



15 y 16
de Mayo
2020
Santiago del Estero

XI Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas

I Encuentro Regional del **noa** CJP

**“Nuevos Desafíos y Paradigmas
del Derecho Procesal”**



Asociación Argentina
de Derecho Procesal



LIBRO DIGITAL DE PONENCIAS

Índice

PONENCIAS DE TALLERES:

- 1º- Acción preventiva, Protección del Ambiente y Agrotóxicos en Santiago del Estero- Por Maria Laura Cuevas, comentario de Francisco Verbic. 21/05/2020- _____Pág. 5
- 2º- El rol de la víctima en el proceso penal. La víctima de violencia contra la mujer y la violencia de género. Por Silvina Gallo, comentario de Analía Reyes. 11/06/2020- _____Pág. 14
- 3º- Excarcelación Extraordinaria ¿Una Oportunidad Desperdiciada? Por Ignacio Rojo Costas y Andrea Romina Bravo Suárez, Comentario de Angelica Peralta Aguirre. 06/08/2020- _____Pág. 20
- 4º- El acceso a la justicia: un derecho fundamental garantizado por tratados internacionales ¿Vedado por la ffa? Por Daniel Maximiliano Díaz Maccio, comentario de José E. Jozami Delibasich. 03/09/2020- ____Pág. 34
- 5º- Algunas preguntas y respuestas relevantes sobre la dimensión procesal de la acción preventiva de daños. Por Darío Raúl Melano, comentario de Horacio Macedo. 17/09/2020- _____Pág. 42
- 6º- Acceso a la justicia: la participación y el acceso ciudadano a la justicia. Por Natalia Soledad Grepó, comentario de Susana Beatriz Piga. 02/10/2020- _____Pág. 60
- 7º- Usos, y anclajes procesales de la argumentación pragmática en el pronunciamiento de sentencias judiciales. Por Maximiliano Esteban Barrionuevo, Comentario de Andrea Meroi. 09/10/2020- _____Pág. 67
- 8º- Medios de Comunicación e imparcialidad del Jurado. Por Estefanía Antolini, comentario de Aristóbulo Barrionuevo. 16/10/2020. ____Pág. 80
- 9º- Pensar la Remisión -Art. 38 de la Ley N° 2951-N del Chaco- desde la perspectiva restaurativa. Por Rubens Ariel Aguirre, comentario de Pablo Ferreira Almirati. 23/10/2020 _____Pág. 86
- 10º La Necesidad de la Regulación Legislativa Procesal Civil de la Prueba Informática como Medio de Prueba Autónomo. Por Luna Larrea romero, comentario de Diego Hernán Cazaux. 29/10/2020- _____Pág. 92
- 11º El rol del Poder Judicial para superar barreras y obstáculos de acceso a la justicia de sectores vulnerables. Por María Celeste del Huerto Silva, Comentario de Alejandro Verdaguer. 05/11/2020- _____Pág. 102

Ponencias presentadas que no tuvieron desarrollo en taller:

A- Principios Del Proceso De Consumo.

Por: Guillermo Aban Burgos.- _____ Pág. 110

B - La violación de la regla de congruencia procesal en la pretensión preventiva de daños.

Por: María Alina Oieni.- _____ Pág. 115

PONENCIAS QUE FUERON DESARROLLADAS EN TALLERES DEL XI
ENCUENTRO NACIONAL DE JÓVENES PROCESALISTAS Y I ENCUENTRO
REGIONAL NOA (FORMATO VIRTUAL).

1º Ponencia

"ACCIÓN PREVENTIVA, PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y AGROTÓXICOS EN
SANTIAGO DEL ESTERO".-

Ponente: Cuevas Maria Laura.

Comentarista: Verbic Francisco.

Introducción: Esta ponencia tratará sobre la incorporación de la Función Preventiva al ordenamiento Jurídico Civil analizando brevemente los alcances de la Acción Preventiva en relación con el Derecho Ambiental según la Regulación Normativa dada por el CCYC, para finalizar indagando en la posibilidad de su aplicación como herramienta para afrontar la problemática de agrotóxicos en la provincia de Santiago del Estero.

1.- Jurisdicción Preventiva: su incorporación en el ordenamiento
Jurídico Civil.-

En materia ambiental, la evitación de perjuicios negativos al macro bien ambiental opera como norte y objetivo de cualquier tipo de abordaje, debido a la irreversibilidad o dificultad de recomposición de este tipo de daños.¹ Es por ello que La Ley General del Ambiente establece en su art 4º los Principios Preventivos y Precautorios.

En materia civil, ya en los primeros años del s. XX la teoría general de la responsabilidad comenzó a experimentar importantes cambios. Esa evolución puede esquematizarse como un tránsito desde un sistema centrado en la sanción de la conducta subjetivamente reprochable del agente, hacia otro que pone el acento en el resarcimiento de todo perjuicio injustamente sufrido. Correlativamente, el actual derecho de daños se enfoca en la prevención del perjuicio como finalidad primordial.²

¹ Lorenzetti, Pablo; TUTELA INHIBITORIA EN MATERIA AMBIENTAL: FUNCIÓN PREVENTIVA Y FUNCIÓN PRECAUTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL; Revista de Derecho de Daños; Tomo: 2016 2 Prevención del daño.

² Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso; CCYC de la Nación, Tomo IV, Libro III.

Haciéndose eco de esas posturas, el art. 1708 CCyC añade la función preventiva a la finalidad resarcitoria del derecho de daños. La función resarcitoria, ya consagrada en el CC, actúa cuando el daño ya se ha producido, y tiene por fin que el indicado como responsable repare el perjuicio, sea en especie o por equivalente dinerario. Por el contrario, la función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que, si ya se ha producido, no se agrave. En ese sentido, el CCyC no se limita a consagrar la nueva función preventiva, sino que, además, sienta las bases y principios del deber genérico de prevenir el daño, y de la acción tendiente a evitarlo, la acción preventiva.

2. Regulación normativa de la acción preventiva en el ccyc de la nación. Relación con el derecho ambiental.

Luego de establecer un "deber genérico de evitación" en el Art.1710³, el CCYC incluye una serie de dispositivos de tinte más bien procesal (artículos 1711 a 1713) que regulan el ejercicio y la tramitación de la denominada "Acción Preventiva".

El art 1711 establece que la Acción Preventiva procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica. Este requisito de la antijuridicidad se entiende cumplido con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el art. 1710.

Además, el presupuesto de la antijuridicidad debe ser interpretado de modo armónico con el artículo 1717 del CCYC. Esta norma trasunta una diferencia notoria respecto de la que contenía el artículo 1066 del Código Civil al punto que ya no requiere de una violación expresa a normativa alguna sino que, por el contrario, introduce la noción de antijuridicidad de tipo material. Todo daño es antijurídico, en esta concepción, si no se encuentra debidamente justificado⁴.

³ ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

⁴ Lorenzetti, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", RCyS2013-VIII, 5.

En segundo lugar, para que proceda la acción preventiva debe ser previsible la producción o el agravamiento del daño, es decir, debe tratarse de daños “previsibles” en oposición a daños “imprevisibles”. Las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (lo que resulta previsible según el curso normal y ordinario de las cosas) constituirán un importante parámetro para apreciar la probabilidad de que el perjuicio se produzca.

En cambio no se habría incluido en el CCYC de la Nación el llamado “principio precautorio”, de mayor anticipación todavía que el preventivo, que rige en el ámbito del derecho ambiental (art. 4º LGA), por el cual se permite anticipar el pedido de tutela, incluso dos casilleros antes al del daño, para suprimir toda insinuación de riesgo verosímil que llevara a la amenaza de daño grave (suprimir amenaza verosímil de daño aproximable).⁵

Por último, la norma prevé una particularidad de la acción preventiva que la diferencia sustancialmente del proceso resarcitorio clásico: para la procedencia de la demanda tendiente a evitar que el daño se produzca no será preciso que se encuentre configurado un factor de atribución. Es que, en este tipo de acciones, es muy común que la pretensión se dirija a detener una conducta que aún no ha comenzado a realizarse, por lo que difícilmente puede evaluarse si el factor de atribución se encuentra presente.⁶

Del art. 1712 se infiere que la Legitimación para promover la acción preventiva es amplia, pues establece que puede iniciarla todo aquel que ostente un “interés razonable” en la prevención del daño, lo cual, le confiere al Juez cierta discrecionalidad para determinar en cada caso concreto si hay interés razonable.⁷

Sin embargo, en materia ambiental, habría que interpretar el tema de la Legitimación en consonancia con el art. 30 y siguientes de la Ley General del Ambiente y con los art 41 y 43 de la CN, según los cuales se encuentran legitimados para canalizar la tutela de pretensiones ambientales el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales y el Estado nacional, provincial o municipal.

⁵ Safi, Leandro K. “La acción preventiva de daños”, SJA 08/02/2017, 08/02/2017, 112 -

⁶ Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso; CCYC de la Nación, Tomo IV, Libro III.

⁷ Roland Arazi “Tutela Preventiva, Tutela Anticipada y Procesos Urgentes” en el marco del Curso “Temas actuales de Derecho Procesal” de Rubinzal Culzoni Online.

Este concepto jurídico indeterminado (interés razonable) debiera ser interpretado, ante la duda, del modo en que mejor favorezca la tutela del bien colectivo ambiental y, aplicando la máxima del "in dubio pro naturaleza", propendiendo siempre a la apertura legitimatoria como puerta de entrada al proceso judicial en defensa de los derechos fundamentales, principal garantía del acceso a la justicia.⁸

Finalmente el art 1713 prevé disposiciones a tener en cuenta al tiempo del dictado de la sentencia. Entre ellas: i- que el contenido del fallo que acoge la tutela preventiva puede conllevar la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer; ii- que a los fines de la imposición de esas obligaciones se deben ponderar (balancear) los criterios de menor restricción (en beneficio del demandado) y de mayor eficacia preventiva (en beneficio del actor); iii- que dichos mandatos pueden ser dictados en forma provisoria (para durar algún tiempo), o incluso en forma definitiva (cosa juzgada material); iv- que la expedición del mandato de inhibición o de ejecución puede dictarse a pedido de parte o incluso de oficio.⁹

3- Vías procesales para encauzar la pretensión y sus diferencias.-

En cuanto a las vías procesales encargadas de dar curso a la Acción Preventiva, la doctrina en general señala la necesidad de establecer un "proceso de conocimiento autónomo" que sirva para dar contención plena a esta nueva modalidad de tutela jurisdiccional.

El código de fondo no se encarga de establecer detalles de procedimiento, quedando tal reglamentación bajo la competencia de las jurisdicciones locales.

En el ámbito de la provincia de Santiago del Estero no existe, legislada, una acción autónoma y específica de ese tipo.

⁸ Lorenzetti, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", RCyS 2013-VIII, 5.

⁹ Safi, Leandro K. "La acción preventiva de daños", SJA 08/02/2017, 08/02/2017, 112 -

Frente a la falta de regulación concreta de un proceso especial que brinde cabida a la pretensión preventiva, la doctrina afirma que dicha tutela podría buscarse a través del proceso ordinario¹⁰, y/o del proceso sumarísimo¹¹, postulándose también la posibilidad de lograr la protección de referencia a través de la vía de los trámites incidentales y provisorios (v.gr. medidas cautelares), así como de los que brindan otros procesos principales y definitivos (v.gr. juicios plenos)¹².

Las vías actualmente reconocidas que podrían cubrir el vacío respectivo serían las medidas cautelares materiales, el proceso de amparo, el proceso de conocimiento (en particular el sumarísimo), etc. Con todo existen claras diferencias entre las vías procesales referidas y la acción de tutela preventiva.¹³

En particular, con relación al amparo, algunos de los caracteres de la acción preventiva del Código Civil y Comercial hacen que -en términos de estrategia procesal- en ocasiones sea la más adecuada para encausar las pretensiones preventivas ambientales.

En primer lugar, el amparo procede siempre que no exista una vía judicial más idónea, requisito que no se menciona en las normas de la acción preventiva del Código Civil y Comercial. Esto no quiere decir que se avale el rechazo de acciones ambientales bajo el argumento de no haberse encausado por la vía procesal "más idónea", sino que, como estrategia procesal, se entiende que sería sumamente eficaz interponer una acción que no pueda ser tildada de subsidiaria o excepcional y que tramite sin cuestionamientos por parte de los operadores jurídicos intervinientes. En este sentido, esto es, de estrategia judicial contra el rechazo, se entiende que, la acción preventiva, al no contener esta restricción en su redacción resultaría superadora.¹⁴

¹⁰ Meroi, Andrea A., "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños", RCCyC, 2016 (abril).

¹¹ Peyrano, Jorge W., La acción preventiva, Ed. LexisNexis, 2003, p. 71.

¹² Camps, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", RCCyC 2015-XI-12 (17/8/2015).

¹³ Safi, Leandro K. "La acción preventiva de daños", SJA 08/02/2017, 08/02/2017, 112.

¹⁴ Neuman, Clarisa Andrea, Caracteres superadores de la acción preventiva del Código Civil y Comercial respecto del amparo y su posicionamiento como la vía más adecuada para el planteo de pretensiones preventivas ambientales, Cita: RC D 1424/2018.

Y en segundo lugar, las normas constitucionales y la LGA permiten sostener que resulta ajeno a la acción de amparo ambiental el reclamo por resarcimientos de daños. En cambio, la acción preventiva podría instarse incluso conjuntamente con una acción de resarcimiento o subsidiariamente en caso de fracasar o rechazarse la preventiva.

Se puede sostener entonces que- siempre en términos de estrategia procesal- la acción preventiva del Código Civil y Comercial se erige como una vía judicial más idónea que el amparo para hacer valer pretensiones preventivas, sobre todo en aquellos casos donde los requisitos de la acción de amparo podrían ser usados como un argumento para el rechazo y la acción preventiva logre sortearlos, reforzando la tesis de la doctrina que señala la necesidad de establecer un proceso especial que sirva para dar contención plena a esta nueva modalidad de tutela jurisdiccional.

4- La Acción Preventiva como herramienta para afrontar la problemática de agrotóxicos en la provincia de Santiago del Estero.

En el año 2010 tuvo comienzo un proceso de incorporación de tierras de la Región Chaqueña a la producción agropecuaria. Este proceso de expansión de los cultivos de secano hacia el norte del país, trajo consecuencias de distinta índole para las provincias del norte, entre ellas Santiago del estero: pérdidas de rendimiento y fertilidad y aumento en los procesos de degradación, erosión y salinización de suelos; pérdida de biodiversidad; procesos de fragmentación de los ecosistemas naturales y de reducción de hábitats de las especies; crecientes problemas de contaminación de suelos y aguas; aumento de problemas de salud ligados a la exposición a agroquímicos; concentración de tierras y expulsión de población hacia la periferia urbana; desalojos y episodios de violencia territorial (principalmente sobre población indígena y campesina); entre otros.

En materia ambiental, Santiago del Estero cuenta, entre otras, con las siguientes leyes: la Ley 6321/1996 que establece normas generales y metodología de aplicación para la defensa, conservación y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales; la Ley 7155/201 que establece la creación de Juzgados en Derechos Reales y Ambiental, pese a que no se ha implementado en la actualidad. En materia de agroquímicos, es la Ley 6312/1996 la que rige el uso de plaguicidas y su “correcta y racional utilización” (art. 1). Sin embargo, al ser del año 96, las categorías de toxicidad (A, B, C y D) están desactualizadas respecto de la clasificación vigente por el SENASA.

Ahora bien, a pesar que la Administración Provincial y sus organismos de contralor disponen de este conjunto de leyes, reglamentos y Decretos, estos no se cumplen en los hechos y por consecuencia, lo que se conoce como “malas prácticas” son habituales en la provincia, esto es, fumigaciones aéreas y terrestres sin respetar las distancias de centros poblados y de asentamientos vecinos, la inexistencia de cortinas forestales por la tala de las mismas, que fueron dejadas en su origen del desmonte autorizado por los organismos de contralor etc...

Ante esta situación, la Acción Preventiva sería una buena herramienta para encausar una pretensión preventiva, ya que permitiría actuar antes de que el daño ambiental efectivamente se produzca o que si está produciéndose, no se agrave, logrando una Sentencia con medidas que podrán ser provisorias o no, según sea lo más adecuado para el caso concreto.-

Esto es: bastará que la amenaza de un daño surja claramente de los informes técnicos acompañados y que exista la posibilidad concreta de adoptar conductas para evitar el daño, sus efectos o su agravamiento, para instar su ejercicio; en este sentido, se resolvió que: *“Se advierte que resulta irrelevante la constatación del daño producido (la inundación del camino vecinal y de la finca del actor), siendo suficiente con la prueba de la amenaza del daño -que torna procedente la acción- y se exterioriza por la ausencia de autorizaciones administrativas pertinentes, en especial por omisión del proceso de evaluación de daño ambiental en el proyecto de loteo de los demandados.”*¹⁵

¹⁵ Agostini, Juan José vs. Martínez, Enrique Eduardo y otra s/ Acción preventiva de daños /// Juzg. Amb., San Salvador de Jujuy, Jujuy; 16/10/2019; Rubinzal Online; 132219/2019; RC J 12543/19.

En el caso concreto de daños por fumigaciones con agrotóxicos la amenaza surgiría de los informes que acrediten la ausencia de las autorizaciones administrativas que requiere nuestra legislación provincial, como ser la ausencia del permiso que establece el art 8 de la Ley 6.321 para el uso y aprovechamiento del suelo, flora, fauna, aguas y espacio aéreo o bien la ausencia de la declaración de Impacto Ambiental requerida por el art 10 de la misma ley, como así también de la ausencia de la autorización que establece el Art 2 del decreto reglamentario de la Ley 6312/1996 para el inicio de todo proceso de elaboración, formulación y fraccionamiento de productos fitosanitarios.

Al otorgar una amplia legitimación, permite que su planteo pueda ser formulado por cualquier persona que demuestre un interés razonable, esto es, se logra legitimar a una gran variedad de sujetos, y siendo el caso que cualquiera de ellos hubiere sufrido un daño particular en su persona o en sus bienes, podría entablarse conjuntamente con una Acción de Daños y Perjuicios. En este sentido, se ha resuelto que: *“los derechos de incidencia colectiva los ejercen tanto los afectados como las asociaciones reconocidas de interesados, aunque no tengan en su seno a la totalidad de los afectados. Y a los efectos de entender cuál es el alcance que se otorgue al concepto de “afectado”, debe adoptarse una postura amplia correlativa con el bloque normativo ambiental; máxime cuando en el caso, se verifica que existe una relación directa entre los actos denunciados y la esfera de intereses de la aquí actora. Por lo tanto, y siendo que en la especie, la pretensión tiene un enfoque colectivo, apuntando a la cesación de actividades generadoras de daños al medio ambiente, la Sra. Benitez, como integrante de la comunidad del Municipio donde se llevan a cabo las fumigaciones que denuncia, tiene un interés suficiente que la legitima para accionar como lo hace (art. 43 CN, art. 30 LGA) por lo que no resulta acertado exigirle que deba demostrar su particular y concreta afectación.”*¹⁶

¹⁶ BENITEZ CEFERINA PATRICIA C/ FRANCISCO LUCAS Y OTROS S/ MEDIDAS CAUTELARES S/ INCIDENTE DE APELACIÓN ART. 250 DEL CPCC, Setiembre 2019 Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Zarate-Campana, Buenos Aires Exaltación de la Cruz, Buenos Aires.-

En conclusión, la Acción Preventiva se presenta como una herramienta útil para los casos de fumigaciones con agroquímicos, pues debido a las características enunciadas, permitiría obrar en forma previa a la verificación efectiva del perjuicio, teniendo en cuenta la irreversibilidad o dificultad de recomposición de este tipo de daños nocivos tanto para los bienes colectivos como para los individuales.-

2º Ponencia.

EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO.-

Ponente: Silvina Gallo.

Comentarista: Analía Reyes.

En nuestra provincia rige el Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero, ley N° 6941, el cual vino a derogar el antiguo código Ley N° 1733 promulgado en el año 1941, por ser este último un código anacrónico e inadecuado para tratar las temáticas actuales. El nuevo código entró en plena vigencia el 05 de Diciembre de 2016, pasando de esta forma, de un antiguo sistema inquisitivo a un sistema adversarial, trayendo aparejadas nuevas figuras, modalidades, plazos y partes intervinientes en los procesos. Es así, que la nueva normativa permite la entrada en escena a nuevos actores penales, que en el antiguo sistema brillaban por su ausencia. En el Código de 1941, se enumeraba como partes del proceso a: el Imputado (Art. 38° a 43°); Parte Civil Damnificada (Art. 44° a 58°); Parte Civil responsable (Art. 59° a 66°); Defensores y Mandatarios (Art. 67° a 76°) y el Querellante Particular (Incorporado por Art 1° Ley 6630- Art. 1 5). En la actualidad, estas partes han sido ampliadas, incorporándose de esta manera a partes que habían sido omitidas históricamente, quedando conformada la nueva enumeración de la siguientes manera en su TÍTULO IV - Partes y demás intervinientes: CAPÍTULO I: El Ministerio Público Fiscal (Art. 60° a 65°); CAPÍTULO II: El Imputado (Art. 66° a 70°); CAPÍTULO IV: El Actor Civil (Art. 76° a 87°); CAPÍTULO V: El Civilmente Demandado (Art. 88° a 94°); CAPÍTULO VI: El Asegurador (Art. 95°); CAPÍTULO VI: El Querellante Particular (Art. 96° a 101°); CAPITULO VIII: La Víctima (Art. 102° a 105°); CAPITULOIX: Defensores y Mandatarios (Art. 106° a 114°). La presente exposición se centrará en el rol de la víctima, más puntualmente en la víctima de violencia de género, la mujer víctima.

El Código del año 1941 no preveía a la Víctima como una de las partes del proceso, es más, no se encuentra mención alguna de esta en dicha normativa. Así mismo, el denunciante es nombrado en un total de 8 veces, pero a los fines de las notificaciones o de la recepción de denuncia.

De esta manera, tanto denunciante como víctima eran ajenos al proceso, ajenos a la investigación que era llevada a cabo y tironeada por el Magistrado Interviniente, siendo notificados de sus decisiones una vez tomadas y firmes. Esta situación cambia y se ve plasmada en el código del año 2010, con entrada en vigor en el año 2016. Es allí donde la víctima pasa a tomar un rol preponderante en el proceso, pudiendo participar activamente de él.

He de enfocarme en el presente trabajo, en el rol de la mujer Víctima de violencia de género. En primera instancia, debemos definir el alcance que daremos a la expresión “víctima de violencia de género y violencia contra la mujer”. Según la ley 24685:

“...ARTÍCULO 4º – Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

ARTÍCULO 5º – Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física; 2.- Psicológica; 3.- Sexual; 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. 5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad...”

La aparición de esta mujer en el proceso, inicia con una denuncia o la toma de conocimiento de la autoridad, por denuncia efectuada por alguna de las personas que se encuentran habilitadas para realizar denuncia en representación de la mujer. Recepcionada la denuncia, la autoridad competente toma conocimiento de la posible comisión de un ilícito penal en contra de esta persona. Es así, que entra en funcionamiento el mecanismo dispuesto para la recepción de denuncias, las cuales siempre deben ser consultadas al fiscal de turno. Una vez que el Fiscal de turno imparte las directivas, se solicita a la víctima se haga presente en Fiscalía a los fines de ratificar su denuncia y ampliar sus dichos en caso de ser necesario.

Una vez que la mujer se hace presente en Fiscalía, se procede a dar cumplimiento con lo dispuesto por el Art. 102, haciéndosele conocer los derechos y facultades que la amparan como víctima de un ilícito penal. En dicho acto, se procede a escuchar a la víctima, quien narra en libertad los hechos denunciados y tiene la posibilidad de ampliar y corregir sus dichos o los de la persona que denunció en su nombre. Se le hacen conocer las etapas por las cuales atravesará la investigación, las evidencias que deben ser recabadas y las pruebas que deberán producirse. Tratándose de víctimas especiales, en el sentido de que son víctimas de un agresor puntual, quien en muchas ocasiones se encuentra conviviendo con ellas o su entorno familiar, es que deben dictarse medidas de protección para las víctimas, su entorno y todos aquellos posibles testigos que podrían verse amedrentados por el denunciado (Art. 102 Inc. 6). No debemos olvidar que los delitos perpetrados contra la mujer víctima de violencia de género, en su mayoría de las veces, suceden en el seno familiar, dentro del domicilio, donde los testigos circundantes, en caso de que los hubiere, pueden recibir intimidación o represalias, por lo que es imprescindible la protección de los mismos junto con la víctima. El papel que juega la víctima es trascendental, su participación es activa en el proceso, aportando datos, información y evidencias necesarias a la investigación, pues no hemos de olvidar que las agresiones suceden puertas adentro y generalmente sin testigos externos al grupo familiar.

Otra cuestión a tener en cuenta, es la poca o casi nula aplicación que puede darse a los Art. 103 y 104 del Código Procesal de nuestra Provincia,

en los referidos casos de violencia sufrida por la mujer en manos de su pareja. Esto es así atento a que nos encontramos ante una víctima que se encuentra en un estado delicado de vulnerabilidad, hablamos de una mujer que ha sido sometida a una relación de desigualdad con su pareja, donde ha sido sometida sistemáticamente a violencias que pueden ser de tipo Psicológico, Físico, Económico o Patrimonial, Sexual y/o Simbólica. Debemos entender que en estos casos, la víctima es una persona específica y no aleatoria, elegida por el victimario no de manera aleatoria o excepcional, sino por revestir el rol de pareja. Sostener que una persona que ha sido socavada en su personalidad de esta manera y en su voluntad, se encuentra en igualdad de condiciones y libertad para elegir conciliar con su agresor, es irrisorio. Y pretender que esta mujer, libre y voluntariamente acceda a conciliar con su atacante, es vulnerar aún más sus derechos, su psiquis y su integridad física. En concordancia con lo manifestado, se encuentra el Fallo Góngora, Gabriel Arnaldo S/Causa N° 14092, donde se realiza un análisis de esta problemática, ya que el [art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer](#) impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente, lo que surge de considerar que el sentido del término juicio ("un juicio oportuno" según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención...".

No es ajeno a la realidad, el que en algunos casos denunciados e investigados, entre los delitos sufridos por la víctima de violencia de género, se encuentra el de daños a su propiedad o sus bienes. Considerando quien suscribe, que podría darse a los mismos, un tratamiento distinto del que se otorga a los delitos contra la integridad de la persona. Ya que en muchas ocasiones, la víctima carece de los medios económicos para restaurar los objetos dañados. Muchas veces, al perpetrarse la agresión física o las amenazas contra la víctima, el agresor

daña bienes tales como el vehículo de la víctima, daña partes del mobiliario o rompe puertas y/o ventanas. Es ante estos casos, que quien suscribe considera que estos daños podrían resarcirse a la víctima antes del juicio oral, en una etapa intermedia, pero que en nada obstaría a la realización del debate por los demás delitos perpetrados por el denunciado contra la mujer y que a su vez no revestirían el carácter de una declaración de culpabilidad del denunciado, con respecto a los demás delitos investigados. Es decir, sin llegar a una suspensión del juicio a prueba o una probation, ya que los delitos contra la integridad física y/o sexual de la víctima serían llevados al debate oral a los fines de obtener la sentencia que dispone el [art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer](#).

Nos encontramos en un punto de inflexión, donde hacemos historia al andar, donde los derechos de la mujer empiezan a hacerse respetar, donde la balanza empieza a nivelarse, ya que la histórica desigualdad social, política, económica y familiar que sufrió la mujer en manos del hombre, empieza a ganar el peso que merece. Los órganos legislativos y de justicia luchan por equilibrar la balanza con una labor loable. Es así trabajo de todos, el velar por el respeto de los derechos de la mujer y hacer cumplir la letra de la ley, pero sin caer en el rigorismo y la petrificación de la palabra del legislador, teniendo en cuenta que la realidad cambia constantemente, por lo que la ley debe aggiornarse y adaptarse a esos cambios en consecuencia. La República Argentina ha firmado su adhesión al [art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer](#) (Convención de Belem do Pará); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; a nivel Nación, se ha sancionado leyes de protección Integral a las Mujeres (Ley 26485); así mismo, cada Provincia dictó sus leyes de adhesión a la Ley 26485, contando la Provincia de Santiago del Estero con la Ley Provincial 7032. Se han creado juzgados de género, los cuales se encuentran presididos por Magistrados con perspectiva de género, siendo pionera en esto nuestra provincia. Nos encontramos en el inicio del camino del cambio, y son la justicia y la igualdad de género nuestro norte a seguir.

