su posterior persecución, de un delito de tal complejidad como el lavado de activos.

Asimismo, y como fuera objeto de estudio en el apartado 3 -b)-, concibo que la faz probatoria en estas investigaciones resulta ser fundamental y primordial para el avance de aquellas, por lo cual me gustaría realizar una breve reflexión sobre dicho tópico.

Es que, si bien es cierto que el objeto del derecho penal es proteger bienes jurídicos respetando las garantías constitucionales y esencialmente el debido proceso, debo señalar que no percibo vicio alguno en la comprobación del delito previo a partir de indicios; la cual, conforme a las reglas de la sana crítica, me permitirá inferir que el dinero o los activos que se hallan secuestrado provienen de un delito.

Con este norte, resulta necesario que en la valoración de la prueba se admita el concepto de sana crítica y libertad probatoria, permitiéndole a los operadores judiciales la utilización de indistintas herramientas para descubrir las acciones delictivas; siempre y cuando se respeten las reglas constitucionales y procesales.

En esta sintonía, podemos traer a colación el Reglamento Modelo de Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), en cuyo artículo 25

establece que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos de lavado de activos podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

Finalmente, y a modo de cierre, me gustaría dejarle al lector una interesante referencia efectuada por los Dres. Dr. Ricardo Pinto y Ophelie Chevalier, con relación al método de prueba utilizado por los Estados Unidos.¹⁴⁴

Estos últimos, destacan que en dicho país se ha afirmado que en relación con el concepto de “bienes derivados de una específica actividad ilegal” tipificado en la sección 1956 (a)(1) de la ley para el Control del lavado de dinero, el procurador no necesita demostrar que los bienes involucrados provienen de una ofensa en particular.

Es decir, bajo esta óptica el Fiscal no requiere la especificación de la ofensa que subyace en el delito de lavado de dinero; debiéndose demostrar únicamente que el acusado se encontraba realizando una actividad criminal y que no tenía otra fuente legítima de ingresos.

Es más, se llega a poder sostener una acusación en prueba circunstancial para acreditar que el imputado está incurrido en el tráfico de drogas y para luego inferir, a partir de la ausencia de algún ingreso legítimo, que el dinero incautado proviene de actividades ilegales.¹⁴⁵

Estos supuestos son ejemplificadores para el sostenimiento de la prueba indiciaria como elemento clave en la acreditación de la procedencia de fondos ilegítimos, y para efectuar una acusación correspondiente al delito de lavado de activos; todo ello, de sumo interés para la prosecución de un ilícito con características tan particulares como éste.

¹⁴⁴ PINTO, RICARDO Y CHEVALIER, OPHELIE (2006), *El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo*, CICAD Washington, p. 58.

¹⁴⁵ United States v Blackman, United States Court of Appeals for the Eight Circuit (1990), Federal Money Laundering Cases, US Department of Justice, January 2004, p. 29.

LA ILUSIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA LABORAL

Juan Ignacio Fleitas¹⁴⁶

RESUMEN (ABSTRACT)

Las Cámaras del Trabajo en Mendoza se caracterizan por entender en la mayoría de las causas sometidas a su jurisdicción, en instancia única y sólo excepcionalmente en grado de apelación¹⁴⁷.

¿Es esto una violación de una esencial garantía judicial de la doble instancia? A partir de un reciente fallo de la Segunda Cámara del Trabajo de Mendoza analizaremos la importancia que tendría para la provincia contar con un nuevo y necesario sistema de administración y organización de la justicia.

1. INTRODUCCIÓN

La motivación del siguiente trabajo es poner de manifiesto la importancia de la doble instancia como derivación de los principios constitucionales, en un ámbito tan sensible como la rama del derecho laboral que brega por la resolución de contiendas obreros/patronales.

Si bien el objeto de análisis es a través del cuestionamiento a un pronunciamiento judicial determinado, intentamos hacer el esfuerzo de ir más allá, en la búsqueda de una revisión de nuestro ordenamiento jurídico. Sin ser pretenciosos, intentaremos abrir nuevamente el debate, cuestionar y hacer preguntas, por lo menos, para no perdernos en la búsqueda de una reforma que nos provea un bloque de normas más completo y satisfactorio.

Veremos patente, en el recorrer del siguiente fallo, cómo se ven frustrados ciertos derechos de defensa y del debido proceso ante la inexistencia de una posibilidad de

¹⁴⁶Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Cuyo. Maestrando en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Cuyo (Segunda Cohorte). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: ign.fleitas@gmail.com

¹⁴⁷Conforme art. 1 del Código Procesal Laboral de Mendoza.

revisión plena de un órgano judicial superior. Para ello, resultará importante realizar algunas breves notas acerca del mismo.

2. EL CASO¹⁴⁸

El actor C.R.V. interpuso demanda contra Experta ART S.A. por la indemnización de un accidente laboral, el cual le trajo como consecuencia, una lumbalgia post esfuerzo, que redundó en un 40% de incapacidad, argumento sostenido con una pericia médica de parte.

En la etapa probatoria, la pericia médica judicial oficial, si bien aclaró que el trabajador padecía una incapacidad global del 10% de origen artrósico; concluyó en otorgarle un 6% de incapacidad laboral, parcial y permanente. Dicho porcentaje estaba compuesto por un 5% relacionable a su tarea de operario de bodega y evidenciado por el traumatismo, y en cuanto a los factores de ponderación sugirió un 0,5% y por factor edad el 0,5%, dejándolo a criterio del Tribunal.

La Segunda Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción de Mendoza (en adelante, el Tribunal) falló en favor del actor y condenó a la ART al pago del capital, más los intereses y costas.

El Tribunal en su sentencia recorrió el estudio de tres cuestiones, a saber: la existencia de la relación laboral, la procedencia de los rubros reclamados y las costas.

Nos detendremos únicamente en la segunda cuestión, que es la que hace al objeto del presente análisis.

En efecto, el Tribunal luego del estudio armónico de la totalidad de la prueba merituada, entendió que la incapacidad sufrida por el actor era del 28% y no del 6% como había expuesto el perito médico. El Juez en este caso optó por apartarse de la pericia especializada entendiendo que no correspondía efectuar distingos entre factores

¹⁴⁸C.R.V. c/EXPERTA ART SA p/Accidente. Segunda Cámara del Trabajo. Primera Circunscripción de Mendoza (20 de Septiembre de 2019). <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7157064459>

atribuibles al trabajo y a los del trabajador, atento no haberse acompañado examen preocupacional ni periódicos, tampoco legajo médico del actor.

No obstante ser discutible tal criterio aplicado, el tribunal no resolvió otorgar el 10% global al que había arribado el perito, sin discriminar ambos factores, sin ningún argumento más que el puesto de trabajo y la edad del accionante. Factores que también el perito médico había ponderado, pero en 0,5% cada uno (llegando a un total de 11%, si se aplicaran los mismos). Sino que decidió elevar tal porcentaje, casi tres veces más, de lo meritado por el galeno, sin fundamento válido alguno.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A. PRIMERA APROXIMACIÓN

En primer lugar, debemos señalar que la pericia médica es la prueba angular de este tipo de procesos laborales.

La Suprema Corte de Mendoza tiene dicho que: *“así como el perito no sustituye en la función de juzgar, el Juez tampoco puede reemplazar al perito en su función que requiere de conocimientos y prácticas científicas o técnicas determinadas (periciología, medicina laboral, seguridad e higiene, etc.) que exceden los conocimientos judiciales por muy vastos e interdisciplinarios que éstos sean, y que precisamente por su especialidad es que concurren en auxilio y colaboración en la función de juzgar”*.¹⁴⁹

A través de la doctrina se ha señalado que el peritaje es la actividad realizada por personas especialmente calificadas, distintas e independientes de las partes y del juez del proceso. A través de sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, suministra argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las del común de las gentes. Es una prueba ilustrativa sobre alguna materia técnica, que escapa al conocimiento del magistrado. El perito es el tercero, calificado y capacitado técnicamente idóneo, quien

¹⁴⁹Chirino, Andrea Mabel en J° 32.549 Chirino, A.M. c/Consolidar Art. S.A. p/ Enf. Acc. s/Inc. – Cas. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (26 de marzo de 2008) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/fallo.php?fallo=08199188&ta=sc>

es llamado a dar su opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, del cual es ajeno el juez.¹⁵⁰

Habiendo dicho todo esto, nos resulta llamativo ver cómo el Tribunal decide apartarse de tan sensible elemento probatorio de carácter científico. Cabe destacar que si bien tiene la facultad de hacerlo, no obstante ello la doctrina ha profundizado en el tema, al sostener que: *“... 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 lealtad que, a su ciencia y conciencia, le adjudica la ley, pero es evidente que no puede 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. Por ello, 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 las conclusiones de aquél”*.¹⁵¹

Asimismo, es doctrina mantenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la insuficiencia de sus observaciones y la ausencia de prueba específica que la contradiga, imponen reconocer como válidas las conclusiones exhibidas por la experta. Más aún, continúa, cuando, del específico saber técnico, ajeno a la del Juez, sólo cabe apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos¹⁵².

B. LA NECESIDAD DE RECURRIR

Habiendo hecho este preludeo, es nuestra intención resaltar que es una sentencia que podría y debiera ser cuestionada, y es ahí donde comienzan los problemas.

¹⁵⁰FALCÓN, ENRIQUE (2003), *Tratado de la prueba*, T.2. Buenos Aires: Astrea, p. 4.

¹⁵¹ALLOCATI, AMADEO (DIRECTOR)- PIROLO, MIGUEL A. (1990), *“Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. Ley 18.345 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada”*, T.2, Buenos Aires: Astrea, p. 277.

¹⁵²Candy S.A. c/ A.F.I.P. y Otro s/Accion de Amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación (3 de Julio de 2009).

Si nos sumergimos de lleno en la configuración de la justicia mendocina, lo primero que encontramos es lo que reza el código procesal laboral de la provincia (ley 9.109): “Las sentencias definitivas dictadas por los tribunales del trabajo serán inapelables, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que puedan corresponder y que autorice la constitución o las leyes para ante la Suprema Corte de Justicia.”¹⁵³

Vemos con claridad a partir de este precepto que la Justicia nos determina que la única vía de impugnación posible es el recurso extraordinario provincial. Esta situación resulta muy inconveniente toda vez que este recurso es de aplicación e interpretación restrictiva, atiendo a la naturaleza especial de la instancia.

En este remedio excepcional sólo se debate la aplicación de la norma, no siendo posible el cuestionamiento de hechos ni de pruebas cabalmente, como sí lo sería el recurso de apelación de segunda instancia.

Si bien, excepcionalmente, podría la vía extraordinaria tener lugar cuando la arbitrariedad de la sentencia fuere manifiesta; vale recordar que dicha doctrina es de creación pretoriana, donde prima la discrecionalidad del Tribunal a la hora de analizar su procedencia.

La competencia de la Suprema Corte es realmente restringida y de difícil acceso, y vemos cómo la mayoría de los recursos son rechazados, quedando a mitad de camino, y no logrando una revisión completa del fallo recurrido. Lo que aquí no puede perderse de vista es que este recurso no resulta idóneo para poder recurrir sentencias como la que analizamos en este trabajo.

En este tren de ideas, se observa la necesidad de recurrir de otra manera. Pero, ¿cómo? Con un *recurso ordinario*, uno en el cual no se exijan motivos específicos para su interposición y admisión, sino que baste con alegar el perjuicio que ocasiona la decisión recurrida. Y, por otro lado, una vía donde los poderes del tribunal *Ad quem* no estén

¹⁵³Art. 85 del Código Procesal Laboral de Mendoza.

limitados, sino que tenga la misma amplitud para conocer en la causa que la que tenía el tribunal *a quo* en primera instancia.

Los recursos ordinarios tienen como objeto reparar los defectos que pueden contener las resoluciones judiciales. Fundamentalmente, los errores de juzgamiento (errores *in iudicando*) sea en lo atinente a la apreciación de los hechos y valoración de las pruebas (errores *in iudicando factis*) o en la aplicación de la ley (errores *in iudicando iuris*), o en vicios respecto de la propia resolución por inobservancia de los requisitos legales, o en defecto en la construcción de la sentencia.¹⁵⁴

Por tal motivo, al momento de dictar la sentencia de segunda instancia el tribunal de apelaciones asume la plenitud de la jurisdicción para conocer de lo que ha sido objeto de recurso y agravio de la misma manera que la tenía el juez en grado; es decir, el tribunal de alzada tiene idéntico poder y amplitud de conocimiento que el juez de primera instancia.¹⁵⁵ Obviamente en el marco de los agravios invocados en el recurso por el quejoso.

Por el contrario, los recursos extraordinarios se dan en supuestos más limitados. Para su interposición se exigen motivos específicos y determinados; y el órgano jurisdiccional de alzada no tiene la misma amplitud que el de la instancia anterior, sino que su función se encuentra limitada a decidir sobre las cuestiones jurídicas específicas que constituyen el objeto del recurso.

C. LA DOBLE INSTANCIA

La Constitución Nacional de 1853, nada establecía respecto de las instancias judiciales que debía tener el proceso, más bien era una facultad del legislador ocuparse de esos aspectos.

En el derecho comparado, en cambio, encontramos ejemplos como la Constitución de Portugal que determinan distintas instancias judiciales (primera, segunda y una ante un

¹⁵⁴ROBERTO G. LOUTAYF RANEA Y ERNESTO SOLÁ (2013) Tratado de los Recursos, Libro en homenaje al Prof. Adolfo A. Rivas t. II, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, p. 217 y ss.

¹⁵⁵GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO - HERECE QUEMADA, VICENTE (1969), "Derecho Procesal Civil", t. II. Madrid: Artes Gráficas Ediciones, p. 157-158.

Tribunal Supremo) o la Constitución de Perú, que siguió al Pacto San José de Costa Rica y aseguró el derecho a una "instancia plural".

Es innegable entonces, la influencia de los tratados internacionales en todos los ordenamientos. En especial, el de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)¹⁵⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁷. Las dos convenciones consagran, aunque con diferencia de texto, la garantía de la "doble instancia" para el ámbito penal, todo ello, sin perjuicio de que el legislador local lo proyecte también respecto de otros fueros.

En el análisis de los fundamentos de la consagración de esta garantía para el ámbito penal, Néstor P. Sagüés señala que: *"los mismos estriban en la necesidad de afianzar los valores justicia y seguridad en función de un "debido proceso", que parecería estar mejor tutelado con el reanálisis de lo decidido en primera instancia"*¹⁵⁸.

Esta pluralidad de instancias motiva que el expediente sea considerado por distintas personas y desde perspectivas jurídicas variadas, disminuyendo así los riesgos de arbitrariedad judicial o de insuficiencia de análisis.

La reforma de nuestra Constitución Nacional del año 1994, incorporó con jerarquía constitucional los tratados precedentemente enunciados. En virtud de ello, tuvo que adecuarse a los estándares jurídicos allí vertidos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido constante en su doctrina sobre la doble instancia, en materia penal, a partir de su emblemático caso "Girolodi"¹⁵⁹.

No debemos perder de vista que, en el momento de dictarse este fallo, la jerarquía constitucional de los tratados ya estaba plasmada en la Constitución Nacional¹⁶⁰. Por ello, en esa oportunidad la Corte dijo: *"la forma más adecuada para asegurar la garantía*

¹⁵⁶Art. 8.2 inc. h).

¹⁵⁷Art. 14.5.

¹⁵⁸SAGÜÉS, NÉSTOR P. (1988), *"La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica"* J.A., L.L p.156/165.

¹⁵⁹Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93. Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de abril de 1995).

¹⁶⁰Art. 75 inc. 22

de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del Código Procesal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena". Cambiando, diametralmente, viejas interpretaciones.

La doctrina impartida por el máximo tribunal en materia de doble instancia que quedó tan visible en el fuero penal, no corrió la misma suerte en ámbitos del derecho civil y comercial, y muchos menos en el laboral.

La Corte tiene entendido que la doble instancia, como principio, en materia civil no tiene raigambre constitucional, salvo cuando las leyes específicamente la establezcan¹⁶¹, es decir que, al no otorgarla, no estaría afectando las garantías del debido proceso.

Sin perjuicio de ello, es justamente en el ámbito civil donde vemos la existencia de juzgados de primera instancia, cuyas sentencias pueden ser recurridas mediante remedios ordinarios, antes las Cámaras Civiles de Apelaciones.

Entonces, ¿por qué si en el ámbito civil, materia donde no ha adquirido fuerza constitucional la doble instancia, se ha previsto igualmente la posibilidad de recurrir decisiones a un tribunal de Alzada, no se puede prever de la misma manera en el fuero laboral?

Fuero que, destacamos, nació, nada más ni nada menos, como una respuesta jurídica y normativa – originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva – que reconoce tanto la falta de libertad de quien es contratado – carencia que es a su vez consecuencia de su necesidad económica – como la resignación de libertad que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador.¹⁶²

¹⁶¹Instituto de Vivienda del Ejército c/ Empresa Constructora Indeco S.A. y Crivelli S.R.L. y otro. Corte Suprema de Justicia de la Nación (21 de diciembre de 1999)

¹⁶²ACKERMAN, MARIO E. (2007), *El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo*. Porto Alegre RS: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 73, n. 3, p. 50-78.