“...Caminante, son tus huellas el camino y nada más; Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace el camino, y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar (Antonio Machado)...”.-

3º Ponencia

EXCARCELACIÓN EXTRAORDINARIA ¿UNA OPORTUNIDAD DESPERDICIADA?

Ponentes: Ignacio Rojo Costas¹⁷ y Andrea Romina Bravo Suarez¹⁸.

Comentarista: Angelica Peralta Aguirre.

Resumen:

El actual código procesal penal de la provincia de Santiago del Estero procura dejar atrás su tradición inquisitiva y ajustarse al modelo constitucional acusatorio. En ese contexto incorpora un instituto que pretende reforzar la vigencia de la garantía de la libertad del imputado durante el proceso: la Excarcelación Extraordinaria.

Sin embargo, hasta el momento, la jurisprudencia ha hecho una interpretación demasiado restrictiva del instituto en cuestión, sin advertir la vital importancia que la herramienta mencionada tiene en la permanente puja entre la cultura inquisitiva que se quiere abandonar y el modelo acusatorio que se pretende alcanzar.

Introducción:

Es sabido que en nuestro país nos encontramos ante un proceso de reformas de los códigos procesales penales provinciales con la finalidad de dejar atrás el vetusto sistema inquisitivo imperante (en rigor de verdad, en la mayoría de las provincias regía un sistema mixto, pero predominantemente inquisitivo) para dar paso al sistema acusatorio-adversarial, el cuál se ajusta a lo dispuesto por nuestra Constitución Nacional, de neto corte liberal.

En esa línea, la provincia de Santiago del Estero sancionó la Ley N° 6941 que instauro el modelo acusatorio y con él, los principios que le son inherentes, generando en los operadores jurídicos el enorme desafío de adaptarse al nuevo esquema que el cambio de sistema impone, y dejar atrás la cultura jurídica inquisitiva. Desde ya, es una dura batalla que

¹⁷ Defensor Oficial Penal – Ministerio Público De La Defensa, 9 De Julio 40, 6to “C”, Ignaciorojocostas@Hotmail.Com, 3854971747.

¹⁸ Defensora Auxiliar Penal – Ministerio Público De La Defensa, Mariano Santillán 105, Rominabravo_3@Hotmail.Com, 3855853894.

merece ser dada.

En el presente trabajo se procurará, a partir del análisis de un novedoso instituto que el nuevo código incorporó, verificar el estado de situación del proceso arriba mencionado. La elección del instituto de la Excarcelación Extraordinaria como botón de muestra no es azarosa sino que responde a la íntima vinculación que el mencionado instrumento tiene con el principio de inocencia y con el derecho del imputado a gozar de la libertad durante el proceso, ambos sustentos esenciales del sistema Acusatorio instaurado.

En primer término, se hará un breve análisis de la situación imperante mientras regía el código de corte mixto-inquisitivo, distinguiendo dos momentos de la jurisprudencia durante dicho período. Luego, entraremos a examinar lo que ocurre en la actualidad, señalando la forma en que fue regulado el instituto bajo estudio y la interpretación que los tribunales -hasta aquí- le han dado. La comparación entre el código criminal y correccional derogado y el código procesal penal vigente, así como también entre la postura adoptada por los tribunales en uno y otro caso, nos permitirá conocer si, en la praxis judicial, existe una resistencia al cambio de paradigma, y en su caso, qué tan profunda es.

Culminaremos dando nuestra opinión sobre el tema abordado.

Libertad Ambulatoria en el Marco de la Ley N° 6.261:

La reglamentación de la garantía de “libertad durante el proceso” que hicieron la mayoría de los códigos procesales provinciales sancionados en el siglo pasado -caracterizados por su fuerte impronta inquisitiva- permitía clasificar a los delitos en excarcelables y no excarcelables, tergiversando y desnaturalizando el principio general de libertad como regla.

Así, en nuestra provincia, la Ley N° 6.261 establecía taxativamente los casos en que un imputado podía solicitar la libertad, fijando un límite infranqueable basado exclusivamente en la magnitud de la pena en expectativa del delito investigado. Entonces, sólo se concedía la excarcelación cuando el delito endilgado no establecía un máximo superior a los ocho años, o cuando pese a exceder ese máximo

imponible, las circunstancias del caso indicaban la posibilidad de aplicación de condena en suspenso. Respecto a este último supuesto, sabido es que conforme al art. 26 del C.P., la condena de ejecución condicional procederá sólo si la pena de prisión no excede los tres años. La remisión a dicha norma, revela nuevamente que la entidad de la pena resultaba, en aquel sistema, determinante para la concesión de la libertad durante la instrucción.

Tras cartón, el viejo código regulaba los supuestos que compelián al juez a denegar la excarcelación o la eximición de prisión. Si bien hacía referencia a los riesgos procesales, introducía causales reñidas con la presunción de inocencia y el derecho penal de acto que nuestra Constitución Nacional consagra, por cuanto era posible denegar la libertad en base a la peligrosidad del imputado, la gravedad y repercusión social del hecho. Resulta fácil advertir la influencia de la postura sustancialista en el legislador de la época en materia de medidas cautelares.

En síntesis, del análisis de los dispositivos arriba transcritos surge que el código adjetivo anterior instituía un sistema en el que había delitos inexcrcelables en razón, exclusivamente, del monto de la pena prevista en abstracto por el delito imputado.

A la luz de los principios consagrados por nuestra Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales a ella incorporados podemos concluir, sin hesitación, que la reglamentación realizada por la Ley N° 6261 era absolutamente inconstitucional.

La Jurisprudencia:

No obstante la clara incongruencia entre lo plasmado en el bloque constitucional y lo que legislación procesal provincial establecía, los jueces y tribunales –en su mayoría– se apegaban a la letra de ley, afectando claramente los derechos individuales, y alejándose de los principios rectores de un derecho penal liberal propio de un Estado democrático. Vale aclarar que esta postura asumida por los juzgadores no era patrimonio exclusivo de nuestra provincia sino que se replicaba en el resto del país.

Calificada jurisprudencia nacional marcó el comienzo de un viraje

en la cuestión, pregonando una interpretación más flexible de la normativa en vigencia. Así, la Cámara de Casación Penal, en fecha treinta de octubre de 2008, dictó el ya célebre Plenario “DÍAZ BESSONE” en el que -en prieta síntesis- sostuvo que en materia de excarcelación o eximición de prisión no bastaba para su denegación la mera imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que al imputado pudiese corresponderle una pena privativa de la libertad superior a ocho años, sino que dichos extremos debían ser valorados en forma conjunta con otros parámetros (las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores), y así determinar la existencia de riesgos procesales o no.

El fallo citado supra tuvo eco a nivel local, y los tribunales provinciales comenzaron a considerar el criterio allí sentado, lo que significó un notorio avance en la materia. Igualmente, como era de esperar, el éxito de los pedidos de excarcelación, cuando la pena del delito endilgado al agente era elevada, era bastante excepcional.

Consideramos que el cambio de postura adoptado por la judicatura fue sumamente

destacable y digno de celebrar, puesto que significó un auspicioso primer paso hacia un derecho procesal penal verdaderamente respetuoso de las garantías individuales y en consonancia con la Constitución Nacional.

De este modo, nos permitimos concluir que mientras estuvo en vigencia el código procesal penal mixto, la posición adoptada por los jueces puede dividirse en dos etapas. En un primer momento, resultó casi quimérico que un imputado conserve su libertad (mediante eximición de prisión) o la recupere (a través de la excarcelación) cuando era acusado de un delito cuya pena en expectativa fuera superior a lo marcado en la legislación, tomando a la entidad de la sanción como parámetro absoluto e irrefutable para determinar la suerte del encartado durante el proceso. Ello, sin dudas, generaba -en la práctica- una sensación de desánimo en los abogados defensores, los que -en algunos casos- terminaban desistiendo de hacer planteos relativos a la libertad cuando el delito era de los considerados graves. Luego, en una

segunda etapa y siguiendo destacada jurisprudencia nacional, los tribunales locales empezaron a asumir una posición más flexible y no tan rígida. Si bien la magnitud de la pena prevista por el delito endilgado no perdió su preponderancia en el análisis de los riesgos procesales, los jueces dejaron de mostrarse tan rígidos, y empezaron a evaluar ya no solo la entidad de la pena sino también las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

Libertad Ambulatoria en el Marco de la Ley N° 6.941:

La sanción del nuevo código procesal santiagueño (con grandes semejanzas al de provincia de Buenos Aires) importó una bocanada de aire fresco al sistema penal local. La consagración de principios tales como la inmediatez, la oralidad, la publicidad, la contradicción, la simplificación del trámite, la buena fe procesal, y la celeridad, entre otros, marcan el norte de un proceso que, ahora sí, se acopla a lo estipulado por nuestra Ley Fundamental dejando atrás aquel sistema inquisitivo/mixto que tanto perjuicios causó.

Asimismo, el legislador estableció algunos dispositivos merecedores de mención. Así, cabe destacar el artículo 4º, que establece la obligación de interpretar restrictivamente toda disposición que signifique coartar la libertad personal del imputado; el art. 164º que consagra de manera expresa el principio de la libertad del imputado durante el proceso; el 165º que, en su primera parte, adhiere de manera expresa a la tesis procesalista en materia de medidas cautelares, pues autoriza el dictado ellas sólo cuando fueran indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Del análisis integral y armónico de dichas normas emerge de manera indubitable el espíritu garantista (entendiendo este término como el respeto irrestricto del Estado por las garantías individuales al ejercer su potestad represiva) que impregna al código procesal sancionado.

Ahora bien, así como destacamos las bondades que tiene el actual código adjetivo provincial debemos decir también que, en alguna medida y hasta el momento, se ha dejado escapar una gran oportunidad. Ello por cuanto estimamos que era una situación propicia para que el legislador diera un paso firme en la dirección que venimos marcando, consagrando un sistema plenamente garantizador de derechos para el

individuo frente al poder punitivo estatal.

Sin embargo, en materia de medidas de coerción se optó por seguir con un sistema excarcelatorio que parece invertir la regla de la libertad durante la sustanciación del proceso, estableciendo los supuestos específicos en que el imputado podrá ser liberado (véase el art. 192 del C.P.P.). Al respecto, es importante resaltar que un sistema que se precie de ser respetuoso del mandato constitucional de garantizar la libertad durante el proceso (arts. 18, 33 y 75 inc. 22) no debiera tener institutos como el mencionado, sino limitarse a especificar los casos en que excepcionalmente se encarcelará preventivamente a un imputado durante la tramitación de la causa seguida en su contra. El esquema actual tergiversa los principios de inocencia y de libertad durante el proceso, manteniendo conceptos inquisitivos que contrarían el espíritu que inspiró la reforma.

El modelo excarcelatorio del código adjetivo se completa con la incorporación del instituto objeto de estudio del presente trabajo. Así, la novedad de la Ley N°6.941 en la materia se encuentra en el artículo 193, que introduce bajo la denominación “Excarcelación Extraordinaria” un instituto que aborda los supuestos en que no se dan las condiciones para la procedencia de la excarcelación ordinaria en razón de la escala penal prevista por el delito imputado. Dicho dispositivo legal, establece: *“En los casos que conforme a las previsiones de los incisos 1) y 2) del artículo anterior no correspondiere la excarcelación, podrá ser concedida de oficio o a pedido de parte cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia. En estos casos el órgano interviniente podrá, de acuerdo a las circunstancias y a la personalidad del detenido, someterlo al cumplimiento de reglas especiales de vigilancia y/o cuidado potencial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 203. La excarcelación prevista por este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada y se efectivizará cuando el auto que la conceda quede firme”*.

Si miramos retrospectivamente, no caben dudas que desde lo legislativo la incorporación de la Excarcelación Extraordinaria significó un avance en materia de libertad, puesto que la Ley N°6.261 no preveía

instituto alguno que permitiera un planteo defensivo en casos en que los delitos fueran de los considerados graves (adjetivación hecha, claro está, en virtud de la escala penal).

Sin embargo, entendemos que la redacción de la norma no fue la más apropiada, y en relación a ello queremos marcar algunas cuestiones.

En primer término, la interpretación literal de su texto y aislada del resto de los elogiados dispositivos incorporados al código, pueden llevar a concluir que la entidad de la pena sigue siendo el parámetro determinante para la concesión de la libertad. Desde ya, consideramos que hacer esa interpretación significaría un grave retroceso, por lo que instamos a que la fría letra del dispositivo en cuestión sea armonizada con el resto del plexo normativo -en particular con los arts. 4 y 164 del C.P.P. y siempre bajo la interpretación del principio *pro homine*- de modo que sea compatible con el esquema constitucional.

Por otro lado, la norma analizada establece una serie de circunstancias a considerar a los efectos de determinar la presencia de riesgos procesales que justifiquen la imposición de la medida de coerción, entre las que menciona en forma concreta a: i) las características del hecho; ii) las condiciones personales del imputado; y iii) “otras circunstancias que se consideren relevantes”. Fue esta última expresión la que provocó mayores inconvenientes en la interpretación y aplicación del instituto en cuestión; en rigor de verdad, dicha frase puede pecar de imprecisa, pero de ningún modo es capaz de generar ni justificar los criterios que se enarbolaron y aplicaron en su mérito (ya nos referiremos a esta cuestión).

En síntesis, podemos concluir que hubo un avance del legislador al haber introducido un instituto que habilita a solicitar la libertad en supuestos que antes no lo permitían; más la redacción de la norma presenta cierta vaguedad en sus expresiones, que otorga al juzgador un amplio margen de maniobra, y es allí donde queremos poner la lupa. Desde este espacio y con total humildad, proponemos que lo que puede entenderse como una falla legislativa, sea tomado como una oportunidad para acoplar, mediante la interpretación judicial, el código procesal actual a los mandatos constitucionales, sin perjuicio de las modificaciones que, más temprano que tarde, deberán hacerse a la actual ley. Hasta tanto se efectivicen las mismas, el análisis del artículo

en cuestión debe ser hecho bajo un prisma garantizador de derechos individuales y no limitante, bajo el halo del bloque constitucional ya referido, y de los artículos 4º, 164º, y 167 del propio C.P.P.. Lamentablemente, en la mayoría de los casos –como veremos más adelante- no es lo que ha ocurrido; más bien, todo lo contrario.

La Jurisprudencia:

La jurisprudencia, en general, ha optado por mantener a la pena como el parámetro determinante para decidir la concesión de la libertad al imputado, realizando una interpretación – a nuestro criterio forzada- absolutamente limitante de la norma en cuestión. Así, se ha concluido que el dispositivo legal consagra situaciones excepcionalísimas y personalísimas para la viabilidad del instituto lo que, claro está, no surge de la letra de la ley. En ese sentido, si nos atenemos a la literalidad de la norma en estudio advertiremos que el legislador reserva su aplicación a aquellos casos en que no correspondiendo la excarcelación ordinaria por la entidad de la pena, se pueda presumir que el imputado no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia, lo cual debe surgir de la objetiva valoración de las características del o los hechos atribuidos, las condiciones personales de aquél, y otras circunstancias que sean consideradas relevantes a tales efectos (existencia o no de riesgos procesales).

Reiterando lo antes dicho, no consideramos que la literalidad del texto de la norma analizada justifique la interpretación que los juzgadores han efectuado al aplicar el instituto, produciéndose una violación al principio de legalidad procesal que es absolutamente trascendental en materia de medidas de coerción personal.

Ya se dijo -casi hasta el hartazgo- que el texto puede dar lugar a confusiones, por la vaguedad de alguna de sus expresiones. En particular, la frase “...*otras circunstancias que se consideren relevantes*” parece bastante amplia y puede ser interpretada de diferentes maneras. Pero de ningún modo puede compartirse el temperamento adoptado de igualar el término “relevante” a “excepcionalísimo” o a “personalísimo”, como se ha resuelto en fallos donde se denegó la libertad bajo esta

figura; mucho menos cuando el art. 4° del mismo cuerpo normativo ¹ Perez Julio sd Abuso Sexual Gravemente Ultrajante ep JPG (menor), 2014. Carpeta N° 2186/2018 - “Jimenez, Miguel Angel y Otros S.D. Homicidio Triplemente Calificado por alevosía y ensañamiento con el concurso exige que “toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona..., deberá ser interpretado restrictivamente.” Sentado este principio, más cuestionable aún resulta el criterio seguido hasta aquí, ya que se ha hecho exactamente lo contrario.

Es allí donde reposa nuestra principal crítica a los juzgadores, por cuanto entendemos que la legislación -si bien con algunos defectos técnicos- ha dado un paso adelante en la cuestión, lo que no fue acompañado por nuestros tribunales (como sí lo hicieron en otras cuestiones). Estimamos que era una oportunidad inmejorable para apuntalar definitivamente una postura abierta y flexible en materia de libertad, de modo tal que se reafirme el estado de inocencia hasta el dictado de sentencia condenatoria (art. 18 de la C.N.), y el principio de libertad durante el proceso (art. 164 del C.P.P.).

La simple lectura de los fallos citados, nos permite advertir que el temperamento adoptado se aleja de los lineamientos marcados por nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales incorporados a ella. En la práctica, se sigue discriminando a los delitos en excarcelables y no excarcelables, manteniéndose a la pena en expectativa como factor indicativo trascendental para la procedencia de la libertad.

Así las cosas, a diario vemos que en los procesos en donde el delito investigado prevé una pena elevada, carece de importancia que se haya demostrado la inexistencia de peligros procesales en el caso -analizados éstos a la luz de los criterios establecidos por el art. 169 del C.P.P.-, ya que los planteos liberatorios de la defensa son rechazados sin otro argumento más que la mera ausencia de motivos excepcionalísimos o personalísimos del imputado que justifique la aplicación del instrumento previsto en el art.193. Es decir, el criterio restrictivo imperante obliga a la defensa a invocar una razón harto excepcional que derribe la presunción que la sola entidad de la pena genera.

El estado de situación descrito presenta una situación muy

particular. Veamos: conforme al criterio limitante hasta ahora adoptado, si la defensa logra demostrar la ausencia de peligros procesales (o que los mismos pueden ser mitigados o conjurados mediante las obligaciones de los arts. 201 y 202 del C.P.P.) siguiendo pautas –que podríamos denominar- “ordinarias” (arraigo, carencia de antecedentes, la actitud del imputado frente al supuesto daño y víctima del hecho, comportamiento de aquel durante el procedimiento que se sigue en su contra y/o en otros anteriores, incapacidad para destruir elementos de prueba, desconocimiento de testigos por declarar, entre otros) pero no esgrime ningún motivo “excepcionalísimo” o “personalísimo”, la sola gravedad de la pena prevista para el delito que se le enrostra hará inviable la soltura del imputado, por no verificarse los recaudos que los jueces exigen para premeditado de dos o más personas, Privación Ilegítima de la Libertad y Abuso Sexual con Acceso Carnal, todo en Concurso Real E.P. Salto Marito Agustin (m) S/ Denegatoria de Excarcelación Extraordinaria”, Mayo de 2018 habilitar la excarcelación extraordinaria. Ello coloca al imputado en la necesidad de invocar/generar, una circunstancia que ingrese dentro de lo que el juzgador –y su subjetividad- considera “muy” excepcional, pues de lo contrario, deberá atravesar todo el proceso privado de su libertad. Si se nos permite, podríamos preguntarnos ¿estamos en presencia de una nueva versión de la llamada “prueba diabólica”? Por lo pronto podemos asegurar sin hesitar, que la interpretación imperante coloca a la defensa en un callejón sin salida.

Por otro lado, la interpretación restringida efectuada por los tribunales parece igualar la excarcelación extraordinaria con otros institutos que nuestro código procesal penal consagra para morigerar la medida de coerción que se hubiera dispuesto. Así, en los arts. 180 y 185, al regular las Medidas Alternativas a la prisión preventiva y la Atenuación de la coerción, respectivamente, se establecen herramientas que pretenden evitar la prisionización del imputado que se encuentre en una situación –ahora sí- verdaderamente excepcional, puesto que su alojamiento en un establecimiento carcelario resultaría desproporcionado. Dichas normas atienden a la forma de cumplimiento de la medida de coerción, y entre las modalidades previstas encontramos al arresto domiciliario, la internación en institución educadora o

terapéutica, el sometimiento al cuidado de una persona o institución, entre otras. Como vemos, son institutos que responden a diferentes motivaciones –pese a que por su multiplicidad se puedan confundir-. Pese a ello, ocurre en la práctica, que a quienes solicitan la excarcelación extraordinaria se les exige que acrediten casi idénticas condiciones que las prescritas por los arts. 180 y 185, tornando improcedente a la primera e inútiles a los últimos. De este modo, los tribunales, desoyendo la manda del art. 4 del ordenamiento procesal, han terminado desnaturalizando la excarcelación extraordinaria, confundiéndola –en muchos casos- con los institutos arriba reseñados. Si bien, nuestro sistema de medidas de coerción es bastante enrevesado y prevé demasiados institutos para la recuperación de la libertad o la morigeración de la coerción dispuesta (cuestión que no hace más que complicar la tarea de los operadores) que parecen encimarse y confundirse, debemos bregar por una interpretación armónica que permita la coexistencia de los mismos, para lo cual será indispensable delimitar el alcance de cada uno de ellos. En esa empresa, el primer paso debe ser evitar hacer decir a la ley lo que ella no dice, e interpretarla conforme lo prescribe el artículo 4 del C.P.P..

Desde ya que nos pronunciamos en contra de la postura que la judicatura adoptó al respecto, y alertamos sobre sus consecuencias dañosas para el sistema acusatorio-adversarial que se pretende consolidar en el ámbito provincial.

Quizás la confusión en la interpretación del instituto en análisis viene dada por el término con el que fue bautizado. En relación a ello, se ha dicho que la palabra “extraordinaria” se impuso al solo efecto de distinguir esta herramienta de la prevista en el art.192, pero de ningún modo para hacer equivalencias con lo “excepcionalísimo”, como se ha pretendido. Aún cuando ello no fuera así, la letra de la norma nos permite interpretarla de la manera que venimos pregonando, siempre siguiendo los lineamientos marcados.

Conclusión:

No caben dudas que estamos inmersos en un proceso de cambio de paradigma en el campo del derecho procesal penal y que lógicamente

será un camino esforzado. En ese sentido, no son pocas las provincias que han modificado sus códigos adjetivos en procura de adaptarlos al modelo que la Constitución Nacional estructura para la forma del juicio penal. La nuestra no ha sido ajena y afortunadamente ha dispuesto una reforma en ese sentido, edificando el procedimiento bajo las reglas del sistema Acusatorio. Celebramos la instauración de un método respetuoso de las garantías individuales a diferencia del sistema inquisitivo que antes regía, en donde el derecho de defensa y por sobre todas las cosas, el principio de inocencia, se veían claramente cercenados.

Así las cosas, el presente trabajo pretendió mostrar una situación paradójica. Bajo la vigencia del sistema procesal penal que rigió nuestra provincia hasta el año 2009, predominantemente inquisitivo y en el que sólo se preveía un solo tipo de excarcelación, los jueces –es cierto que después de muchísimos años- terminaron adoptando una postura que pretendía ser respetuosa del principio de inocencia y del principio de libertad durante el proceso. En cambio, bajo el nuevo modelo acusatorio/adversarial ...el cual incorpora nuevas herramientas –aún con los defectos supra señalados- que pretenden abrir el espectro y cambiar definitivamente el paradigma imperante, los juzgadores parecen desechar esa posibilidad, y desbaratan una oportunidad inmejorable de consolidar un sistema efectivamente garantizador de derechos individuales.

Desde este espacio, proponemos –humildemente- la revisión del criterio hasta ahora sostenido, a partir del entendimiento de que la coyuntura actual nos ofrece la posibilidad inestimable de plasmar en el proceso penal provincial el sistema consagrado por nuestra Constitución Nacional.

En esa empresa, el legislador ya dio el primer paso mediante la reforma mencionada. Si bien entendemos que será necesario hacer modificaciones al actual código adjetivo en miras de alcanzar un sistema puramente acusatorio, debe destacarse el avance que su sanción significó, pues se sentaron las bases para lograr ese objetivo.

Por ello, estamos convencidos de que es el momento oportuno para terminar con la vetusta división entre delitos excarcelables y no excarcelables, y hacer vigente el irrestricto respeto de la garantía de la

libertad, entendida ésta como condición natural del hombre. Como ya se dijo, la Excarcelación Extraordinaria es la herramienta que actualmente nos ofrece el legislador para lograrlo, quedando en cabeza de los jueces su aplicación conforme a los principios ya desarrollados.

Así, los juzgadores no pueden soslayar el principio sentado por el ordenamiento adjetivo, en su art. 4º, el cual ordena una interpretación restrictiva de las disposiciones que coarten la libertad personal, siendo su deber recurrir a ella al tiempo de resolver los pedidos de Excarcelación Extraordinaria. Eso significará ya un gran adelanto en el proceso de transformación que venimos remarcando.

Entendemos que el nuevo instituto previsto en el Código Procesal Penal, merece un mayor y mejor abordaje a fin de poder delimitar su aplicación. Desde aquí, y con nuestras limitaciones a cuestas, pretendimos hacer un aporte.

Por último, nos resta decir que existiendo unanimidad (por la imposición de la tesis procesalista por sobre la sustantivista) en que la regla es la libertad durante el proceso, y que ésta sólo puede ser restringida cuando se acredite la presencia de riesgos procesales, no debiera ser necesario establecer institutos tales como la Excarcelación –en cualquiera de sus modalidades-. El modelo excarcelatorio obliga a justificar porque una persona –inocente- debe encontrarse en libertad. De lege ferenda, humildemente se propone un esquema en donde sólo se regulen los supuestos en que una persona, de manera absolutamente excepcional, pueda ser encarcelada de manera preventiva, de modo que no se tergiverse –como ocurre actualmente- el principio de inocencia y de libertad durante el proceso. En dicho modelo la pena no debiera ser más que un extremo a tener en cuenta a los efectos de evaluar la existencia de riesgos procesales, pero sin olvidar de que se trata de un parámetro que se caracteriza por ser abstracto y genérico, que nada dice sobre el caso en concreto y sus particularidades, por lo que exigirá –como todo criterio general- una meritución restrictiva. Se deja este tema planteado para una futura discusión de la que –modestamente- pretendemos ser parte.

Referencias:

-Cafferata Nores, Jose I. (1988). La Excarcelación, Depalma, T.I. Jauchen,

E. (2014). Derecho del Imputado. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

-Arce José Jacinto s/ inc. Excarcelación, (Juzgado de Garantías de Campana, 11/2010

-Montes Alicia Sonia s/inc. excarcelación extraordinaria, 14853 (Cámara Apelaciones y Garantías de Morón, Sala II 14 de 10 de 2003).

-Perez Julio sd Abuso Sexual Gravemente Ultrajante ep JPG (menor), 642/2014 (Cámara de Apelaciones / Tribunal Alzada mayo de 2014)

-Jimenez, Miguel Angel y Otros S.D. Homicidio Triplemente Calificado por alevosía y ensañamiento con el concurso premeditado de dos o más personas, Privación Ilegítima de la Libertad y Abuso Sexual con Acceso Carnal, todo en Concurso Real E.P. Salto Marito Agustín (m) S/ Denegatoria de Excarcelación Extraordinaria”, Mayo de 2018.

4° Ponencia.

EL ACCESO A LA JUSTICIA: UN DERECHO FUNDAMENTAL GARANTIZADO POR TRATADOS INTERNACIONALES ¿VEDADO POR LA FIFA?

Ponente: Daniel Maximiliano Diaz Maccio

Comentarista: José E. Jozami Delibasich.

Al hablar respecto a un organismo internacional de deporte, debemos partir por el fenómeno deportivo y sus diversas manifestaciones que pueden desarrollarse, teniendo en cuenta que, a partir de la creación y difusión de los derechos de segunda generación (tal como el trabajo, seguridad social, familia), surgidos mundialmente en las primeras décadas del siglo XX, pero que en argentina se hicieron visibles a fines de la década de los 40', con una modificación integral de nuestra constitución, que luego fue derogado por el gobierno militar en el año 1958, incluyendo el artículo 14 bis a la misma; los cuales miran al individuo, no solamente dentro de su faz individual, sino también dentro del ámbito en que se desarrolla íntegramente, dio lugar a que las personas no se dediquen exclusivamente al trabajo, sino que dispongan de mayor tiempo para el desarrollo de otras actividades, en los que se encuentran la práctica del deporte.

El deporte, entendido en su concepción amplia, como toda actividad organizada y reglamentada, generalmente de carácter competitivo, que produce una mejora en la salud, aprendizaje y desarrollo integral de la persona que lo practica. A principios del siglo XX, el deporte era considerado simplemente como una práctica recreativa u ociosa de las personas, una forma de poder distraerse y relajarse de la vida rutinaria que poseían las mismas en esa época; pero con el paso del tiempo, el deporte se fue especializando, convocaba a mayor cantidad de adeptos y aficionados, incentivaba el carácter competitivo, despertaba pasiones que otras actividades no lo hacían, por lo que la realización de esta actividad empezó a diferenciarse del juego (entendido como simple diversión y ocio), para transformarse en un hecho social organizado, reglado, popular, que fue dando saltos gigantes en la consideración de las sociedades modernas.

Tan grandes fueron los avances, que se produjo la profesionalización de los diversos deportes en poco tiempo (recordemos que el fútbol en argentina se hizo profesional a partir del año 1931), es decir, personas que se dedicaban exclusivamente a la práctica de un deporte específico, cobrando una remuneración por su trabajo que le posibilitara la satisfacción de sus necesidades. Gracias al desarrollo de los medios de comunicación, los sucesos más importantes y trascendentales de la vida deportiva, no solo nacional sino también mundial, permitieron que las personas puedan conocer en tiempo real que era lo que estaba pasando en el mismo momento en que ocurrían las cosas, por lo que también se convirtió en un lugar propicio para ser considerado como un negocio, donde las marcas podían difundir su nombre a todos los fanáticos del deporte; los medios buscaban contratos de exclusividad para aumentar sus ganancias, la gente pagaba dinero para poder ver a su equipo favorito, realizando apuestas deportivas incluso clandestinamente.

El lugar que iba ganando el deporte en general, lo convierte actualmente, a diferencia de sus inicios, en un mundo cuyas organizaciones mundiales y sus respectivas autoridades, poseen un poder muy grande en las sociedades modernas, donde incluso pueden llegar a cumplir roles más decisivos y preponderantes que muchos países del mundo (para mencionar un ejemplo simplemente, la FIFA reconoce en total a 211 países para el desarrollo de sus competencias, más países que los reconocidas por la ONU, los cuales son 193, ejemplo islas Feroe y Gibraltar). Incluso dando lugar muchas veces a la corrupción y a la intención de ganar más importancia dentro de las relaciones actuales, recordando hace poco tiempo el “Fifagate”, una investigación de muchos años sobre las prácticas ilegales (cohecho, fraude y lavado de dinero), de las máximas autoridades del fútbol mundial, que se hizo público en el año 2015, incluyendo al presidente de la Federación Internacional del Fútbol Asociado, Joseph Blatter.

En el área del derecho, también dio lugar a la aparición de una nueva disciplina en los años recientes, debido a la mayor complejidad de las relaciones deportivas que se fueron generando, con nuevos actores, oportunidades y problemas alrededor del mismo, aplicándose normas y principios del derecho en general (como pueden ser menores, asociaciones o sociedades, responsabilidad civil, patrocinio, concurso y quiebras,

estatuto especial de trabajo, delitos particulares, etc.); también fueron creándose institutos particulares del deporte, por lo que actualmente requiere de una mayor especialización en los profesionales del derecho que quieran incursionar en el mismo.

El Derecho del Deporte, lo podemos definir como la disciplina jurídica que se encarga de abordar al fenómeno deportivo desde las distintas vertientes de derecho, y a la vez posibilita generar intercambios disciplinarios que permitan analizar con mayor amplitud y riqueza científica todas las manifestaciones del objeto de estudio del deporte. Es decir, no solamente se requiere de un conocimiento jurídico del deporte en general, sino también es necesario la relación con otras profesiones que están vinculadas al mismo, como pueden ser médicos, kinesiólogos, psicólogos, sociólogos, administradores del deporte, economistas, comunicadores sociales, etc.

En nuestro país, la constitución vigente no menciona en ningún de sus preceptos, la palabra “Deporte” en forma directa, por lo que algunos autores hablan de que para la sociedad argentina no puede ser considerado como un derecho fundamental, siendo desarrollado e impulsado discrecionalmente por las leyes inferiores que pudieran producirse. Sin embargo, hay otros autores que consideran que se encuentra enmarcado dentro del Artículo 33 de la Constitución Nacional, como uno de los derechos implícitos que tiene todo ciudadano. Otros artículos referidos al deporte podemos encontrarlos en los Art. 75 inc. 22, el cual reconoce jerarquía constitucional a los tratados internacionales, y en el artículo 15 del pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé el derecho de toda persona de participar en la vida cultural, considerando al deporte como fenómeno cultural, como así también el Art. 75 inc. 19, establece la facultad del congreso de proveer lo conducente al desarrollo humano, siendo el deporte un elemento vital para el mismo. En el ámbito provincial, si está consagrada en la carta magna, en su artículo 38.

Como consecuencia del reconocimiento del deporte como derecho fundamental en general, se derivan otros que son complementarios al mismo, como pueden ser reconocimiento del deporte como actividad libre y voluntaria, como un factor fundamental para el desarrollo del desarrollo integral del humano, el estímulo al asociacionismo deportivo,

reconocimiento de Educación física como materia obligatoria en las escuelas, la promoción específica de la práctica del deporte para los jóvenes, etc. Así también hay principios que deben respetarse como por ejemplo la subordinación al orden jurídico constitucional, promoción estatal, no discriminación, tutela jurídica eficaz, necesaria y proporcional, acceso a la justicia, especialidad, etc.

En el análisis del derecho del deporte en general, vamos a profundizar en el Fútbol en particular, el deporte más popular del mundo, donde las asociaciones, equipos y jugadores del mismo tienen muchísimo poder y fama, siendo, en el caso de estos últimos, modelo para generaciones futuras; además, dentro del ámbito del derecho, es la disciplina que más leyes, reglamentaciones, recomendaciones, laudos arbitrales y sentencias existen, y sirven como regla general y extensiva a los demás deportes.

La FIFA, es la máxima autoridad del Fútbol en el mundo, con una importancia tan grande en la actualidad, adquiriendo con el correr del tiempo un poder inmenso, a tal punto que puede llegar a crear estatutos y leyes generales, que van en contra de las facultades soberanas de los países y derechos fundamentales de las personas, tales como la “PROHIBICIÓN de intromisión de los estados nacionales en la asociaciones madres del fútbol” (una manera de ejercer y perpetuar el poder en los países amantes de este deporte, sabiendo de la importancia vital del mismo en dichos países) procurando que se tomen decisiones en forma particular por los representantes elegidos democráticamente por los actores del fútbol, y no por los estados.

Manifestaciones de dicho poder, se pudieron ver en forma evidente en los últimos tiempos, sufriendo en carne propia el fútbol argentino, cuando posteriormente al fallecimiento del presidente de la AFA, Julio Grondona, quien fuera presidente del mismo por 35 años continuos e ininterrumpidos (1979-2014), se produjo una crisis sin precedentes en el organismo rector del fútbol argentino. El vicepresidente Luis Segura se convirtió en el presidente interino hasta nueva elección, en el 2015, se produjo el escándalo de la votación que terminó con un empate 38 a 38 (cuando había 75 electores), problemas financieros de los clubes; todo parecía indicar que el estado nacional iba a intervenir tratando de modificar estatutos, reglas para reordenar el fútbol, además de inyectar

dinero al mismo. Pero en el año 2016 la FIFA prohibió dicha intervención, nombrando una comisión normalizadora para poner orden en la AFA y modificar sus estatutos, bajo apercibimiento de dejar afuera a la selección argentina y los equipos nacionales, de todas las competencias organizadas por la FIFA, sabiendo de las consecuencias negativas que iban a producir a la sociedad contemporánea.

Otro caso más reciente aún, fue el de la selección de Perú, un país cuya última participación en un mundial de fútbol había sido en el año 1982, habiendo pasado nada más y nada menos que 36 años para que dicha selección pudiera clasificarse a la máxima cita del fútbol. A principio del año 2018, una idea política del gobierno del turno de dicho país, planeaba reorganizar el deporte en general, teniendo implicaciones en el fútbol en particular, cuya intención central era el hecho de subordinar a la Federación Peruana de Fútbol (FPF), a la entidad gubernamental de deporte. Cuando se conoció esta intención, desde la FIFA ordenaron que no se proceda a dicha reorganización, bajo apercibimiento de quedar excluido del mundial 2018. Bajo esta modalidad, y ante el temor de los ciudadanos peruanos, el gobierno no tuvo más remedio que dar marcha atrás con dicha política, demostrando una vez más el poder del organismo de fútbol, obligando a un estado soberano a depender de sus propias leyes. En cuanto a otra regla fundamental dentro de la asociación del fútbol, se encuentra la “PROHIBICIÓN de ACCESO A LA JUSTICIA ORDINARIA”, una regla que se encuentra consagrada, nada más y nada menos, que en el mismo estatuto de la FIFA, más precisamente en su artículo 64, el cual reza: “No está permitido el recurso ante los tribunales ordinarios”. Ahora bien, ¿Cuál podría ser una explicación para que, un derecho tan fundamental y esencial para todo ser humano, reconocido por tratados internacionales de derechos humanos, básico en todo régimen democrático, pueda llegar a ser limitado, restringido o vedado por el organismo más importante del fútbol? La respuesta por parte del ente internacional, hace referencia a que la organización del fútbol de la FIFA no sería posible si cada club o jugador acudiese a un tribunal ordinario, por lo que sería un riesgo hacia la estructura del fútbol organizado si no se respetan los estatutos de la FIFA, las confederaciones y las asociaciones, atendiendo además a una solución más rápida y especializada de un tribunal deportivo que la de “justicia ordinaria”. Sin duda alguna, que uno

de los motivos por el cual se justifica la inclusión de una prohibición como esta, resulta complementaria de la Prohibición de la intromisión del Estado (siendo la justicia un órgano de poder de cada estado); por lo que es la reafirmación y consolidación del poder político y económico que tiene actualmente la FIFA en el mundo entero.

Entrando a un análisis particular de esta última prohibición, podemos mencionar el “Caso Caranta”, el cual era un arquero del club Boca Juniors, con una muy buena trayectoria deportiva, siendo hasta el día de hoy, el último arquero del club argentino en haber salido campeón de la copa Libertadores con dicho club en 2007. Tan solo dos años después de la consagración, existió un conflicto entre el arquero y el entrenador Carlos Ischia, en donde el entrenador decide relegar al banco de suplentes a pesar del prestigio que tenía. Posteriormente, la dirigencia toma postura a favor del entrenador, impidiendo al jugador no solamente que entrene con sus compañeros de equipo profesional, sino que, lo rebajan a la reserva, y después lo excluyen de todo tipo de entrenamiento, coartando uno de los requisitos indispensables para que un deportista de élite pueda seguir teniendo un rendimiento a la altura de las expectativas, además de no pagar la prima que había convenido con el jugador. Afectando así dos obligaciones principales que están a cargo de todo empleador, conforme a la ley de trabajo nacional: el pago de la remuneración INTEGRAL a favor del trabajador, en este caso un arquero de fútbol, y por otra parte la OCUPACIÓN EFECTIVA, por no brindarle la posibilidad de cumplir con su trabajo, impidiéndole entrenar a pesar de su trayectoria, situación que incluso se puede observar actualmente en el artículo 15 del Reglamento del Estatuto y Transferencias de Jugadores elaborado por la FIFA, el cual expresa una posibilidad de rescisión unilateral por Causa Deportiva.

En base a la situación generada, el arquero decide recurrir a la Justicia Ordinaria, a los fines de solicitar una indemnización por los daños causados a su persona, situación laboral amparada, no solamente en la ley general de trabajo, sino también en el estatuto Profesional del futbolista (1974) y del convenio colectivo de trabajo (2009), peticionando además que mientras se desarrolle la causa judicial, le permitan elegir otra institución deportiva para continuar con su carrera, ya que la vida deportiva de un futbolista es demasiado corta. Para sorpresa de muchos, la justicia ordinaria fallo en contra de Caranta, tal vez por las presiones e

importancia de actores que estaban atrás de ellos, como eran Boca Juniors, AFA y FIFA, negándole la indemnización pretendida; pero con un plus que los profesionales del derecho le resultaría un tanto insólito, que es el hecho de que se condenó en costas al trabajador, contrariando el principio de Gratuidad del Trabajador.

Otra situación que generará controversias en el futuro, es la situación de los Derechos de Formación, creación de la FIFA en el inicio de la década del 2000, instituto que tiene la función de compensar a los clubes más humildes que ayudaron a la formación de profesionales que luego son vendidos por cifras millonarias. En Argentina se sancionó la ley 27.211, del año 2015, que tiene la virtud de superar algunas situaciones problemáticas, como así también bajar la franja etaria, que va desde los 9 hasta los 18 años, favoreciendo a los verdaderos formadores, y extendiendo los beneficios de dichos derechos a los demás deportes, tanto individuales como colectivo de equipos. Sin embargo, en el año 2019, la AFA, en claro sentido de subordinación hacia la FIFA, estableció un reglamento específico para las transferencias nacionales, en forma similar a lo establecido por ente rector del fútbol, antes que a la ley argentina, cuyos beneficios hacia los más humildes puede verse más evidente. A pesar de ello, la justicia ya realizó sentencias de primera instancia dando lugar a los reclamos de los clubes formadores, casos como el de “Nicolás Domingo” o de “Facundo Sánchez”, conforme a la ley argentina, norma que resulta contraria a los intereses de los clubes de primera división, en especial a los denominados “grandes”, ya que los mismos son los que “captan el talento” de jugadores de diversas situaciones sociales, persuadiéndolos de tener más posibilidades de triunfar en la vida profesional deportiva en sus respectivas instituciones, dejando sin el recurso más valioso de ingresos económicos que podría contar un club humilde, como sería la indemnización por dejar de tener los servicios de un jugador que es importante para obtener logros deportivos.

Situación que sin duda alguna provocara grandes controversias en el futuro, existiendo algunas personas cuya postura se encuentren a favor de la ley argentina por ser más beneficiosa a los sectores más vulnerables, como otra vertiente que apoye la unidad y coherencia de las reglas y estatutos deportivos que regulan el deporte en general, aunque ello vaya

en contra de leyes estatales y derechos fundamentales de las personas como ser humano. -

5° Ponencia.

ALGUNAS PREGUNTAS Y RESPUESTAS RELEVANTES SOBRE LA DIMENSIÓN PROCESAL DE LA ACCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS.

Ponente: Darío Raúl Melano.

Comentarista: Horacio Macedo.

1.- A cinco años del origen:

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) incorporó uno de los institutos que se consideró de los más innovadores del *corpus iuris*: la denominada acción preventiva de daños¹⁹. No pocas son las preguntas y dudas que generó en su momento, y a cinco años de la vigencia debemos decir que siguen siendo muchas las incertidumbres y discusiones que persisten.

¿Podía la norma de fondo incorporar una figura de fuertes connotaciones procesales? Si las provincias no la legislan en sus jurisdicciones –como en rigor sucede en la inmensa mayoría del país-, ¿cómo será albergada en la praxis judicial? ¿Qué vías procesales deben asignarle los jueces? ¿En qué marco procesal debe transcurrir el debate sin afectar el derecho de defensa en juicio? ¿Se trata de un dispositivo de fondo o de naturaleza procesal? ¿Es un instituto genérico, comprensivo de otros tipos de procesos, como el amparo, las medidas cautelares innovativas, la tutela inhibitoria o las llamadas autosatisfactivas? ¿Existe la acción autónoma preventiva de daño? ¿Ha venido a resignificar las funciones jurisdiccionales? ¿En qué sentido? ¿Con cuáles limitaciones y facultades?

Nos proponemos aquí realizar una indagación de los problemas procesales que suscitan algunas de estas preguntas originadas a partir de la regulación de la denominada “acción preventiva de daño”.

2.- ¿Cuál es el “cambio de época” en que se inscribe?

Este instituto no viene sino a ratificar una sólida tendencia del

¹⁹ En el marco regulatorio de la función preventiva de la responsabilidad civil, el art. 1711 del CCyC dispone: “*Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”. Los artículos 1712 a 1715 prescriben acerca de la legitimación, la sentencia, los deberes de ponderación y las facultades del juez.

desarrollo jurídico en las últimas décadas. La necesidad excepcional de una intervención judicial preventiva viene vinculada a fuertes requerimientos de la sociedad; hay casos donde inexorablemente se exige una tutela judicial rápida, oportuna, eficaz. La experiencia indica que, ante ciertas situaciones, de no activarse una inmediata protección, el daño puede ser tremendo e irreversible. Piénsese por ejemplo en las circunstancias de la causa “Camacho Acosta”, cuya resolución marcó un hito en la jurisprudencia del máximo tribunal argentino en materia de justicia preventiva²⁰. Desde luego, los problemas que esto acarrea no son nuevos y las narraciones jurídicas en torno a la “prevención judicial” pueden hallarse a lo largo de todo el siglo XX.

Este contexto incluye discusiones sustanciales que ponen en juego elementos de la *Justicia* aparentemente contrapuestos. Uno: la “seguridad jurídica”, sustentada en el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN; art. 8 CADH) y en el valor de la previsibilidad de las decisiones. Dos: la necesidad de celeridad, eficiencia y eficacia; que el sistema resuelva los conflictos en tiempo razonable (art. 8 y 25 CADH), ya que no es justicia aquello que por más justo que fuese llega demasiado tarde. Este dilema constituye una de las grandes tensiones que guían los debates en el campo del derecho procesal. Encontrar herramientas flexibles que procuren dar soluciones justas a este problema central, sin sacrificar el debido proceso ni convertir a éste en un entuerto infinito, es quizás uno de los desafíos más importantes de las legislaciones procesales contemporáneas.

Lo cierto es que en las últimas décadas se ha comenzado a redimensionar la importancia cardinal de la prevención judicial canalizada a través de procesos urgentes o anticipatorios de jurisdicción, máxime cuando están en riesgo la vida, la integridad física de las personas, o sus derechos fundamentales²¹.

²⁰ A raíz de un accidente laboral el Sr. Camacho Acosta perdió el antebrazo izquierdo. Su estado de salud requería una inmediata intervención médica altamente costosa. La espera de la sentencia de fondo hubiera significado un **agravamiento del daño** por perjuicios irreversibles para la salud del trabajador. La Corte hizo lugar al recurso extraordinario federal, y ordenó como “anticipo de jurisdicción” o “medida cautelar innovativa” la provisión al actor de una prótesis en atención a la gravedad y a la urgencia del caso. El estándar de ponderación de intereses en juego surge del considerando N° 12. (CSJN, 7-8-1997, “Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graff SRL”).

²¹ Mencionaré aquí a título de ejemplo el cambio de línea interpretativa que se evidenció en el sistema interamericano de derechos humanos. En una postura tradicional, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) había entendido que el ejercicio de su competencia se circunscribía a resolver sobre la responsabilidad estatal en casos concretos, estando imposibilitada de realizar un control preventivo de normas, actos u omisiones por parte del Estado. Sin embargo, a

Creemos que este desarrollo de intervención judicial preventiva, en cuyo marco se inscribe la acción prevista en el CCyC, da cuenta de un lento pero progresivo cambio de paradigma en torno a lo que se entiende por actividad jurisdiccional. Hay una ampliación de la mirada clásica, restrictiva y característica del positivismo jurídico según la cual el Poder Judicial no estaba para cumplir funciones de “prevención”, sino para “juzgar” cuando el conflicto ya se produjo²².

Hoy la época y las necesidades sociales han cambiado. Un signo de esta transformación lo constituyen, por ejemplo, las nuevas líneas jurisprudenciales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, las que dan cuenta de un rol activo por parte del juez en el control de constitucionalidad de las políticas públicas, con el delicado fin de prevenir daños en los derechos fundamentales de personas en situación de extrema vulnerabilidad²³.

En ese contexto, *“la ética de la prevención del daño sobrevuela a todo el sistema del Código, y ha sido, seguramente, uno de los paradigmas que mayor impacto ha tenido en la cultura jurídica de nuestro medio”*²⁴.

3.- La acción preventiva de daño, ¿instituto procesal o de fondo?

Lo que en primer lugar no debe perderse de vista de este instituto es su razón de ser dentro del sistema de la responsabilidad civil: garantizar que la tan encomiable función preventiva sea consistente y operativa, con

partir de un voto disidente elaborado por el juez Cancado Trindade en el caso El Amparo vs Venezuela (sentencia del 14 de septiembre de 1996), a propósito del cuestionamiento convencional a un artículo del Código Militar Venezolano que permitía al Presidente de la República sobreseer en juicios militares, fue elaborándose una doctrina radicalmente distinta, enfocada en el control preventivo que cabe realizar a la CIDH. En este nuevo entendimiento, una ley interna incompatible con el espíritu y la letra de la Convención Americana, independientemente de su aplicación, puede constituir una real amenaza contra los derechos humanos de las personas.

²² Podemos recordar la nota que Vélez Sarsfield redactó para comentar la prohibición del art. 1132 del Código Civil al propietario de una heredad contigua para ejercer la acción preventiva de daño temido. Decía: *“La caución damni infecti, del Derecho Romano (L. 6, Dig. De Damni inf.), cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina”*

²³ Véase, por ejemplo, el caso “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, resuelto

por la CSJN el 24 de abril de 2012

²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, “Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación”, RC D 2916/2020.

un mínimo de uniformidad en toda la República.

La historia del derecho nos alecciona acerca de normas dictadas con nobles finalidades, pero que luego quedaron en letra muerta por la falta de instrumentos básicos que sirvieran de medios para el cumplimiento de los propósitos perseguidos.

Luego, parecería sorpresivo generar una discusión acerca de la naturaleza procesal o de fondo de un instituto que el CCyC regula como *acción*, cuya denominación claramente ingresa en la órbita conceptual del derecho procesal.

Sin embargo, hay quienes prefieren pensar que ha existido una confusión por parte del legislador al utilizar esa denominación, ya que la correcta habría sido la de “pretensión preventiva” o “tutela inhibitoria”, que alude a lo que materialmente se le pide al juez que declare en su sentencia. Así, se sostiene “una cosa es el derecho de acudir a la autoridad en busca de una respuesta jurisdiccional (acción procesal) y otra cosa es el contenido de esa respuesta, el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión)²⁵.

Se remarca aquí la naturaleza de fondo que ostentaría la llamada “acción preventiva de daño”, pues los elementos de la pretensión procesal (sujeto, objeto, causa) siempre remiten a las relaciones jurídicas (contractuales o extracontractuales) que originan el eventual conflicto judicial. Carácter de fondo que surgiría de un modo lógico del propio sistema que la regula, no pudiendo aspirar éste –se razona- a instituir más allá de lo que sería un mecanismo sustancial –no procesal- de la función preventiva de la responsabilidad civil.

Pensamos que en este punto no debemos eludir el siempre polémico debate en relación a la invasión de facultades jurisdiccionales del Congreso de la Nación sobre las provincias, ya que la función de regular normas procesales constituye la porción de las no delegadas por éstas a aquella (art. 5 y 121 de la C.N.). No obstante, debemos recordar las numerosísimas disposiciones de carácter netamente procesal que tiene el CCyC²⁶, como también que el punto en cuestión ha sido debatido en el

²⁵ "MEROI, Andrea: Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, Cita Online: AR/DOC/956/2016, www.LaLeyOnline.com.ar.

²⁶ Véanse, por ejemplo, los artículos 2246, 1881, 436/438, 615/ 618, 705/723.

seno de la CSJN, cuyo estándar deja claro esta posibilidad excepcional.²⁷ En este sentido, siguiendo aquel lineamiento del más alto tribunal, no sería irrazonable concebir a la acción preventiva de daños como una institución procesal base, garantía de operatividad de la función preventiva proclamada como novedad en el sistema de daños.

De cualquier modo, ¿sería admisible concluir que todas las normas que componen el instituto son sola y únicamente de carácter sustancial? Es cierto que tanto los presupuestos como la legitimación (quiénes son los titulares del derecho a pretender y quiénes los obligados) sean considerados recaudos de fondo; pero no así las cuestiones en torno a las facultades judiciales o al contenido de la sentencia, actos jurídicos éstos claramente procesales.

En definitiva, parecería más acertado pensar que estamos en presencia de un instituto genérico, que comprende tanto normas de fondo como de forma. En ese sentido, Calvo Costa señala que la tutela inhibitoria puede ser sustancial (basada en el Derecho de fondo) o procesal (impuesta por la ley adjetiva)²⁸. Así, encontramos supuestos de remedios inhibitorios de protección sustancial en todo el ordenamiento jurídico, por ejemplo en los derechos personalísimos (art. 52 CCyC), en la tutela preventiva contractual (art. 1032 CCyC), en el abuso del derecho (art. 10 CCyC), en la tutela contra actos discriminatorios (art. 1 de la Ley 23.592), en la protección del medio ambiente (art. 4 25.675), en la protección de los derechos intelectuales (art. 79 ley 11.723), en la protección de los derechos del consumidor (art. 52 Ley 24.240), en la protección del Nombre (art. 21 de la Ley 18.248), en la impugnación preventiva de la filiación (art. 592 CCyC), en la tutela por inmisiones o molestias en el marco de limitaciones al dominio (1973 CCyC), entre otros.

Su naturaleza podría considerarse dual, donde incluso resulta muy difícil separar el contenido de la forma, el qué y el cómo, la pretensión preventiva de la necesidad de respuesta jurisdiccional eficaz a través de canales adecuados.

²⁷ La doctrina legal surge, entre otros, del caso “Bernabé Correa” (1926, Fallos 138:157), en virtud de la cual se admite excepcionalmente la existencia de normas procesales en las leyes de fondo dictadas por el Congreso de la Nación para complementar derechos, cuando ello sea imprescindible para “asegurar su inmediata efectividad y sin las cuales se comprometería la existencia misma del derecho que se ejercita”.

²⁸ CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones. 2. Derecho de daños*, Ed Hammurabi, Bs As, 2016, pg. 36.

Este debate no nos parece puramente dogmático, ya que una u otra postura puede tener connotaciones que repercuten en las vías procesales por las que deben tramitar las acciones preventivas de daños. Porque en el caso de que afirmáramos que el CCyC sólo regula el contenido sustancial de una pretensión, ella deberá canalizarse a través de las figuras procesales ya clásicas e instituidas por la jurisprudencia y las legislaciones locales. Por el contrario, si reconociéramos algo de naturaleza procesal en el instituto (y su constitucionalidad, desde luego), sus posibilidades procesales se ampliarían como veremos en la siguiente interrogación.

4.- ¿Cuáles son las vías procesales? Lo “clásico” y lo “nuevo” en la acción preventiva.

La normativa del CCyC no prescribe un tipo de proceso judicial por el que debería tramitar la acción preventiva de daño. Tampoco ordena, como lo hace en relación a otros institutos, que tenga que sustanciarse por el trámite más abreviado que dispongan los códigos procesales de cada provincia²⁹.

Quizás el fundamento de esto radique menos en una voluntad de no avanzar sobre competencias legislativas de las provincias (art. 5 y 121 de la C.N.), que en dotar al instituto de la mayor flexibilidad procesal posible, evitando los encorsetamientos en la norma rígida del Código. Se deja así, por el contrario, liberada a la determinación de los sistemas procesales (o a la facultad ordenatoria de los jueces) la aplicación concreta de cuál sería el tipo de proceso, así como sus particularidades.

Lo cierto es que existe disparidad de criterios en la doctrina, legislaciones y jurisprudencia acerca de esta cuestión de significativa importancia. Se reconoce la necesidad de que las provincias regulen en sus códigos de ritos los procesos bajo los cuales es viable tramitar esta tutela preventiva.

Pero, ¿cuáles son las alternativas?

Pensar en general en las vías procesales concebidas por la doctrina para este instituto, plasmadas en las legislaciones procesales, o aplicadas de modo pretoriano por la jurisprudencia, nos lleva a identificar dos

²⁹ Así por ejemplo, en relación a las acciones posesorias, el art. 2246 del CCCN dispone: “Proceso. Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso”.

dimensiones posibles para la acción preventiva de daño:

A.-) la de los procesos tradicionales de tutela urgente;

B.-) las “novedades” procesales que podrían desplegarse a partir del CCyC.