La cuestión sobre la conveniencia o inconveniencia de la doble instancia es de vieja data en la doctrina nacional, pero siempre se ha mantenido en ese terreno, esto es, el de la conveniencia, no el de la exigibilidad¹⁶³.

Vemos, con acierto, la reciente modernización de muchos códigos procesales de las diferentes provincias. Cómo han logrado modificar, en algunos casos, e introducido en otros, distintos institutos del derecho procesal como lo son: la oralidad, la caducidad, la doble instancia.

Notamos, como de a poco se van levantando distintos pagarés que mantenía el sistema jurídico argentino. Que no hacen otra cosa que consolidar un bloque constitucional de derechos que brinde un servicio de tutela y justicia más completo.

Sin duda, en Mendoza, se perdió una gran oportunidad con la nueva modificación, del año 2018, del código procesal laboral. En la misma se logró el avance en muchísimos aspectos que vienen a dotar de mayor celeridad al proceso, pero en lo que respecta a la doble instancia, quedó trunca nuevamente.

4. CONCLUSIÓN

Fallos judiciales como el del *cas d'espèce*, no hacen otra cosa que alzar las voces en favor de la doble instancia laboral. Es llamativo y alarmante ver cómo centenares de reclamos pueden derivar en "*injusticias*" al no tener la posibilidad de ser revisados.

La doble instancia, como sistema tutelar del inviolable derecho de defensa tiene por objetivo fundamental preservar mejor la justicia del *dictus*, mediante la intervención de un tribunal superior que revisa con plenitud jurisdiccional lo decidido en primera instancia.¹⁶⁴

¹⁶³Agüero Arístides Y Otro En J: Rodríguez García José y Otro E. c/ Arribale Escrituración. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (10 de octubre de 1979) www.jus.mendoza.gov.ar

¹⁶⁴Marianetti Roberto Y Otro En J: Cooperativa Vivienda Cordón del Plata de Mendoza Concurso Preventivo. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (11 de diciembre de 1985)

Quizás, en un primer momento era entendible la organización y la administración de la justicia con instancia única.

Ahora, creemos firmemente que es tiempo de cambios. Que existen todos los recursos necesarios, tanto humanos como materiales, para poder desplegar y organizar un grado de apelación en lo laboral.

Realmente no vemos obstáculos, en miras a lograr una justicia mucho más ajustada a los distintos estándares internacionales, que no hagan otra cosa que tutelar y proteger al justiciable más satisfactoriamente.

Somos optimistas en pensar que no falta mucho para que esto ocurra, sino ¿por qué habría para algunos fueros apelación y para otros no? ¿por qué algunas provincias ya adoptaron medidas y cambiaron estructuras antiguas en lo que respecta a la materia laboral? ¿es hora que Mendoza se aggiorne a estas nuevas corrientes y tener por fin la doble instancia laboral de la que es merecedora?

Son algunos de los interrogantes que tendremos la misión de impulsar y resolver.

"Vive como si fueras a morir mañana. Aprende como si fueras a vivir siempre"

Mahatma Gandhi.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. NUEVO CRITERIO EN LA PROVINCIA DE MENDOZA

DANIELA MAGALI DOMIZI¹⁶⁵

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente comentario hace referencia a una resolución de la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción de la provincia de Mendoza, que confirma el fallo de primera Instancia el que rechaza un incidente de caducidad. Se pretenderá expresar cuáles han sido las modificaciones de la ley de forma, que ha provocado el cambio de criterio, de uno objetivo a uno subjetivo. Es por ello que en su análisis se volcarán los antecedentes de la provincia, la diferencia con el criterio utilizado a nivel nacional, cómo ha quedado regulado, así como su consecuente impacto en las decisiones judiciales.

1. INTRODUCCIÓN

La caducidad de instancia en la provincia de Mendoza es uno de los temas de los cuales pueden encontrarse muchos fallos, incluso existen pronunciamientos que han llegado a la Corte de la Nación.

Este instituto ha causado varias pasiones entre la doctrina, pretendiéndose desde dejar el rigor con el que funcionaba, hasta su derogación por completo. Sin que esto último ocurra, ha sido modificado sustancialmente.

Asimismo, su relevancia está vinculada a las consecuencias que su interposición trae aparejada, a saber: la responsabilidad profesional, la extinción del proceso, la prescripción de la acción y las costas, entre otras. Por lo que es de trascendencia para el abogado litigante.

¹⁶⁵Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza; Abanderada de la bandera de la Nación Argentina, año 2010- 2011; Premio Egresado Distinguido año 2013. Mención de Honor de la Federación Argentina de Mujeres Universitarias, mejor egresada de su carrera año 2014. Diplomada en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), UNCuyo. Abogada mediadora con Formación Básica en Mediación, Redes Alternativas, Centro de Mediación y Capacitación, Universidad del Aconcagua. Diplomada en Derecho Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (Ley 9001), Universidad de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Contacto: danielamagalidomizi@gmail.com

Sea la postura que adoptemos para justificar su existencia, el hecho es que como se encontraba regulado el instituto, provocaba dilema: por un lado, con el colega, pues su responsabilidad profesional o en menos casos, la voluntad del cliente de abandonar la instancia, traía aparejada costos y; por otro lado, no plantearla en tiempo y forma, conllevaba también a responsabilidad vinculada con la negligente defensa y la ley de ética, en la defensa del interés que ejercemos en la práctica.

Lo cierto es que la reciente reforma de la norma de rito ha tenido grandes modificaciones, contemplando en gran medida esto que se venía discutiendo desde hace años. Ello, en cuanto al del criterio objetivo que sostenía y los dolores de cabeza que provocaba; más aún cuando en los actos complejos la concreción del acto útil no se encontraba en la esfera de actuación de quien litigaba.

El fallo que se comenta recepta el nuevo criterio adoptado por la provincia de Mendoza, ajustándose a las nuevas interpretaciones que surgen de la normativa aplicable.

2. EL CASO¹⁶⁶

El caso en análisis hace referencia a una resolución de la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción de la provincia de Mendoza que confirma el fallo de Primera Instancia, rechazando un incidente de caducidad.

En primera instancia, el actor pretendió el cumplimiento de un contrato. La demanda se dedujo durante el Código Procesal Civil anterior a la reforma y la incidencia se plantea y resuelve con posterioridad a la vigencia del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, ley Nº 9001.

Es interesante señalar que todo ello ocurre en el transcurso de la traba de la litis, en el intento de notificar demanda.

En primera instancia, el incidentante manifestó que el pedido de oficio (un oficio dirigido a Dirección de Personas Jurídicas para averiguar el domicilio social), tuvo el sólo fin de

¹⁶⁶“Melimaci, Roberto Andrés c/ Soylent Green S.A. p/ cumplimiento de contrato”. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Poder Judicial Mendoza (7 de octubre de 2019) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7213099195>

determinar el domicilio de la demandada, cuando la actora ya contaba con el domicilio de referencia.

Enfatiza en que el oficio pedido y diligenciado no es de ningún punto de vista un acto útil que hiciera avanzar el proceso; sosteniendo que el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, en su art. 78, expresa que la caducidad se produce transcurrido el plazo de seis meses sin que haya existido petición o providencia judicial que tenga por finalidad impulsar el procedimiento, y por ello solicita se declare la caducidad.

Corrido el traslado a la contraria, ésta solicita el rechazo del incidente argumentando que a la hora de resolver se debe aplicar el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario (ley 9001). Aduce que el planteo de la accionante incurre en un error fundamental, toda vez que, por un lado, toma el plazo de caducidad de la nueva ley de seis meses— beneficiándolo en su postura—, pero luego desconoce que el nuevo ordenamiento se aparta de la tesis objetiva, para adoptar la subjetiva.

La jueza de primera instancia, luego de tratar la aplicación de la nueva ley, tomando como eje el art. 374¹⁶⁷ y diversos fallos del Superior Tribunal de la provincia¹⁶⁸, concluye en la aplicación inmediata de la nueva ley de rito, más aún cuando el mismo es deducido durante la vigencia de ésta.

Asimismo, rechaza el incidente de caducidad de instancia con fundamento en el último acto impulsorio de la causa (a partir del cual cabe dar inicio al cómputo del plazo de caducidad).

¹⁶⁷"Las disposiciones de este código empezarán a regir el día 1 de febrero del año 2018, para todos los asuntos que desde esa fecha se promuevan. Se aplicarán también sus disposiciones a los asuntos pendientes... para implementar gradualmente la oralidad...Se exceptúan los trámites, diligencias y plazos que hubieren tenido principio de ejecución, los cuales se regirán por las leyes derogadas en el artículo precedente" (Ley 9001).

¹⁶⁸"Fiscalía de Estado en J: 102012 Provincia de Mendoza c/ Chaij, vda. de Troilo, Lidia y otros p/ Cobro de pesos S/ Inconstitucionalidad", N° 51999 (14/02/2018); "Comeglio Héctor en J 4856-393/15 Soto Fernanda Mabel c/ Héctor Rubén Comeglio p/ Alim. Urg. p/ Inconstit.", N° 393/15 (14/02/2018); "Lucero, Carina en J 51863/250616 Lucero Carina p/ Med. Prec. p/ Rec. Ext. de Inconstit.", N° 51863 (14/08/18); "Orozco Amicarelli, Francisco C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ APA", cuij 13-03721572-9 (19/02/2018); "Sitea c/ Provincia de Mendoza p/ Inconstit.", cuij 13-02848967-0 (02/03/18); "Fioretti, Fabricio en J 252046/52269 Fioretti, Fabricio c/ DallAva Gardenia p/ Ord. p/ Inc. Cas.", N° 52269 (07/03/18); "Chacón, Luis Ignacio c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ APA", cuij 13- 03856350-9 (21/03/18).

Considera que la nueva legislación cambió el criterio de valoración de los actos, de uno objetivo a uno subjetivo, basado en la voluntad del interesado - en este caso, el actor - de impulsar el procedimiento.

Señala que, el Código Procesal Civil establecía que el plazo de caducidad debía contarse “desde la última actuación útil que conste en el expediente” y el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario habla de “petición o providencia judicial que tenga por finalidad impulsar el procedimiento”. Resolviendo finalmente que la perención de instancia no ocurrió.

El incidentante apeló, agraviándose en la consideración de útil del acto realizado por la actora en primera instancia.

La Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirmó el fallo, considerando que: “Dada la descripción precedente, se observa que la presentación aludida reflejó una clara intención por parte de la actora de impulsar la causa, ello independientemente del yerro que originalmente tuvo al no denunciar el carácter social del domicilio de la demandada, equivocación ésta que tampoco fue advertida por el Juzgado de origen al momento ordenar notificar el traslado de la demanda en un domicilio real, cuando la accionada es una de una persona jurídica (art. 152 y 153 C.C.C.N.). No obstante, ello, lo concreto es que la presentación de la actora dio lugar a la providencia de fs. 43 por la que el Juzgado ordenó que se practique en dicho domicilio la notificación del traslado de la demanda. Este decreto fue sin dudas interruptivo del curso de la caducidad a los términos del art. 78, inc. I del C.P.C.C.T. Por lo demás, el hecho de que la accionante haya eventualmente conocido el domicilio de la demandada con anterioridad, no tiene incidencia alguna en la presente; ello así pues resulta una facultad del litigante el solicitar informes a fin de corroborar tal dato, máxime si se considera que la contraria podría haber modificado su domicilio. Es más, se trata de un recaudo de previsión y diligencia”¹⁶⁹.

Como puede advertirse, la Cámara de apelaciones al momento de evaluar el acto realizado por la actora, se apartó de la consideración del mismo como “útil” y resaltó la intencionalidad de la actuación del litigante, su intención de impulsar la instancia y que

¹⁶⁹“Melimaci, Roberto Andrés...” cit. en nota 2. Entre comillas lo considerado de interés.

dio lugar a la resolución apreciada como interruptiva por los jueces intervinientes en su resolución.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A. ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

El caso comentado, como se dijo, trata el instituto de la caducidad de instancia conforme la nueva tendencia fijada por la reforma. Sin pretender analizar todas las aristas del tema en cuestión, haré referencia a alguna de ellas que entiendo de interés para comprender el nuevo criterio adoptado.

Este instituto constituye “un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando no se cumple acto de impulso alguno durante los plazos establecidos en la ley”¹⁷⁰. Es por ello que su existencia ha sido pasible de numerosas críticas en cuanto a su interpretación, más aún conforme era utilizado en la provincia y la subjetividad que podía advertirse en cuánto a qué actos eran considerados de impulso procesal útil.

Es necesario conocer que es una instancia para poder hablar de la perención de la misma. Así, para Palacio, instancia es “el conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda (originaria o reconvenional), la promoción de un incidente o la resolución mediante la cual se concede un recurso (ordinaria o extraordinaria), hasta la notificación del pronunciamiento final hacia el que dichos actos encaminan”¹⁷¹.

Como es conocido, el Código Procesal Civil anterior a la reforma preveía que, para que el acto realizado por quienes debían impulsar el proceso fuere considerado útil, debía hacer avanzar el proceso de una etapa a otra o que el avance se produjera en la etapa en cuestión. A contrario *sensu*, si mirábamos el proceso y el acto realizado nos dejaba en la misma situación que el acto anterior, entonces no era considerado útil y por lo tanto no interrumpía el plazo de caducidad.

¹⁷⁰PALACIO, Lino E. (2019), *Manual de derecho procesal civil*, 21ª ed. CABA: Abeledo Perrot, p. 728.

¹⁷¹RAUEK DE YANZÓN, INÉS- CANELA, PATRICIA B. (2019), *Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Institutos Trascendentes de la Reforma Ley N° 9001. Anotado, Comentado y Concordado por la Comisión Redactora y colaboradores especiales. Jurisprudencia actualizada. Compilado- 1ª ed.* Mendoza: ASC, p. 324; citando a Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. IV., p. 429.

Es decir que la provincia de Mendoza se enrolaba en el criterio objetivo, que se fundamentaba en el acto útil y así lo establecía en su derogado art. 78, sin considerar la intencionalidad de la parte en la actuación realizada, sino en el avance real del proceso. Ello traía aparejado el análisis en concreto de cada acto para considerar su utilidad: aquellos considerados útiles por su sola producción, y aquellos calificados como complejos que requieren dos momentos o actuaciones para que produzcan el efecto impulsorio¹⁷².

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza señalaba que la esencia de la caducidad se determinaba en base a elementos puramente objetivos, careciendo de toda significación la voluntad presunta o real del accionante. Así ha dicho en alguna oportunidad que: “La caducidad de la instancia no reconoce su fundamento en una presunción de abandono o deserción por el actor, sino que...se determina en base a elementos puramente objetivos, careciendo de toda significación la voluntad presunta o real del accionante. El art. 78 del Código Procesal Civil habla solamente del impulso procesal y de actuación útil, sin referencia ninguna a la intención o propósito con que esos actos son realizados”.¹⁷³

En el polo opuesto, el criterio subjetivo seguido por muchos ordenamientos provinciales y por nuestra normativa federal, no tiene en cuenta la utilidad del acto, sino la intención de la parte de que la instancia avance, aunque no lo logre.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejando de lado decisorios del Superior Tribunal de la Provincia, advirtió que no puede desconocerse toda actividad útil; que se trata de un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, y

¹⁷²GIANELLA, HORACIO (COORD), SILVINA FURLOTTI, ARIEL PARELLADA, ALDO LUIS GIORDANO, INÉS RAUEK, HORACIO C. GIANELLA, GUSTAVO RANDICH. OSCAR VÁZQUEZ, ALEJANDRO BOULIN, HUSAIN HADID, MARÍA A. CORREA Y ARTURO SCHNEITER (AUTORES) (2009), *Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Comentado, Anotado y concordado con los Códigos Procesales de La Nación, San Juan y San Luis, 1ª ed.* Buenos Aires: La Ley, tomo I; p. 430. Relata: “A modo de ejemplo paradigmático, si dentro del plazo de la perención se pide audiencia para sustanciar prueba y el tribunal provee la petición dentro del plazo, pero fija la audiencia con posterioridad al vencimiento del término, se entiende que es éste un acto complejo, puesto que lo que produce una modificación del procedimiento es la incorporación de la prueba y no la sola fijación de la audiencia”

¹⁷³Fallo 40303 - 08-06-1983 - LS178 - Fs.345 - Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza (1983).

que la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter, sin llevar de forma ritual el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio¹⁷⁴.

B.- IMPORTANCIA DEL CAMBIO DE CRITERIO Y SU TRASCENDENCIA EN EL CASO DE MARRAS

El cambio que se ha producido, ante la rigidez de la situación que presidía el tema, ha sido sustancial, tal como se describe en la nota al art. 78 del Anteproyecto de reforma¹⁷⁵ y como quedó en el código vigente.

Vinculado al comentario efectuado (pues también puede ser interpuesto en incidentes, por ejemplo), sólo es posible interponerse tal incidencia en el período introductorio, luego sólo hay caducidad de prueba. Así, puede advertirse que se ha adoptado el criterio subjetivo y que la diligencia para conocer el domicilio social de la demandada y correr el traslado de la misma y, en consecuencia, el correspondiente decreto que lo ordena en el caso comentado, claramente refiere a la intencionalidad de la actora de impulsar la instancia.