Es decir, se impone analizar qué hay de clásico y qué perspectivas procesales novedosas o de autonomía hay en la figura. Creo que estas dos dimensiones se corresponden, al menos parcialmente, a la antes mencionada discusión sobre el fondo y la forma.

No obstante, debemos decir que no se trata necesariamente de dimensiones contrapuestas e irreconciliables. Es posible admitir cierta flexibilidad, ajustada a las circunstancias del caso. Ambivalencia ésta que se sustenta fundamentalmente en la *ratio legis* del instituto: ser la garantía de la función preventiva del sistema de responsabilidad, con fuertes elementos tanto de naturaleza procesal como de fondo.

4.1.- La pretensión preventiva en “las vías procesales tradicionales”:

Nos referimos aquí a vías procesales tradicionales en las que la acción del art. 1711 del CCyC se subsumiría, aunque resignificando o potenciando aquellas figuras procesales tradicionales.

Aquí las posturas doctrinarias son dispares, y conviene realizar un somero repaso por algunas de ellas. En general, según estas tendencias, la acción preventiva de daños se constituye en un instituto de fondo que debe ser canalizado procesalmente por las vías tradicionales o legisladas en las normas rituales de cada jurisdicción.

Jorge Mario Galdós postula dos formas de acciones preventivas, según se peticione a través de un proceso autónomo o en uno de características accesorias. De acuerdo a ello las vías pueden consistir en: a.-) una medida autosatisfactiva que cumplimenta el objeto del proceso con la consumación de la pretensión procesal; b.-) una tutela anticipada (o cautela material o tutela inhibitoria o anticipo de jurisdicción) que es accesoria de la principal en la que la prevención del daño se otorga como anticipo de jurisdicción.³⁰

Por su parte, Mabel de los Santos conceptualiza el instituto como pretensión preventiva y lo clasifica según que la causa potencialmente

³⁰ GALDÓS, Jorge Mario, comentario al art 1710 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo VIII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pg. 311.

generadora del daño derive de las circunstancias fácticas que rodean el caso o del trámite de un proceso judicial. Es decir, según el origen del ilícito, las acciones preventivas pueden activar: a.-) La tutela preventiva autónoma; y b.-) Las vías accesorias para prevenir el daño derivado del trámite del proceso. El marco procesal de las primeras (tutelas preventivas autónomas), según esta autora, serían tres: el amparo, el habeas data, y la medida autosatisfactiva. En cuanto a las segundas, las vías procesales adecuadas son el anticipo de tutela y las medidas cautelares clásicas.

Más allá de ciertas diferencias importantes y de diversas maneras de concebir y clasificar el instituto, estas posturas coinciden en sostener la posibilidad de instrumentar la acción preventiva –principalmente- a través de las *medidas autosatisfactivas*, incluso en aquellas jurisdicciones en las que éstas no se encuentran legisladas pero que han recibido acogimiento jurisprudencial. Dentro de la conceptualización de éstas, tampoco hay uniformidad de cómo se tramitarían las medidas autosatisfactivas. No es nuestro objeto analizar en este trabajo la discusión en torno a esta herramienta procesal en particular; bástenos señalar que algunos autores que dirigen fuertes críticas tanto a la construcción doctrinaria como a la aplicación legal y jurisprudencial de las llamadas autosatisfactivas, son asimismo reticentes a la hora de admitir el acierto de las acciones preventivas legisladas en el CCyC³¹.

Andrea Meroi ubica a la pretensión preventiva o tutela inhibitoria como el necesario resultado de un proceso de conocimiento, por tratarse de una pretensión declarativa de condena. En este proceso puede existir o no el dictado de medidas cautelares según haya o no urgencia en el requerimiento. La postura de esta autora es que la pretensión preventiva debe tramitarse por la vía del juicio ordinario, salvo la existencia de casos especiales previstos en la ley; tales serían: el amparo (art. 43 CN), las acciones emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 LDC), las derivadas del microsistema del Derecho Ambiental art. 30 LGA).

La destacada procesalista sostiene:

"[.] "No siempre la característica fundamental de la tutela inhibitoria es la

³¹ Tal es el caso, por ejemplo, del prestigioso procesalista Alvarado Velloso. Aunque en rigor, el centro medular de la crítica de este autor está dirigida a cuestionar el otorgamiento de facultades genéricas al juez para dictar sentencias sin "bilateralizar" la instancia judicial, y sin que se cumplan las cuatro etapas *sine qua non* para la existencia de un proceso: afirmación, negación confirmación, y alegato.

urgencia. La tutela inhibitoria es la culminación de un proceso de conocimiento que puede ser pleno o sumario; si es necesaria una medida cautelar se requerirá en ese proceso [.]". "En muchos casos, este verdadero "anticipo de sentencia" se canalizará por alguna de las medidas cautelares disponibles en la mayoría de los ordenamientos procesales argentinos: una amplia y generosa interpretación de los alcances de la "prohibición de innovar", la "medida innovativa", la "medida cautelar genérica" o similar [.]"³²

Asimismo, en las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, realizadas en Mar del Plata, 25/27 de octubre de 2012 se ha concluido en relación a este instituto:

"Constituye una acción de prevención específica sustancial que persigue evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño, en forma provisoria o definitiva, principal o accesoria. Será operativa a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas. Entre ellas: acción de amparo, medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria. Ello sin perjuicio de la legislación procesal provincial que se dicte al efecto".

4.2.- La dimensión procesal "novedosa":

La otra dimensión procesal posible tiene dos manifestaciones concretas: a.-) el mandato judicial preventivo de oficio; y b.-) Admitir la posibilidad de una acción preventiva de carácter autónomo procesal y urgente, cuyo trámite podrá ser legislado por la provincia o asignado por el juez, de acuerdo a las características particulares del caso.

En relación al *mandato judicial de oficio* se trata de la posibilidad expresamente regulada en el art. 1713 al sostener que el juez puede disponer medidas preventivas sin necesidad de petición de parte. Se trata de una forma de la sentencia preventiva, que importa un mandato del juez que ordena al demandado –en forma definitiva o provisoria- una determinada conducta de dar, de hacer o de no hacer. El ordenamiento otorga al juez amplias facultades, no encontrándose constreñido por lo peticionado estrictamente por el actor al presentar la demanda. Incluso puede ser dictada en el curso de un proceso de resarcimiento de daños en

³² Meroi, Andrea A., Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70, AR/DOC/956/2016

el que no se han pedido medidas preventivas³³.

Esto hace pensar en una especie de excepción al principio de congruencia que debe contener toda sentencia judicial, y así se concluyó en las XXVI Jornadas de Responsabilidad Civil realizadas en La Plata, 2017. Siempre, claro está, en el marco de un proceso judicial que ha sido previamente instado por la parte.³⁴

En cuanto al otro punto que hemos denominado *acción preventiva de daño como instituto procesal autónomo y urgente*, implica asignarle carácter procesal a la acción preventiva de daños y legislarla como tal, con notas propias de un proceso urgente o sumarísimo.

En doctrina encontramos aquí una postura que la encuadra dentro de uno de los tipos de procesos de conocimiento más abreviados (Jorge Peyrano, Ricardo Capella). Sostienen ellos que la acción preventiva de daños da origen a un proceso de conocimiento autónomo que tramita por la vía sumarísima. En casos de urgencia o peligro en la demora, puede obtenerse en ese marco procesal una tutela provisoria a través de las medidas cautelares clásicas.

La autonomía procesal parecería ser asimismo la postura surgida de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata, 2017, donde se concluyó que: *“a) La pretensión preventiva es genérica, autónoma de dar, hacer o no hacer. No tiene carácter excepcional, ni subsidiario; tampoco exige que exista una vía judicial más idónea; b.-) Nada impide que pueda ser articulada con otra de naturaleza resarcitoria, particularmente, cuando se trate de hacer cesar conductas dañosas ya iniciadas*

³³ Ejemplo de ello es lo que dispuso de oficio un tribunal de la provincia de Jujuy en el marco de un juicio de daños por accidente de tránsito: *“Mandato preventivo. De las constancias de autos se pone en evidencia que el giro a la izquierda (...) se realiza de forma cotidiana por este y por todo vehículo que deba ingresar al canchón de Ledesma S.A.A.I. (...) constituye un hecho riesgoso que no puede pasar desapercibido para este Tribunal. En razón de lo expuesto, se conmina, a (...) la empresa Ledesma S.A.A.I., quién resulta ser la beneficiaria del traslado del personal, y por ser propietaria del canchón al que se accede de la forma antes descripta, a establecer mecanismos de alerta, señalización lumínica permanente y establecer alternativas menos riesgosas de ingreso al referido canchón, que eviten que la maniobra de giro a la izquierda antes descripta en el acceso al canchón de Caimancito (...). Asimismo deberán (...) instruir a los conductores que fueran a ingresar al canchón de la forma antes descripta, a reducir al máximo el riesgo del giro a la izquierda, situación que deberá ser cumplida expresamente por el Sr. Cosme Félix Castro. El mandato preventivo antes referido se dispone en razón de la tutela preventiva del daño y atendiendo a las facultades que son inherentes a este Tribunal.”* (Expediente: D-20576-2017, Tribunal: Cámara en lo Civil y Comercial Sala IV de la provincia de Jujuy, 10/07/2018).

³⁴ Este poder oficioso del juez, lleva a ciertos autores a señalar que con ello se “conculca una inveterada regla de la teoría general del proceso: la de la congruencia procesal, entendida como la correspondencia que debe existir entre lo pretendido por las partes y lo decidido por el juez” (MEROL, Andrea).

que han generado secuela de dañosidad”.

Desde una posición mucho más radicalizada, se le asigna una tramitación urgente que no produciría efecto de cosa juzgada. Así fue legislada en el código ritual de la provincia de Mendoza. En efecto, el art. 3. II del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, sancionado el 30 de agosto de 2017, dispone:

“II - ACCIÓN DE TUTELA PREVENTIVA:

“1.- Quien ostente un interés razonable en la prevención de un daño, estará legitimado para deducir la acción preventiva prevista por las normas de fondo, ofreciendo toda la prueba sobre la previsibilidad del daño, su continuación o agravamiento. Será competente el Juez del lugar en donde el daño pueda producirse.

“2.- El Juez meritará sumariamente la petición y resolverá si la admite o la rechaza sin más trámite, mediante auto que será apelable.

“a) En caso de ser admitida y si se conociere el legitimado pasivo, se le dará traslado por tres (3) días, quien al evacuarlo deberá ofrecer toda la prueba. Vencido dicho plazo deberá emitirse pronunciamiento sobre la admisión de la prueba, la que se sustanciará en una sola audiencia a celebrarse dentro de los tres (3) días.

“b) Si se desconociese el legitimado pasivo, el Tribunal directamente se pronunciará sobre la prueba, la que deberá rendirse en un término no mayor de tres (3) días.

“c) Rendida la prueba, se llamará autos para sentencia, la que se dictará en el término de tres (3) días y será apelable en igual plazo, por quien ostente interés legítimo.

“d) En el caso previsto en el inc. b) la sentencia será publicada por los medios establecidos por este Código a fin de garantizar su mayor publicidad. La sentencia se presumirá conocida a los cinco (5) días de la última publicación.

“e) En situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el Juez podrá ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño. La revocación de tales medidas podrá ser solicitada por quien acredite interés legítimo, y en tal supuesto, el Juez fijará inmediatamente una audiencia a la que convocará a los interesados. Concluida la misma, resolverá por auto en el plazo de tres (3) días.

“3.- En los casos b) y e) deberá exigir el Juez contracautela suficiente.

“4.- La resolución que se dicte será apelable en el plazo de tres (3) días, en

forma abreviada y sin efecto suspensivo.

“5.- El interesado podrá optar por encausar su pretensión preventiva por la vía del proceso de conocimiento.

De este modo, se regula un trámite procesal especial que a la vista de la extrema brevedad de los plazos procesales no puede considerarse propiamente un “proceso de conocimiento”. Si bien se “bilateraliza” el trámite judicial, el traslado al demandado para contestar y ofrecer pruebas es tan sólo de tres días. El mismo plazo procesal viene establecido para la producción de las pruebas, así como para dictar sentencia. Se distingue según el demandado sea conocido o no, y se contempla el caso en que por situaciones de suma urgencia y gravedad manifiesta el juez está habilitado para disponer medidas inmediatamente a fin de evitar la producción del daño o el agravamiento del mismo.

También debemos destacar que este Código Procesal mendocino, en su art. 115, regula un instituto procesal de carácter también preventivo que algunos denominan despacho interino de fondo o tutela anticipada. Se trata de anticipos de sentencia dictados en el curso de un proceso judicial³⁵. También en este caso se ha previsto que la instancia procesal se bilateralice disponiendo que, en principio, el juez deba oír a la contraparte, excepto el caso de urgencia en el que -como sucede en las medidas cautelares- la contradicción se posterga y se difiere.

Siguiendo esta línea de la dimensión procesal “novedosa”, existen posturas que inscriben a la acción preventiva de daño en el marco de los denominados “procesos urgentes” o de “justicia inmediata”, caracterizados por plazos procesales brevísimos de traslados y prueba, la concentración de los actos en audiencias para la toma de conocimiento y resoluciones inmediatas, y la flexibilidad procesal conducida por las facultades ordenatorias de los jueces. Este es el caso del Código Procesal de Familia

³⁵ “Artículo 115º MEDIDAS ANTICIPATORIAS.

“I.- Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

“II.- Previo a resolver el Juez, correrá vista a la contraria, la que al contestarla deberá ofrecer toda la prueba de que intente valerse.

“III.- Excepcionalmente, cuando por la urgencia se diere la imposibilidad total de seguir el trámite previsto en el inciso anterior, se encuentren afectadas garantías constitucionales o derechos fundamentales, podrá otorgarla y diferir la vista a la contraparte, quien podrá, en tal caso, solicitar el levantamiento o apelarla, ofreciendo la prueba de que se vio privado.

“IV.- La resolución dictada es apelable para ambas partes sin efecto suspensivo”.

de la Provincia de Entre Ríos³⁶, y asimismo el lineamiento que sigue el anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³⁷.

5.- ¿Cómo opera en la realidad judicial? La aplicación jurisprudencial:

De acuerdo a un relevamiento que hiciéramos de fallos dictados en diferentes puntos de nuestro país, podemos observar que los tribunales argentinos, ante la recepción explícita de la ley de fondo y el vacío de la legislación adjetiva, han acogido la acción preventiva de daños bajo diferentes vías procesales.

Hemos visto cómo en la provincia de Mendoza se adoptó una solución legislativa que, si bien de manera brevísima, busca respetar las instancias lógicas del proceso judicial: afirmación, negación, confirmación. Ello a través de un trámite que no podríamos llamar propiamente de conocimiento, pero permitiendo al interesado recurrir a alguno de los tipos de ese proceso (sumarísimo, sumario, ordinario) cuando así lo desee por cuestiones de complejidad probatoria.

En las provincias en donde no se ha legislado aún –la inmensa mayoría– ha primado el trámite de las vías tradicionales, y dentro de ellas el de las denominadas autosatisfactivas.

Nos parece conveniente en este punto citar un caso paradigmático resuelto en la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Jujuy el 19 de marzo de 2018³⁸. Se trató de una acción preventiva de daños interpuesta por el

³⁶ El art. 8 inc 11 del CPF de Entre Ríos confiere competencia al fuero para conocer en las pretensiones preventivas derivadas de las relaciones de familia, y los arts. 42/50 regulan el trámite de las tutelas preventivas y urgentes. El eje de estos procesos se regula en el art. 46º: “Proceso Urgente. Adaptación del proceso. Potestades judiciales. En casos de extrema urgencia, si es necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el Juez puede resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso y disponiendo las medidas autosatisfactivas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente, cuando existe prueba fehaciente y evidencia del derecho invocado, puede resolverse sin sustanciación.”

³⁷ Sin mencionar a la acción preventiva de daño en su articulado, el anteproyecto regula sin embargo el denominado **proceso urgente** en el art. 438: “Regla general. Sin que configure prejuzgamiento, el juez puede, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional otorgar la protección de una pretensión cuando concurren los siguientes extremos.

“a) Urgencia en la obtención de la medida de tutela en tal grado que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable;

“b) Ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria;

c) Otorgamiento de contracautela si esta tutela de urgencia importare un desplazamiento de derechos patrimoniales.”

³⁸ Expte. N° C-106.022/18, caratulado: “ACCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS: ESTADO PROVINCIAL – FISCALÍA DE ESTADO c/ DLP GROUP S.R.L. Y OTROS”

Estado Provincial en contra de varias empresas de turismo situadas en la jurisdicción de Salta, por publicidad engañosa en sus respectivas páginas web, por las cuales se “exhibía” paisaje jujeño promocionándolo como “turismo salteño”.

El juez, aplicando el principio *iura curia novit*, recondujo las actuaciones judiciales asignándole el trámite de las medidas autosatisfactivas. Admitió que en nuestra provincia no se encuentra legislada la acción preventiva de daño o tutela inhibitoria. Y luego de realizar una conceptualización de estas últimas, razonó:

“Una digresión: las “Medidas Autosatisfactivas” tampoco poseen un trámite especial en nuestro código ritual, habiéndose adecuado su trámite con sustento jurisprudencial. Así, y tal como lo ha resuelto el Superior Tribunal de Justicia, se encuentra incluida como especie dentro de los procesos urgentes, siendo sus requisitos los mismos que aquellos previstos para las cautelares o procesos cautelares, aunque interpretados a partir de una óptica más amplia. En tal sentido, afirmó: “Como se sabe, la medida autosatisfactiva no es, propiamente, una medida cautelar, pues, a diferencia de ésta, su despacho favorable satisface, ‘per se’, el interés perseguido, tornando innecesaria la promoción de acción ulterior y agotando en ella sus efectos (...).

“Concluimos entonces que a la causa de marras habrá que dársele el trámite establecido en el art. 259 y concordantes del C.P.C., aplicable a las medidas cautelares innominadas, ante el vacío normativo”.

Es decir, dictó la “sentencia preventiva” ordenando el cese de la publicidad engañosa, sin oír a la contraparte, despachando una resolución de fondo sin las instancias propias de un proceso judicial de conocimiento: afirmación, negación, confirmación, alegatos.

Así, mientras no exista regulación expresa, podemos inferir de la lectura de los fallos dictados en todos estos años que el trámite a aplicarse en cada caso concreto dependerá de las circunstancias particulares y, sobre todo, de las facultades ordenatorias (discrecionales) de los jueces.

En ese sentido un órgano judicial de alzada de Santa Fe ha ordenado:

“Hasta tanto se regule por los órganos competentes del Estado, el juez podrá disponer la tramitación aplicable a los procesos que se inicien en virtud del impulso de la acción preventiva de daño, superando la inercia del legislador. Se dispondrá de la tramitación de acuerdo al procedimiento que en el caso concreto sea más idóneo y útil para la tutela efectiva del interés ejercitado por

vía de la acción preventiva. Podría ser un proceso de conocimiento, ordinario, sumario o sumarísimo, un proceso de estructura monitoria o la utilización de los denominados procesos urgentes o, finalmente, el trámite de las medidas autosatisfactivas". ("Paoletti, Juan Carlos y otros vs. Baravalle, Andrea Patricia y otros s. Medida autosatisfactiva - Recurso de apelación", CCC Sala 1, Santa Fe, Santa Fe; 28/04/2016)

Asimismo, podemos citar lo decidido por un órgano jurisdiccional de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, el que haciendo uso de las facultades ordenatorias resolvió encauzar una petición judicial en el marco de la acción preventiva de daños y disponer inmediatamente un mandato judicial preventivo para evitar una ostensible situación de peligro³⁹.

Como un síntoma de la disparidad de criterios que generan los distintos cauces procesales, hemos encontrado fallos que desarrollan en sus considerandos argumentos sobre el tema, como lo es éste que explicita cuáles son las diferencias entre las tutelas preventivas y las medidas cautelares:

"Las diferencias entre las medidas cautelares y las sustanciales (o tutela de prevención, o tutela sustancial o tutela inhibitoria de daños (arts. 1710 a 1713 CCCN) son las siguientes: en la vía cautelar se debe probar el peligro en la demora, en la tutela definitiva el daño o la amenaza de daño; lo cautelar recae sobre el bien a asegurar, la sustancial o tutela preventiva (las medidas autosatisfactivas, el mandato preventivo, la tutela inhibitoria de expresión, etc.) sobre la prestación sustancial objeto del proceso; las llamadas pretensiones urgentes sustanciales pueden tramitar en procesos rápidos (amparo, hábeas data, medidas autosatisfactivas, etc.) o en procesos comunes (juicios ordinarios

³⁹ "Más allá de la calificación legal que dio el actor a la acción, como medidas preliminares y autosatisfactiva, dado que manifestó que la obra se encuentra paralizada desde hace meses con los lotes de terreno inundados por agua y lluvia de napas, lo que representa un peligro para los vecinos linderos, por el riesgo de hundimiento de las construcciones, y un riesgo para la población por cuanto es foco de proliferación de insectos, lo que surge de las fotografías agregadas, situación que atribuye a los incumplimientos en que habría incurrido la sociedad fiduciaria removida del cargo, en uso de las facultades otorgadas por el ap. B, inc. 5, art. 34, el inc. 2, art. 36 y el art. 204, CPCC de la Provincia de Buenos Aires, corresponde encuadrar de oficio la acción a lo dispuesto en los arts. 1711 a 1713, Código Civil y Comercial, y a fin de evitar futuros daños y dada la situación de peligro, ordenar que se produzcan las medidas solicitadas a fin de que el actor tome el conocimiento del verdadero estado de las cosas, tanto de la obra como de la documentación, y así realice las medidas de conservación que estime pertinentes, disponiendo que se oficie a la municipalidad a fin de poner en su conocimiento la situación de peligro, con el objeto de que tome conocimiento en forma personal del estado de la obra y, en su caso, adopte las medidas que considere necesarias para evitar situaciones riesgosas". ("Fideicomiso Italia 426 Tigre vs. Tot Fusta S.R.L. s. Diligencias preliminares", C 1ª CC Sala I, San Isidro, Buenos Aires; 26/05/2016).

o sumarios) y decretarse de oficio (vgr. mandato preventivo) o a pedido de partes (vgr. anticipo de jurisdicción), de modo provisorio o definitivo (vgr. tutela civil inhibitoria de expresión), en cualquier etapa del proceso (vgr. anticipo de jurisdicción) o en la sentencia definitiva; de modo principal y exclusivo (vgr. medida autosatisfactiva) o accesorio (en proceso resarcitorio de daños); todas tienen, en definitiva, una finalidad común: la prevención del daño (arts. 51, 1710 a 1713 y conchs. CCCN). (“Luro, María vs. Spaghi, María Carlota s. Daños y perjuicios automotores - Acción preventiva”, CCC Sala II, Azul, Buenos Aires; 28/12/2017.

Encontramos posturas jurisprudenciales que asignan a la acción preventiva de daños un trámite de conocimiento, pero en donde el juez dicta medidas cautelares o anticipatorias a los fines de prevenir el agravamiento de daños a la dignidad o intimidad de una persona. Así por ejemplo:

“(...) la circunstancia de que un proceso haya sido deducido como acción preventiva de daño en los términos del artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación, no constituye óbice alguno para el dictado de una tutela anticipada, cuando las circunstancias del caso permiten inferir que, hasta el dictado de la sentencia definitiva, se podría agravar el daño alegado y, consecuentemente, la persistencia de la conducta cuestionada podría redundar en un desmedro hacia los derechos personalísimos en cuya afectación se justifica la demanda”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial – Sala II Causa n° 10941/2018 SEINER, VICTORIA TERESITA c/ GOOGLE INC s/ACCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS, Buenos Aires, 3 de mayo de 2019.

Este también es el estándar seguido por un tribunal que resuelve precautoriamente en el marco de un proceso de conocimiento, en donde se ordena a empresas que administran redes sociales a eliminar un video difamatorio vinculado al actor y existente en los perfiles del demandado.

“(...) el agravamiento del daño es por la reproducción del video en las redes sociales la medida se debe limitar en ese aspecto, ello teniendo en cuenta que resulta obvio que a los efectos de analizar la viabilidad de un planteo preventivo, el hecho de que el perjuicio ya haya comenzado a efectivizarse, facilitará su admisibilidad desde el punto de vista probatorio. En este tipo de acciones, el peligro en la demora y la verosimilitud del planteo cobran especial importancia, siendo que si el daño ya comenzó a producirse, tales extremos

surgen in re ipsa". ("S. D. P. c/ O. L. A. s/ acción preventiva de daños y reparación de daños". Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén. Sala/Juzgado: I. Fecha: 2-nov-2017).

Finalmente, podríamos remarcar que predomina en la jurisprudencia una tendencia a concebir la función preventiva como un instituto que puede, según los casos, encontrar sustento en diversas clases de vías procesales. Con ese criterio se ha dicho:

"(...) Para ordenar una medida preventiva del daño se requiere: (i) una acción u omisión antijurídica -por lo que el hecho generador debe ser ilícito-, (ii) interés del peticionario. (iii) posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos y, (iv) adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726 y 1727 CCivCom.). (...) La sentencia puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o conclusivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado o promovido sólo a esos efectos, contando el juez con amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer. Porque el objetivo de la sentencia es impedir la producción o agravamiento del daño, de modo que las medidas a disponer serán variadas de acuerdo a las circunstancias. La medida y razonabilidad de la extensión del mandato, como es obvio, deben resultar de un juicio de ponderación, principio arraigado y recurrente en todo el Código, atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y a la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Se trata, por ende, del juicio de comparación entre la entidad y atendibilidad de los derechos en pugna". (Wall Mart Argentina S.R.L. c/ Grainco S.A. y otro s/ medida precautoria - Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala/Juzgado: D - Fecha: 18-oct-2016).

En el mismo sentido:

"Las 'acciones preventivas' -en rigor, 'pretensiones preventivas'- de los arts. 1711 a 1713 cód. cit. llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio -v. gr. mediante un proceso de

condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc.” (Consortio de Propietarios Res. De Altura Torre I y II c/ Thyssenkrupp Elevadores S.A. s/ medidas precautorias - Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala/Juzgado: F - Fecha: 11-abr-2019).

6.- Reflexión final:

La acción preventiva de daños legislada en el CCyC importa una innovadora herramienta que impacta indudablemente en el campo del derecho procesal, acorde a los nuevos estándares de jurisdicción preventiva desarrollados no sólo por la doctrina y jurisprudencia nacional, sino también en el campo del sistema internacional de los derechos humanos. Tiene fundamento en principios constitucionales: *el alterum non laedere* (art. 19 C.N., art. 5 CADH), el principio de buena fe, así como el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 de la CADH).

Se trata en rigor de una institución cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento de la función preventiva del Derecho de Daños, compuesta de normas tanto procesales como de fondo. Desde una noción amplia, importan reglas que habilitan al juez a dictar mandatos preventivos dentro del marco procesal ajustado a las circunstancias del caso (amparo, autosatisfactivas, medidas cautelares innovativas, acción emergente de la ley de defensa del consumidor, etc...).

Asimismo es posible vislumbrar una dimensión novedosa en la figura, manifestada por las facultad judicial expresa de dictar mandatos preventivos de oficio, y asimismo por la posibilidad de canalizarla procesalmente como un tipo de proceso autónomo de carácter urgente. Esto confiere al instituto de flexibilidad procesal.

Un relevamiento de la jurisprudencia de los tribunales del país en general nos indica que a la acción preventiva de daños se le asigna, en general, el trámite de las denominadas “*medidas autosatisfactivas*” o de procesos cautelares tradicionales. Por ello, y mientras no exista una regulación específica por parte de los legisladores provinciales, la acción preventiva de daños tendrá el trámite que el juez disponga que tengan, en ejercicio de sus facultades ordenatorias, y en función de lo petitionado por las partes y según las circunstancias del caso. -

6º Ponencia

ACCESO A LA JUSTICIA: LA PARTICIPACIÓN Y EL ACCESO CIUDADANO A LA JUSTICIA.

Ponente: Natalia Soledad Grepo.

Comentario: Susana Beatriz Piga.

A. Concepto de acceso a la justicia:

El acceso a la justicia no tiene un concepto unívoco. Podemos decir que Acceder significa “tener acceso” y que el término Justicia es un “Principio moral que inclina a obrar y juzgar respetando la verdad y dando a cada uno lo que le corresponde”.