Ahora bien, si lo analizamos bajo la lupa del anterior código procesal, probablemente la caducidad hubiese sido procedente, sin embargo, tanto en primera y segunda instancia, se tuvo en cuenta la actividad desplegada por el litigante.

4. CONCLUSIÓN

Suele decirse que cuando corren vientos de cambio, algunos construyen muros, otros molinos.

¹⁷⁴“Granja Tres Arroyos S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017).

¹⁷⁵Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza (2016), Comisión De Reforma CPC, Decreto 939/2015, en su nota expresa: “Art. 78: Se limita la caducidad del proceso principal sólo al período introductorio, puesto que después de esta etapa sólo podrá haber caducidad de la prueba y el proceso está encaminado hacia el dictado de la sentencia por la actividad compartida entre el Tribunal y las partes. De igual modo procede respecto de los incidentes tramitados en cualquier instancia o estado del proceso. Para la configuración del acto útil interruptivo de la caducidad de instancia la Comisión adoptó el criterio subjetivo, imperante en la jurisprudencia nacional. Para ello tuvo especialmente en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el criterio objetivo seguido por la jurisprudencia mendocina desvirtúa las garantías de defensa en juicio, de debido proceso y de propiedad del justiciable y constituye un injustificado rigor formal que no se aviene ni con la índole de los derechos en juego ni con el carácter restrictivo que es propio de la institución (del dictamen de Procuración General que la Corte Suprema hace suyo *in re* “Espejo José Luis c/ Poder Ejecutivo s/ APA”, Expte. N° E.206 L.XLVIII, 29/04/2014 (<http://sjconsulta.csjn.gov.ar>). Entre otras fuentes de este artículo: Códigos Procesal Civil y Comercial de la Nación y Código Procesal Civil de San Juan; Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Mario Kaminker y otros.)”.

Entiendo que el nuevo Código Procesal, Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza ha tenido, al menos en mi opinión y en cuanto al tema de la perención de instancia, una evolución favorable, abreviando los plazos, pero también adoptando el criterio subjetivo.

Esto último favorece no sólo al litigante, sino también al justiciable. No olvidemos que no siempre la instancia caía por negligencia del abogado; a veces el cliente se desinteresaba por la instancia y otras, no menores, estaban vinculadas a informes de dependencias no conseguidas a tiempo, pericias no presentadas, etc.

Es por ello que considero favorable los avances conseguidos y a tono con lo que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ya venía diciendo respecto al criterio objetivo seguido por la jurisprudencia mendocina, en cuanto a que desvirtuaba las garantías de defensa en juicio, de debido proceso y de propiedad del justiciable; constituyendo además, un injustificado rigor formal que no se aviene ni con la índole de los derechos en juego ni con el carácter restrictivo que es propio de la institución¹⁷⁶.

Si vemos los derechos en juego, son derechos con jerarquía constitucional contemplados no sólo en nuestra Carta Magna, sino también en Tratados Internacionales con el mismo rango y enumerados en la misma.

¹⁷⁶“Espejo José Luis c/ Poder Ejecutivo s/ APA”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (29 de abril de 2014).

PLAZO RAZONABLE

IGNACIO CORREA LLANO¹⁷⁷

RESUMEN (ABSTRACT)

En el presente trabajo se abordará la garantía a ser juzgado en un plazo razonable a partir del análisis de “la causa Menem”. Dicha garantía de la que tanto adolece nuestro sistema jurídico penal, sobre todo en causas calientes, que siempre se cajonean, se extravían, se reconstruyen, se apelan, se vuelven a apelar, para después de varios años, cuando ya nadie se acuerda y el alboroto social se apagó, prescribir bajo el argumento de haber excedido el tiempo razonable de tramitación. Una vergüenza de la que debemos librarnos.

Así lo afirman Abel Fleming y López Viñals: “La duración excesiva del proceso penal en Argentina en una realidad tan dramática, pública e incontrastable que parece ocioso argumentar acerca de su existencia y alcances. La inmensa mayoría de las causas que tramitan sin imputados presos, prescriben. Las que tienen imputados detenidos colapsan un sistema judicial en el que en una década se duplicaron las causas ingresadas en forma anual, habiendo descendido la porcentual participación presupuestaria de la justicia en el mismo periodo.”¹⁷⁸

1. INTRODUCCIÓN

El fallo a comentar es aquel que muchos recordarán por el que se absolvió al ex presidente de la Nación Carlos Saúl Menem, entre otros imputados, por el delito de contrabando de armas a Ecuador y Croacia. Este pronunciamiento despertó gran malestar e indignación, con fuertes críticas y reclamos al Poder Judicial, poniendo otra vez en la mira a la Justicia.

Del análisis de la resolución veremos los aspectos que se tuvieron en cuenta a la hora de decidir la extinción de la acción por prescripción, pero sobre todo lo que significó el

¹⁷⁷Abogado, egresado de la Universidad de Mendoza, 6 años de ejercicio en la actividad privada. Actual Jefe de despacho de la Defensoría Pública Oficial ante Tribunal Oral Criminal Federal N°2. Especializando y maestrando en Derecho Penal. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes, Delegación Mendoza. Contacto: ifcorreallano@hotmail.com

¹⁷⁸FLEMING, ABEL-LÓPEZ VIÑALS, PABLO (2007), *Garantías del Imputado*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 423.

fallo al dejar otra vez en evidencia la excesiva duración en la tramitación de causas en Argentina, en especial las causas de corrupción.

2. EL CASO¹⁷⁹

La causa se inicia allá por el año 1995 con la denuncia efectuada por el doctor Ricardo Monner Sans a fin de que se investiguen los hechos por los cuales la República Argentina habría vendido armas con un destino final: Ecuador. País que las recibió en pleno conflicto bélico con el Perú. Cabe destacar que la Argentina era garante de un tratado de límites firmado por Perú y Ecuador en 1942, al margen de la deuda moral que se mantiene con el primero tras el conflicto de Malvinas.

Sucesivamente se presentaron otras varias denuncias y ampliaciones que por conexidad objetiva y subjetiva se fueron acumulando a un expediente que alcanzó los 300 cuerpos y más de 73.000 fs. Se plantearon por supuesto conflictos de competencia y recursos por doquier, para luego pasar a los actos propios del proceso: indagatorias, ampliaciones de indagatorias, testimoniales, exhortos, faltas de méritos, procesamientos, apelaciones, incidentes, etc. que fueron trabando y dilatando el proceso ab initio.

La causa quedó finalmente circunscripta a la investigación del delito de contrabando (863, 865 incs. "a" y "b" y 867 del Código Aduanero) ante el Juzgado en lo Penal Económico N°3 que aceptó la competencia ordenada por la CNCP recién el 1 de febrero de 2002, esto es, 8 años después de la denuncia original.

Luego de su engorrosa tramitación, la causa fue elevada a juicio, el Tribunal en lo Penal Económico N°3, después de 3 años de duración del debate, dictó veredicto por el que absolvió a todos los imputados, el 13 de septiembre de 2011.

Dicha sentencia fue apelada ante la CFCP, cuya Sala I, el 5 de marzo de 2013 revirtió el fallo casando la sentencia y condenando a los imputados disponiendo el reenvío al TOPE a fin de que fijara las penas correspondientes.

¹⁷⁹"Menem, Carlos Saúl y otros s/recurso de casación". Cámara Federal de Casación Penal, Sala I (4 de octubre de 2018) <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/fallos47059.pdf>

Así, el 13 de junio de 2013 el TOPE N°3 condenó al ex presidente a la pena de 7 años de prisión efectiva e inhabilitación especial de catorce (14) años para desempeñarse como funcionario o empleado público (...).

Finalmente, la Sala I de la CFCP rechazó los recursos interpuestos por las partes el 27 de junio de 2017, lo que motivó que la defensa de Menem recurriera ante la CSJN mediante recurso extraordinario, el cual fue admitido ese mismo año, ordenando la remisión nuevamente a la CFCP para su revisión en orden a resguardar el derecho al doble conforme (art. 8.2.h CADH).

Y así se llega al fallo definitivo de la Sala I de la CFCP, resuelto el 4 de octubre de 2018 por el que se absolvió a los imputados en virtud de haberse violado la garantía a ser juzgados en plazo razonable, declarando la extinción de la acción penal.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

Uno de los primeros aspectos a tener en cuenta es la competencia asignada al Juzgado en lo Penal Económico, lo que circunscribió y acotó la investigación sólo al delito de contrabando. De esta manera se dejó de lado un sin número de otros delitos mucho más severos que quedaron sin investigar, tal como se pone de resalto y enumera en el mismo texto del fallo en comentario (falsedad documental, malversación de caudales públicos, cohecho, incumplimiento de los deberes de funcionario público, encubrimiento y enriquecimiento ilícito).

Esta irregularidad no es un dato menor y refleja la impericia o peor aún, la connivencia judicial que coadyuvó a que la causa terminara como terminó. Otra hubiera sido la historia quizás, si se investigaba a los imputados por todos los delitos enumerados con penas mucho mayores que hubieran dificultado la prescripción.

Para ello no puedo dejar de efectuar citas textuales del fallo en las que llama la atención la furtiva crítica que realizaron los integrantes de la Sala I que terminó absolviendo al ex presidente, dirigida a todos los miembros de los Tribunales y Ministerios Fiscales que intervinieron en la causa, inclusive a los propios colegas de la Cámara Federal de Casación que previnieron, quienes, a criterio de los mencionados magistrados, fueron culpables de la pésima tramitación del caso.

“Para todo lo que se debió probar, el tiempo pasó de largo (...). La complejidad de la causa y la secuencia de graves errores procesales puestos de manifiesto, obstaculizaron la investigación a tiempo de los verdaderos delitos cometidos y de la determinación de sus responsables. Defectos que pasaron desapercibidos, aún para los acusadores públicos que no supieron encauzar en sus verdaderas formas jurídicas, la acción que llevaban de su mano... [...]”

“...No puede dejar de ponerse en evidencia que, a consecuencia del examen ordenado por el Superior, al recorrer las más de setenta y tres mil fojas de este vetusto expediente, sin contar los legajos incidentales, muchos delitos saltaron a la vista, cuya génesis no pudo ser otra que los decretos del Poder Ejecutivo Nacional. Delitos de los cuales muchos fueron responsables pero que por secuenciales decisiones erróneas fueron desviados del fuero federal al penal económico, de competencia específica y acotada, sede en la cual no se logró acertar en la determinación del tipo penal violado. Y ahora toca a este tribunal y, sin la ayuda del tiempo, fallar este complicado proceso en el que estuvieron involucrados funcionarios del estado, inclusive el titular de la Primera Magistratura de la Nación...”

“Graves defectos exhibidos en un trámite desmedidamente prolongado de 27 años transcurridos desde 1991 en que ocurrieron los hechos, durante los cuales se acumularon más de 300 cuerpos con miles de fojas, a través de las cuales todavía se discute la existencia o no de un contrabando, habiendo dejado pasar delitos mucho más graves. Circunstancias todas estas pocas veces vista en un proceso penal...”

Estas encendidas críticas no hacen más que desnudar los evidentes manejos espurios que existieron a lo largo de todo el proceso, pero que en definitiva fueron convalidados por la propia CFCP que puso punto final a la causa de la manera más sencilla posible ante tamaño expediente.

El fallo en sí mismo no guarda demasiado interés en tanto se centra en citar en forma sobreabundante argumentos y jurisprudencia en dirección a la decisión final que adoptó. Sobran las citas a fallos y doctrina en la que se resolvió de la misma forma, pero muy poco se ofreció y argumentó en relación a la conducta procesal de los imputados.

En este punto se hace necesario recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el concepto de plazo razonable a que se hace referencia en el art. 8.1 de la Convención debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso¹⁸⁰. Lo propio ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales¹⁸¹.

En ese orden de ideas, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puntualizado que la duración razonable de un proceso penal, a la luz del art. 6.1 del Convenio Europeo, debe apreciarse según las circunstancias de cada caso en particular, a cuyo fin se debían computar, además de la complejidad del caso y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades judiciales, la propia conducta del imputado¹⁸².

En igual dirección, el Tribunal Constitucional Español ha expresado que la violación al derecho a tener un proceso sin dilaciones indebidas, no consiste en el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que se trata de un concepto indeterminado, que debe ser concretado en cada caso, atendiendo, entre otros extremos, a la conducta del recurrente, al que le es exigible una actitud diligente¹⁸³.

Al respecto la Cámara expresó que no es del todo relevante la conducta procesal del imputado cuando por ejemplo interpone recusaciones, recursos, medios de prueba poco conducentes, aun cuando se ausenta estando debidamente citado en actuaciones que exigen su presencia; todas medidas que se citan al mero efecto ejemplificativo, pero dirigidas claramente a dilatar el proceso, porque ello se encuentra comprendido dentro del derecho de defensa del justiciable y la responsabilidad mayor en la tramitación de la causa reposa sobre los órganos del estado.

¹⁸⁰Caso 11.245, resuelto el 1 de marzo de 1996, parágrafo 111.

¹⁸¹Caso "Suárez Rosero", del 12 de noviembre 1997, parágrafo 72.

¹⁸²Caso König, citado en el precedente "Kipperband, Benjamín". Corte Suprema de Justicia de la Nación (16 de marzo de 1999) Fallos: 322:360.

¹⁸³Sentencia 313/1993, citada en el caso "Kipperband" ut supra.

Por último, cabe arriesgar una crítica en relación a que el fallo en cuestión decide sobre una causa en la que existía sentencia, la cual obviamente no se encontraba firme por haber sido apelada, pero no de una causa en trámite sin una decisión definitiva.

De esta manera, se puede concluir que todo el proceso inicial que termina con una primera sentencia, no sirve más que para gastar el tiempo en provecho de los imputados que tras apelar hasta las instancias finales, se beneficiarán con la aplicación de la garantía del plazo razonable tirando por tierra las sentencias de primera instancia, que de este modo se devalúan perdiendo todo valor, en especial en causas como la comentada.

4. CONCLUSIÓN

Como conclusión se puede afirmar que el fallo despierta mayor interés desde lo que significa más que de lo que fundamenta o aporta en cuanto a lo estrictamente jurídico. Decisiones como la citada confirman las deficiencias y complicidades de las altas esferas del poder, tirando por tierra el sistema republicano de gobierno.

En el precedente bajo análisis queda evidenciada la total dependencia del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, o su sociedad por conveniencia, los negociados, las especulaciones, situaciones tristemente conocidas, a punto tal de haberse escrito libros al respecto como “El Libro Negro de la Justicia” de Gerardo Young o “La raíz de todos los males” de Hugo Alconada Mon en los que se expone muy bien la temática.

También queda una conclusión preocupante cual es que la garantía del plazo razonable muchas veces termina jugando a favor de imputados con poder y recursos suficientes para solventar un abogado que dilate indefinidamente el proceso, puesto que como cita el fallo con apoyo de la jurisprudencia del más Alto Tribunal, no se le puede cargar al imputado la responsabilidad de demorar el juicio.

Con ello se confirma la triste realidad de que la ley y la justicia no es igual ni la misma para todos, no es ciega, ni tiene ninguna venda en los ojos, sino que por el contrario observa con gran detenimiento e interés, en qué casos se procede de una manera y en qué otros, bajo las mismas condiciones, se procede de otra; y de ello se pueden citar innumerables casos, que no es el objeto del presente.

La falta de tramitación de causas en tiempo y forma es una realidad que se extiende igualmente a todo el ámbito del poder judicial, lo que observamos muy de cerca los operadores del sistema.

Lo criticable es también la falta de responsabilidad ante tamañas falencias. Resulta en este aspecto interesante el Código Procesal de Córdoba que en su art 183¹⁸⁴ establece plazos fatales y fuertes sanciones a los jueces que no los cumplan. Similares soluciones existen en los Códigos de forma de las Provincias que ciertamente se encuentran mucho más avanzados que el federal.

Mucha expectativa despierta el nuevo Código Procesal Penal Federal pero cuya aplicación se encuentra todavía pendiente en todo el país, con la esperanza de que el cambio al sistema acusatorio que propugna, no simplemente traslade todo el poder concentrado hoy en los jueces, a los fiscales mañana, sino que signifique un verdadero cambio de roles en aras de lograr mayor celeridad.

De la actual crisis de pandemia y la lectura de los trabajos de este grupo, se puede advertir cómo ante la emergencia y adversidad, pueden lograrse grandes avances en lo tecnológico, incorporando o utilizando herramientas que allanan el camino hacia la celeridad que merece la justicia y la ciudadanía. Quizás sea un gran comienzo...

¹⁸⁴ARTÍCULO 183.- Vencimiento. Efectos. El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público al que dicho plazo le hubiera sido acordado. El Tribunal Superior o al Fiscal General, según sea el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquéllos. Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables al Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público titular y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia [...] El funcionario judicial sustituido será pasible de la apertura del procedimiento del Jurado de Enjuiciamiento. Para los sustitutos se computarán los plazos íntegros a partir de su avocamiento, los que serán fatales, con las mismas consecuencias.