La Real Academia Española dice que “el acceso a la justicia” es la manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que consiste en la potestad y capacidad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad judicial competente demandando que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada que lesiona o desconoce sus derechos o intereses legítimos”. Podría decirse entonces que es la facultad que tiene toda persona para tener de manera efectiva la justicia cumpliendo con los requisitos que la ley o la autoridad le exige.

También podemos señalar una conceptualización amplia y una restringida del acceso a la justicia. La primera, reconoce la relación entre los aspectos económicos, sociales y legales asociados con la administración de justicia y su impacto en el ejercicio efectivo de los derechos de los individuos. Y una conceptualización restringida, lo entiende como el derecho de toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales, contando con el debido proceso legal, para reclamar o garantizar el respeto de sus intereses legítimos y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico.

En síntesis, el acceso a la justicia es el derecho que tienen todas las personas, independientemente de su sexo, origen nacional o étnico, condiciones económicas, sociales y culturales, de utilizar las herramientas y mecanismos legales para que se reconozcan y protejan sus derechos ante el sistema de administración de justicia y así obtener de ellos una justa y pronta resolución de una autoridad competente, imparcial y

autónoma.

Dicho ello, no debemos dejar de resaltar que el acceso a la justicia es un principio básico de un estado de derecho y reconocido como un derecho humano tanto por la Constitución Nacional y las Convenciones de Derechos Humanos, debiendo ser protegido por el Estado y por la sociedad.

B. Garantías Constitucionales y Procesales:

Constitución Nacional:

En nuestro país el derecho de acceso a la Justicia está garantizado en nuestra Constitución Nacional en El Preámbulo cuando dice "afianzar la justicia" y hablar de esto nos lleva a preguntarnos ¿cómo lo vamos a hacer? y la respuesta es a través del Poder Judicial. Y esto nos conduce al art. 5 de la CN donde establece que cada provincial dictará su propia Constitución que asegure su Administración de Justicia.

Además, en el art. 14 establece que todos los habitantes gozan de los siguientes derechos..."el de peticionar a las autoridades", es decir, el derecho a accionar. Todos gozamos del derecho de acción, porque la acción es un derecho.

También garantiza otros derechos como "la igualdad ante la ley" -art. 16-, entendido como garantía para acceder a la justicia; el art. 17 que nos habla de la inviolabilidad del derecho de propiedad relacionada con la cosa juzgada; el art. 18 que establece ciertas garantías que no se extienden solamente a las cuestiones referidas al debido proceso sustantivo, sino que se despliegan hacia las cárceles y la vida de los reos detenidos en ellas; el art. 19 que nos establece el principio de reserva y en los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Tratados Internacionales:

El Pacto San José de Costa Rica a través de ese control de convencionalidad que debe hacer el juez en su artículo madre del pacto, el art. 8 dice: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por

la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

En la La Declaración Universal de Derechos Humanos en el art. 10 establece : "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

También en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14 garantiza el acceso a la justicia.

Además en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos también garantiza el acceso a la justicia en sus arts. 8 "Toda persona tiene

el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad" y art. 24 "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución."

100 Reglas De Brasilia:

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, en donde establecen pautas a fin de garantizar el acceso a la justicia de personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, estableciendo ciertos principios a fin de haya una justicia que proteja a los más débiles con el objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Normas Procesales:

Ahora bien, nosotros no podemos resolver nuestros litigios utilizando la fuerza, es por ello y relacionando el principio de acceso a la justicia con los demás principios es que podemos resolver nuestros litigios a través del proceso judicial, siendo éste el medio pacífico que el Estado nos otorga para resolver los problemas.

El ciudadano tiene que saber que es el poder judicial quien debe resolver su problema, el que tiene la facultad de controlar a los demás poderes en el ejercicio de su función, el que puede resolver conflictos entre los particulares y que debe ser un poder independiente porque hablar de independencia del poder judicial es garantizar el acceso a la justicia, garantía instituída a favor de los ciudadanos.

Es por ello, que el proceso judicial es el primer bastión que tiene el ciudadano para pedir que se haga justicia y de llevar a las autoridades ese conflicto litigio que considera lesionado en cuanto a su derecho o en cuanto a su interés.

Asimismo, podemos decir que tenemos cuatro principios procesales que son directrices de todo proceso judicial, cualquiera sea su pretensión, ellos son: 1. La imparcialidad del juzgador; 2. El principio de la igualdad ante las partes; 3. El principio de transitoriedad y de la eficacia y 4. El de oralidad en el debate en cuanto a la Buena fe de las partes. Si alguno de estos principios faltara no podemos hablar de un proceso judicial.

Además, tenemos los principios de celeridad, economía, intermediación, intérprete o traductor, y se los debe hacer cumplir no solo desde las autoridades sino también como compromiso ciudadano.

Podemos concluir entonces que el proceso judicial está invadido tanto de principios constitucionales y principios procesales los cuales deben ser respetados para poder decir que existe un efectivo acceso a la justicia.

C. ¿Qué factores afectan al acceso a la justicia?

La falta de acceso a la justicia es uno de los problemas más graves en nuestro continente, porque frustra el ejercicio real de la ciudadanía y, por lo tanto, debilita el estado democrático de derecho en nuestras naciones.

Ahora bien, ¿qué cosas afectan al efectivo y real acceso a la justicia?, podemos decir que los factores que afectan al acceso a la justicia son:

-Pobreza:

Juega un papel fundamental en el acceso de justicia. En Argentina los índices actuales de pobreza son muy altos. La pobreza se debe a múltiples factores y afecta el acceso a la salud, vivienda y educación, entre otros.

Los grupos pobres están más susceptibles a sufrir situaciones de violencia, y violaciones a sus derechos civiles. Entre los grupos pobres, son especialmente vulnerables las mujeres, los niños y los adultos mayores. La falta de recursos económicos es un obstáculo en la obtención de asesoría y representación legal adecuada.

El no acceso a la educación o bien al no proveer de la educación suficiente sobre los derechos y las maneras de ejercerlos. El limitado dominio de información sobre derechos y el sistema de justicia, la falta de educación sobre estos temas impide que las personas puedan reclamar

justicia, lo que las hace aún más vulnerables.

-Desconfianza en el Sistema de Justicia:

La confianza en la Justicia es tan limitada en la Argentina, y no solo por las grandes causas de corrupción sino también por las pautas de acceso a los juzgados, su no comprensión a los procedimientos, los costos en el acceso, la duración de los procedimientos, el cumplimiento de las decisiones judiciales, entre otros.

También la desconfianza en que su caso será atendido por un juez justo e imparcial fomenta que las personas decidan no utilizar los procesos y herramientas legales para solucionar sus controversias y solicitar la protección de sus derechos.

-Escasez de recursos:

Las necesidades legales de las personas de escasos recursos quedan descubiertas. También es limitado el número de personas abogadas disponibles para ofrecer servicios gratuitos. Esto hace que las personas quedan al margen de su alcance.

D. Conclusiones:

Es claro que el derecho a la justicia es un derecho humano y por lo tanto esencial, no solo es considerado un principio, sino que también es una condición esencial de un Estado de Derecho, en el cual todos los ciudadanos pueden conocer y ejercer sus derechos.

Ahora bien, debemos preguntarnos ¿hay un acceso real a la justicia? O solo son compromisos vacíos de garantizar a las personas el acceso a los mecanismos proporcionados por el estado tendientes a salvaguardar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional.

El Estado es garante, que se cumpla este derecho fundamental y la sociedad en su conjunto tiene la obligación moral de contribuir a ello. Es decir, el Estado como parte debe garantizar que las personas puedan acudir ante los tribunales a reclamar que se protejan sus derechos sin importar su estatus económico, social, político, migratorio, racial, étnico o de su filiación religiosa, identidad de género u orientación sexual.

Todos los individuos tienen derecho a obtener asesoría y orientación legal adecuada, accesible y gratuita. Fomentando así por

ejemplo, la utilización de los métodos alternativos de solución de conflictos. Siendo hoy una tendencia a la desjuridiccionalización de algunos asuntos como una forma de descargar en parte el servicio público de la justicia.

Además y fundamentalmente, la ley y los procesos deben ser justos, equitativos y sensibles a las vulnerabilidades de las personas marginadas. Los Tribunales deben ser imparciales, sin perder de perspectiva que la administración de la justicia no debe estar divorciada de principios como la sensibilidad y el respeto a las partes.

Solucionar el problema de acceso a la justicia requiere fomentar cambios en las estructuras sociales, políticas y económicas que fomentan la desigualdad y la pobreza. Fomentar el acceso a la justicia requiere crear las condiciones para apoderar a esas mismas personas y comunidades, brindándoles la información y herramientas necesarias para que conozcan la ley, sus derechos y los mecanismos disponibles para ejercerlos.

Es por ello que debemos generar puentes entre la sociedad y los Instituciones públicas, crear espacios de diálogo y de articulación donde los poderes del estado realicen manifestaciones concretas y con acciones la voluntad política de crear políticas públicas y políticas judiciales que contribuyan al auténtico y real acceso a la justicia en donde todos hagan un uso efectivo de los servicios a su alcance y vean restituidos sus derechos. -

7° Ponencia.

Usos, y anclajes procesales de la argumentación pragmática en el pronunciamiento de sentencias judiciales.

Ponente: Barrionuevo, Maximiliano Esteban⁴⁰

Comentarista: Andrea Meroi.

Introducción:

Este ensayo parte de la premisa según la cual toda sentencia judicial (sea conclusiva o no de un proceso en concreto) no es sino el producto de una compleja labor intelectual en la que la argumentación juega un preponderante papel. Se considera al acto jurisdiccional por excelencia como la expresión de un mecanismo en el que intervienen la razón, el lenguaje y las preferencias de aquellos magistrados que deben resolver una determinada controversia.

Sin perjuicio de reconocer que la amplitud del fenómeno argumentativo presente en las resoluciones judiciales abarca por lo menos otras dos dimensiones de importancia (formal y material), estas páginas se centrarán en el sucinto análisis del aspecto pragmático de las ya mentadas decisiones de justicia.

Es así como en primer término, se abordará la naturaleza y los caracteres principales de la argumentación pragmática, se continuará con una mención de dos clases fundamentales de ésta (retórica y dialéctica), para proseguir con el papel que la misma desempeña en el modo de razonar de los jueces en algunos casos relevantes de la jurisprudencia argentina.

Por último, es necesario advertir al lector, que aquí no se pretende llevar a cabo una explicación exhaustiva de la temática sino una aproximación conceptual que contemple sus elementos más salientes. Y, esto, porque quién escribe reconoce que dada la complejidad y amplitud teórica del tópico aquí tratado, la elaboración de un estudio pormenorizado exigiría bucear aún más en un mar de autores y juristas que se han ocupado con detenimiento del matiz argumentativo del derecho.

⁴⁰ Aspirante a la docencia e investigación científica de la asignatura Filosofía del Derecho “A” de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

El anclaje pragmático de la argumentación jurídica:

Antes de abordar el aspecto pragmático de la argumentación característica del derecho, es necesario definir qué es aquello de lo que se habla cuando se menciona el término “argumentación”. En este sentido, puede decirse que, el acto de argumentar no es otra cosa que un acto del lenguaje (exige el uso de las palabras para elaborar razones afirmativas o negativas de una tesis), cuyo primordial antecedente es un problema (un cuestionamiento al que se debe dar respuesta, que implica un proceso (una cierta actividad) y un producto (la solución a la pregunta a la que se quiere responder con argumentos) y, que en esencia consiste en un acto racional. Ahora bien, la racionalidad de la argumentación se manifiesta de una doble manera: a) porque quién argumenta siempre lo hace teniendo en cuenta un objetivo o fin determinado; y b) ya que todo acto argumentativo es susceptible de ser validado (calificado) como mejor o peor, correcto o incorrecto, etc.⁴¹

Por su parte, puede decirse que la dimensión pragmática es aquella cuyo acento se coloca en quiénes participan de la actividad de argumentar, más que en la corrección lógica de las premisas o en los problemas (de calificación, interpretación o prueba) que pueden rodear a la misma. Es decir, cobran especial relevancia personajes como el orador, quién propone y opone en un debate, y, en última instancia, el auditorio que constituye el receptor final de toda discusión. Pero también, juegan otros aspectos igualmente destacables, como lo son las reglas que circunscriben los límites dentro de los cuales se desarrollará el intercambio de razones (qué se permite o se prohíbe hacer o decir) y, en particular, el cúmulo de intenciones explícitas o implícitas sostenidas por los argumentadores.⁴² En el sentido expresado precedentemente, es dable afirmar que el anclaje pragmático de la argumentación recae más en la noción de persuasión que en el contenido o forma de los argumentos. Y, esta idea, es perfectamente extrapolable a la labor que realizan los jueces cuando emiten una sentencia judicial, puesto que para que ésta sea considerada válida y

⁴¹ Aguiló Regla, Josep. “¿Qué es argumentar?” en *El arte de la mediación. argumentación, negociación y mediación*. España. Trotta. 2015. Recuperado de www.eje.gob.bo. Págs. 1 y 2.

⁴² Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. España. Trotta. 2013. Capítulo V. Pág. 363.

obligatoria para las partes involucradas en un proceso, no basta con que contenga las normas adecuadas al caso (de conformidad a los códigos de fondo y forma), que se pronuncie sobre los hechos controvertidos, sino que lo fundamental es que dicha resolución sea el resultado de la exposición coherente, ordenada y racional de argumentos por parte del juez. En realidad, quién escribe entiende que la motivación judicial debe ser la expresión más acabada de la capacidad argumentativa del juzgador en la que se entremezclan aspectos formales y materiales, pero que en último término se dirige a convencer a los justiciables acerca de la corrección de la decisión adoptada.

El nacimiento de esta manera de argumentar debe buscarse en la antigüedad clásica, y más específicamente, en la labor desplegada por los grandes oradores griegos. En efecto, para la sociedad ateniense la adopción de decisiones judiciales ante los jueces-jurado, era la resultante de una discusión ordenada y libre en la que a todos los contendientes en un proceso (hoy podrían corresponder aunque no de manera exacta con la parte accionante y la accionada) se les concedía el derecho a ser oídos y el de utilizar argumentos en defensa de sus posturas.⁴³ Esto permite visualizar cómo, los primeros problemas de la argumentación en las resoluciones de los tribunales estuvieron más vinculados con la persuasión del auditorio que con la logicidad de las reglas utilizadas por aquellos o los hechos que se ventilaban ante las autoridades.

En definitiva, el reconocer el anclaje pragmático de una sentencia judicial exige responder previamente a las siguientes preguntas: ¿la resolución adoptada por el magistrado convence o no convence a los destinatarios?, ¿es apta para persuadir a evincentes y evictos que era la mejor decisión posible para el caso concreto?, ¿la sociedad está conforme o disconforme con el resultado del proceso? En este sentido, si las respuestas a las preguntas formuladas son afirmativas, entonces resulta que los jueces emplearon en el dictado de la sentencia argumentos persuasivos, puesto que las razones que esgrimieron en los considerandos y en el resuelvo vencieron la resistencia racional y emocional de las partes. Sin embargo, nunca debe perderse de vista que en todo proceso tiene lugar una vinculación entre partes (actor- demandado en el caso civil; fiscalía-defensa en materia penal) en la cual la persuasión de la decisión de

⁴³ Ibíd. Capítulo V. pág. 363 in fine.

quién juzga o del acuerdo mutuo al que llegan los litigantes, no puede separarse de una contienda argumental que reclama de éstos el respeto a la reglas de juego limpio(no introducir en el proceso prueba ilícita, no abusar de las falacias ad-hominem o ad-baculum para suplir una argumentación deficiente, no desviar el foco de la discusión, etc.)⁴⁴

Aspectos retóricos y dialécticos de lo pragma-jurídico.

Como se mencionara anteriormente, la perspectiva pragmática de la argumentación representa una de las tres grandes dimensiones en las que ciertos autores estructuran la argumentación jurídica. A su vez, éste género reconoce una subdivisión que se manifiesta en dos clases particulares de argumentación: la dialéctica y la retórica. Desde ya corresponde adelantar que a los razonamientos jurídicos que centran su interés en el grado de persuasión de los argumentos se los denomina retóricos; en tanto que, a aquellos cuyo despliegue debe observar determinadas reglas de procedimiento (como las que rigen un juicio) se los llama dialécticos.

Ambos enfoques de la argumentación pragmática difieren en el rol que desempeñan cada uno de los sujetos intervinientes. En efecto, un discurso retórico concede protagonismo al edificador del discurso (orador), pues al ser éste quien realiza los actos de habla ejecuta un papel activo; mientras que al destinatario de aquellos (auditorio) se le reconoce un rol netamente pasivo. En cambio, en un intercambio dialéctico, tanto el proponente como el oponente tienen una participación igualmente activa.⁴⁵ Los actos retóricos son unidireccionales y constitutivos de discursos largos; en tanto que, los dialécticos se caracterizan por la brevedad de las interacciones y su direccionamiento a la búsqueda de la verdad.

Por lo antedicho, es posible proclamar que la “*jurisdicción*” ejercida por los magistrados, no es sino la conclusión retórica de una forma particular del discurso jurídico dialéctico en el que participan las partes de un proceso judicial. Esto es así porque la demanda y su contestación (en el campo civil) o la acusación y la defensa del imputado (en el ámbito penal) configuran acciones argumentativas que se someten a reglas de juego

⁴⁴ Aguiló Reglá. Ob. cit. Pág. 13.

⁴⁵ Atienza Manuel. Ob. cit. Cap. V. Pág. 365 y 366.

especialmente delimitadas por el tipo de proceso de que se trate. De hecho, cada una de las fases en las que autores como Van Eemeren y Grootendorst dividen la argumentación dialéctica pueden coincidir con las etapas cumplidas por las partes en el proceso. Verbi gratia, la fase de confrontación en la que surge la discrepancia generatriz del diálogo entre proponente y oponente, encaja con la discusión que se genera entre actor y demandado respecto a hechos calificados como controvertidos. La fase de apertura en la que los agentes se embarcan en la discusión con un sentido u otro, se vincula con las acciones de proponer y contestar la demanda (traba de la Litis). Aquella denominada de argumentación en la que los participantes proponen y analizan los argumentos y contraargumentos de su contraria tienen como corolario la etapa de producción probatoria y de alegación. Por último, la fase de cierre en la que los hablantes pueden alcanzar o no un acuerdo, podría vincularse con la etapa conclusiva de todo proceso cuya clausura está dada por el dictado de la sentencia.

Por su parte, el discurso judicial también puede calificarse como el ejercicio de una argumentación de corte pragmático, pero que en éste caso exhibe ribetes retóricos dado que la finalidad última perseguida por los jueces es la de convencer a las partes y a la sociedad que la decisión con la que zanjaron la controversia era la más adecuada, de conformidad con las circunstancias que rodearon el caso. Y, para fortalecer y mejorar sus chances de persuadir a los destinatarios los juzgadores deben desarrollar un modo particular de razonamiento pragmático cuyos pormenores se mencionan en el apartado siguiente.

El influjo de lo pragmático en el razonamiento judicial:

Si un juez pretende que las sentencias judiciales que dicte sean consideradas aceptables por la comunidad jurídica, debe emplear una cuidadosa argumentación en la que se enlazan no sólo aspectos vinculados a relevancia normativa o la dimensión fáctica sino también cuestiones que se relacionan con el alcance social y las consecuencias que las primeras pueden generar. En efecto, puede decirse que toda sentencia involucra un doble ejercicio intelectual consistente en un razonamiento jurídico considerado como operación lógica y una decisión judicial como exteriorización de la voluntad particular del juez, la cual inevitablemente

está atravesada por las aspiraciones, preferencias y consideraciones subjetivas que aquél tiene respecto de las partes y la naturaleza de la controversia que ha de resolver.

Corresponde señalar que la exigencia pragmática que pesa sobre los magistrados y que les requiere una conexión más directa con el mundo que los circunda parece reposar (entre otras circunstancias) en el descreimiento que la aplicación formalista del derecho genera en la población, en la presión social que constantemente los medios de comunicación ejercen respecto de aquéllos o en el temor siempre presente del avance de la impunidad como elemento desintegrador del Estado Constitucional de Derecho.⁴⁶ Autores como Posner, conciben la argumentación pragmática adoptada por algunos jueces como el resultado de contemplar a la Constitución como un texto en sí mismo incompleto e insuficiente, que posee un alcance más bien indeterminado y cuyo sentido último sólo puede ser develado desentrañando las preferencias interpretativas de aquéllos cuando sientan jurisprudencia en los denominados “casos difíciles”.

Quién escribe cree en este punto que toda sentencia judicial es el producto de un discurso justificatorio racional cuyo destinatario es un auditorio particular (en primer lugar las partes y en segundo la sociedad toda) del cual se pretende obtener el asentimiento. Esto es así, porque en este caso no serán el actor y el demandado o el fiscal y la defensa quienes dialogarán entre sí, sino el magistrado con ellos en un esfuerzo dialéctico consistente en responder, clarificar o desechar los argumentos esgrimidos en el transcurso del proceso. El discurso jurídico comprometido en la elaboración de sentencias judiciales dada las limitaciones formales y materiales de justificación, presenta también una faz pragmática que manda tener en cuenta no sólo las consecuencias sociales de su ejecución, sino fundamentalmente qué principios o valores las sustentan. En definitiva, una decisión judicial “*bien argumentada*” es aquella que además de seleccionar las reglas adecuadas al caso y de identificar los hechos del mismo, reconozca el uso de una razón jurídica contemplativa de ciertos valores humanos básicos o que por lo menos tenga en cuenta de manera

⁴⁶ Martínez Cinca Carlos Diego y Bayardi-Martínez Cintia Marcela. *Manual de Razonamiento y Decisión Judicial: Abordajes Teóricos Volumen I. Facultad de Derecho. UNCuyo. Mendoza. Argentina. 2017. Capítulo II. Pág. 29.*

imparcial los intereses de todos los individuos que serán alcanzados por ella.⁴⁷ Esto no implica otra cosa que el considerar los aspectos y dimensiones morales del razonamiento justificatorio judicial.

Usos de la argumentación pragmática en la jurisprudencia argentina:

Corresponde ahora analizar el grado en el que los tribunales del país han utilizado el aspecto pragmático de la argumentación como mecanismo de justificación de sus pronunciamientos judiciales, y, en particular de qué manera la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha incorporado al listado de sus casos más representativos. Cabe advertir en este punto, que dado el extenso número de sentencias dictadas por el Máximo Tribunal resulta imposible hacer referencia a todas las ocasiones en las que éste empleó el tipo de argumentación mencionada, por lo que, sólo se mencionarán algunos ejemplos contenidos en *“Arriola, Sebastián y otros s/ causa n°9080* y en *“Q.C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*; y, solamente se utilizarán como ejemplos los argumentos basados en consecuencias, por considerarlos más representativos del tipo de argumentación mencionada(sin desconocer la existencia de otros igualmente relevantes)

El primer caso puso en discusión la constitucionalidad del artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737 (que incriminaba el uso de estupefacientes para tenencia personal) y su articulación con el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Pese a la importancia de la cuestión planteada, lo que aquí interesa es ejemplificar de qué modo la Corte utilizó argumentos pragmáticos para la construcción de su razonamiento judicial. En efecto, pueden detectarse representativos ejemplos cuando el tribunal sostiene: a) *“Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua, pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues “aunque los hombres, al entrar en la sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de*

⁴⁷ Vigo, Rodolfo Luis. *“Razonamiento justificatorio judicial”*. Doxa. N. 21, vol. 2. Universidad de Alicante. España. 1998. Pág. 496.

preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor⁴⁸; b) “la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, que agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán..”⁴⁹; c) “aun cuando se admita el sacrificio no se logra el resultado”. “ En efecto, en el precedente mencionado (Montalvo) se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios” “Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello, a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”⁵⁰

Las razones aducidas por el ministro de la Corte pueden ser calificadas de pragmáticas puesto que mediante recursos retóricos pone de manifiesto el fracaso de la previsión establecida en el artículo 14 de la ley 23.737 (punción del consumo personal de marihuana) para desalentar y combatir delitos como el tráfico de estupefacientes con fines de comercialización. Dichas consideraciones estructuran argumentos pragmáticos de matriz consecuencialista, ya que tienen en cuenta las negativas repercusiones sociales aparejadas por la punición estatal respecto de aquéllos ciudadanos (que en ejercicio de su autonomía personal y sin daño para terceros) decidieron consumir sustancias como la mencionada. Es bueno recordar aquí, que fue Perelman quien tipificó la argumentación basada en consecuencias como una subespecie de la pragmática. En este orden de ideas, conviene definir al argumento consecuencialista como aquel en el que el juzgador para decidir una controversia no sólo contempla lo establecido por el derecho vigente, sino que también aprecia la mirada de posibilidades que pueden derivarse de su decisión. Esto es así, dado que la solución de un caso jurídico siempre le

⁴⁸ Arriola Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho causa n°9080. N° Interno: A.891.XLIV (25 de Agosto de 2009) Recuperado de www.sajj.gob.ar. Considerando N° 13.

⁴⁹ Ibid. Considerando N° 14 in fine.

⁵⁰ Ibid. Considerando N° 15.

exige al juez el considerar, además de los intereses y preferencias de los justiciables, también las de la sociedad como un todo.⁵¹

El segundo caso jurisprudencial mencionado, alude al recurso de hecho por negativa de amparo deducido ante la Corte Suprema por la representación legal de una mujer y su pequeño hijo a quien el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires le denegara el acceso a los programas de inclusión en materia de vivienda para personas en “situación de calle”. En esta ocasión, el Tribunal Cintero también hizo uso de un discurso jurídico pragmático en la elaboración de la sentencia con la que soluciona el caso, a través de argumentos como los que se ilustran a continuación: a) *“...se impone señalar que las condiciones edilicias de éstos lugares que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia, no resultan adecuadas para la patología del niño que, tal como lo informó el Defensor Oficial ante esta Corte, doctor Langevin, ha sufrido graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes..” “..La especial atención que demanda el niño y las graves consecuencias que su desatención trajo aparejadas fueron señaladas por el citado funcionario ante éste Tribunal al señalar que “...hasta hace muy poco J. no podía masticar, y esto no se debía a su enfermedad...” “...Se debía a que la madre no cuenta con una cocina donde pueda elaborar los alimentos” “...Entonces, le tenía que dar papilla...” “..La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa...” “..En anteriores alojamientos no tenía un baño propio, y por compartirlo contrajo hepatitis A...”⁵²; b) *“...Sumado a ello, el monto del beneficio (que va desde los 700 a los 1.200 pesos mensuales) tampoco resulta suficiente para costear-en las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables- un lugar para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad...”⁵³; y c) *“...Que, por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico..” “...En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las***

⁵¹ Vigo, Rodolfo Luis, *Como Argumentar Jurídicamente*, Abeledo Perrot, Bs.As. 2012. Pág. 33.

⁵² Q.C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo. N° Interno: Q.64.XLVI (24 de abril de 2012). Recuperado de www.saij.gob.ar Considerando N° 13.

⁵³ Ibid. Considerando N° 13 in fine.

*alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, sólo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados...*⁵⁴

Asimismo, una cuidadosa lectura de las tesis expuestas por la Corte Suprema en la mentada causa permite descubrir la presencia de justificaciones de naturaleza pragmática aunque conformada por argumentos que se sostienen en enfoques marcadamente diferenciados. Por una parte, se observa que la intencionalidad del primero al parafrasear lo argüido por el defensor oficial, es la de conmover a los destinatarios al resaltar las dañinas consecuencias que la falta de una vivienda digna provista de los elementos indispensables le ocasionó al desarrollo evolutivo y a la integridad psicofísica de un menor con patologías de base que lo colocaban en una situación de extrema vulnerabilidad, a punto tal de haber sufrido un retraso en el aprendizaje de la deglución; como así también, el haber contraído una clase de hepatitis cuyo contagio pudo evitarse si hubiese vivido en un lugar seguro y limpio. En este caso, el argumentador construyó su exposición tomando en cuenta las repercusiones sanitarias y psíquicas que la negativa del gobierno le ocasionó al niño.