DISCRECIONALIDAD VERSUS ARBITRARIEDAD EN LA DECISIÓN JUDICIAL

EL MARGEN DENTRO DEL CUAL SE PUEDE Y SE DEBE DECIDIR

EMILIANO BUSTOS SARMIENTO¹⁸⁵

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente artículo tiene por objeto esbozar, en trazos gruesos, cómo juega la potestad/deber de resolver que tienen los jueces en nuestro ordenamiento jurídico y bajo el sistema de la “sana crítica racional”, y particularmente analizar qué grado de libertad poseen a la hora de resolver sobre un caso sometido a su competencia.

A tal fin, se trae a colación un fallo de la Segunda Sala de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que deja sin efecto el rechazo del beneficio de la Libertad Condicional resuelto por el Juez de Ejecución Penal, en cuya decisión sostenía que el condenado se encontraba en una etapa muy incipiente de recuperación y que no presentaba indicadores más que de un mero progreso.

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta parte de la presentación de un caso en el cual las opiniones o dictámenes de los interlocutores que intervinieron en sus distintos roles no han sido coincidentes en la solución que propiciaron en su informe o dictamen, de manera de verificar si el Juez, quien tiene el deber ineludible de decidir, actuó conforme le prescribe la ley, o bien con arreglo a los dictados de su “sana crítica racional” si es que la norma le ha dejado margen a ello.

Luego, teniendo en cuenta el fallo del tribunal de casación, mas no dejando de lado el propio criterio, la idea es examinar y emitir opinión acerca de la legitimidad del veredicto del *a quo*, y lo mismo respecto de la sentencia revocatoria de la cámara de casación.

¹⁸⁵Abogado, egresado de la Universidad de Mendoza. Empleado de Juzgado Federal en lo Penal y Correccional de Mendoza. Ex abogado del estudio jurídico “Bustos Lagos”, con orientación civil y comercial. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes, Delegación Mendoza. Contacto: dr.emilianobustos@gmail.com

2. EL CASO¹⁸⁶

Aquí vale una aclaración preliminar: la mirada del caso puesto a reflexión no se relaciona con los hechos que dieron ocasión a la condena de Alexis Gabriel Borner sino que apunta al pedido de libertad condicional que tuvo que resolver el juez de ejecución penal, quien hubo de considerar distintas posturas en el incidente respectivo, además de las prescripciones legales que rigen el instituto de la salida anticipada.

Dicho esto, cabe destacar que el día 28 de noviembre de 2017, Alexis Gabriel Borner fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 de CABA a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, impuesta por el delito de amenazas coactivas y lesiones en contra de su expareja, con el agravante de tratarse de un hecho de violencia de género, sumado al delito de desobediencia a un funcionario público.

La prisión por tanto se cumpliría el próximo 28 de noviembre de 2020, sin embargo la defensa pública de Alexis Gabriel Borner dedujo incidente de libertad condicional, planteo que fue denegado el día 10 de abril de 2019 por el Juzgado de Ejecución Penal, resolución contra la cual su defensa técnica interpuso recurso de casación acogido favorablemente por la Cámara de Casación, tribunal que dispuso incorporar al interno al régimen del beneficio solicitado bajo el control de la autoridad administrativa pertinente.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

Planteada así la cuestión, es importante insistir que, a la hora de resolver, el Juez de Ejecución Penal tuvo a su consideración distintas voces. Por un lado, los argumentos emitidos por la Defensa Pública de Borner, que además está decirlo, inclinaban la balanza a favor de la concesión del beneficio; por el otro, el dictamen negativo de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal; en tercer lugar, la opinión del Consejo Correccional que, según las referencias del fallo bajo análisis, fue positiva por mayoría; y por último, la evaluación efectuada por el Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal que propiciaba la

¹⁸⁶“Borner, Alexis Gabriel s/ rechazo de libertad condicional”. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala 2 (16 de octubre de 2019) <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/fallos48635.pdf>

denegación de la libertad condicional por estimarla prematura teniendo en cuenta la incipiente inscripción de Borner en el programa de reinserción social.

Otro punto de relevancia en este análisis es el carácter de la normativa específica del instituto de la libertad condicional, en tanto prevé distintos presupuestos para su otorgamiento, beneficio que se mantiene hasta el vencimiento del plazo de la pena aplicada si el condenado cumple con una serie de condiciones previamente impuestas.

Se expondrá ahora cada punto en particular.

A) LA LEY Y LAS DISTINTAS POSTURAS

El contenido de cada una de las cartas que tuvo el juez de ejecución a la hora de resolver es:

- El Código Penal:

Según el artículo 13: "...El condenado... a prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido... ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrá obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones...".

Luego, el artículo 14 que dispone la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes, ni a los condenados por los delitos previstos en los incisos que prevé este artículo, entre los que no se encuentran las figuras típicas atribuidas a Borner.

- La evaluación de la conducta de Borner en la penitenciaria:

En lo que respecta a este punto, cabe señalar que al tiempo del pedido de libertad condicional, Borner registraba una calificación de conducta ejemplar (diez), y concepto bueno (cinco); que se encuentra satisfecho el requisito temporal para acceder al beneficio solicitado desde el 28 de julio de 2018; que no surge que el condenado posea procesos en trámite, que en el caso no proceden los impedimentos previstos en los arts. 14, 17 y 50 del Código Pena, al decir de la propia Unidad Fiscal en su dictamen denegatorio.

- El Consejo Correccional de la unidad penitenciaria:

Este organismo dictaminó, por mayoría, en forma favorable al otorgamiento del beneficio de la Libertad Condicional. Ello en base a la calificación positiva en las áreas de seguridad interna, educación, trabajo, asistencia médica y servicio criminológico del complejo carcelario.

- El Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal:

Este arroja que el interno está en pleno proceso de afianzamiento de las herramientas brindadas en su tratamiento penitenciario

- La Unidad Fiscal de Ejecución Penal:

Postuló que la sola verificación de ciertos requisitos “no puede cegar al juez en la ponderación de los elementos que se desprenden del legajo, siendo que éstos aconsejan la adopción de un criterio medido en cuanto a que la morigeración del encierro en la presente condena sea de modo paulatino y progresivo”.

Señaló además que la evolución de Borner se encuentra en una etapa embrionaria que se corresponde con la fase incipiente del tratamiento penitenciario que es la de socialización. Por esa razón, consideró que resulta difícil predicar que el condenado presente una evolución suficiente dentro del programa.

B) LA RESOLUCIÓN DEL CASO

Ahora bien, con todos estos elementos el Juzgado de Ejecución Penal, como ya se ha dicho, resolvió denegar la libertad condicional al peticionante. El temperamento adoptado tuvo como fundamento que el penado no concluyó el tratamiento específico relativo a los hechos y a la tipología delictiva cometida, por lo que no era posible formular un pronóstico de reinserción social favorable a los fines del egreso anticipado.

Destacó, además, que el delito por el que Borner fue condenado trata de una tipología agravada, puesto que se relaciona con hechos de violencia contra la mujer, razón por la cual se debe exigir un avance, evolución y tratamiento inherente a esa circunstancia específica.

C) RECURSO DE CASACIÓN

La defensa de Borner, al interponer el recurso casatorio, remarcó que el Juez de Ejecución inaplicó el artículo 13 del Código Penal que claramente indica cuáles son los presupuestos para concederla, todos presentes en el caso en cuestión.

En efecto, indicó que el interno había cumplido el tiempo de condena mínimo; no había sido declarado reincidente ni se le había revocado una libertad condicional anterior. Asimismo, registraba una conducta ejemplar, buen concepto y el Consejo Correccional se había pronunciado favorablemente a su concesión.

No obstante ello, alegó que inexplicablemente el juez de ejecución contempló que el pronóstico de reinserción social de Borner era dudoso puesto que no había finalizado el Programa Específico de Tratamiento, cuando en realidad se encontraba transitando la fase III de dicho programa.

Añadió que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 24.660, el Consejo Correccional es el órgano administrativo competente y responsable de la conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario y no el Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal. Además, aquél es el único que ha tenido contacto permanente y directo con Borner, a diferencia del equipo técnico que sólo lo entrevistó una vez.

D) SENTENCIA DE CASACIÓN

El Tribunal de Alzada dispuso la revocación del fallo del Juez de Ejecución. El pronunciamiento tuvo dos votos: el de Pablo Jantus y el de Eugenio Sarrabayrouse. El primero dijo que Borner cumplía con todos los requisitos legales para ser incorporado al régimen de la libertad condicional, incluso el del pronóstico favorable de peritos. Y aunque el Equipo Interdisciplinario valoró en su contra el hecho de que Borner no hubiese finalizado el tratamiento, interpreta que el Juez a quo debió atenerse al informe favorable del Consejo Correccional que es quien tuvo a cargo el seguimiento regular y permanente del penado.

Por su parte, Sarrabayrouse sostuvo que el Juez de Ejecución Penal interpretó erróneamente la ley aplicable (art. 13, CP) y fundó arbitrariamente su apartamiento. Remarcó que Borner no sólo cumplía con todos los requisitos legales, sino que, además, en el mes de agosto de 2018, el nombrado fue incorporado al “Programa Específico de

Tratamiento para Agresores de “Violencia de Género” y participó de la totalidad de los encuentros realizados, obteniendo un informe muy favorable en cuanto a la incorporación de herramientas en relación a la problemática de género.

En cuanto a no haber finalizado el tratamiento, Sarrabayrouse agregó que, habida cuenta de los informes positivos de las áreas de seguridad interna, educación, trabajo, asistencia médica y servicio criminológico del complejo carcelario, Borner bien podría continuar con el tratamiento extramuros. Así lo propició con su voto.

4. CONCLUSIÓN

El caso de Borner, como se indicó al comienzo, es propuesto en esta instancia como un supuesto fáctico a los fines de reflexionar sobre el grado de libertad que tienen los jueces a la hora de resolver sobre un caso sometido a su competencia.

En el instituto de la libertad condicional, al juez no le cabe margen para interpretar o imponer su propio criterio a la hora de resolver, pues no ha de perderse de vista que los jueces, en un Estado de Derecho, deben sujetarse al imperio de la Ley, y cuando ésta es clara, no hay más remedio que aplicarla¹⁸⁷.

Particularmente, el artículo 13 del Código Penal enuncia cuáles son los requisitos para que el condenado a prisión pueda acceder al beneficio del egreso anticipado y bajo qué condiciones es posible mantenerlo. Así entonces, el magistrado debe efectuar un control acerca de la concurrencia de las exigencias que la ley prevé, y en lo que respecta al “...informe de reinserción social...”, verificar que no haya inconsistencias entre las distintas divisiones carcelarias y el informe final del Consejo Correccional, de manera de no perjudicar a quien legítimamente se haya ganado el derecho a la libertad anticipada. O bien, al contrario, para no concederla a quien no cumpla con el estándar psicosocial necesario para su reinserción al medio libre.

En el caso en análisis, si bien el Equipo Interdisciplinario dictaminó que la salida anticipada de Borner resultaría prematura teniendo en cuenta las fases propias del programa específico para los condenados por delitos que suponen violencia de género, existiendo dictámenes no coincidentes parece de más rigor lógico que prevalezca el criterio del Consejo Correccional que es el órgano administrativo competente y

¹⁸⁷CSJN, Fallos: 341:648; 330:2286; 328:1774; 327:5614; entre muchos otros.

responsable de la conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario, y por ello quien lleva un seguimiento regular del interno. Máxime teniendo en consideración el conjunto de los reportes favorables de cada una de las divisiones carcelarias del complejo penitenciario.

Así la cuestión, cabe preguntarse si acaso el Juez es un mero aplicador de la norma penal o tiene espacios para interpretar o sentar su propio criterio en cada caso. La respuesta no es unívoca. Algunas veces la ley basta para la resolución de un supuesto concreto. Otras, la ley es ambigua o vaga y necesita de las precisiones del juez para que resulte aplicable al caso concreto; y, por último, están los supuestos en los que la ley apunta directamente al criterio del juez, como ocurre con los códigos de procedimiento que van regulando las distintas etapas del proceso penal con arreglo a los grados de convicción judicial. En estos casos, como no puede ser de otra manera, la ley apela al poder persuasivo de los elementos probatorios incorporados a la investigación preparatoria o la fase de instrucción de la causa, sopesados bajo el tamiz de la sana crítica racional. El juez debe examinar el valor probatorio de cada elemento incorporado a la causa y volcar su propio criterio, por supuesto conforme a parámetros objetivables. Es decir, destacando elementos que sean capaces de lograr un cierto consenso en cuanto a los hechos posiblemente ocurridos, su encuadre legal, y su atribución a personas determinadas.

Aquí vale hacer la aclaración de que nuestro ordenamiento jurídico no apela exclusivamente a la subjetividad judicial como es el caso del sistema de la íntima convicción, sino en cambio a un convencimiento que pueda defenderse de acuerdo a razones objetivas.

Así pues, para la distinción entre disposiciones legales cerradas, es decir, sin margen a la interpretación, y disposiciones legales abiertas o vagas –si se me permiten dichas expresiones- cabe la remisión analógica a lo que el derecho administrativo denomina “actividad reglada y/o actividad discrecional”, en la medida en que la ley disponga una consecuencia concreta a un determinado supuesto, o la deje librada “a discreción” del administrador.

Como se sabe, no es lo mismo discrecionalidad que arbitrariedad. La discrecionalidad es la libertad dentro de ciertos límites. Arbitrariedad, en cambio, es elegir según una

voluntad antojadiza, y después explicar el temperamento adoptado, siendo por tanto indistinto si la explicación tiene consistencia o carece de ella.

Aquí el punto principal del análisis. La arbitrariedad no siempre se muestra como tal y es ahí donde radica el verdadero peligro. Tampoco es siempre signo inequívoco de la presencia de un ejercicio abusivo del poder o de un obrar delictual. Muchas veces la arbitrariedad es producto de un déficit en el estudio del caso que, en ocasiones, requiere de un análisis de mayor profundidad, o bien es resultado de una lectura apresurada y superficial de los argumentos expuestos por los interlocutores del caso; o del error humano, a pesar de la obstinada resistencia a reconocerlo.

Es de suma importancia que los operadores del derecho: abogados, jueces, fiscales, y demás funcionarios y auxiliares de la justicia, reflexionen sobre este tema, afinando el lápiz en el afán de brindar un servicio de justicia de calidad que despierte el ausente orgullo de la comunidad.

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL PROCESO CIVIL

MARCELO GUILLERMO BERTONA¹⁸⁸ Y BRENDA EUGENIA FORMENTO¹⁸⁹

RESUMEN (ABSTRACT)

El objeto del presente trabajo es analizar, a partir de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, un tópico jurídico de suma importancia en materia probatoria y de gran aplicabilidad fáctica: las cargas probatorias dinámicas.

Incorporado en nuestro Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza en los artículos 46 inc. 13, 166, 173 y 175; en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en los artículos 710 y 1735; y en la Ley de Defensa al Consumidor, en su artículo 53 como herramientas de importancia dentro del derecho probatorio.

En el caso que nos ocupa, la Suprema Corte Provincial hizo una aplicación pretoriana de las cargas probatorias dinámicas, la cual básicamente consiste en achacarle mayor responsabilidad a la hora de ofrecer y producir pruebas a la parte que se halle en mejores condiciones de hacerlo, tópico que desarrollaremos y profundizaremos a lo largo del presente.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de este análisis es un fallo emitido el 29 de octubre de 2019, por nuestro tribunal provincial superior.

El mismo se expide sobre un Recurso Extraordinario interpuesto por la empresa Escudo Seguros S.A., contra una sentencia de la Segunda Cámara Civil de Apelaciones, que confirmara la sentencia del *a quo*- el Primer Tribunal de Gestión Asociada de la Primera

¹⁸⁸Abogado egresado de la Universidad de Mendoza. Adscripto a la Cátedra de Derecho Procesal Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de derecho Procesal, Comisión de Jóvenes, Delegación Mendoza. Contacto: marcelobertona87@gmail.com

¹⁸⁹Abogada egresada de la Universidad Nacional de Cuyo. Ha ejercido como Docente Adscripta en la Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Miembro de la Asociación Argentina de derecho Procesal, Comisión de Jóvenes, Delegación Mendoza. Contacto: brendaeugeniaformento@gmail.com

Circunscripción Judicial- respecto de un proceso de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito; decidiéndose finalmente por el rechazo del recurso.

La misma, con tino expresa: *“En materia de prueba del contrato de seguro, cuando el actor citante es un tercero ajeno a la relación contractual entre aseguradora y demandado, no puede exigírsele probar acabadamente la existencia del contrato. Por el contrario, es la aseguradora citada en garantía quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para producir la prueba sobre la existencia o no del contrato de seguro denunciado, debiendo aplicarse en el punto el principio de las cargas probatorias dinámica”*.

En el caso, la aseguradora rechazó la citación en garantía por múltiples argumentos, pero todos enfocados a la inexistencia de contrato de seguro entre el demandado y la misma. El *a quo* condena a Escudo Seguros S.A. sólo hasta el límite de cobertura (\$300.000). Actor y demandado apelan la sentencia, solicitando se amplíe el límite de cobertura a \$4.000.000, mientras que la citada apela, solicitando se revoque la decisión que la condena.

Ante sentencias desfavorables en primera y segunda instancia, la aseguradora interpone recurso extraordinario ante la Corte Provincial. En la sustanciación del recurso se ventilan temas de derecho probatorio, derecho del consumidor, teoría de la apariencia, citación en garantía, entre otros.