Por otra parte, la fortaleza de la argumentación pragmática empleada en el voto de un sector de la Corte se apoya en consecuencias de índole económica al afirmar que el valor monetario del beneficio otorgado a la madre no se condice con los montos mínimos establecidos por el mercado inmobiliario para el alquiler una habitación en condiciones suficientes para albergar a ella y a su pequeño hijo. Este antecedente fáctico, le permite concluir que las políticas públicas establecidas por el gobierno para el manejo de la emergencia habitacional, no sólo han significado un uso poco prudente del presupuesto provincial sino que también no ha ofrecido soluciones auténticas a las personas que se encuentran “en situación de calle”. El vocal de la Corte entendió que la falta de actualización de los subsidios generó consecuencias económicas perjudiciales para dichos sujetos, puesto que los colocaba en una situación constante de incertidumbre respecto a la posibilidad de perder su hogar.

Como se ha podido observar merced a los ejemplos mencionados anteriormente, la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país es rica en el uso de la argumentación considerada desde un enfoque pragmático. Con

⁵⁴ Ibid. Considerando N° 18.

esto queda demostrada la idea de que los magistrados pronuncian sus sentencias, recurriendo no solamente a los aspectos normativos (formales), a los hechos (fácticos) sino también utilizan recursos retóricos y dialécticos como elementos estructurales de su modo judicial de razonar.

Palabras finales:

El recorrido propuesto ha permitido visibilizar los aspectos más representativos de la dimensión pragmática del discurso judicial y ha permitido reconocer la importancia que poseen la retórica y la dialéctica como herramientas lingüísticas en la estructuración del razonamiento de los jueces. En efecto, cuando éstos son llamados a resolver una determinada controversia, no sólo miran el derecho más conveniente o individualizan la plataforma fáctica que ha dado nacimiento a aquélla sino que también proyectan idealmente el alcance social, político, económico y cultural que tendrá su sentencia respecto de las partes y de la comunidad. Es decir, una decisión judicial se sustenta en una cuidadosa argumentación que es el resultado de elementos formales, materiales y pragmáticos. Y, en la que éstos últimos alcanzan un papel relevante dado que siempre el juzgador intentará articular las normas a los hechos del caso con la clara intención de persuadir y convencer a sus interlocutores que la solución propuesta era la mejor alternativa posible. En dicha tarea de convencimiento el mentado operador jurídico puede recurrir a diversas clases de argumentos vinculados con la dimensión argumentativa pragmática; como por ejemplo, los consecuencialistas que le exigen tener en cuenta las repercusiones posibles que su sentencia ocasionará a la sociedad a la que está llamado a servir o también, aquéllos pueden asumir la formas de razones humanitarias que apelan al respeto a la dignidad humana como característica fundamental de todo ciudadano en un Estado Constitucional de Derecho.

Sin perjuicio de lo anterior y sin desconocer el relevante anclaje de lo pragmático en el razonamiento justificatorio judicial, se sostiene que el dictado de una sentencia adecuada requiere el uso de todas las dimensiones que el fenómeno argumentativo ofrece. Sin olvidar, que todo decisorio de los magistrados debe contemplar además la nómina de principios o valores incorporados explícita o implícitamente al ordenamiento jurídico. En definitiva, se cree que la justificación judicial de

las sentencias no puede reducirse a un mero silogismo formal sino que constituye un delicado mecanismo ponderativo en el que el aspecto pragmático del discurso presenta un considerable influjo.-

Bibliografía:

-AGUILO REGLA, Josep. *¿Qué es argumentar? en El arte de la mediación. argumentación, negociación y mediación.* España. Trotta.2015. Recuperado de www.eje.gob.bo

-ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica.* España, Trotta, 2013. Cap. V.

-MARTINEZ CINCA, Carlos Diego y BAYARDI MARTINEZ, Cintia Marcela, *Manual de Razonamiento y Decisión Judicial. Abordajes Teóricos, Volumen I.* Facultad de Derecho, UNCUIYO, Mendoza, Argentina, 2017. Cap. II. Recuperado de www.saij.gob.ar

-VIGO, Rodolfo Luis, *Como argumentar jurídicamente,* Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.

-VIGO, Rodolfo Luis, *"Razonamiento justificatorio judicial",* Doxa. N. 21, vol. 2. Universidad de Alicante, España, 1998.

Jurisprudencia:

-ARRIOLA, Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho causa n°9080. N° Interno: A.891.XLIV (25 de Agosto de 2009) Recuperado de www.saij.gob.ar

-Q.C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo. N° Interno: Q.64.XLVI (24 de abril de 2012). Recuperado de www.saij.gob.ar

Aportes y comentarios realizados por la Dra. Meroi, Andrea.

- a) Tener en cuenta la carga simbólica y ambigüedad de la palabra "intereses" de los jueces. No olvidar que en el campo del derecho procesal, a diferencia del ámbito de la filosofía del derecho(en el que el término ampliamente abarca aspectos, como el pensamiento, ideología, valoración judicial), dicho término puede generar confusión en el lector, puesto que los magistrados deben ser terceros imparciales e imparciales del conflicto entre las partes.
- b) Aclarar que toda sentencia judicial es el resultado no de una contraposición entre un silogismo formal y la exteriorización de la voluntad particular del juez, sino el producto de un delicado

equilibrio entre ambos extremos. Esto es así, porque si bien el juez no puede desprenderse del todo de sus subjetividades y ser absolutamente aséptico; tiene el deber de fundar sus decisiones con la mayor objetividad y racionalidad posibles para no incurrir en un ejercicio abusivo de discrecionalidad.

- c) Advertir que los argumentos consecuencialistas no son los únicos que integran la argumentación pragmática. Indicar en el cuerpo del texto que se los eligió como ejemplo de ésta por entender que son más representativos al momento de ilustrar el funcionamiento de aquella.
- d) Señalar que si bien la bibliografía y jurisprudencia empleadas como fuentes para la elaboración del trabajo son escasas, cubren los aspectos centrales del tema tratado y son adecuadas para la presentación de la ponencia dadas las limitaciones espaciales y temporales establecidas para el taller (extensión: máximo de diez páginas; exposición oral: treinta minutos). Quizás sería conveniente ampliar el estudio de las mismas en miras de confeccionar en el futuro un anteproyecto de tesis doctoral que involucre la cuestión desarrollada.
- e) Reconoce la complejidad del tema propuesto y felicita al ponente por su interés y dedicación en la confección del ensayo presentado.

8° Ponencia.

Medios de comunicación e imparcialidad del jurado.

Ponente: Estefanía Soledad Antolini⁵⁵.

Comentarista: Aristóbulo Barrionuevo.

En la actualidad nos encontramos inmersos en la era de la información, donde la comunicación es una constante en nuestras vidas y la gobierna; son los medios de comunicación el soporte principal de la globalización mundial. Pero los multimedios no tienen como único objetivo conectar sino que son transmisores de información y de noticias, que se convierten en definitiva en su producto manufacturado. Esta mercancía se obtiene a partir de la materia prima: el acontecimiento.

Así, los medios masivos generan noticias, las cuales se caracterizan por ser seleccionadas subjetivamente, dado que ellos tienen la impronta de seleccionar cuáles se publican y cuáles no, criterio similar a la selectividad criminológica del sistema penal⁵⁶.

Dentro de esta industria, los acontecimientos penales siempre serán hechos noticiosos que se instalan rápidamente en las agendas mediáticas y resuenan días tras días convirtiéndose en tapa de portadas. Esto, en virtud de que el ámbito de los procesos penales, desde el punto de vista simbólico ofrece un escenario seductor para los propósitos de los medios de comunicación masiva, ya que hay una atracción morbosa que genera todo lo punitivo.

Sin dudas, las empresas comunicadoras tienen un rol fundamental en la sociedad. En el decir de Alsina: “Los mass media son los que crean la realidad. Los acontecimientos son conocidos gracias a ellos y se construyen por su actividad discursiva”⁵⁷.

No desconociendo su posición y dominio, los medios toman la noticia y la evalúan como información práctica, que tiene un impacto emocional y es formadora de opinión. Asumiendo este rol, es que comienzan a “informar” y “desinformar”, revelando una clara disputa de poder,

⁵⁵ Abogada UNLP. Miembro de la Comisión Jóvenes Procesalistas delegación Buenos Aires.

⁵⁶ TAVOSNANSKA, Norberto R., *La seguridad como espectáculo*, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2016, pág. 19.

⁵⁷ ALSINA, Miguel R., *La construcción de la noticia*, Paidós, Barcelona, 1989, pág. 30.

económico, social y político, pero mayormente cultural. Los medios manipulan la información y con ello, utilizan a la seguridad como espectáculo, teniendo en la mira los casos penales.

De esta manera, se puede vislumbrar que el principio de publicidad se distorsiona, ya que existe un abuso del mismo, de transmitir todo tipo de noticias sin resguardar privacidades o corroborar fuentes, como así tampoco el periodismo se percata de no crear falsos personajes a la hora de comunicar un suceso penal que se encuentra en plena investigación y cuya resolución aún se encuentra pendiente.

De esta manera, lo que generan es que la exposición constante de la noticia y su consiguiente relato subjetivado, afecte no sólo la independencia e imparcialidad del potencial juzgador, sino lo principal y más repudiable es que la garantía de la presunción de inocencia de quien se encuentra sometido a proceso, se esfuma entre tanta opinión masiva.

Lo antes dicho, permite inferir que más allá de que el sistema de los derechos fundamentales, establezca a través de diferentes tratados internacionales y leyes especiales con jerarquía supra-constitucional, que el imputado tiene derecho a ser juzgado por un órgano independiente e imparcial y a no ser tratado como culpable durante el proceso, en la realidad no existe tal posibilidad, cuando los medios de comunicación se erigen como actores o protagonistas extraprocesales, teniendo una influencia incuestionable.

Según la acertada descripción de Andrés Ibáñez, “si, en la época de su consolidación como principio del proceso, el de publicidad tenía por objeto neutralizar o, cuanto menos, limitar de forma sensible la irrefrenable tendencia del poder —aquí en su vertiente judicial— a actuar en la opacidad; lo que registra la realidad social en acto es la presencia de todo un poder de información y formación de la opinión pública, movido por una lógica político-empresarial difícilmente contrastable... ya que está muy concentrado, en manos de potentísimos grupos económicos con fuerte proyección política”⁵⁸.

Es en este contexto donde el juicio por jurados se implementa en varias de las provincias de Argentina.

⁵⁸ IBÁÑEZ, P. A., *Medios de comunicación masiva y proceso penal*, en Jueces para la Democracia n.º 94, Madrid, 2019, p. 133.

Este sistema de jurados clásico en la mayoría de las provincias que lo implementaron y escabinado en Córdoba, permite la participación ciudadana en casos penales, es decir, otorga el poder al jurado para que decida sobre la culpabilidad o no culpabilidad de una persona imputada de un determinado delito.

Y a partir del análisis de este marco social es que surge la pregunta si los potenciales jurados pueden verse influenciados por la opinión de los medios de comunicación y de esta manera verse afectado el principio de imparcialidad que gobierna las decisiones de tal índole.

Pero es dable recordar que el problema de las influencias externas para con el jurado no son un fenómeno novedoso. La diferencia entre lo que pasaba antes en países juradistas con lo que actualmente ocurre, es que los medios de comunicación son diferentes, ya que a partir de la incorporación tecnológica han generado una masificación que tornan imposible estar al margen de algún conocimiento, aunque mucha de las veces no sea específico, sino más bien vago y erróneo, sobre un hecho relevante de la vida social.

La impresión de que los jurados son más influenciables por historias o situaciones emocionales que podrían transmitir los medios de comunicación o los mismos litigantes, fue uno de los prejuicios más extendidos sobre el jurado que ha servido de fundamento para rechazar el sistema.

En relación a lo hasta aquí expuesto, debemos hacer un ejercicio. Supongamos la situación hipotética de que sea llevado a juicio por jurados el caso -resonante en estos días en todos los noticieros y diarios- del jubilado⁵⁹ en la provincia de Buenos Aires que mató a dos personas que ingresaron a su casa para robarle. Es casi imposible, que alguna persona no haya leído distintas posiciones o intercambiar opiniones con otras personas sobre este suceso.

Pero una vez más, hacemos alusión a que esta influencia también perjudica a los jueces profesionales, que en palabras de Cristian Penna, no toman una “píldora” de la imparcialidad, sino que son profesionales que los atraviesan diferentes subjetividades y una decisión “desacertada” para la opinión pública le podría acarrear su desprestigio y fin de la carrera

⁵⁹ A modo de ejemplo: “*Crece la indignación por la detención del jubilado que mató a un ladrón que entró a su casa a robar mientras dormía*”, Infobae, jueves 30 de julio de 2020.

judicial. Concordante con ello, en las conclusiones del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, se dejó asentada la marcada preocupación por la falta de imparcialidad e independencia en la función judicial, en tanto el poder político como los medios de comunicación masiva se constituyen como elementos exógenos al proceso judicial, cuya implicancia en la toma de decisiones jurisdiccionales debe ser motivo de reflexión.

Es una afirmación real, que los funcionarios abarcados dejan de prestar atención solamente a la ley y la prueba que dirimen la cuestión y comienzan a prever también qué reacciones tendrá el gobierno, la oposición y el periodismo según los distintos sentidos posibles de la resolución de la causa. Es un fenómeno universal asociado a los juicios paralelos en los medios de comunicación⁶⁰.

Ante tal caso relevante, el cuestionamiento que emerge es si en la audiencia de selección del jurado o voir dire se podrá encontrar personas desinformadas que sean los potenciales jurados imparciales para juzgar el caso y con ello concretar la realización de un juicio de estas características. Tal controversia resulta válida, pero no hay que desconocer que también abarca al trabajo que realiza el juez o jueza profesional, ya que los mismos se encuentran sometidos a idénticas influencias, no pudiendo sustentar que la mera repitencia en la función los dota de una cualidad particular para resistirla⁶¹. Pensar que las experiencias, creencias y emociones previas no inciden en las decisiones de los jurados es tan inverosímil como creer que los jueces son ajenos a todo ello.

La ventaja, en el juicio por jurados, reside en que existe una audiencia de selección de jurados donde se tiene la oportunidad de verificar si existe una presión en la mente del potencial jurado que impida realizar su función correctamente. Es decir, contamos con la posibilidad de indagar a esa porción de la comunidad, si no obstante haber recibido información externa, ello no le genera ninguna clase de perjuicio y podrán tomar una decisión sobre la base de las pruebas presentadas en el debate.

⁶⁰ PASTOR, Daniel, *Actores extraprocesales y juicios paralelos Nuevas garantías para asegurar la imparcialidad judicial y la presunción de inocencia*, XXX Congreso de Derecho Procesal, 2019.

⁶¹ SCHIAVO, Nicolás, *El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pág. 342.

También se tiene la posibilidad de aplazamiento del juicio hasta que decaiga la información relacionada al caso o traslado del lugar donde debe realizarse el juicio, con jurado de otra localidad.

Asimismo, una vez seleccionado el panel de personas que se desempeñarán como jurado, se les puede peticionar que estén alejados del material periodístico y hasta se los podría llegar a aislar.

En este sentido, se determina que la mala conducta o infracciones en las que puede incurrir el jurado, pueden ser de tres clases. Cuando el sujeto seleccionado está fuertemente influenciado y omite ventilarlo en la audiencia de selección luego de ser preguntado por ello. La segunda clase, se da cuando la influencia de los medios es tal, que es imposible obtener un jurado imparcial.

Por otra parte, la tercera situación existe cuando el jurado seleccionado transgrede la instrucción de mantenerse alejado de la prensa, y busca activamente conocer la opinión que se tiene fuera del debate.

No obstante estas aristas a tener en cuenta, el juicio por jurados sigue siendo mayormente poderoso en comparación con la justicia profesional. En relación a ello es que podemos afirmar que si al influjo de los medios se le complementará la presión pública que se erige sobre la carrera profesional del juez, la conclusión debería ser más adversa a la suposición de que este último puede resguardar de mejor manera los derechos de los imputados a un juicio justo e imparcial, que como podría hacerlo un jurado de doce pares, seleccionado luego de una audiencia de voir dire.

Es en este punto que no debemos desconocer que la justicia en Argentina ha demostrado su dependencia al poder político y su permeabilidad a los poderes fácticos, constituyendo ello una debilidad estructural del sistema. La perdurabilidad en el tiempo y la lógica de la carrera judicial hace que las decisiones tomadas por los jueces no gocen de la imparcialidad esperada⁶².

Frente a tal decadencia, sólo un jurado compuesto por doce ciudadanos que toman el poder de juzgar de manera accidental ofrecerá la imparcialidad exigida. Aunque no se excluyan de manera total los riesgos

⁶² PORTERIE, S y ROMANO, A. *El poder del jurado. Descubriendo el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, INECIP, 2018, pág. 20.

de influencia, la posibilidad de que ello ocurra son mínimas, ya que doce personas son las que deben ponerse de acuerdo y decidir.

Es entonces que se llega a la conclusión de que el jurado posee ventajas asociadas a su naturaleza accidental, siendo ellas el desinterés político, la incorruptibilidad y su desconocimiento de lo que antecede en el proceso judicial⁶³.

Todo ello, debido a que debemos tomar en consideración que en un estado constitucional y democrático de derecho, las controversias judiciales deberían ser resueltas a través de una aplicación imparcial de la ley a la plataforma fáctica debidamente acreditada por medio de los elementos de prueba producidos, sin considerar entonces, estímulos, incentivos y pulsiones, que podrían llevar a los juzgadores a desentenderse de la prueba contundente.-

⁶³ Ídem, pág. 57.

9° Ponencia.

Pensar la Remisión -Art. 38 de la Ley N° 2951-N del Chaco- desde la perspectiva restaurativa.

Ponente: Rubens Ariel Aguirre.

Comentarista: Pablo Ferreira Almirati.

Con el objetivo de visibilizar la necesidad del desarrollo de prácticas que recepcionen los paradigmas vigentes en materia de niñez y adolescencia, en este sentido, la “protección de los derechos” y por el interés en la difusión de los medios alternativos a los procesos judiciales, en este caso al penal, la presente ponencia tiene como objetivos generar el tratamiento de la remisión desde la perspectiva restaurativa.

Primeras aproximaciones:

Proceso penal aplicable a los adolescentes es la terminología que adopta la Ley N° 2951-N de la provincia del Chaco, cambiando el término usualmente utilizado de “adolescentes en conflicto con la ley penal” ya que, como sabemos, la necesidad de aplicar esta normativa a jóvenes se debe a una multiplicidad de circunstancias de su vida, sumado a la consideración primordial de ser sujetos de derecho en desarrollo, porque se encuentran atravesando por una etapa donde están en conflicto con ellos mismos, con su vida misma, y continuar considerándolos que están en conflicto con la ley penal, contribuye a seguir marcando un distanciamiento entre ellas como personas en desarrollo y el Estado, que en la mayoría de las situaciones es el gran deudor de los Derechos Económicos Sociales y Culturales que lleva a los y las adolescentes realicen acciones que son tratadas como una infracción a la ley penal.

Luego de esta introducción y relacionando lo expresado con la sensación de la comunidad de falta de oportunidades en lo atinente a educación, salud, alimentación y otras necesidades básicas para un desarrollo de la persona humana, sin dejar de atender a los profundos avances en políticas públicas, es ahí donde el proceso penal aplicable a adolescentes debe estar en la misma perspectiva y coadyuvar a menguar las dificultades. Particularmente en el necesario cambio de paradigmas que a través del tiempo se materializa tanto en las normas procesales, tal

el caso de la ley mencionada de la provincia del Chaco, la que se encuentra ajustada a los estándares internacionales en la materia coincidentemente con el corpus iris internacional.

Pues es necesario recordar que los estándares mínimos vigentes para la justicia juvenil agregan un matiz de mayor garantía a los vigentes para todas las personas en la justicia penal e incluyen la obligación de adoptar medidas de solución de los conflictos jurídico penales alternativos a la justicia. La Convención de los Derechos del Niño establece que siempre que sea apropiado y deseable, deberá establecerse la adopción de medidas para tratar niños sin recurrir a procedimientos judiciales. Medidas que deberán estar dirigidas a asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y guardar proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Es así que el abordaje gira en torno a la preocupación y convencimiento de un trabajo articulado de los y las operadoras del sistema de justicia con base en la justicia restaurativa de las prácticas de quienes forman parte del amplio sistema de justicia penal juvenil. Entonces con lo expresado, puedo afirmar que este es un tema que tiene que ser visto, analizado y abordado desde distintas aristas, y es allí donde la Remisión sin lugar a dudas contribuye a mejorar las respuestas procesales.

En consonancia con las conclusiones del “III Encuentro Iberoamericano de Autoridades Judiciales en Justicia Juvenil Restaurativa”, nuestro ordenamiento provincial aplicable a los adolescentes contribuye a dejar en claro que es un gran error pretender utilizar el mismo instrumento penal para el delito adulto con adecuaciones para el delito inicial cometido por niños, niñas o adolescentes, no comprendiendo la naturaleza diferente de la transgresión adolescente, que puede provenir de dos motivos, uno de ellos es por oposición a las normas de su familia o sociedad, por desafío y esto tiene relación con el desarrollo evolutivo, hecho de ganar su autonomía, de forma negativa; y otra por mandato de su medio familiar y social, o sea cuando lo mandan a delinquir.

Entonces como operadores del sistema, es necesario reforzar las prácticas restaurativas, efectuando un acompañamiento al adolescente para que se sienta tratado como tal. Para esto la comunidad y

especialmente las instituciones que la conforman, tienen un rol importante siendo justamente la justicia restaurativa una filosofía para hacer frente a la justicia en general, la cual trata de atender a las necesidades de las víctimas y favorecer la rendición de cuentas de la persona infractora.

Pero entonces, a qué se hace referencia cuando decimos JUSTICIA RESTAURATIVA, y para ello siguiendo a Howard Zher, podemos decir que, *“la justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, las necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”*⁶⁴.

Además en ese sentido, teniendo en cuenta que esta ponencia invita a pensar la figura de la Remisión desde la filosofía de la justicia restaurativa, compartiendo las enseñanzas y puntos de vista del Dr. Raúl Calvo Soler; estos abordajes es necesario que tengan como valores a la responsabilidad y el respeto; siendo la intervención de la justicia restaurativa en el nivel educativo lo que va a producir los cambios que necesitamos; por ello comparto que pensar lo restaurativo relacionado con el derecho es sólo un aspecto, sino que restaurativo es hablar de una manera de cómo deberíamos relacionarnos los unos con los otros, en referencia a las relaciones humanas y de esa forma avanzar a la administración de justicia.

Por ello es que, propongo pensar a la Remisión establecida dentro del Capítulo IX “De los medios alternativos al proceso penal” más precisamente en el Art. 38 de la Ley N° 2951-N del Chaco desde la perspectiva restaurativa, la cual se encuentra reglamentada como proceso alternativo dentro de la mencionada ley junto a la mediación penal, ya que como sabemos, alternativo difiere de los modelos aceptados, distintos a los oficiales que venimos transitando hasta el momento, retributivo para diferenciar de lo restaurativo; considerando que cuando la norma dice que el objeto de la misma es *“evitar o eliminar los efectos negativos que un proceso tendría para él...”* –haciendo referencia al adolescente-, es necesario

⁶⁴ ULF, Christian E. N. *Mediación Penal- De la práctica a la teoría*. Segunda Edición. Editorial Histórica. Buenos Aires. 2010.

generar prácticas, programas y relaciones restaurativas. Es importante señalar a esta altura que la remisión se encuentra receptado en el Art. 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como “Reglas de Beijing”, e implica la *“extracción del caso del sistema penal y la resolución del conflicto desde un canal social, que resulte más favorable para la persona menor de edad”*.

La norma contiene elementos centrales de justicia restaurativa, entendida según Tony Marshall como un proceso mediante el cual todas las partes implicadas en un delito participar se reúnen para colectivamente las formas de afrontar las consecuencias del delito y sus implicancias a futuro; el antecedente de la justicia restaurativa se encuentran en los procesos primitivos germánicos y otros los ubican dentro de la época contemporánea dentro de los años ´70 en Canadá y los EE. UU. Como consecuencia del descontento por la forma en la que administraba la justicia el Estado que no conseguí cumplir con la paz social; Pablo Ferrari Almirati coincide con el origen dentro de la segunda línea mencionada. Es necesario, tener en cuenta la nota de alternativa y de complementaria a la justicia convencional, por llamar de alguna manera a lo que normalmente se lleva a cabo en el proceso judicial penal; en este sentido dentro de la norma que regula la remisión nace dentro del proceso penal aplicable a los adolescentes complementándose al ser alternativa a ese tipo de proceso.

En cuanto al objetivo de la JR, una de ellos pone el eje en la reparación a la víctima, ya que en la justicia convencional el Estado asumía un rol protagónico, siendo la víctima la olvidada siendo ajena al proceso, luego dentro de los movimientos que hacen surgir a la misma e ingresar a la misma en el proceso; el otro sustento filosófico, relacionado con la reparación a la comunidad tienen su base en la perspectiva de la búsqueda de la paz social y la búsqueda del orden alterado por la acción ilícita, pues cuando nos hacemos eco de ello nos representamos a la comunidad que ha sufrido el quebranto del orden.

Retomando específicamente lo relacionado a la Remisión, esta implica con frecuencia la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores. En este sentido, es importante hacer mención que el STJ del

Chaco en la causa caratulada "m., e. m. s/juicio" antes de la entrada en vigencia de la LEY 2951 M, hizo lugar al pedido de remisión de la causa donde se expuso que *"las disposiciones 11.2 y 11.4 de las Reglas de Beijing, contemplan la posibilidad de efectuar una remisión en favor del menor imputado, derivándolo a su familia y/o autoridades extrajudiciales, que deben acompañarlo e insertarlo en programas adecuados a la problemática que presenta, a fin de alcanzar su desarrollo integral y reinserción en la sociedad, sin el estigma de estar sujeto a un juicio penal"*.

En este sentido, siendo necesario generar prácticas, programas y relaciones restaurativas tal como nos enseñó el Dr. Calvo Soler, en su última exposición dentro del marco del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, es necesario que estas estén apoyadas en 3 palabras claves, que representan ejes o parámetros de actuación. Por un lado, la primera de ellas es: ser *"participantes"*, dejar de lado ser parte y pasar a ser participante, siendo activo, creador y desarrollador de propuestas; construyendo relaciones, porque de nosotros depende la construcción de las relaciones y de las instituciones; en esto es útil abordar a la figura de la remisión con un plan de acción institucional. Lo cual puede relacionarse con uno de los requisitos de procedencia de la remisión al solicitar el consentimiento del adolescente; este consentimiento es primordial que sea para ser participante activo en la decisión tomada.

Luego, siguiendo al profesor Soler, la segunda palabra es: *Reconocer*, ya que dentro de las relaciones restaurativistas el reconocer al otro es muy importante, soy participante reconociendo a los demás, y entonces la idea de reconocer es fundamental para trabajar con los y las adolescentes porque es un gran problema que las instituciones no los reconocen y ellos no reconocen a las instituciones; todo lo cual podemos apreciar y relacionar con el segundo párrafo del artículo 42 de la mencionada ley en análisis que hace referencia a los efectos de la aplicación de la remisión.

Y en tercer lugar, para la idea de construir procesos de reconocimiento es un elemento clave, *la Responsabilidad*. El Dr. Calvo Soler nos enseña que si construimos relaciones y reconoczo al otro, cuando aparezcan los problemas me puedo hacer responsable; si no se otorga el espacio para ser responsable cuando las cosas están bien es poco probable ser responsable cuando las cosas estén mal.

Para cerrar, la norma contiene aspectos de neto corte restaurativo lo que hace posible generar prácticas, programas y relaciones restaurativas; como por ejemplo la norma específica regulación la abierta de la reparación del daño sin dejar establecido si es a la víctima o a la comunidad; la situación jurídica procesal del tribunal y la remisión de oficio, podrían entrar intereses en pugna, ya que la norma permite realizarla, la pregunta que queda para responder es qué ocurre si el fiscal se opone a la misma, la norma no establece un medio impugnativo; pues es necesario tener en cuenta que la justicia restaurativa en la que se enmarca la norma es complementaria y alternativa al sistema penal convencional o tradicional.-

10° Ponencia.

LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN LEGISLATIVA PROCESAL CIVIL DE LA PRUEBA INFORMÁTICA COMO MEDIO DE PRUEBA AUTÓNOMO.

Ponente: Luna María Victoria Larrea Romero.

Comentarista: Diego HernanCazeaux

“Lo único persistente, es el cambio” Heráclito.

Introducción:

Los cambios que trajo el mundo globalizado y el ingreso de las nuevas tecnologías a nuestra vida diaria produjeron importantes modificaciones y nuevos paradigmas en todas las esferas de la vida, y dentro del proceso no fue diferente.