La Corte, en una decisión ajustada a derecho, resuelve rechazar el recurso extraordinario interpuesto por la accionada, haciendo aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, en forma coordinada con normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación, Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza y Ley de Defensa del Consumidor.

2. EL CASO¹⁹⁰

A) ANTECEDENTES EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

¹⁹⁰<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7311073525>

El caso tiene su causa en un accidente de tránsito de fecha 11 de octubre de 2014, del cual el actor -Sr. E.-, revestía el carácter de tercero transportado. La demanda se interpone contra el conductor/titular registral, y se cita en garantía a la compañía de seguros Escudo Seguros S.A., basado en documentación existente en el expediente penal, y en especial, recibo de pago de “Más Seguros Dipper SA”.

Al contestar la demanda, el accionado -Sr. N.-, se presentó y citó en garantía a Escudos Seguros. Acompañó en esa oportunidad, originales de certificado de cobertura (con vigencia desde el 09/10/14 y un límite por responsabilidad civil limitada a \$4.000.000), recibo de “Mas Seguros Dipper SA” de fecha 7/10/14 y formulario de denuncia de siniestro.

Al presentarse la citada en garantía, rechazó la citación y, puntualmente, desconoció la documentación aportada por el demandado. Asimismo, acompañó certificado de cobertura con vigencia desde el 14/10/14, en el cual se establecían dos límites de responsabilidad: límite por acontecimiento de \$4.000.000, y un sublímite por persona afectada en caso de lesiones y/o muerte de terceros transportados de \$300.000.

La aseguradora también ofreció prueba pericial contable, de su contaduría en Buenos Aires, para que informe si Escudo Seguros S.A. (citada en garantía) había emitido póliza asegurando el vehículo siniestrado y, en su caso, acompañe póliza e indique vigencia de la misma y límites consignados.

Al contestar el traslado –del incidente de rechazo de la citación en garantía-, el demandado expresa que concurrió junto con su abogado y el productor de seguros (cuyo testimonio ofrece) a la oficina de la aseguradora y que allí le entregaron certificado de cobertura que acompañó al contestar la demanda. Ofreció, además, medios de prueba tendientes a constatar la autenticidad de la documental aportada.

En primera instancia, el *a quo* resuelve condenar a Escudo Seguros S.A., a responder en virtud de la responsabilidad de tercero transportado, hasta el límite de \$300.000, que surge de la póliza acompañada por la citada en garantía.

Abierta la segunda instancia, mediante recurso de apelación interpuesto por el actor y el demandado, solicitando la ampliación del límite de cobertura de la citada en garantía, y que el mismo ascienda a la suma de \$4.000.000. También apela la empresa aseguradora, solicitando se modifique la sentencia, rechazando la demanda incoada.

La Cámara acoge el remedio de los primeros y rechaza el interpuesto por la última, estableciendo que el límite de cobertura es el del certificado presentado por el demandado (\$4.000.000).

El fundamento central del Tribunal de Segunda Instancia, es la teoría de la apariencia, enmarcada en los principios protectorios del derecho de consumo: *“... Si el asegurador con su obrar generó la apariencia de la existencia de la relación asegurativa con la extensión de un certificado de cobertura otorgado por quien cumple funciones de representación de la Compañía Aseguradora, debe responder ante el tercero víctima del daño ocasionado por el vehículo asegurado, aunque en realidad ese certificado haya respondido a una conducta irregular de su agente que lo extendió, sin que estuviera respaldado por un contrato de seguro vigente...”*(Cámara Primera de Apelaciones, LS157-016).”

B) EL FALLO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

Escudo Seguros S.A. deduce recurso extraordinario, solicitando que se revoque la sentencia en crisis y, por tanto, admitiendo el incidente de rechazo de citación de garantía. En subsidio, para el caso de confirmarse el rechazo de este, solicita se aplique el límite de cobertura \$300.000.

Ahora bien, del análisis del caso, se advierte que Escudo Seguros SA -durante todo el proceso y hasta el final- sostiene como eje de su alegación la inexistencia de contrato de seguro que la vincule con el demandado, el Sr. N. Es decir, no sólo niega la autenticidad de la documental aportada, sino que desconoce la oficina de “Más Seguros Dipers SA” como representante suyo, y al productor de seguros, como a todas las circunstancias que rodean al contrato de seguro presentado por el demandado.

El actor contesta el recurso extraordinario solicitando su rechazo. Recuerda que el demandado acompañó certificado de cobertura vigente por un año, desde el 9/10/2014 al 9/10/2015, recibo de pago del 7/10/2014 y constancia de denuncia del siniestro, y toda documentación emitida con el logo de la compañía aseguradora y sellos.

Alega que es falso que no haya denunciado el siniestro y remite a la constancia en autos. Además, expresa que contrató con un productor de seguros que actuaba en nombre y representación de la compañía y que es deber de la misma y de la Superintendencia de Seguros de la Nación controlar el funcionamiento y operatoria de sus representantes.

El actor alega que es consumidor. Por lo tanto, protegido por el artículo 42 de la Constitución Nacional y las normas de la ley 24.240, especialmente el artículo 52. Arguye que sería irracional obligar al asegurado consumidor a que indague más allá de lo que exige la buena fe y razonable diligencia, en torno a la apariencia de representación.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

Primeramente, adelantamos que la Suprema Corte ratificó la sentencia de Cámara, y por consiguiente la misma quedó firme haciendo responsable a Escudo Seguros SA, y ratificando el límite de cobertura de la póliza a \$4.000.000.

Para arribar a la determinación de la responsabilidad de la empresa aseguradora, y a tener por probado el nexo causal, el Tribunal hizo aplicación de la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*, y de principios establecidos en las normas de Defensa del Consumidor. Ambos se interrelacionan y complementan, ya que como se verá, aquella está contenida en ésta última, y se aplica claramente al caso.

A) LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Es decir, la carga dinámica probatoria le da la facultad al Juez de hacer recaer la obligación de probar a los sujetos del proceso que, según las circunstancias del caso, está en mejores condiciones de aportar elementos probatorios, y así arribar a la verdad material. Se resuelve así con un criterio solidario de los elementos de prueba, dando

primacía a la verdad material por sobre la verdad formal, otorgándole así mayor “eticidad” al proceso judicial.

Así mismo, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha sido propiciada por reconocidos autores procesalistas¹⁹¹.

La Suprema Corte, al tener en cuenta los hechos expuestos y controvertidos, la prueba rendida y las pautas reseñadas, debe decidir si las razones tomadas en cuenta en las anteriores instancias (para tener por probado el contrato de seguro) son ilógicas, arbitrarias, o han violado la distribución de la carga probatoria a punto de generar indefensión en el recurrente. A lo que la Corte, en concordancia con lo dictaminado por el Procurador, sostiene que el recurrente no ha logrado evidenciar los graves vicios que denuncia.

Esto es así porque considera acertado el fallo de Cámara, ya que establece que el certificado de cobertura aportado por el demandado, junto con las testimoniales del productor del seguro y su abogado, y la inexistencia de denuncia penal en contra del mismo, son las pruebas aportadas por el consumidor que llevan a concluir con certeza que el Sr. N. se encontraba asegurado y bajo la cobertura de Escudo Seguros S.A.

Así mismo, considera que las alegaciones de la recurrente, la empresa aseguradora, deben ser desestimadas, ya que a su entender –y manteniendo el criterio aplicado a casos anteriores- el mero desconocimiento de la prueba instrumental no implica por sí sola, la descalificación de esa prueba como tal¹⁹².

¹⁹¹ARAZI, ROLAND; BERIZONCE, ROBERTO O.; PEYRANO, JORGE W. (2011), “Cargas probatorias dinámicas”; Publicado en: LA LEY. Según Jorge W. Peyrano, el juez hace “recaer el peso de probar sobre la parte que tenga mejores condiciones de hacerlo, y no sólo sobre quien haya alegado el hecho o norma jurídica con la pretende beneficiarse”. Para Roland Arazi “El desplazamiento de la carga probatoria puede fundarse en diferentes disposiciones: ...La denominada carga probatoria “dinámica” permite atribuir esa carga a una u otra de las partes en el proceso, según las particularidades de cada caso, en vez de ceñirse a reglas “estáticas” ...También el juez puede fundar la distribución de la carga probatoria en el deber de colaboración de las partes, que asienta y se desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal, con la finalidad de afianzar la “eticidad” en el proceso y el resultado útil de la jurisdicción...”; Y para Roberto Omar Berizonce “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas encuentra sustento en el deber de colaboración de las partes, que asienta y se desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal, tanto como en el deber de decir la verdad...”.

¹⁹² “No le asiste razón. Esta Sala ya ha sostenido que “en materia probatoria, el desconocimiento por la contraria de la prueba instrumental ofrecida por la contraparte no implica “per se” la descalificación de

Es decir, la Corte establece que el juez debe hacer una interpretación sistemática, en conjunto, armónica de todas las probanzas rendidas en un expediente judicial. Y que el objeto de este análisis total es llegar a la verdad y hacer justicia en el caso concreto.

Asimismo, la Corte considera que tanto el certificado de cobertura acompañado por el demandado, así como el recibo de pago a “Más Seguros Dipers SA”, en los cuales el demandado poseía cobertura y límite hasta \$4.000.000 pueden tenerse al menos como principio de prueba por escrito y ponderarse con el resto de las probanzas.

La Corte realiza en este caso, un análisis pormenorizado de las pruebas rendidas e incorporadas en el expediente: testimoniales, documentales, etc., como así también las presunciones y los principios de prueba por escrito. Ahora bien, les otorga mayor eficacia probatoria a las probanzas incorporadas por el actor y el demandado; y, en lo que hace al quid del tema que nos ocupa, le endilga mayor responsabilidad probatoria a la empresa aseguradora, en base a la normativa procesal y de fondo, y de Defensa del Consumidor¹⁹³.

El Tribunal entiende que, para desligarse de responsabilidad civil, la empresa aseguradora debía probar acabadamente sus alegaciones y, de hecho, era la que en mejores condiciones de hacerlo se encontraba. He aquí que la carga de la prueba se vuelve “solidaria” y deja de ser estática, para ser dinámica.

esa prueba como tal. El juzgador debe hacer una interpretación y merituación armónica de todas las probanzas rendidas -incluso las pruebas impugnadas- con el objeto de llegar a la verdad y hacer justicia en el caso concreto.” (causa 105.859 “Liderar Cía. Gral. de Seguros S.A. en J°84292/34032 Romero, Verónica L. c/Samso Bolaño, Esteban Alberto p/D. y P. S/Inc. Cas., 19/6/2014).

¹⁹³“...A ello se añade el juego de lo dispuesto en el art. 53 de la Ley 24.240, en tanto les exige a los proveedores un plus: aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (...) Destaco en este punto que la recurrente es una profesional en esta actividad, con superioridad técnica y jurídica en relación a quienes contratan sus servicios. Esta posición de desigualdad es equilibrada en el caso a partir de la aplicación estricta del art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor...”.

Antecedente necesario de este fallo, y resuelto también por la Suprema Corte de Mendoza, es el caso “*Liderar*”, en el cual también aplicó la teoría de las cargas probatorias dinámicas¹⁹⁴.

Es por ello -y respecto de la existencia del contrato de seguro- que a Escudo Seguros S.A. no le alcanza desconocer la documental aportada y negar la existencia del contrato de seguro, o desconocer al presunto productor. El Tribunal le exige que debe probar la falsedad de la documental y la inexistencia del referido contrato de seguro, ya que posee todos los medios para hacerlo, y al ser un ente “profesional” de la actividad, como así también tener acceso a toda la documentación y contabilidad, es quien se encuentra en mejores condiciones de aportar dichas probanzas¹⁹⁵.

En particular la Corte le achaca a la aseguradora el no haber realizado una formal denuncia penal por estafa, si el seguro como ella sostiene había sido vendido por un agente no autorizado por ella, y también le señala que debería haber aportado más pruebas como por ejemplo una nómina de los agentes autorizados por la aseguradora para vender sus seguros en la provincia de Mendoza.

Sumado a ello -y respecto del límite de cobertura-, la Corte de Mendoza aplica nuevamente la carga probatoria dinámica y la Ley de Defensa del Consumidor: si la empresa Escudo Seguros S.A. alega que el límite de cobertura se limita sólo a \$300.000, y máxime la póliza es un documento que la misma emite unilateralmente, recae sobre la misma la obligación de probar tal extremo. Es decir, debió haber ofrecido los medios

¹⁹⁴LS 384-156, LS 303-093. En el mismo sentido, “García Frosio, Cristian J. c/Liderar Cia. General de Seguros S.A. s/Daños y Perjuicios”, Cám. Apel. Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II (13 de julio de 2006).

¹⁹⁵“*Tales circunstancias, no hacen más que poner en cabeza de la compañía de seguros demandada la acreditación de aquel hecho, carga de la que además tampoco debió desentenderse, ya que en el moderno derecho procesal se atenuaron las reglas absolutas en la materia, por el contrario, predomina el principio de las “cargas probatorias dinámicas”, según el cual la acreditación del hecho controvertido se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, es decir, no hay preceptos rígidos, sino la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto (PEYRANO, Jorge; Chiappini, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 107-1005; PEYRANO, Jorge, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 1991-B, 1034; esta CNCom, esta Sala A, 30.09.96, “Frinca S.R.L. c. Arinda de Viola, Aurora s. ordinario”) (“Navarro, Eliana Luján c. Agrosalta Coop. de Seguros Limitada”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 15/02/2008, DJ 16/07/2008, 792; DJ 2008-II, 792).*”

de prueba que superaran o desvirtuaran las probanzas aportadas por el actor y el demandado¹⁹⁶.

B) RECEPCIÓN NORMATIVA DEL INSTITUTO

Es dable aclarar que las cargas probatorias dinámicas, antes de la sanción de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, eran sólo construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Fueron incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación y, consecuentemente, en el Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza¹⁹⁷.

Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza

La doctrina explicada, ha tenido recepción tanto en los artículos iniciales, como el artículo 46º que establece los Deberes y Facultades de los Jueces: *“1.- Sin perjuicio de los deberes y facultades que en otras disposiciones de este Código y en las leyes de organización judicial se atribuyan a los jueces, éstos tienen las siguientes: 13) VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR EL SISTEMA DE CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS. Si decide utilizar o deba recurrir a esa forma de distribución, en el caso en que lo establezcan las leyes sustanciales, deberá cumplir con las reglas establecidas al respecto por este Código.”*

¹⁹⁶“...Si la Aseguradora pretendía demostrar otro tipo de limitaciones, debió acreditarlo, mas no acompañando otra póliza, con una vigencia y condiciones distintas cuyo valor probatorio se encuentra sumamente disminuido, al ser un documento expedido unilateralmente por ella y que se contradice con el que fue entregado al asegurado en las circunstancias ya mencionadas, en tanto éste no está en condiciones de controlarlo. La recurrente debió, por tanto, producir prueba cuya eficacia convictiva supere la fuerza de los elementos de convicción arrojados por quien se encuentra en una situación de flagrante inferioridad -ya sea el consumidor asegurado o la víctima que sufrió el daño-, de conformidad con la exigencia del art. 53 de la LDC”.

¹⁹⁷“Las cargas probatorias estáticas estaban establecidas en el código anterior y en el actual código se mantienen en el art. 175... Ahora debía analizarse la incorporación de la distribución de la actividad probatoria por medio de las cargas probatorias dinámicas. Existía alguna duda sobre incorporar este método de distribución (que parte está en mejores condiciones de probar). Sin embargo, ello fue zanjado por el Código civil y comercial sancionado en el 2015, donde se las consagra en varios de sus artículos, otorgándole institucionalidad a este instituto”. RAUEK DE YANZÓN, INÉS (DIR.)- CANELA R., PATRICIA BEATRIZ (COORD.) (2018), “Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, Anotado, Comentado y Concordado por la Comisión Redactora y colaboradores especiales”. Mendoza: Ed. ASC, p. 598/599.

Posteriormente, se establece expresamente su trámite en el artículo 166º *“Carga Probatoria Dinámica”*: *“Una vez trabada la litis, de acuerdo a la naturaleza del proceso, las cuestiones a probar y la legislación de fondo, el Juez puede distribuir la carga de la prueba, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. En el auto que ordene la carga probatoria dinámica, fijará un plazo para ofrecer nuevos medios de comprobación, el que no podrá ser superior a diez (10) días. Del nuevo ofrecimiento se dará vista a la contraria. El auto será apelable en forma abreviada y sin efecto suspensivo.”*

La aplicación de dicho instituto podrá ser solicitada por cualquiera de los litigantes o dispuesta por el juez en uso de sus facultades. El juez podrá comunicar a las partes que ha optado por aplicar las cargas probatorias dinámicas, hasta tanto exista en el proceso prueba pendiente de producción. Hacerlo después violaría garantías constitucionales, e incurriría en lo que algunos autores llaman *“arbitrariedad sorpresiva”*.

En cuanto a la apelabilidad que prevé el art. 166, creemos que es incompatible con el espíritu del C.P.C.C.yT.; que viene a intentar otorgar mayor celeridad a los procesos mediante la concentración de ciertos actos procesales.