Las nuevas tecnologías se instalaron en el modo de comunicarnos y expresarnos, y así como se transformó el medio de expresión, se transformó la prueba que acredita esa expresión y/o comunicación.

Sin embargo, el problema es que, si bien, como afirmamos anteriormente, hoy el medio de expresión y comunicación por excelencia es el informático y la prueba que lo acredita, asimismo, también es informática, nuestro sistema normativo sólo contempla el medio escrito-papel como modo de expresión de voluntad.

La forma de expresar la voluntad testamentaria, la voluntad contractual, la voluntad del empleador de despedir a su empleado y/o la voluntad del trabajador de renunciar a su empleo era regularmente la forma escrita y la normativa legal da respuestas y claridad al modo de ofrecer dichas fuentes de prueba al proceso, la cadena de custodia y las posibles contingencias que pudieran sufrir.

En cuanto al medio informático, y por ende, la prueba informática, existen vacíos normativos que hoy en día son “rellenados” con institutos y soluciones que traen más dudas que certezas.

El objetivo de este trabajo es demostrar la necesidad de legislar la prueba informática como un medio de prueba autónomo y para ello, primero hablaremos de la nomenclatura a elegir para éste tipo de prueba, luego mencionaremos las escasas normas sobre la materia que contiene el sistema procesal argentino y por último, expondremos las posibles

soluciones y herramientas que podemos encontrar y utilizar en el camino hacia la legislación específica.

Conceptualización:

Para entender el grado de confusión que existe en la materia, debemos empezar por la terminología que vamos a utilizar para identificar al tipo de prueba que nos ocupa, es decir, la afirmación incorporada en un proceso judicial, de hechos o cosas que surgen de medios tecnológicos capaces de captar información, procesarla y, transmitir sus resultados de forma automática.

En la doctrina existe más de una terminología utilizada a la hora de referirse a ellas. Prueba tecnológica, prueba digital, prueba electrónica, prueba informática. Un conjunto de conceptos provenientes del área de la informática, ajena a nuestra especialidad, pero que en la actualidad podríamos decir que comienzan a abarcarlo todo.

El verdadero dilema lo encontramos entre “prueba electrónica” o “prueba informática”.

Si bien los distintos autores la mencionan de una u otra forma, ninguno se detiene a analizar las diferencias o el porqué de su elección. En la doctrina nacional, todavía no existe mucho desarrollo sobre el tema, si bien, el consenso implícito general es el de “prueba electrónica”.

En el ámbito internacional, tenemos autores como Federico Bueno de Matta, gran jurista y pionero en prueba electrónica, quien elige justamente, el término electrónico por sobre el término informático.

Argumentando que la nomenclatura electrónica es mucho mejor y más correcta apelando a la definición de la RAE de la palabra “electrónica” como: “máquina electrónica, analógica o digital, dotada de una memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas matemáticos y lógicos mediante la utilización automática de programas informáticos”, y haciendo referencia a que esta definición, además, tiene en cuenta los dos elementos de este tipo de prueba: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible, y por otro lado un elemento intangible que es el software, consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de interfaces electrónicas.

Sin embargo, entre las opiniones de los profesionales del área informática, el autor Anguas Balsera, Joaquín sostiene que en general,

tanto la legislación como la práctica habitual es referirse a la prueba en base a elementos informáticos como “prueba electrónica” pero opina, que resulta adecuado hablar de prueba informática. Sostiene que teniendo en cuenta que existen tecnologías emergentes que no se basan en la electrónica, al menos en cuanto al cómputo o el almacenamiento de la información, y que términos como “electrónica” o “digital” no coinciden con la disciplina que trata esos elementos, que sería la informática, quizás sería conveniente unificar y simplificar vocabulario alrededor de este último término: informática.

También reconocidos autores del derecho se refieren a este tipo de prueba como “informática”, por ejemplo, Michael Taruffo.

La nomenclatura “prueba digital” comenzó siendo utilizada por el sistema anglosajón, un término más bien, poco abarcativo por lo que explicaba el Ing. Anguas Balsera que mencionamos precedentemente, y dentro del ámbito jurídico latinoamericano, tomamos este concepto, aunque provenía de una cultura jurídica e idioma diferentes. Actualmente al utilizar este término debemos tener presente que en los últimos años la doctrina anglosajona ha comenzado a internalizar el concepto de “prueba electrónica”, de manera separada al de “prueba digital”, para incluir aquellas tecnologías que quedan excluidas de éste último. Algunos autores hasta comienzan a proponer diferentes procedimientos y requerimientos probatorios entre una y otra.

Volviendo al análisis conceptual y remitiéndonos a la definición de “informática” por la RAE, quien la define de la siguiente manera: “Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de los ordenadores”.

Podemos ver que también, del término “informática” se desprenden los dos elementos de la prueba que mencionaba Bueno de Matta al defender su elección, el hardware y el software.

Además, existen tecnologías emergentes que no se basan en la electrónica y con esto nos referimos a la tecnología eléctrica, magnética, óptica, nuclear, etc. La cuestión cobra particular relevancia si tenemos en cuenta que la tecnología plantea escenarios nuevos de forma constante ya que su innovación es sumamente veloz, mientras que los ciclos normativos son largos y si tenemos en cuenta que el análisis de este trabajo busca demostrar la necesidad de legislación de la prueba informática, resulta

conveniente optar por conceptos más bien abarcativos de las posibles tecnologías que puedan surgir, sin restringir su alcance.

Podemos concluir afirmando que el término “prueba informática” no es extremadamente amplio como “prueba tecnológica” y esta última expresión, podría llevar a confusión por la amplitud de su significado. Mientras que las expresiones “prueba digital” o “prueba electrónica” resultan excluyentes, por eso preferimos referirnos a este tipo de prueba como “prueba informática”, por ser la que mejor define la materia.

Situación Actual:

¿Cómo se incorpora al proceso actualmente una declaración de voluntad contenida en algún medio electrónico, por ejemplo, redes sociales?

Actualmente, la prueba informática está prevista en el Art. 378 del CPCCN, que establece: “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.”

Su redacción da cuenta que la enumeración de medios de prueba legal no es taxativa y que el Código admite otros medios además de los mencionados expresamente, por lo que, en la normativa actual, la prueba informática puede ser aportada al proceso apelando al principio de amplitud probatoria.

El según párrafo del mismo artículo, agrega: “...Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.”

La realidad es que actualmente, a la prueba informática se le aplica por analogía, lo establecido para la prueba documental y eventualmente, la pericial o informativa, según el caso concreto.

La Práctica Actual:

En la práctica, y sin existir normativa procesal al respecto, los juzgados civiles y laborales adoptan distintos criterios y métodos para su tratamiento que atentan contra la seguridad jurídica y la homogeneidad.

Actualmente vemos como práctica habitual de los letrados litigantes, que a los fines de aplicar las normas de la prueba documental a la prueba informática, acompañan, capturas de pantalla⁶⁵ de conversaciones existentes en medios informáticos y lo que es mucho peor, que los jueces le den una validez a la hora de valorarla, que no puede tener.

Las capturas de pantalla no son la conversación propiamente dicha, no es una copia de la misma. Es solo una “foto” de aquella, que omite importante información para el pleito y para su valoración probatoria. Una captura de pantalla no demuestra la autoría de quien envió el mensaje, la veracidad de lo allí estampado ni la existencia de la misma ya que una fotografía puede ser fácilmente alterada, además que no se puede llevar a cabo una pericial informática sobre una fotografía para intentar confirmar la información allí contenida.

También se utilizan las constataciones notariales de hechos acontecidos por medios electrónicos, sin embargo, luego de un estricto y detallado conjunto de pasos, el notario podrá dar fe sobre lo que tiene a su vista pero jamás podrá dar fe sobre la autenticidad de los archivos, ya que es indispensable el conocimiento en informática para hacerlo. Todo ello, sin mencionar lo poco conveniente desde el punto de vista económico, la utilización de este medio de prueba para cada hecho informático que se desee probar.

Aplicando el criterio de analogía funcional, también se utiliza en la práctica judicial la prueba pericial a los fines de introducir al proceso hechos acontecidos en soporte informático. Sin embargo y al igual que las constataciones notariales, éste medio de prueba tiene un costo alto para su producción, lo que se agrava, si tenemos en cuenta que la prueba informática se torna cada vez más habitual a la hora de probar en los procesos.

La Prueba informativa sirve, dentro del campo de la prueba informática, para requerir información a una entidad pública o privada, acerca de determinados eventos suscitados en un ecosistema informático bajo su custodia o gestión. Sin embargo, nos encontramos con el inconveniente de que las empresas que brindan los sistemas de comunicación informáticos que utilizamos cotidianamente, tienen su

⁶⁵ Reproducción fotográfica de hechos canalizados vía plataformas de mensajería instantánea o cualquier otro programa informático.

asiento en el extranjero por lo que la parte, para diligenciar la pieza en otro país deberá hacerlo vía exhorto internacional mediante Cancillería. Alternativa que en atención a los costos y tiempo resulta sumamente desaconsejable.

Podemos ver, si bien en la realidad se utilizan analógicamente los medios de pruebas ya establecidos normativamente, para incorporar la prueba informática, ninguno de ellos resulta realmente apropiado.

La Solución:

Así queda demostrado que, por las características específicas de la prueba informática, los medios de prueba ya legislados no son suficientes y resulta menester desarrollar el medio de prueba informático como un medio de prueba autónomo y específico.

Sin embargo, el camino es largo y todavía quedan cuestiones previas por resolver, como el problema existente en materia normativa en cuanto a la firma electrónica y la firma digital. Si el sistema procesal argentino logra echar claridad sobre estos conceptos, el ofrecimiento de la prueba informática en juicio, daría respuestas más acordes a su naturaleza y nos acercaría un poco más a la legislación específica que proponemos.

También resultaría interesante comenzar a hablar más de los terceros de confianza, una herramienta primordial a la hora de ofrecer prueba informática, aunque, aún desconocida para la mayoría de los operadores de justicia. La ley argentina reconoce su existencia y los conceptualiza, pero sin hacer mención alguna sobre su validez jurídica.

Empecemos...

La firma electrónica y la firma digital

Al igual que en los demás medios de prueba, la manera de comprobar la autoría y autenticidad del documento electrónico es por medio de la firma. Sin embargo, el concepto de firma para documentos electrónicos, que va a influir directamente en la validez del mismo, no está del todo claro.

Y la confusión comienza por la legislación:

El Art. 288 CCCN: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.”

Haciendo una interpretación estricta de los términos del Código Civil y Comercial, podríamos deducir que solo es documento electrónico firmado, el que contiene firma digital.

Recordemos que, según el art. 2 de la ley de firma digital, se considera tal “al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.”

En la actualidad, son ocho (8) las entidades autorizadas mediante decreto N° 892/2017 para otorgar firma digital. El trámite es el siguiente: 1) seleccionar la entidad a través de la cual se tramitará la firma digital, si bien el procedimiento es similar, en cada una de estas instituciones puede haber algunas variaciones en los procedimientos. 2) contar con un sistema operativo compatible o solicitar un dispositivo Token FIPS 140 2 nivel 2 o superior, el cual permite grabar los certificados. En este caso también hay un listado de empresas proveedoras autorizadas. 3) Luego, se deberán instalar una serie de certificados en la computadora (RAÍZ y AC-ONTI). 4) comenzar a completar los formularios correspondientes y solicitar un turno presencial que sirve para acreditar la identidad.

En cuanto a costos, por ejemplo, en el sitio web de una de las entidades habilitadas en concepto software, hardware y token tienen un valor de u\$s 260 + IVA.

Sin embargo, la ley de firma digital incorpora una tipología de firma, que no se encuentra contemplada en el Código Civil y Comercial, al tratar el documento electrónico: la firma electrónica.

El art. 5 de la ley en comentario dice: “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser

desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.”

En base a su definición, firma electrónica sería nuestro usuario y contraseña de Facebook, twitter, usuario y clave de home banking, nuestro número de celular en whatsapp, etc.

Así podemos ver la primera confusión legislativa, el propio artículo de la Ley de firma digital hace referencia a la validez jurídica del documento con firma electrónica, mientras que el CCCN expresamente establece que solo es firma, en cuestión de instrumentos electrónicos la firma digital.

Y si para resolver la incógnita acudimos al principio de “ley anterior, deroga ley posterior” podríamos decir que las disposiciones del CCCN deroga las prescripciones de la Ley de firma digital que la contradice. Sin embargo, actualmente, en la mayoría de las provincias y hasta en el fuero federal nos encontramos utilizando la firma electrónica para la presentación de escritos judiciales, con plena validez (usuario y contraseña de INDI en el caso de Chaco; usuario y contraseña en la página: www.pjn.gov.ar en el ámbito de la justicia federal).

La realidad es que quitarle validez a la firma electrónica implicaría un error gravísimo. Como ya dijimos, la mayoría de la prueba en el futuro estará contenida en medios electrónicos. No podemos afirmar en la realidad, que las expresiones que manifestamos día a día a través de medios electrónicos, es decir, whatsapp, Hotmail, publicaciones, no están firmadas, entendiendo a la firma como un signo que nos identifica, cuando para hacerlo debemos crearnos un perfil, llenándolo de nuestros datos personales.

Herramientas: los terceros de confianza

En la actualidad existen un sinnúmero de herramientas novedosas, aún desconocidas para la mayoría de los operadores de justicia, que resultan realmente útiles a los fines de asegurar la inalterabilidad y la identidad del autor de un documento electrónico.

Sólo a modo de ejemplo es interesante mencionar a los terceros de confianza. El autor Bielli lo conceptúa de la siguiente manera: “aquellos sistemas informáticos accesibles vía web, ya sean públicos o privados, que mediante la implementación de tecnologías tales como la firma electrónica

y el sellado de tiempo (timestamp) –en forma conexas y en atención a determinados estándares de seguridad- hacen las veces de certificadores y depositarios de documentos electrónicos pasibles de atestiguar la ocurrencia de hechos u actos jurídicamente relevantes suscitados en el mundo virtual y, consecuentemente, revestirlos del necesario valor probatorio a fin de eventualmente procurar ser introducidos, como prueba instrumental, a un proceso judicial.” Es decir que, mediante la implementación de la tecnología, tendremos un registro de que la fuente probatoria de origen electrónico, existió en un determinado tiempo y que en el caso de ser desconocida la prueba, contiene información suficiente para ser examinada por un perito informático.

La legislación argentina los regula mediante Decreto 182/19. El art. 36 entiende por Servicio de Confianza al servicio electrónico prestado por un tercero de confianza relativo a: “1. La conservación de archivos digitales. 2. La custodia de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico, contratos electrónicos, y toda otra transacción que las partes decidan confiar a un tercero depositario. 3. La notificación fehaciente de documentos electrónicos. 4. El depósito de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico. 5. La operación de cadenas de bloques para la conservación de documentos electrónicos, gestión de contratos inteligentes y otros servicios digitales. 6. Los servicios de autenticación electrónica. 7. Los servicios de identificación digital. 8. Otras prestaciones que determine el Ente Licenciente.”

Es interesante mencionar que la Unión Europea, distingue a los prestadores de confianza entre cualificados y no cualificados: para ser un prestador cualificado se debe tener el reconocimiento como tal por parte de un organismo de supervisión, en estos casos, los documentos certificados emitidos por los organismos cualificados, reciben presunciones de autenticidad e integridad, pudiendo asemejarlo a los instrumentos públicos escritos, de la legislación argentina.

Mediante Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior requiere, que cada Estado miembro establezca, mantenga y publique listas de confianza con información relativa a los prestadores cualificados de servicios electrónicos de confianza junto con

la información relacionada con los servicios electrónicos de confianza cualificados prestados por ellos.

Conclusión: El Problema y la Solución:

La doctrina actual debería plantearse la real necesidad de instituir un nuevo medio de prueba legal: la prueba informática.

Ya Falcón en el año 2006 en el Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial distinguía, aunque lejanamente, esta posibilidad, al decir: “¿Qué puede decirse del fax, la informática, los videos, etc? Ellos también pueden ser comprendidos dentro de los ya conocidos. No han aparecido nuevos medios probatorios, aunque sí, nuevos perfiles en los mismos. Tal vez mañana estas nuevas modalidades de extraer conocimientos de las fuentes y que agrupamos dentro de los medios conocidos, puedan ser examinados separadamente como una categoría especial...”

También Pagés Lloveras en el año 2016, divisó y planteó esta propuesta: “Al no existir en Argentina una normativa específica que regule la prueba en formato digital y/o un proceso judicial electrónico o digital, es ineludible establecer normas de estándares mínimos para garantizar cierta homogeneidad en el tratamiento de la prueba informática, digital o electrónica, con respecto a su obtención, conservación, presentación y valoración en el proceso judicial.”

Quisiera que este trabajo sea una invitación a pensar la nueva legislación: la posibilidad de implementación de un servicio de confianza brindado por el Poder Judicial, gratuito, para que reciba, custodie y ponga fecha a hechos informáticos con valor probatorio; definir la validez y alcance de la firma electrónica, definir los casos en los que se exigirá el requisito de la firma digital y asimismo, su validez y alcance; implementar la intervención del perito informático sólo subsidiariamente, etc.

“Si los argumentos precedentes (o mejor dicho”mis lamentos”) se detuvieran en la crítica (...) de lo que le tocó y le toca padecer al derecho procesal, de las últimas décadas, si me limitara a la denuncia de los múltiples errores cometidos, en rigor, no estaría agregando nada nuevo a los “ríos de tinta” dedicados a señalar la crisis (...) que afecta a nuestra ciencia...”⁶⁶ Citando al Jurista Benabentos, que, si bien refiriéndose a otro tema, puso en palabras los sentimientos ante el presente problema.-

⁶⁶ BENABENTOS, O. “Teoría General del Proceso”, Juris, 2005, Pág. 9.

11° Ponencia.

El rol del Poder Judicial para superar barreras y obstáculos de acceso a la justicia de sectores vulnerables.

Ponente: María Celeste del Huerto Silva⁶⁷.

Comentarista: Alejandro Verdaguer.

En el presente trabajo me propongo analizar el derecho al acceso a la justicia y protección judicial de personas en situación de vulnerabilidad para repensar en nuevos desafíos del siglo XXI y una nueva forma de hacer justicia, con una visión crítica del sistema actual. El objeto de este trabajo es problematizar algunas cuestiones referidas al servicio de justicia y proponer algunas soluciones a fin de garantizar el acceso y participación de sujetos o grupos vulnerables.

No cabe dudas que el acceso a la justicia constituye la primera línea en defensa de los derechos humanos. Se lo llama también derecho bisagra, atento a que permite la concreción de otros derechos humanos en juego.

En ese orden de ideas, toda persona que ha sufrido una violación de sus derechos humanos, tiene derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades correspondientes. Recordemos que el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. A su vez, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece las garantías judiciales para la protección de los derechos de las personas.

En este sentido y para el cumplimiento de ese mandato supra-legal, el Poder Judicial cobra un rol fundamental. Es indudable que en ese acceso

⁶⁷ Técnica en Comunicación Social Facultad de Filosofía y Letras (UNT). Años 2008. Licenciada en Comunicación Social. Facultad de Filosofía y Letras (UNT) Año 2009. Abogada Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Año 2012. Becaria del Programa Escala Estudiantil del Grupo Montevideo. Universidad Federal de Santa María de Brasil (UFSM). Año 2010. Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Año 2018. Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA) (Título en trámite). Prosecretaría Judicial C – Relatora de Primera Instancia del Centro Judicial Capital del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán. Integrante de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Autora del libro “Interés Superior del Niño en la Adopción” Editorial Bibliotex. Año 2019.

a la justicia no hay una igualdad real entre todos los justiciables, no todos y todas tenemos las mismas herramientas de acceso. De esta manera, corresponde admitir que hay numerosos obstáculos que se presentan en diferentes sectores de la sociedad.

Es oportuno definir la expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” que “se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas”⁶⁸.

Por su parte, las Reglas de Brasilia especifican que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”⁶⁹.

La edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad son algunas de las causas que se pueden enumerar de vulnerabilidad en donde el acceso a la justicia deja de ser irrestricto y en pie de igualdad.

El Poder Judicial, los jueces y las juezas, los operadores jurídicos, tanto del orden administrativo o judicial, deben promover las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Es fundamental admitir que existen inconvenientes de orden diverso de acceso a la justicia: algunos formales, como las cuestiones referidas a la legitimación procesal; coyunturales, como los costos económicos que implican llevar adelante un proceso judicial; informativos, relacionado con el desconocimiento de la ciudadanía toda de sus derechos y garantías;

⁶⁸ “Grupos en Situación de Vulnerabilidad y derechos humanos. Políticas Públicas y compromisos internacionales”. Secretaría de Derechos Humanos - Ministerio de Justicia de la Nación. Argentina 2011. En línea http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf, consultado por última vez el 09/06/2020.

⁶⁹ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

territoriales, como la falta de intermediación o cercanía de los Tribunales a las comunidades, entre tantos otros.

Un primer paso es, desde quienes integran el Poder Judicial, promover un equilibrio con respecto a los principios elementales de los derechos humanos: a.- universalidad, b.- igualdad, y c.- no discriminación. De esta manera, coincido con la postura que afirma que la universalidad debe ser proyectada en el caso concreto con la particularidad de cada persona y las circunstancias que rodean ese caso; por su parte, la igualdad debe ser mirada con la diversidad de la sociedad, la cultura, y el mundo; y por último, la no discriminación con la desigualdad real que divide y jerarquiza.

Asimismo, a pesar de los avances en materia de resolución pacífica de conflictos, conciliación y arbitraje, el mundo jurídico sigue respondiendo a la dicotomía ganadores y vencidos. En ese orden de ideas, hay que partir de la premisa que no siempre se está en un proceso o se ingresa al mismo con una igualdad real. Por nombrar algunos ejemplos, no es el mismo acceso de una mujer con hijos que siempre se dedicó a la crianza y cuidado del hogar y tiene que reclamar alimentos en marco de un proceso donde tuvo que abandonar el hogar familiar por violencia doméstica, o un acreedor involuntario por mala praxis médica en marco de un concurso o quiebra en el que se lo considera un acreedor quirografario, comunidades originarias que deben responder a una demanda de desalojo, entre tantos otros casos.

“La igualdad de todos los habitantes frente a la ley fue una de las grandes conquistas del siglo XVIII, pero, posteriormente, se advirtió que esa aparente igualdad no era tal pues no se puede tratar igual al desigual porque ello acentúa esa desigualdad; la legislación debe contemplar el derecho de la parte más débil, a fin de no incurrir en lo que Ferrajoli denomina "indiferencia por las diferencias", quedando las partes libradas a las relaciones de fuerza”⁷⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también hizo referencia a este derecho de acceso a la justicia y el rol que debe asumir el Poder Judicial frente a diferencias estructurales de acceso y en pos a una igualdad real a la protección judicial. De esta manera el tribunal

⁷⁰ ARAZI, Roland. “Protección procesal a las personas vulnerables – La igualdad real”. Cita: RC D 2217/2020. RubinzaOnline. Fecha 1/6/2020.

internacional en el caso Cantos sostuvo que: “Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...”⁷¹.

La Corte IDH señaló en numerosas oportunidades que para que un proceso alcance sus objetivos debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia, atendiendo así al principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y la correlativa prohibición de discriminación. De esta manera, frente a la igualdad real, los Estados deben adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Sin dudas, el Poder Judicial tiene un rol fundamental en la búsqueda de la igualdad real en el acceso a la justicia, servicio de justicia y protección judicial. El Estado y el Poder Judicial deben adoptar medidas de acción positivas destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificulten e impidan el ejercicio pleno de este derecho, para asegurar el ejercicio de los derechos por parte de sectores excluidos.

La Corte IDH en el caso “Balderón García Vs. Perú” señala que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y

⁷¹ Corte I.D.H., “Caso Cantos”. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97. párrafo 50.

se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁷².

En ese entendimiento, el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone en el art. 45 inc. b que es deber del juez “asegurar la igualdad real de las partes” y en el inc. h “tomar las acciones positivas a su alcance, a los efectos de proteger a personas en situación de vulnerabilidad”. De esta manera, se desprende que, ante una desigualdad entre las partes, el juzgador debe arbitrar los mecanismos necesarios para lograr el equilibrio y la igualdad real entre los mismos.

En este proceso de ganadores y vencidos, si acuden a la justicia los históricamente vencidos, tenemos que tomar medidas de apoyo para equiparar la balanza para que la lucha que tiene que ser de paridad de armas, sea efectivamente posible.

¿Qué barreras puede superar el Poder Judicial y cuáles son los desafíos a asumir?

1.- En cuanto al distanciamiento territorial existente entre los operadores jurídicos y las personas vulnerables, en su mayoría personas en extrema pobreza, con problemas habitacionales y de alimento; hay que promover la justicia territorial, barrial y comunitaria, con mayor inmediatez entre los tribunales y las comunidades, así como la divulgación de información sobre derechos y garantías en distintos territorios y comunidades. Una posibilidad es otorgar mayor potestad jurisdiccional a la justicia de paz y fomentar que esta justicia de paz sea letrada a fin de que se puedan tramitar trámites de pequeñas causas, menor cuantía problemas vecinales y hasta cuestiones de violencia. Asimismo, pensar en oficinas judiciales móviles que posibiliten el acercamiento del palacio de Justicia a las comunidades y no viceversa.

2.- En relación a la dificultad de comunicación debidas al empleo innecesario del lenguaje técnico jurídico y profesional, exceso de latinazgos, o modismos con palabras tales como casillero, letra, autos para sentencia entre otras, es necesario como desafío promover la necesidad de reformas en la comunicación haciendo adaptaciones de las actuaciones judiciales, el asesoramiento y la asistencia previa. A esto se suma que es indispensable la participación activa en todo el proceso de las personas en situación de vulnerabilidad, siendo debidamente informadas de todo el

⁷² Corte I.D.H. “Caso Baldeón García Vs. Perú”. Sentencia de 6 de abril de 2006. Párrafo 202.

proceso y explicación de las etapas, motivación de las decisiones, sobre todo de la sentencia y comprensión de la misma. Una posibilidad puede ser la creación de oficinas de información y atención a personas en situación de vulnerabilidad. Cabe aclarar que, lenguaje sencillo no es sinónimo de lenguaje fácil o menos técnico, sino un lenguaje comprensible por la ciudadanía, teniendo en cuenta que el verdadero destinatario del mensaje jurídico es la parte o justiciables.

3.- Con respecto a la asistencia legal y defensa pública de personas en situación de vulnerabilidad; es preciso promover que ese asesoramiento jurídico y justicia de acompañamiento sea especializada, como por ejemplo, abogado del niño y proceso especializado en niños, niñas y adolescentes, justicia penal juvenil especializada, fueros especiales en materia de violencia familiar y de género. Es necesario, asimismo, promover que la asistencia jurídica sea gratuita a través de organismos públicos, consultorías jurídicas, universidades, organizaciones sociales.

4.- En relación a inmigrantes, personas con discapacidad y comunidades originarias, promover siempre la intervención de intérpretes, que acompañen y fomenten la participación real y activa de las personas en todo el proceso judicial para la efectiva defensa de sus derechos e intereses. Este intérprete deberá ser nombrado de oficio por el juzgador cuando estime necesario.

Es fundamental también incentivar la participación de equipos interdisciplinarios o multidisciplinarios para el acompañamiento de personas en situación de vulnerabilidad y mejorar el servicio de justicia y respuesta jurisdiccional.

5.- Otra cuestión de gran relevancia es tener en cuenta que los procesos en que estén en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad sean resueltos en un plazo razonable. Desde el Poder Judicial, con respecto a la agilidad de los procesos, se promoverá la oralidad y la simplificación de las formas y la revisión de los procedimientos. Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Estos casos tienen que ser una prioridad para el órgano jurisdiccional.

6.- En cuanto a los obstáculos edilicios y arquitectónicos, desde el Poder Judicial se debe facilitar la accesibilidad de las personas con

discapacidad para la participación en los procedimientos y actos judiciales. El objetivo es reducir o eliminar barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales. Téngase presente que el modelo social de la discapacidad propuesto por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad propone que se deben adoptar ajustes razonables en el medio contextual.

7.- La oralidad e inmediación en los procesos debe ser la impronta que caracterice los casos donde intervengan sujetos en situación de vulnerabilidad. El contacto directo del juez o la jueza, las partes y la prueba facilitarán conocer el conflicto y buscar estrategias, gestión y solución del mismo. Es de vital importancia para pensar en un proceso oral la presencia del juez indelegable en las audiencias, bajo sanción de nulidad.