Código Civil y Comercial de la Nación

En el artículo 710, *“Principios relativos a la prueba”* aplicables a los procesos de Familia¹⁹⁸; y más adelante, en el artículo 1735, que habla de las *“Facultades de los Jueces”*, donde expresa más claramente la teoría de las cargas probatorias dinámicas: *“No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.”*

¹⁹⁸Artículo 710 C.CyC.N.: *“Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.”*

4. CONCLUSIÓN

Cuando una de las partes en un proceso se halla en mejor situación que la otra parte para aportar, producir u obtener la prueba que hace al descubrimiento de la verdad objetiva en el proceso, el juez puede ordenar la carga probatoria dinámica, que quiere decir que el peso de probar no solo recaerá sobre el litigante que haya alegado el hecho o la norma de la cual pretende valerse sino más bien sobre la parte que se encuentre en mejor posición de probar, tal como ha ocurrido en el caso analizado en este trabajo.

En conclusión, la Corte dicta una sentencia justa y acorde a derecho a la fecha de su dictado. Toda vez que hace recaer el peso probatorio sobre la parte que en mejores condiciones estaba de probar los hechos controvertidos: la compañía aseguradora. El Superior Tribunal de la Provincia hizo una aplicación integradora de jurisprudencia existente, de las normas de defensa del consumidor y de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Ahora bien, la mentada teoría actualmente posee recepción normativa, tanto en la ley de fondo como en la de forma, por lo que sólo será justa y procesalmente válida su aplicación, siempre y cuando se reúnan los requisitos requeridos establecidos por las leyes. Esto nos permitirá obtener sentencias más cercanas a la verdad jurídica objetiva, transitando un proceso enmarcado en la solidaridad, colaboración y buena fe procesal.

NUEVA CONDENA A LA ARGENTINA POR LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE RECURRIR UN FALLO

NAHUEL AGUSTÍN BENTO¹⁹⁹

RESUMEN (ABSTRACT)

Se realizó un análisis al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Gorígoitia vs. Argentina”, donde se condena a la Argentina por la violación del derecho a recurrir un fallo (art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH) y por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) en relación a la garantía aludida. Se establecen conceptos sobre el derecho a recurrir y la incorporación de Tratados Internacionales a la Constitución Argentina.

Se observaron fallos en concordancia a dicha sentencia. Para concluir, la Corte Interamericana consolidó su jurisprudencia y reafirmó su posición como último intérprete de los derechos y garantías judiciales establecidas en la CADH.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fallo “Gorígoitia vs Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en relación a la aplicación de la *garantía judicial de recurrir un fallo*, contenida en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰⁰. Interesa destacar varias cuestiones de índole constitucional y procesal, determinar si el fallo de la Corte IDH respeta una línea jurisprudencial constante sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h de la CADH, que ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al derecho a recurrir

¹⁹⁹Abogado con orientación en Derecho Penal y Procurador egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Doctorando de la Carrera de “Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, de la Universidad de Mendoza. Maestrando en la carrera de “Justicia Constitucional y Derechos Humanos” de la Universidad Alma Mater de Bolonia, Italia. Maestrando en la carrera de “Derecho Procesal” de la Universidad Nacional de Rosario. Secretario de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, ex Jefe de Despacho - Relator en Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Mendoza. Adscripto a las cátedras de Criminología y Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Mendoza. Contacto: nahuelagustin7@gmail.com

²⁰⁰Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita el 22 de noviembre de 1969 en el marco de la Conferencia de la Organización de Estados Americanos. En Argentina entró en vigor el 18 de julio de 1978.

una sentencia y si la normativa procesal argentina se ha ajustado a lo establecido en la CADH.

2. EL CASO²⁰¹

En los hechos, el Sr. Oscar Raúl Gorigoitia, Sargento Ayudante de la Policía de Mendoza, fue detenido (31 de agosto de 1996) y, luego de ser acusado de haber dado muerte por la espalda a un hombre en medio de una confusa persecución policial, fue condenado por la Cámara Primera de Mendoza por homicidio simple (art. 79 Código Penal) a 14 años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término²⁰².

Frente a este fallo, la defensa del Sr. Gorigoitia en fecha 29 de septiembre de 1997, interpuso recurso de casación. La Cámara Primera concedió el recurso y elevó las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, donde la Sala Segunda rechazó el recurso por falta de motivación y determinación concreta del agravio. Luego, el 24 de febrero de 1998 la defensa interpuso recurso extraordinario federal (REF), frente al cual el Procurador General de la Suprema Corte de Mendoza dictaminó que procedía el remedio para no violar el debido proceso e invocó el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante ello, el 31 de marzo de 1998 la Suprema Corte de Mendoza rechazó el recurso extraordinario. Ante la denegatoria del REF, la defensa de Gorigoitia interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fue desestimado el 6 de agosto de 1998.

El 19 de enero de 1999 se presentó petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien años más tarde (16 de marzo de 2018) lo sometió a jurisdicción de la Corte Interamericana.

La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado de Argentina por *violación al derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*, en virtud de la inexistencia de un recurso ordinario que permitiese la revisión integral de una sentencia condenatoria (art. 8.2.h

²⁰¹http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf

²⁰²"F. c/ Gorigoitia Oscar Raúl p/ Homicidio Simple" y su acumulada. Cámara Primera del Crimen (12 de septiembre de 1997).

de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) en contra del Sr. Gorioitía, en el marco del proceso penal llevado a cabo en el año 1997; y por *violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno* (art. 2 CADH), en relación a la garantía prevista en el mencionado art. 8.2.h.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

En primer término, se analizará la violación al derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.h de la CADH) y, en segundo lugar, la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) en relación a la garantía supra mencionada.

A) VIOLACIÓN AL DERECHO A RECURRIR ANTE TRIBUNAL SUPERIOR

La Corte IDH, mediante el presente caso, reafirmó su doctrina sobre el alcance, contenido y estándares que deben ser observados para cumplir con la garantía contenida en el art. 8.2.h de la CADH²⁰³.

El Tribunal en el párrafo 48 de la sentencia establece: *“el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”*; ello de manera independiente a la denominación que se le dé al medio impugnativo. Asimismo, refiere que el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior consiste en una garantía mínima y primordial, y con cita en sus sentencias anteriores, dejó en claro que, *“se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía”*²⁰⁴, sumado a que *“el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado”*²⁰⁵ ya que la *“condena es la manifestación del ejercicio del*

²⁰³Artículo 8. *Garantías Judiciales. 2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

²⁰⁴Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158.

²⁰⁵ Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párrs. 92 y 93.

*poder punitivo del Estado*²⁰⁶. La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal²⁰⁷.

Señalado ello, la Corte IDH observó que, en el caso bajo estudio, el recurso de casación era el previsto por el Código Procesal de Mendoza en su art. 503 para impugnar una sentencia de condena pero que los agravios de la defensa se encontraron condicionados por las causales de procedencia de dicho recurso, lo que no permitiría la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias por un tribunal superior. Es decir, para el Tribunal Interamericano el derecho al recurso debe ser amplio e involucrar no solo la doble instancia, sino el doble conforme, en el cual el órgano revisor pueda realizar un amplio control del fallo que incluya cuestiones de hecho, prueba y jurídicas que pudieran haber derivado en un error de la sentencia.

Al hablar del derecho a recurrir un fallo, debemos dejar en claro varios conceptos. En primer lugar, se trata de una garantía y debe entenderse por garantía a los *“instrumentos, procedimientos o mecanismos de seguridad creados por la Constitución que garantizan el ejercicio de los derechos reconocidos a las personas”*²⁰⁸.

En segundo lugar, los recursos surgen con fundamento en la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, y se pueden conceptualizar como medios de impugnación que ponen en marcha una instancia de revisión con el objeto de modificar o revocar un fallo judicial. Esto llevará a que existan dos fallos, uno del tribunal revisado y otro del tribunal que revisa, redactados en igual sentido lo que respeta el derecho al doble conforme.

Llegado este punto, debemos diferenciar la “doble instancia” que involucra el derecho a recurrir y comprende las resoluciones de dos tribunales, pero sin ser requisito que ambas resoluciones estén redactadas en igual sentido, y el “doble conforme”, debido a

²⁰⁶Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 255.

²⁰⁷Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 171.

²⁰⁸LUNA, EDUARDO F. (2017), *“Manual de Derecho Constitucional”*, Mendoza: Ed. Universidad de Mendoza, p. 230.

que el segundo tiene un alcance más amplio y es el que se adecúa a lo previsto en el art. 8.2.h de la CADH según la jurisprudencia de la Corte IDH.

Es así que, el doble conforme debe ser entendido como, el principio en virtud del cual, toda resolución debe ser conocida por dos Tribunales diferentes que fallen en igual sentido, para otorgar mayor credibilidad como acto jurisdiccional válido del Estado y permita la ejecución legítima de una pena contra un ciudadano, además de otorgar mayor seguridad y tutela a los derechos de un imputado.

La garantía del derecho al recurso no encuentra formulación expresa en nuestra Constitución Nacional, no obstante podría considerarse un derecho implícito (art. 33 CN), pero sí integra el bloque de constitucionalidad desde la reforma constitucional del año 1994 donde se le reconoció jerarquía constitucional a diferentes instrumentos de derechos humanos, entre ellos la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁹ y la Convención Internacional de los Derechos del Niño²¹⁰, que receptan la garantía del derecho al recurso en sus respectivos arts. 8.2.h, 14.5²¹¹ y 40.2.b.V.²¹²

Ello llevará aparejado la aparición de *“nuevos actores, como la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reclaman para sí una participación decisiva en la interpretación, cumplimiento y garantía de los derechos humanos plasmados en los tratados”*²¹³.

Por lo tanto, la garantía del derecho al recurso contiene la facultad de que el encausado penalmente recurra de manera amplia (dimensión fáctica y jurídica) la sanción penal que se le haya impuesto ante un nuevo tribunal.

²⁰⁹Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966. En Argentina entró en vigor en 1986.

²¹⁰Firmada el 20 de noviembre de 1989 (aprobada mediante Ley N° 23.849 (Promulgada en la Argentina el 16/10/1990).

²¹¹PIDCyP art. 14, inciso 5º: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y a la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley”*

²¹²CIDN art. 40 2. b) V.: *“Si se considerare que se ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial conforme la ley”*.

²¹³AMAYA, JORGE A. (2019), *Un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia Judicial, El debate sobre la última palabra*, Buenos Aires: La Ley, p. 1.

B) VIOLACIÓN AL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

La Corte IDH condena a la Argentina por la violación del art. 2 de la CADH²¹⁴ -en relación con el art. 8.2.h de la CADH-, en virtud de que las normas del Código Procesal Penal de Mendoza que regulan el recurso de casación (ley 1.908 vigente al momento de los hechos, art. 503²¹⁵) no permiten la revisión de cuestiones fácticas o probatorias por un tribunal superior, es decir, es un recurso procesal restringido a lo meramente jurídico lo que no posibilita una revisión amplia de la sentencia. Advierte también la Corte IDH que el Código Procesal Penal de Mendoza fue derogado por la ley 6.730 del año 1999 (modificada por la ley 9.040²¹⁶ del año 2018), que en su art. 474²¹⁷ regula la procedencia del recurso de casación de manera sustancialmente idéntica a la del antiguo art. 503.

El Estado alegó que los tribunales deben aplicar la doctrina elaborada en el “Fallo Casal”²¹⁸ en materia de revisión de un fallo condenatorio, no obstante ello, la Corte IDH concluye que el Estado Argentino incumplió con la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana en relación con el artículo 8.2.h del mismo instrumento, e impuso como medida de no repetición el deber de adecuar el ordenamiento jurídico a

²¹⁴Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

²¹⁵Artículo 503 - *El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación.*

²¹⁶La Ley No. 9.040, crea el Fuero Penal Colegiado, en el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, fue publicada el 1 de febrero de 2018 transformó a las Cámaras del Crimen, como la Primera Cámara, y los juzgados, como el Juzgado de Instrucción, en tribunales y juzgados colegiados penales, respectivamente y replantearon sus competencias.

²¹⁷Artículo. 474.- *Motivos. El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación.*

²¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 20 de septiembre de 2005 en la causa “Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa”. En dicho fallo se estableció que “(...) en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”.

los parámetros establecidos en la sentencia, dentro de un plazo razonable. Ello, en virtud de la similitud con el caso “Mendoza y otros Vs. Argentina”²¹⁹ donde se cuestionaron artículos del Código Procesal Penal de la Nación, se le ordenó al Estado que los jueces ejerzan un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho a recurrir un fallo conforme al art. 8.2.h de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Llegado este punto, cabe resaltar en cuanto a la normativa federal que, el nuevo Código Procesal Penal Federal, de tinte acusatorio, aprobado por ley nro. 27.063²²⁰ (modificado por ley 27.482²²¹), establece en su art. 21²²² el *Derecho a recurrir* y en el art. 364²²³ el *Doble conforme*, es decir, el nuevo código de forma recepta el derecho a recurrir de manera amplia una resolución y la doble conformidad judicial como garantía en favor del imputado.

En relación al art. 2 de la CADH, el mismo contiene el deber general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella consagrados. Puede implicar tanto la supresión como la expedición de normas y prácticas del país para que resulte en la efectiva observancia de las garantías y derechos establecidos en la Convención. En este sentido, *“todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”*²²⁴ de manera tal que, *“la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”*²²⁵.

Para finalizar, cabe destacar que, la Corte IDH otorga un plazo razonable para que el país, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, adopte las disposiciones

²¹⁹Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, Punto Resolutivo 22 y párrs. 301-303.

²²⁰Promulgada: diciembre 9 de 2014.

²²¹B.O. 7/01/2019.

²²²CPPF art. 21: *“Derecho a recurrir. Toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal que se le haya impuesto ante juez o tribunal con facultades amplias para su revisión”*.

²²³CPPF art. 364: *“Doble conforme. Si la impugnación de la sentencia fuere promovida por el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante y fuera adversa para el imputado, este podrá solicitar su revisión”*.

²²⁴Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

²²⁵Caso *Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 340.

necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos y libertades contenidos en la Convención, en el caso bajo estudio el derecho a recurrir un fallo contenido en el art. 8.2.h.

4. CONCLUSIÓN

Luego de analizar el caso “Gorigoitía Vs Argentina”, en primer lugar, en relación al derecho a recurrir un fallo, podemos cerrar con un silogismo al decir, la garantía amplia del derecho al recurso se encuentra plasmada en los artículos: 8.2.h de la CADH, 14.5 del PIDCyP y 40 2. b) V. de la CIDN; las Convenciones Internacionales gozan de jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994; por lo tanto, el derecho al recurso goza de jerarquía constitucional. Con ello dejamos en claro que, el convencional constituyente optó por la regla del doble conforme como derecho que posibilite una revisión del fallo tanto de los hechos y pruebas, como de la faz jurídica.

En segundo lugar, en cuanto al deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el efectivo goce de los derechos y libertades contenidos en la CADH, se cumple al compatibilizar la legislación nacional y provincial con las disposiciones contenidas en el instrumento de derechos humanos que goza de jerarquía constitucional.

RESUMEN (ABSTRACT)

La Cámara Federal de Casación Penal concedió el arresto domiciliario a una mujer teniendo en consideración la situación extraordinaria derivada de la pandemia declarada por la aparición del virus COVID-19, más allá de encontrarse acreditadas las circunstancias objetivas que permiten presumir la existencia de riesgo procesal.

El fallo demuestra cómo los jueces adoptaron una decisión acorde a las necesidades emanadas de un momento excepcional, dándole prevalencia a los requerimientos que demanda una realidad determinada, dejando de lado el rigorismo formal propio de las normas procesales.

1. INTRODUCCIÓN

La Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal dispuso conceder la prisión domiciliaria a una mujer por considerar que se encontraba en situación de riesgo.

Se destacó el particular contexto mundial por el que se atraviesa, lo que ocasiona dificultades que repercuten en todos los ámbitos y que hacen necesario el esfuerzo de toda la sociedad y exigen respuestas de todos los poderes del Estado.

Así, los jueces se encuentran comprometidos, en el ámbito de sus funciones y competencias, a tomar todas las decisiones que coadyuvan con esta situación excepcional causada por la pandemia desatada por el virus COVID-19. Particularmente, a tomar las medidas necesarias e impostergables en resguardo de la salud de las personas detenidas.

El análisis del fallo debe formularse desde una perspectiva igualitaria de género. En particular, se tuvieron en cuenta las “Reglas de Bangkok” y las IV y VI Recomendaciones

²²⁶Abogada. Egresada de la Universidad Nacional de Cuyo. Relatora y Secretaria Penal Ad Hoc de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes Procesalistas, Delegación Mendoza. Diplomada en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad del Aconcagua. Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Coautora de obra colectiva de interés jurídico. Contacto: lourdes.battagion@pin.gov.ar

del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles referidas a Género en contextos de encierro y a los derechos de las mujeres privadas de la libertad y al Derecho a la salud.

2. EL CASO²²⁷

Stella Maris M. fue requerida a juicio en carácter de coautora del delito de tráfico de estupefacientes –en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización – agravado por la intervención de tres o más personas organizadas, en concurso real con el delito de tenencia ilegítima de arma de fuego.²²⁸

La defensa de la nombrada solicitó su excarcelación considerando que no existía riesgo procesal conforme las previsiones de los artículos 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063).

El representante del Ministerio Público Fiscal al contestar la vista conferida dictaminó en sentido negativo, atento a la elevada pena con la que se conmina el delito imputado a la encausada y al hecho de que registra un antecedente condenatorio por infracción a la Ley 23737.

Al momento de resolver, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín (provincia de Buenos Aires) con fecha 27 de diciembre de 2019, denegó la excarcelación oportunamente solicitada a favor de Stella Maris M.

Los integrantes del Tribunal tuvieron en cuenta la escala punitiva del delito enrostrado a la procesada, así como los riesgos procesales existentes.

Contra dicha resolución, la Sra. Defensora Pública Oficial interpuso recurso de casación, haciendo alusión a las condiciones de detención de su pupila en ese momento. Destacó en particular que se encontraba privada de su libertad desde hacía casi dos años, que es madre de dos hijos – siendo su hija mayor quien se ocupa de la crianza del niño – y que padece cáncer de mama.

Admitido formalmente el recurso y elevado a la Cámara Federal de Casación Penal, se presentó en primer término el Fiscal ante esa instancia solicitando la confirmación de la

²²⁷“M. Stella Maris s/recurso de casación”. Cámara Federal de Casación Penal, Sala de FERIA (27 de marzo de 2020) <https://derechopenalonline.com/coronavirus-mujeres-encerradas-en-situacion-de-riesgo-arresto-domiciliario>

²²⁸Arts. 5 inc. c) y 11 inc. c) de la Ley 23737 y Arts. 45 y 189 bis inc. 2) del Código Penal.

resolución resistida y, en consecuencia, el rechazo del remedio procesal articulado. Seguidamente el Sr. Defensor presentó el informe sustitutivo de la audiencia, exponiendo los fundamentos en los que se cimenta su solicitud.

Dicho Tribunal, por mayoría, hizo lugar al recurso de casación, revocando la decisión recurrida y concediendo el arresto domiciliario a Stella Maris M. Asimismo encomendó al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Martín N°4 que adopte los recaudos que permitan descartar – por el momento- la presencia de COVID-19 en la causante con el objeto de mejor coadyuvar a las medidas de prevención adoptadas por el Poder Ejecutivo y con la urgencia que el caso requiere fijar pautas y condiciones para hacer efectiva la medida morigerada.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A) BREVES CONSIDERACIONES DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

El magistrado preopinante, Dr. Gustavo Hornos, inicia su exposición efectuando una prieta síntesis respecto a la prisión preventiva como medida cautelar excepcional dirigida a la consecución de los fines procesales de evitar la fuga del imputado y /o el entorpecimiento de la investigación.

Tal afirmación surge tanto de la propia Constitución Nacional como de la legislación supranacional incorporada a ella (art. 75, inc. 22 CN), la cual a través de las disposiciones de la CADH (art. 7), la DUDH (art. 9), la DADDH (art. XXV) y el PIDCP (art. 9) reconoce expresamente el derecho a la libertad ambulatoria, el cual sólo podrá ser restringida de manera excepcional²²⁹, únicamente por las causales y en las condiciones previamente fijadas por las leyes y bajo las formas o procedimientos prescriptos en ellas, fuera de los cuales serán ilegales o arbitrarias.

El principio de inocencia protege al ciudadano en el terreno de las normas penales y procesales, actuando como garantía limitadora del accionar punitivo del Estado.

Se hace referencia a las pautas concretas contenidas en el nuevo Código Procesal Penal Federal para regular las restricciones a la libertad durante el proceso penal.

²²⁹“Tibi vs. Ecuador”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (7 de septiembre de 2004); y “Acosta Calderón vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de junio de 2005).

La Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo de Implementación del Código Procesal Penal Federal (B.O. 19/11/2019) dispuso, en su artículo 1, la implementación de los de los artículos 19, 21, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del mencionado cuerpo legal para todos los tribunales con competencia en materia penal de las jurisdicciones federales del territorio nacional, brindando criterios concretos y uniformes a fin de evitar situaciones de desigualdad entre los justiciables de distintos lugares.

Así se establecieron, en los artículos 16 y 17, pautas concretas para regular las restricciones a la libertad durante el proceso penal, consintiendo dicha limitación en caso de que se encuentre acreditado el riesgo procesal de fuga o de entorpecimiento de la investigación, realizando una descripción de ambos supuestos en los artículos 221 y 222.

En el artículo 210 se instituyó un catálogo de medidas de coerción personal al que se puede recurrir para asegurar la realización del proceso. Se trata de once medidas cuya gravedad e intensidad se va acrecentando hasta llegar a la prisión preventiva, siendo ésta la última y más severa.

En el caso bajo análisis, los jueces del Tribunal denegaron el beneficio de la excarcelación solicitada a favor de Stella Maris M. teniendo en cuenta la escala punitiva correspondiente al delito que se le reprocha la cual no permitiría, en caso de recaer condena en su contra, acceder a una pena de ejecución condicional; el tiempo de detención, que no resultaba excesivo ni irrazonable y los riesgos procesales existentes.

B) DERECHOS HUMANOS Y LOS FINES DEL PROCESO

No puede desconocerse que el derecho procesal penal sufrió una profunda transformación a partir de la incorporación constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la CN), representado por un nuevo paradigma de enjuiciamiento. El desafío se centra en la posibilidad de armonizar la legislación nacional con las disposiciones de los tratados y los organismos internacionales²³⁰, resguardando

²³⁰“Cuando un tratado (...) obliga a los Estados partes a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas de otro carácter se hallan las sentencias...”, expresa BIDART CAMPOS (El art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y los derechos humanos en la obra de ABREGÚ, MARTÍN Y COURTIS, CHRISTIAN (1997), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Buenos Aires: Editores del

los derechos tanto de la víctima como del acusado en el transcurso del proceso, teniendo como principio rector la dignidad humana²³¹.

En este contexto, y teniendo en miras lo atinente a la presente causa, el fallo ofrece especial reparo en los derechos de las personas en situación de encierro, destacando la necesidad de reforzar los dispositivos de promoción y protección de los mismos.

Entre esos derechos fundamentales que demandan el mayor amparo se encuentra indudablemente el derecho a la salud, el cual debe ser garantizado por el Estado a todas las personas privadas de su libertad mediante una adecuada atención sanitaria²³².

Sin embargo, se advierte el limitado acceso a los insumos que permitan la prevención y tratamiento de enfermedades infectocontagiosas habituales en el encierro, debido al alto grado de vulnerabilidad ocasionado por la superpoblación carcelaria debido al 'hiper encarcelamiento', el cual impide la implementación de medidas de higiene básicas dando lugar al hacinamiento.

En lo que atañe a la situación de emergencia recientemente declarada como consecuencia de la pandemia desatada por la propagación del virus COVID-19, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el Comunicado 66/20 requiere a los Estados enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas urgentes para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia.²³³

Puerto, p. 84. También "Ekmekdjian c/Sofovich". Corte Suprema de Justicia de la Nación, JA, t. 1992-III, p. 194.

²³¹"Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana". "Velásquez Rodríguez". Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de julio de 1988).

²³²En cuanto a la normativa protectora de los Derechos Humanos se encuentra la obligación de los Estados de garantizar este aspecto (art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Informe de la CIDH en el caso 12.739; Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Mandela), etc.

²³³Washington, DC, 31/3/2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp> y Resolución N° 1/2020 "PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS"

Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, estas evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables.

Ante esta situación de extrema complejidad, donde coexisten diversos intereses, corresponde analizar y valorar a cuáles debe concedérsele prevalencia.

Si, por un lado, como medio de garantizar los fines del proceso penal – persecución y sanción de delitos - se ha dispuesto la prisión preventiva de una persona por considerar que es la medida cautelar más apropiada en el caso concreto y, por el otro, surgen circunstancias extraordinarias que amenazan gravemente la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, especialmente las privadas de su libertad – en el caso, la salud – surge el dilema de elegir o armonizar entre ambos intereses.

Es decir, se debe asegurar el fin del proceso a cualquier costo o, por el contrario, se debe resguardar la vigencia de los Derechos Humanos a riesgo de que aquél pueda verse eventualmente frustrado. Aquí entra a jugar la valoración y discrecionalidad judicial, la cual debe tener como punto de partida el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas.

C) SITUACIONES EXCEPCIONALES

El contexto en que la Cámara Federal de Casación Penal emite su fallo es la propagación mundial del virus COVID-19, catalogada como pandemia por la OMS debido a los “niveles alarmantes de propagación y gravedad”, lo que motivó al Poder Ejecutivo a decretar la “Emergencia Sanitaria” (B.O. 12/03/2020) y, posteriormente, el DNU 297/2020 (B.O. 19/02/2020) disponiendo “...la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio...”.

En consonancia con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 6/2020 encomendó a los magistrados judiciales a llevar a cabo todos los actos procesales que no admitan demora o medidas que de no

practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable (art. 3), destacando que se deberá tener especial consideración, entre otras cosas, las siguientes materias: “a) penal: cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas...”(art. 4).

Ingresando al estudio de la cuestión a decidir, la CFCP entiende que las particulares circunstancias del caso traído a su conocimiento y decisión, y la situación extraordinaria derivada de la pandemia, requiere la adopción de una solución distinta a la adoptada por el TOCF N°4 de San Martín, habilitando a la adopción de una medida alternativa al encarcelamiento preventivo y menos lesiva.

Para ello se tuvo en cuenta que Stella Maris M. se encontraría dentro de la población que posee un alto riesgo de contagio, además de dar primacía, en este contexto, al Interés Superior de su hijo de 9 años de edad.

Si bien se destaca que la mujer no integra el listado de personas en situación de riesgo elaborado por el Servicio Penitenciario Federal, resulta imprescindible realizar un “análisis sensato, sensible y razonado” acerca de la posibilidad de morigerar la medida de encierro que aquélla viene sufriendo. Se resalta que la problemática del presente caso requiere una visión con perspectiva de género, que resguarde el derecho a la salud de las mujeres privadas de su libertad y que contemple el Interés Superior del Niño, debiendo gobernar el principio constitucional de trascendencia mínima de la pena.

No desconoce la Cámara que el tribunal *a quo* fundó su decisión en base a datos objetivos que permiten acreditar fehacientemente la existencia de riesgos procesales, y que permiten asegurar que la encausada podría entorpecer o eludir el accionar de la justicia. Empero la situación extraordinaria que actualmente amenaza a la sociedad hace indispensable una nueva valoración de los intereses en juego, sumado a las afirmaciones de la defensa respecto al estado de salud de la encausada.

No queda claro en el caso si Stella Maris M. en la actualidad padece de cáncer de mama. Tal vez este hecho es la que lleva al Dr. Barroetaveña a fallar en el sentido que lo hizo, estimando que las actuaciones debían volver a la anterior instancia a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento acorde a la constatación de los extremos que permitan corroborar tal circunstancia al tiempo de resolver.

Sostuvo el magistrado que, en el decisorio cuestionado, el tribunal *a quo* aseveró que conforme el legajo de identidad personal de Stella Maris M. en fecha 10 de octubre de 2019 el informe médico indicó el resultado normal de los estudios realizados. Es decir, que se descartaría la grave enfermedad que alegaba padecer.

A mi entender, los jueces se encontraron con un dilema que requería tomar una decisión sin dilaciones. Por un lado, la Defensora Oficial ante la CFCP alegó que su defendida padece dicha patología y, por otro, del informe médico obrante en la causa surgía que de los estudios realizados a la encausada - y en los que se fundó la resolución de la anterior instancia -no surgía en la actualidad la mentada enfermedad.

Sin embargo, dicho informe es de fecha 10 de octubre de 2019, es decir, de hace más de 5 meses, por lo que en la Instancia Superior los miembros del tribunal decidieron tener por cierto lo alegado por la defensa - o cuanto menos dudoso o probable –debido a que la urgencia de la situación y las graves consecuencias que acarrearían a la salud de la mujer la posibilidad de contagio, no admitía demoras.

No cabe duda respecto a que la declaración de la pandemia mundial genera un panorama definitivamente de emergencia y singularidad que dará paso a planteos y requerimientos de los más diversos, que exigirán de respuestas y soluciones concretas en cada caso particular, acorde a las exigencias que estos tiempos demandan y las cuales deberán ser inmediatas, prácticas, dinámicas, urgentes, conciliadoras e, imprescindiblemente, innovadoras.

4. CONCLUSIÓN

La decisión judicial es mucho más que una aplicación mecánica de normas. La justicia, valores y objetivos de la misma no pueden definirse sólo en función del derecho, ni por fuera de la realidad, es decir, de la interacción entre hechos, interpretaciones y valores.

Tal vez las normas aplicables al caso se habían vuelto demasiado formales, y no daban respuesta (justa) a los requerimientos que demandaba la situación excepcional y de emergencia que se está transitado.

Particularmente considero que el interrogante debe centrarse en si la norma de derecho procesal es aplicable a la realidad social que se pretende regular, no sólo desde el punto de vista estructural, sino también social, cultural, histórico, etc.

Resulta arriesgado para los jueces la toma de ciertas decisiones - especialmente cuando de medidas cautelares se trata - sobre todo cuando conciernen a algún caso con notable trascendencia social o cargado de connotaciones ideológicas o respecto de algún delito especialmente repudiado. Lo cierto es que, aún bajo dichas circunstancias, no debe perderse de vista que se está decidiendo sobre la vida de las personas, por lo que debe primar la salvaguarda de sus derechos fundamentales so pena de verse comprometida la finalidad del proceso.

MARÍA PAULA ARTAC²³⁴

RESUMEN (ABSTRACT)

A partir de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que declaró prescripta la acción por cobro de beneficio por invalidez a raíz de un seguro colectivo, pretendemos analizar el dies a quo tenido en cuenta y la normativa aplicable en materia de prescripción, poniendo especial relevancia a la relación jurídica de consumo que vincula a las partes.

1. INTRODUCCIÓN

En setiembre del 2019, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza hizo lugar parcialmente a un recurso extraordinario y declaró prescripta la acción interpuesta por una empleada contra Sancor Coop. de Seg. Ltda. A través de ella se pretendía el cobro del beneficio de incapacidad total y permanente por enfermedad, en virtud del seguro de vida colectivo contratado por el Poder Judicial, aplicando el art. 50 de la Ley 24.240 en su redacción anterior.

La idea del presente trabajo es ahondar en el análisis del fallo, como punto de partida para vislumbrar las distintas posturas jurisprudenciales que se han ido desarrollando a raíz de las variaciones normativas de nuestro régimen legal, identificando las relaciones que se entablan entre el contrato de seguro, el régimen protectorio del consumidor y el instituto de la prescripción liberatoria.

Asimismo, ante tan variada doctrina y jurisprudencia, trataremos de responder al siguiente interrogante, ¿qué posibilidades encontramos ante un escenario tan complejo?

²³⁴Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. Primera escolta de la Bandera Nacional 2014. Diplomada en Derecho Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (Ley 9001), Universidad del Aconcagua. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Comisión de Jóvenes, Delegación Mendoza. Contacto: artacpaula@gmail.com

2. EL CASO²³⁵

La parte actora promueve demanda de consumo contra Sancor Cooperativa de Seguros Ltda., por el cobro del beneficio de incapacidad total y permanente por enfermedad, en virtud del seguro de vida colectivo contratado a su favor con el Poder Judicial de Mendoza, durante la vigencia de la relación laboral.

Cabe decir que, la accionante prestó sus servicios como empleada de éste hasta agosto del año 2013, fecha en que se adhiere al beneficio jubilatorio. Con posterioridad a ello, en noviembre del año 2017, la actora realiza un reclamo por el goce del beneficio por invalidez ante la aseguradora demandada, acompañando un certificado médico de fecha octubre del 2017, del cual resulta que padece una incapacidad del 97,21%. El mismo es rechazado mediante carta documento. Frente a ello, la parte actora interpone demanda, iniciando el presente proceso de consumo.

Al contestar, la demandada interpone excepción de prescripción de la acción. El Tribunal de Primera Instancia procede a su resolución, no posponiendo la misma al momento de la sentencia. Si bien no es el motivo principal de análisis de este trabajo, me remitiré brevemente a este punto.

El Juzgado *a quo* desestima la excepción de prescripción incoada por la demandada, considerando de consumo a la relación jurídica que une a las partes, y por lo tanto aplicable la prescripción trienal prevista por la anterior redacción del art. 50 de la Ley 24.240, fijando como *dies a quo* la fecha del informe médico acompañado, esto es octubre 2017.

Contra esta resolución, la parte demandada interpone recurso de apelación. La Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Provincia de Mendoza resuelve hacer lugar al recurso de apelación, y declarar prescripta la acción entablada por la actora, por considerar principalmente que, mal podría aplicarse el plazo de prescripción trienal que prevé la Ley 24.240 sin tener en cuenta el límite temporal de

²³⁵“Michaut María Silvia en J° 252.881/53.722 Michaut María Silvia C/ Sancor Cooperativa de Seguros Limitada P/ Proceso de consumo P/ Recurso Extraordinario Provincial”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (9 de Setiembre de 2019). http://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/todo/190909_Michaut.php#r090919

tres años desde la producción del siniestro que dispone la ley de seguros.²³⁶ Por lo que, teniendo en cuenta que el hecho, en este caso equiparable a la incapacidad, se configura en julio del 2013 (durante la vigencia de la póliza), a la fecha de la demanda ya han transcurrido sobradamente los tres años previstos por la Ley 17.418.

Es contra este decisorio que la actora interpone recurso extraordinario. La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia se refiere primeramente al *dies a quo*.

Incorpora en su fundamentación un elemento que no había sido tenido en cuenta por los tribunales que anteriormente entendieron en la causa, y es el cese de la relación laboral entre la actora y el Poder Judicial.

Expone que “el plazo de prescripción debe comenzar a contarse desde el siniestro que traduce la exigibilidad de la obligación (párrafo primero art. 58 L.S.). Excepcionalmente, cuando se invoque y pruebe un conocimiento posterior, esa es la fecha de inicio del plazo, salvo que en el interín se haya producido la extinción de la relación laboral que dio origen al contrato de seguro de vida colectivo, supuesto en el cual es esa fecha (cese de la relación laboral) la que marca el límite máximo hasta el cual puede posponerse el inicio del cómputo del plazo extintivo”.²³⁷

Aclarado el *dies a quo*, procede a analizar la normativa aplicable.

El Máximo Tribunal de la Provincia entiende que la solución viene dada por el anterior art. 50 de la Ley 24.240. Sin embargo, agrega que hipotéticamente si se pretendiera aplicar el plazo genérico quinquenal que prevé el art. 2560 del CCyCN, deberíamos acudir a la norma que resuelve el derecho transitorio en materia de prescripción, esto es el art. 2537 del CCyCN.

Siguiendo este razonamiento, al haber comenzado (en agosto 2013) y estar en curso el plazo trienal previsto por el anterior art. 50 de la Ley 24.240, no resultaría aplicable a

²³⁶ Art. 58 de Ley 17.418: “En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el siniestro”.

²³⁷ “Michaut María Silvia...” Apartado d). jurisp. cit. en referencia 2.

partir de su entrada en vigencia el art. 2560 del CCyCN, ya que se cumpliría previamente aquél (en agosto 2016).

Agrega que, en el caso que se pretenda aplicar la prescripción anual de la Ley 17.418 en razón de la modificación del art. 50 de la Ley de Consumidor ²³⁸por la Ley 26.994, debe computarse a partir de la entrada en vigencia de la misma, esto es agosto 2015, por lo que la acción prescribiría igualmente en agosto 2016.

En ambos casos, tanto en el caso en que la pretensión persiga la aplicación del plazo del art. 2560 del CCyCN como el plazo de la Ley 17.418, concluye en que la acción intentada se encuentra prescripta, aunque sea diversa la normativa aplicable.

Por último, admite parcialmente el recurso incoado por la actora únicamente en cuanto a la imposición de las costas por el orden causado, lo cual no es objeto de análisis en el presente.

3. ANÁLISIS DEL FALLO

A) EL NUEVO PROCESO DE CONSUMO Y LAS EXCEPCIONES PREVIAS

Una breve mención merece el hecho de que el fallo en análisis se enmarca dentro de las normas que regulan el proceso de consumo de mayor cuantía.

Esta figura ha sido recientemente recepcionada por el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. Se trata de un proceso con preminencia oral, plazos cortos, concentración de actos procesales y con especial enfoque en el aseguramiento de las garantías que la ley sustancial le reconoce al consumidor.²³⁹

Estas nuevas reglas han pretendido garantizar al consumidor un procedimiento eficaz y rápido, de la mano de otras normas procesales contenidas en la Ley 24.240, a efectos

²³⁸ Art. 50 de la Ley 24.240 vigente: “Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

²³⁹“Olivera Ariadna Nerina C/ Triunfo Seguros P/ Cumplimiento de Contrato”. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción de Mendoza (27 de agosto de 2019). <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7074241427>

de constituir el piso mínimo de protección procesal para todos los consumidores argentinos.²⁴⁰

Con anterioridad a su entrada en vigencia, los procesos con el mismo objeto del que se pretende analizar, se iniciaban bajo la forma de cobro de pesos, cumplimiento de contratos, o cuestiones derivadas del contrato de seguro, asumiendo el formato de un proceso ordinario, con plazos más extensos y sin responder adecuadamente a las exigencias propias de este tipo de pretensiones.

Entre las particularidades del mismo, el inciso 1) del art. 206 del nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia dispone que, si el demandado dedujera excepciones previas, las mismas serán resueltas en la sentencia.

Sin perjuicio de ello, el inciso 6) del mismo artículo, restringe las resoluciones susceptibles de apelación y señala erróneamente entre ellas, al auto que resuelve esas excepciones.

La escasa doctrina sobre el tema entiende que se trata de un error legislativo, que no se encontraba en el anteproyecto y que, por caer en un contrasentido, se debe tener por no escrito.²⁴¹

En el fallo en cuestión, me animo a decir que el Tribunal *a quo* debió posponer la resolución de la excepción de prescripción planteada por la demandada, al momento de la sentencia y, por tanto, continuar con la etapa probatoria del proceso.

Esto hubiera permitido a ambas partes, incorporar pruebas que puedan acreditar otras circunstancias relevantes para resolver la cuestión, verbigracia, la interrupción o suspensión de la prescripción.

²⁴⁰FURLOTTI, SILVINA-LEIVA, CLAUDIO-CIVIT, JUAN PABLO (DIR.)- COLOTTO, GUSTAVO (DIR.)- DE ROSAS, PABLO E. (COORD.) (2018), *Comentario al art. 206 del CPCCyT de Mendoza- "Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, Analizado, Anotado, Concordado y Jurisprudencia Ley N° 9.001"*, Mendoza: ASC, p. 575.

²⁴¹FURLOTTI, SILVINA -LEIVA, CLAUDIO... (2018), ob. cit. referencia 240, p. 577.

Sin embargo, al no haber sido advertida esta situación por los tribunales que entendieron con anterioridad y siendo de alguna manera consentida por las partes, el Máximo Tribunal acertadamente procedió al análisis de la excepción de prescripción en las condiciones en que se encontraban los autos, por lo que no me merece mayores consideraciones.

B) APROXIMACIÓN A LA NORMATIVA Y PLAZO APLICABLE

Innumerable jurisprudencia y doctrina se ha explayado sobre la prescripción de las acciones de seguro colectivo que configuran a su vez, relaciones de consumo.

Para ahondar en el estudio del caso, partiremos de los dos aspectos analizados por el Máximo Tribunal: el *dies a quo*, y la normativa y el plazo de prescripción aplicado.

En cuanto al primero, acertadamente a mi entender, fija el *dies a quo* a la fecha de cese de la relación laboral, esto es agosto 2013, que resulta coincidente con la adhesión al beneficio jubilatorio.

Si bien ratifica su postura asumida en “Salinas”²⁴² en cuanto a que, el comienzo del cómputo en los casos de seguro colectivo, comienza al momento del conocimiento fehaciente de la incapacidad, sostiene que aquél antecedente no es aplicable al caso en cuestión, en razón de que, en el presente a la fecha de conocimiento de la incapacidad, no se encontraba vigente el seguro, por haber finalizado la relación laboral varios años antes.

En este sentido, ya se han pronunciado reiteradas veces las Cámaras de Apelaciones Federales.²⁴³

Se aparta de esta manera, de la jurisprudencia que fija el inicio del cómputo de la prescripción al momento del conocimiento de la incapacidad, generalmente invocado

²⁴²“Salinas Silvia Beatriz En J° 101926/50358 Salinas Silvia Beatriz C/ Hsbc New York Life S.A. P/ Cuest. Deriv de Contrato de Seguro P/ Recurso Ext.De Casación”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (19 de mayo de 2015). <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4274509333>.

²⁴³“Vilca, Eustaquio c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III (27 de diciembre de 2001); “Zandona, Hugo Mario c. Caja de Seguros S.A.”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D (2 de septiembre de 2009).

mediante la existencia de un certificado médico aportado por el mismo asegurado, por considerar que es en esa ocasión en que resulta exigible la prestación, y no desde la fecha de otorgamiento de la jubilación.²⁴⁴

Se distancia también de aquella jurisprudencia, que precisa el *dies a quo* a la fecha del rechazo del siniestro por la aseguradora.²⁴⁵

La solución arribada en este caso, resulta propicia al igual que aquella en los que la existencia del informe de la Junta Médica, por el cual se fija un porcentaje de incapacidad, constituye un tope temporal máximo, que no le permite al asegurado alegar un conocimiento posterior de la invalidez que lo afectaba.²⁴⁶

Todo lo expuesto nos lleva a decir que el comienzo del plazo de la prescripción debe estar referido a hechos objetivos, que no dependan de la mera voluntad de la actora o de la demandada. Caso contrario, en oposición a los principios de buena fe y cooperación consagrados expresamente en la norma de rito provincial, le bastaría a una o a otra, una simple manifestación para invalidar los efectos de la prescripción, o en su caso, a la contraria, para hacer valer la prescripción opuesta.²⁴⁷

Por otro lado, también ha generado controversias la normativa aplicable a estos supuestos.

²⁴⁴“Sanguinetti, J c/ Instituto Italo Argentino de Seg.”. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D (31 de mayo de 1994). Citado por RUBÉN S. STIGLITZ (2008), “*Derecho de seguros*”, t. II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 521.

²⁴⁵“Caja de Seguros S.A. en Jº 86.813/12.698 L., M. A. c. Caja de Seguros S.A. p/cuest. deriv. de contrato de seg. s/cas”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (23 de febrero de 2012).

²⁴⁶“Savoini Susana Inesc/ Sancor Cooperativa De Seguros Limitada p/ Proceso de Consumo”. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción de Mendoza (4 de noviembre de 2019)<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7312764432>.

²⁴⁷“Carrizo Raúl Ernesto C/ Caja De Seguros S.A. S/ Cobro De Seguro Por Incapacidad”, Cámara De Apel. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala III de Neuquén (13 de abril de 2010). <http://200.41.231.85/Cmoext.Nsf/8e075db5e6289737032576fe00491375/17343a055a95121e03257d000522f10?Opendocument>

La Suprema Corte aplica al caso el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor en su anterior redacción según la modificación introducida por la Ley 26.361²⁴⁸, al ser normativa vigente al comienzo del cómputo (agosto 2013).

Parte de la doctrina, más cercana a la idea de la aplicación del régimen previsto por la Ley 17.418, reconoció que la ley 26.361 clarificó la cuestión, al referirse tanto a las acciones administrativas, como a las judiciales y aún a las sanciones.

Pareció claro que cuando el contrato de seguro constituya un contrato de consumo, el plazo prescriptivo aplicable era el de tres años.²⁴⁹ Sin embargo, ese mismo sector insistió en que si el plazo de prescripción hubiera comenzado a correr antes de la vigencia de la Ley 26.361 (16 de abril de 2008), se debía aplicar el plazo anual de prescripción dispuesto por el art. 58 de la Ley 17.418. Ello, en atención al art. 4051 del Código Civil Velezano.²⁵⁰

Interpretación similar hace el Máximo Tribunal de la Provincia en el caso en análisis, al acudir al art. 2537 del Código Civil y Comercial de la Nación (derecho transitorio en materia de prescripción), y descartando de esta manera la posibilidad de la aplicación del plazo quinquenal que prevé el art. 2560 del mismo cuerpo.

Por otra parte, aún durante la vigencia de la modificación introducida por la Ley 26.361, la Corte Suprema de la Nación en casos como "Buffoni"²⁵¹, sostuvo la prescripción anual de la Ley de Seguros, al considerar que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior (en este caso, la ley 17.418).

²⁴⁸Artículo 50 según Ley 26.361: "Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales".

²⁴⁹COMPIANI, MARÍA M. FABIANA-STIGLITZ, RUBÉN S. (2009), *La prescripción en el contrato de Seguro y la Ley de Defensa del Consumidor*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/4003/2008.

²⁵⁰Art. 4051 Código Civil: "Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código".

²⁵¹"Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros S.A. en la causa Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios". Corte Suprema de Justicia de la Nación (8 de abril de 2014).

La situación se complejiza con la sanción de la Ley 26.994, que modifica nuevamente el art. 50 de la Ley 24.240 reabriendo la discusión sobre la aplicación del mismo a los contratos de seguro que configuran relaciones de consumo, disponiendo que las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años, sin hacer referencia alguna a las acciones judiciales.

Ello divide nuevamente las aguas en dos. Por un lado, los que sostienen que las modificaciones que sufre el art. 50 mencionado, autorizan sin duda la aplicación de la prescripción anual del régimen de seguros, valiéndose principalmente de los mismos argumentos formulados con anterioridad a la ley 26.361.²⁵²

Por otro lado, los que partiendo principalmente de un diálogo de fuentes y teniendo presente la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y Código Civil y Comercial de la Nación, sostienen la aplicación del plazo de prescripción genérico que prevé este último en su art. 2560 CCyCN²⁵³, valiéndose del art. 1094 que consagra el principio de protección al consumidor. De esta manera, entienden que ninguna ley especial puede derogar los pisos mínimos de tutela conforme al principio de interpretación más favorable al mismo, sin afectar todo el nuevo sistema legal.²⁵⁴

En el caso bajo análisis, la Suprema Corte al momento de resolver el fallo, expresamente intenta rehuir al análisis del mérito de estas interpretaciones, desaprovechando así la posibilidad de traer luz a otros casos similares y lograr unidad en esta materia que ha tenido un sinnúmero de pareceres, dejando la puerta abierta a múltiples resultados.

De esta manera, solo nos queda decir que no está resuelta categóricamente la cuestión.

C) UNA POSIBLE SOLUCIÓN

²⁵²“Messina María Del Carmen Lucia c/ Sancor Cooperativa De Seguros Ltda. p/ Proceso De Consumo”. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Primera Circunscripción de Mendoza (11 de junio de 2019). <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6853085595>

²⁵³Art. 2560 del CCyCN: “El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

²⁵⁴SOBRINO, WALDO A. (2017), *El nuevo plazo de prescripción de cinco años en los seguros por aplicación del Código Civil y Comercial*, Id SAIJ: DACF170276.

Ante la situación expuesta brevemente en este trabajo, creemos que sería fecundo una modificación de la Ley de Defensa del consumidor que aclare y recepte inquietudes, y aporte unidad a interpretaciones doctrinarias diferentes, no zanjadas aún por la jurisprudencia.

Si bien excede a la órbita de este trabajo, cabe hacer una breve mención al art. 183 del anteproyecto de ley defensa del consumidor, que dispone que: “Las acciones judiciales para el ejercicio de los derechos de consumidores prescriben en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijan plazos de prescripción menores, rige el plazo establecido en este artículo”.

Podemos decir entonces que, conforme a este proyecto, el plazo de tres años constituiría nuevamente el piso de toda acción judicial para el ejercicio de los derechos de consumidores, independientemente de la temática de que se trate (medicina prepaga, seguros, transporte, tarjetas de crédito, planes de ahorros, etcétera).²⁵⁵

De esta manera, la redacción superadora de la norma citada resolvería el problema de la reiteración y solapamiento de regímenes entre el Código Civil y Comercial, la Ley de Defensa del Consumidor y otras normas generales y especiales de relevancia, como la Ley de Seguros, tal como en su momento lo permitió la Ley 26.361, logrando en un futuro la unidad de criterios jurisprudenciales.

4. CONCLUSIÓN

Sin duda alguna, el tema de la prescripción y más aún, su vinculación con el contrato de seguros y los procesos de consumo, exige la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad contra la que atentarían las relaciones jurídicas indefinidamente inciertas, y el núcleo protectorio del consumidor consagrado por nuestra Carta Magna (art. 42), Tratados internacionales, Código Civil y Comercial, Ley de Defensa del Consumidor, e incluso nuestro Código Procesal de Mendoza.

²⁵⁵RUBINSTEIN, MARCELO- SANTARELLI, FULVIO G. (DIR)- CHAMATROPULOS, DEMETRIO A. (DIR.) (2019), *Prescripción liberatoria en las relaciones de consumo. Avances y retrocesos-Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, p. 715.

El tema en cuestión ha generado un sinfín de doctrina y jurisprudencia.

Ante este panorama, es justo reconocer los avances que hemos tenido. La recepción del proceso de consumo de manera explícita por los art. 206 y sgtes. del Código Procesal Civil de Mendoza, caracterizado por la prohibición de reconvenir, la reducción de los plazos para contestar demanda y de los testigos que pueden ofrecer las partes y la restricción respecto a resoluciones apelables, entre otros, responde a las exigencias impuestas por este mínimo de protección consagrado constitucionalmente, y nos aproxima cada vez más a una real tutela procesal, caracterizada por la celeridad y la eficacia.

Sin embargo, no podemos hacer caso omiso a las inquietudes y respuestas que aún hoy exige la comunidad.

Tal vez, la sanción de una normativa sustancial clara y precisa, que descarte la posibilidad de múltiples y amplísimas interpretaciones y por tanto de resultados impredecibles, logre integrar tanto los principios protectorios del consumidor consagrados constitucionalmente, como así también la variada y rica doctrina y jurisprudencia que se ha elaborado en los últimos años.