8.- El control de convencionalidad y de constitucionalidad de operadores jurídicos es elemental a fin de tutelar derechos humanos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional y en nuestro ordenamiento jurídico interno. Repensar el nuevo rol del juez o jueza, ese juez que deja de lado la visión decimonónica del derecho y no se encuentra atado a la literalidad de la norma, sino un juzgador que debe tomar una decisión razonablemente fundada (art. 3 CCCN) acudiendo a una pluralidad de fuentes haciendo una interpretación armónica del ordenamiento jurídico.

9.- Por último, una de las barreras que debe ser tomada en cuenta es la tecnológica y lo digital. Si bien los procesos de reformas tienden a la digitalización del expediente, las notificaciones electrónicas, el uso de la tecnología en las audiencias como un avance en los procesos judiciales que dotan al mismo de innumerables ventajas; no se puede perder de vista que el acceso a la tecnología se dificulta en personas que se encuentren en extrema vulnerabilidad, sujetos que viven en alta montaña o comunidades donde no llega la internet, no todos cuentan con herramientas y soportes tecnológicos o simplemente no conocen su uso imposibilitando la participación activa en el proceso judicial. Esta situación se vio agravada por el contexto epidemiológico que nos encontramos atravesando con el COVID 19 y el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio decretado a mediados de marzo de este año.

En definitiva, estas son algunas de las propuestas y desafíos del sistema de justicia a fin de abordar los problemas estructurales de acceso

a la justicia, que sin dudas impactan en el debido proceso, con el objeto de proteger los derechos de las personas vulnerables, que se encuentran en una posición de debilidad y desigualdad real frente al proceso y en el proceso. El objetivo y la guía del operador judicial debe ser maximizar los esfuerzos para lograr una igualdad real en clave de acceso a la justicia y protección judicial. -

PONENCIAS QUE NO FUERON DESARROLLADAS EN TALLERES:

A- Principios del Proceso de Consumo.

Autor: Guillermo M. Aban Burgos.

Propuesta: Aun cuando no goce de un fuero exclusivo (todavía), el proceso de consumidores y usuarios tiene autonomía propia, con principios fundantes y reglas que lo gobiernan, diferenciándolo claramente del proceso civil y su enfoque privatista.

I.- El punto de partida: tutela procesal diferenciada constitucional:

Así como el ordenamiento jurídico reconoce a los consumidores derechos sustanciales, también otorga ventajas de carácter procesal para coadyuvar a su operatividad mediante una técnica de igualdad por compensación.

El fundamento de estas prerrogativas radica esencialmente en su debilidad estructural frente a la empresa, asumiendo que las fuerzas del mercado son infinitamente más poderosas que un consumidor aislado.

Dentro del proceso, esa asimetría pretende equilibrarse con una tutela diferenciada, como reflejo de su calidad de sujeto de preferente protección constitucional (art. 42 CN⁷³), pero principalmente como garantía de acceso igualitario a la tutela judicial eficaz continua y efectiva.

Partimos de considerar a la tutela procesal diferenciada, como un procedimiento autónomo con reglas propias y flexibles, donde el juez está facultado para el dictado de resoluciones urgentes para evitar lesiones irreparables. Este montaje procesal deberá brindar al vulnerable un trato protectorio y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia⁷⁴.

II.- Principio protectorio: la justicia de acompañamiento:

De la mano de las tutelas diferenciadas aparece la justicia protectora o “de acompañamiento”⁷⁵. Allí, a la función dirimente del juez se le adiciona

⁷³ Art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

⁷⁴ Torres Traba, Tutelas procesales diferenciadas, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (junio), 01/06/2013, 66. Cita Online: AR/DOC/1859/2013.

⁷⁵ Morello, A. M., La jurisdicción protectora, JA, 1986-II, p. 3005 y ss.

una protectora, que encuentra su justificación en la afectación de derechos o intereses de personas en condiciones de vulnerabilidad, lo que conlleva el indelegable deber de remover todo obstáculo irrazonable que impida el real acceso de aquéllos a la actividad jurisdiccional⁷⁶.

La justicia protectora se manifiesta en la función que deben ejercer los jueces a fin de preservar a quienes el ordenamiento jurídico pretende tutelar preferentemente. En ese rol, deberán interpretar las normas con un sentido amplio, favorable a las soluciones protectorias, y adoptar, aun de oficio, las medidas necesarias para que aquel fin no se desvirtúe (manejo probatorio, cautelares, ejecución, etc.).

El principio protectorio es la piedra fundante a partir de la cual se construye todo el sistema, atravesando todo el orden jurídico. El art. 1 de la ley 24.240 lo expresa terminantemente: “la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario”.

Principio de elasticidad: el proceso flexible.

La elasticidad, derivación directa del carácter de tutela procesal diferenciada, permite al juez prescindir de formas o requisitos, cuando para el caso concreto no son necesarias. Admite que por razones fundadas, se aparte de la forma exigida en la norma, por resultar injusto o innecesario para un caso concreto. Ello, obviamente, respetando el contradictorio y la defensa en juicio.

Un reflejo de este principio lo hallamos en el art. 53 de la LDC: “[...] regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado [...] a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado”.

Principio de orden público.

Lo hallamos consagrado en el art. 65 de la LDC: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional”. Obviamente comprende a las normas procesales que consagra.

Justifica la intervención del Ministerio Público como fiscal de la ley

⁷⁶ La condición de vulnerable de los consumidores ha sido reconocida por la CSJN en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Bank Boston N.A. del 14 de marzo de 2017, lo cual los hace acreedores de las Reglas de Brasilia, a las cuales la propia Corte a adscripto.

(art. 52 segundo párrafo LDC)⁷⁷, y se traducirá en irrenunciabilidad de derechos y el deber de los jueces de inaplicar cláusulas o procedimientos distorsivos.

Como ejemplo podemos citar la prohibición de renuncia a la competencia en operaciones financieras para consumo (art. 36): “En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario”. De manera refleja afectará la constitución convencional de domicilios ficticios ad litem pasa sacar al consumidor de su juez natural.

También en litigios que versen sobre contratos a distancia. Prescribe el art. 1109 CCyC que “se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita”.

En materia de “pagarés de consumo”, es lógico que los jueces se declaren incompetentes de oficio cuando a prima facie la ejecución de título de crédito esconda un afianzamiento de un préstamo de consumo, pues la normativa de orden público obliga a los jueces a aplicarla de oficio.

Un poco más polémica es la cuestión relativa a la sumarización del proceso ejecutivo. La tesis negativa sostiene que tal actitud, podría desnaturalizar los juicios ejecutivos desmantelando su esencia. La respuesta llega, una vez más, de la mano de los principios: al tratarse de una tutela procesal diferenciada, entra en juego el principio de elasticidad procesal, donde el juez modela el proceso para ejercer la función protectoria, que por lo demás es un imperativo legal en virtud del carácter de orden público del sistema.

Principio Pro Consumidor: la duda lo favorece.

Lo hallamos consagrado en el art. 1094 CCyC: “Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”. El art. 3º LDC confirma esa inteligencia: “En

⁷⁷ También en el art. 27 del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires.

caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

En materia de interpretación del contrato de consumo el art. 1095 CCyC prescribe que “se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”. Por su parte el art. 25 LDC establece que en materias de servicios públicos domiciliarios “En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor”.

Principio de gratuidad: el beneficio de justicia gratuita.

La LDC estatuye en su artículo 53 que las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con dicha norma gozarán del “beneficio de justicia gratuita”⁷⁸. Instaurada legalmente esta franquicia, se suscitaron divergencias interpretativas en torno a su alcance.

Una vez más la solución viene de los principios: las tutelas procesales diferenciadas son una garantía de acceso igualitario a la tutela judicial eficaz continua y efectiva, y funcionan como una herramienta de igualación. La justicia gratuita pretende compensar la asimetría de recursos entre las empresas y un grupo vulnerable. Por ello, conforme su finalidad protectoria, el carácter de orden público del que está investida, y la gravitación del principio pro consumidor, corresponde asignarle un alcance amplio, asimilable al beneficio de litigar sin gastos.

Esta conclusión se potencia en materia de procesos colectivos, donde hay ver al beneficio de justicia gratuita como incentivo para la promoción de acciones de clase en defensa del sector.

Principio de colaboración probatoria.

El art. 53 tercer párrafo LDC impone a los proveedores “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”. De allí que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo rige el principio de colaboración probatoria. Algunos autores van más allá y

⁷⁸ En la Provincia de Buenos Aires, el artículo 25 de la Ley N° 13.133 establece que las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios, individual o colectivamente, de conformidad con las normas de defensa del consumidor, estarán exentas del pago de tasas, contribuciones u otra imposición económica.

hablan de una distribución dinámica de cargas probatorias.

En esos términos, el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará la valoración de tal conducta, con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor.

A modo de conclusión:

Existen principios fundantes que justifican hablar de un proceso de consumo como rama autónoma, diferenciándolo claramente del proceso civil.

Sus reglas son de orden público y su aplicación tiene un carácter horizontal independientemente del fuero en el cual se ventile el litigio. Se trata de un sistema eminentemente protectorio, y allí radica su principal diferencia con el civil y comercial donde predomina el paradigma privatista.-

B- La violación de la regla de congruencia procesal en la pretensión preventiva de daños.

Autora: Maria Alina Oieni⁷⁹

Sumario: 1.Introducción. 2. Las dos grandes líneas del pensamiento procesal: el activismo judicial y el garantismo procesal. 3. La regla de congruencia. 3.1 Concepto y posiciones doctrinarias: posición estricta y posición flexible. 3.2 Planos en que se verifica la incongruencia procesal. 3.3 La congruencia en la legislación procesal. 4. La pretensión preventiva de daños: conceptualización y presupuestos. 5. Interrogantes que plantea la presente investigación. 6. Reflexiones finales ante una eventual reforma de los códigos procesales. 7. Conclusiones.

1. Introducción:

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se consolida la idea de que la responsabilidad civil no se agota en la reparación del daño ocasionado, sino que también forma parte de ella, la prevención del daño.

Como consecuencia del deber de prevenir y de su correlato basado en el derecho a no sufrir un potencial daño o continuar en su padecimiento, el Código Civil y Comercial consagra en los Artículos 1711 a 1713 la acción preventiva. Así el art. 1711 conceptualiza los presupuestos para que funcione la misma al decir: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Asimismo el artículo 1712 establece la legitimación para actuar y el artículo 1713 hace referencia al contenido de la sentencia.

Así planteadas las cosas, en el presente estudio de derecho procesal se analizará la pretensión preventiva de daños a la luz de las garantías plasmadas en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, que imponen a la actividad de sentenciar la regla técnica que

⁷⁹ Secretaria 2º del juzgado de familia de primera nominación del poder judicial de Santiago del Estero.

doctrinariamente se conoce con la denominación de “congruencia procesal”. Ella indica que la resolución que emita la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes. Y para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente, y por ende, no adolecer de algún vicio propio de incongruencia en cualquiera de las formas en que se presenta⁸⁰.

Desde esta perspectiva se examinará la íntima vinculación entre la congruencia y la garantía de la defensa en juicio.

Reflexionaremos sobre la tutela jurisdiccional preventiva en materia de daños, y los interrogantes que plantea su expreso reconocimiento en la legislación, el nuevo rol de los jueces propiciado por el llamado activismo judicial, y como juegan el principio de oficiosidad y la llamada flexibilización de la congruencia en la prevención del daño.

Después de haber buceado por las concepciones ideológicas de los sistemas procesales y analizada la violación de la regla de congruencia procesal, se intentará demostrar, como bajo ciertas condiciones y a través de una interpretación integral de todos los valores en juego, se puede hacer efectiva la eficacia perseguida con la tutela preventiva, sin conculcar las garantías de la defensa en juicio y debido proceso.

El desafío principal radicará en dotar de legitimidad al pronunciamiento judicial mediante todas las herramientas procesales vigentes.

Finalmente se buscará aportar ideas sobre el tema en particular, en atención a la inminente reforma a los códigos procesales ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

2. Las dos grandes líneas del pensamiento procesal: el activismo judicial y el garantismo procesal.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación explicitó dos decisiones en materia de política pública judicial que impactan en el derecho procesal: la constitucionalización del derecho privado y la recepción del principio de igualdad material, como vectores de esa

⁸⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, en Introducción al estudio del derecho procesal, Primera parte, reimp., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. I, p. 258.

regulación⁸¹.

En ese escenario el juez aparece como una pieza fundamental, lejos de aquel paradigma que lo definía como un ser inanimado que no puede más que pronunciar las palabras de la ley. El juez como operador activo, guardián de la justicia de la decisión en el marco de un proceso transversalmente cruzado por los estándares que surgen de los tratados de derechos humanos, debe resolver el caso a la luz de la influencia decisiva de los artículos 1º y 2º del CCyCN porque, tal como lo ha puesto de manifiesto De Lázzari, de esa primera parte del nuevo Código Civil y Comercial los sujetos destinatarios son, ni más ni menos que los jueces, y sería desconocer sus prescripciones el hacer prevalecer lo ritual por encima de la realidad concreta que se presenta ante nosotros⁸².

El activismo judicial es la corriente del pensamiento procesal civil nacional dominante en la comunidad científica argentina. Dicha corriente despuntó cerca de 1960 merced al impulso de Augusto Morello⁸³ y esta signada por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes; b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido, que no es otro que el de afianzar la justicia como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, etcétera⁸⁴.

A diferencia del paradigma anterior, la ideología garantizadora del Derecho Procesal, postula el irrestricto acatamiento de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango y la aplicación efectiva de lo que es su máxima garantía: el proceso⁸⁵. Concentra la mirada crítica sobre el sistema procesal vigente, y muy

⁸¹ PICCINELI, Ornella Cecilia, "Tutela judicial efectiva y desigualdad sustancial: El rol del juez en el conflicto asimétrico", publicado en Ponencias seleccionadas en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, septiembre 2017.

⁸² PICCINELI Ornella C. Obra cit.

⁸³ PEYRANO, JORGE W., "El cambio de paradigmas en materia procesal civil", Principios procesales T.1, 1º ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.135.

⁸⁴ PEYRANO, J. "El cambio de paradigma en materia civil", ob. cit. p. 137.

⁸⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "El garantismo procesal", publicado el 15/12/2010,1; la LEY 2010-F-1212.

particularmente sobre la actuación del juez como director del proceso.

El garantismo sugiere, entre otras cosas, erradicar la prueba oficiosa, los cambios caprichosos de las reglas procesales, la resolución en sede cautelar de problemas de fondo que exigen un debate bilateral⁸⁶, etcétera. Autores como Omar A. Benaventos no aceptan que en los procesos de conocimiento el juez emita decisiones autosatisfactivas, sin previo debate amplio sin que las partes puedan defender su postura, ni aún para prevenir el acaecimiento de un daño irreparable e inminente sobre el derecho⁸⁷. Refuta a los “eficientistas” que-como Peyrano- señalan que si se desea un proceso eficaz se deben correr “riesgos”, e incluso que toleran un “sacrificio” de la garantía del debido proceso. Propugna en nombre del garantismo- la “certeza”, es decir, que antes que se declare la existencia de un derecho controvertido en un litigio, no puede recaer sentencia sin la debida audiencia del demandado o reo⁸⁸.

3. La regla de congruencia.

3.1. Concepto y posiciones doctrinarias

La regla de congruencia deriva del sistema dispositivo. Peyrano define la congruencia como una exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima⁸⁹.

Para Alvarado Velloso es la correspondencia entre lo pretendido por las partes y lo decidido por el juez. Posiciones encontradas habitan en la doctrina respecto a la interpretación de la regla de congruencia que podemos dividir en dos grupos: posición “estricta” y posición “flexible”⁹⁰.

a) Posición estricta

Parte de la recta aplicación del principio dispositivo, entiende que la identidad entre pretensión y sentencia ha de ser exacta. Considera que en necesario establecer pilares sólidos sobre los cuales se construyan las decisiones judiciales, a través de reglas preestablecidas que permitan dar

⁸⁶ HERRERO, Luis René, “El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”. En debido proceso, 1ª ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 123.

⁸⁷ HERRERO, Obra cit., p. 124. HERRERO, Obra cit., p. 125.

⁸⁸ HERRERO, Obra cit., p. 124. HERRERO, Obra cit., p. 125.

⁸⁹ PEYRANO, Jorge W., El proceso civil. Principios y fundamentos, Astrea, Buenos Aires 1978, pág.64.

⁹⁰ SIMON, Luis María, “Justicia Civil y Congruencia”, Revista de Derecho Procesal- Sentencia I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p.125.

certeza y seguridad jurídica, evitando que el derecho termine siendo solo un juego de los jueces⁹¹.

b) Posición flexible

Sostiene que la congruencia no constituye un principio procesal absoluto, vale decir, un principio cuya estricta observancia se vincule con las condiciones del debido proceso adjetivo.

Esta doctrina propicia lo que se denomina flexibilización de la congruencia de modo que ésta no se convierta en un obstáculo para asegurar la tutela efectiva de los derechos⁹². Parte de que el sistema dispositivo puede funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces por el régimen procesal, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravios al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes⁹³.

3.2. Planos en que se verifica la incongruencia procesal:

La incongruencia se puede dar:

- a) En un plano subjetivo: cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son u olvida condenar a quien corresponde hacerlo.
- b) En un plano objetivo: cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime.
- c) En un plano fáctico: cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes u omite la consideración de hechos esenciales y probados.

Los vicios de incongruencia pueden generar:

- a) Resolución citra petita cuando el juzgador omite decidir alguna de las cuestiones oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio.
- b) Resolución extra petita cuando el juzgador otorga cosa distinta a la peticionada por la parte o condena a persona no demandada o a favor de persona que no demandó.
- c) Resolución ultra petita cuando el juzgador otorga más de lo que fue

⁹¹ MEROI, Andrea, Obra cit.

⁹² DE LOS SANTOS, Mabel, "La Flexibilización de la congruencia", L.L. Suplemento Especial, Cuestiones procesales modernas, octubre de 2005, p.88.

⁹³ DE LOS SANTOS MABEL, "Principio de congruencia", Revista Principios procesales, tomo I ed. Rubinza- Culzoni, Santa Fe.1ªed., 2011 p.237.

pretendido por el actor.

- d) Resolución incoherente cuando la sentencia presenta una incongruencia interna, representada por una incoherencia entre la motivación y la decisión, que así se muestran contradictorias entre sí.

En los cuatro supuestos el vicio torna anulable el respectivo pronunciamiento.

La violación a la regla de congruencia procesal en la sentencia de segunda instancia se presenta cuando en la decisión del recurso de apelación no se respeta la regla no reformatio in peius, que indica que el tribunal de alzada carece de competencia funcional para decir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada, y que por ende, no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del propio impugnante.

También ingresan en este vicio los supuestos de incongruencia por falta de mayoría cuando la sentencia se emite con fundamentos que no concuerdan en los distintos votos que hacen mayoría y por falsa mayoría de votos de jueces integrantes de un tribunal colegiado cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada y, sin embargo, se llega a otra por medio de la suma de votos⁹⁴.

Al igual que los supuestos anteriores la sentencia merece su descalificación.

3.3. La congruencia en la legislación procesal.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra expresamente la regla de congruencia en el artículo 34, inc. 4 al incluir entre los deberes del juez el de "fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando las jerarquías de las normas vigentes y el principio de congruencia". El artículo 163, inc. 6 del mismo cuerpo legal, cuando establece que la sentencia deberá contener "La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere..." y para la sentencia de segunda instancia la exigencia de cumplir con la regla de congruencia por expresa remisión del artículo 164 al referido artículo

⁹⁴ ALVARADO VELLOSO, Introducción al estudio del derecho procesal, Obra cit. p. 275.

163⁹⁵.

Constituye una excepción legislada al principio de congruencia la discrecionalidad del juez en materia cautelar que prevé el art. 204 del CPCN, quien puede disponer una medida cautelar distinta de la solicitada en tanto garantice suficientemente el derecho del solicitante de la cautela, sin causar perjuicio innecesario al afectado de la medida.

El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santiago del Estero, alude a la regla de estudio en el artículo 34 inc. 4 y artículos 166 (sentencia definitiva de primera instancia) y 167 (sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia).

4. La pretensión preventiva de daños. Conceptualización y presupuestos.

Podemos definir a la pretensión preventiva de daños como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravamiento o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella⁹⁶. De tener éxito se traduciría por lo general en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño que justifique su promoción⁹⁷.

En torno a la acción preventiva de daños se recrimina la utilización del vocablo “acción” cuando en realidad debió haber aludido a “pretensión preventiva”, por cuanto una cosa es acudir a la autoridad en busca de una respuesta jurisdiccional (acción procesal) y otra cosa es el contenido de esa respuesta, el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión)⁹⁸.

Luiz Guilherme Marinoni, utiliza la expresión tutela jurisdiccional inhibitoria, como aquella dirigida a impedir la práctica de un ilícito, su repetición o continuación⁹⁹, distingue entre hecho ilícito y hecho dañoso y

⁹⁵ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y anotado con las incidencias procesales del Código Civil y Comercial de la Nación y las concordancias con los Códigos Provinciales, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2015.

⁹⁶ CAEIRO, María C., “Tutela Preventiva”, Compendio Jurídico N°89, ed. Erreius, Octubre 2014, p.123.

⁹⁷ PEYRANO Jorge W., “La acción preventiva”, ed. LexisNexis-2004, p.36.

⁹⁸ MERIOI, ANDREA A., “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, en RCCyC 2016 (abril), 60/04/2016, 70; cita Online: AR/DOC/95/2016.p.1.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, ED, 186-1127.

sostiene que la tutela inhibitoria no considera al daño entre sus presupuestos ya que el daño es una consecuencia meramente eventual del acto ilícito. En ese contexto plantea que el daño es un requisito indispensable para la configuración de la obligación resarcitoria mas no para la constitución del ilícito y que si el ilícito no depende del daño debe haber una tutela contra el ilícito en sí y así una tutela preventiva que tenga por presupuesto apenas la probabilidad del ilícito comprendido como todo acto contrario a derecho¹⁰⁰.

Con respecto a los presupuestos cabe preguntarse sin cuando el artículo 1711 hace referencia a la prevención de daño incluye al principio precautorio. El principio precautorio es un principio más avanzado que el de la prevención y ha tenido un avance pretoriano. La diferencia esencial es que la prevención opera sobre la certidumbre, mientras que la precaución carece de certidumbre. Esto permite agravar la protección en la aplicación del principio precautorio frente a la prevención¹⁰¹.

Contemplando que el art. 1712 concede acción preventiva para neutralizar el daño cuando su posible producción sea “previsible”, es decir, cuando el daño futuro pueda ser anticipado dentro de las precauciones normales, implica que necesariamente debe tener basamento científico, por lo tanto no estaría contenido, en el marco de la responsabilidad civil reglada por el Código, el principio precautorio dentro de la función de prevención de daño¹⁰².

Pero la mayor inquietud se centrará en el art. 1713 que reza: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Clara demostración de la violación a la regla de congruencia procesal, por la posibilidad que tienen los jueces de dictar una sentencia de oficio sin audiencia de los destinatarios de la medida.

5. Interrogantes que plantea la presente investigación.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz G, “Tutela inhibitoria” Colección Proceso y Derecho, ed. Marcial Pons 2014.

¹⁰¹ ALTERINI, Jorge Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético-tomo VIII Editorial LA LEY, P. 21, 2015.

¹⁰² ALTERINI, Jorge Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado, pág. 22.

¿Es necesaria la regulación de un proceso inhibitorio atípico para la satisfacción de una adecuada tutela preventiva?

Ante la ausencia de una normativa procesal, se han generado algunos interrogantes respecto al tipo de proceso, hay quienes consideran necesaria la estructuración de un proceso autónomo con algún ingrediente propio del monitorio, para dar debida respuesta a la necesidad de que las acciones preventivas se ventilen de manera expeditiva¹⁰³.

Otros se inclinan por un trámite ordinario por tratarse de una pretensión declarativa de condena que impone un dar, hacer o no hacer salvo que se den los presupuestos de admisibilidad del amparo, o estén involucrados derechos del consumidor y del usuario, o de protección al medio ambiente, en donde deberá serlo a través de un proceso abreviado o sumarísimo¹⁰⁴.

¿Una vez iniciado el proceso preventivo, la sentencia guardará correspondencia con las pretensiones de las partes o el juez será absolutamente libre en su decisión?

Existe preocupación de que el dictado de medidas preventivas por los jueces pueda implicar violación del principio de congruencia. Se ha dicho que las medidas que puede dictar en tal caso el tribunal no constituyen precisamente el ejercicio de función jurisdiccional, sino que son de naturaleza administrativa, como ocurre en la jurisdicción voluntaria¹⁰⁵.

Hay quienes opinan que el dictado de las medidas preventivas, obedece a postulados superiores de solidaridad social, en donde no juega el principio en cuestión, en tal sentido dice Peyrano que de lo que se trata es de diseñar un Poder Judicial comprometido con la realidad social¹⁰⁶. Considera válido la flexibilización de la congruencia objetiva o petitoria cuando el cumplimiento exacto de lo requerido resulta: a) inconveniente a los intereses de las partes en pugna, b) cuando importe un palmario desmedro para la economía procesal y para un buen servicio de justicia, c)

¹⁰³GOZAINI, Osvaldo A., "La tutela anticipada y el debido proceso" -LL-11-04-2012. MEROI, Andrea, Obra cit. p.2.

¹⁰⁴ MEROI, Andrea ; Obra Citada 2012, Pag. 2.

¹⁰⁵ LUTAYFF RANEA, Roberto G. Principio dispositivo, 1º impresión Ed. Astrea, RODRIGUEZ JUNYENT, "El principio de congruencia y su posible adecuación en el seno de los procesos de defensa del consumidor", ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, jun.2011,p.258.

¹⁰⁶ PEYRANO, "La acción preventiva "ed. LexisNexis-2004.

cuando resulta jurídicamente improcedente lo requerido, pero la calidad de los derechos invocados por el solicitante justifican algún tipo de satisfacción diferente¹⁰⁷²⁸.

En el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Billingurst de Braun en su ponencia presentada ha enumerado los argumentos que se han dado a favor y en contra de los mandatos preventivos. Entre los argumentos a favor señala los siguientes: a) la prevención en el derecho argentino es un principio inmanente del ordenamiento jurídico, porque si no se previene estaríamos ante el absurdo de tener que admitir que existe un derecho a dañar, por lo cual constituye una garantía implícita que comporta un mandato dirigido a la magistratura; b) el poder administrador encargado del ejercicio de poder de policía, se muestra hoy imponente para desarrollar una política preventiva de daños, a raíz del cierre de numerosas oficinas estatales dedicadas a tal cometido; c) el juez tiene responsabilidad social, y en función de ella tiene que cumplir un rol preventivo; d) los intereses superiores justifican dejar de lado el principio dispositivo, la legitimación procesal y el principio de congruencia; e) hay un conjunto de normas que dan sustento a estas medidas como las normas contenidas en los arts. 34, inc.5º, 36 inc.2º, 3 inc.6º, y 272 del CPCCN.

Y entre los argumentos en contra describe: a) se encuentra vedado al Poder Judicial proceder de oficio pues los jueces nacionales solo pueden actuar a requerimiento de parte; b) quebrantaría el principio de congruencia y concomitantemente el de defensa en juicio; c) afecta el principio de división de poderes; d) no es una potestad jurisdiccional, sino administrativa, y por ello, el Poder Judicial no debe sustituir a otros poderes del Estado¹⁰⁸²⁹.

Si bien la tutela preventiva opera cuando existe riesgo inminente de daño irreparable, en cuyo caso, no sería congruente dejar que el perjuicio se consume para después repararlo, si era factible evitarlo¹⁰⁹³⁰. Por ejemplo para evitar el daño ambiental, o el perjuicio a la salud, es posible —y aconsejable— cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas.¹¹⁰³¹

¹⁰⁷ PEYRANO, Jorge W. “La jurisdicción preventiva civil en funciones...” obra cit.

¹⁰⁸ LUTAYFF RANEA, Roberto G. Principio dispositivo, p.261.

¹⁰⁹ HERRERO, Obra cit. p.154.

¹¹⁰ ALVARADO VELLOSO, A. “El garantismo procesal”

6. Conclusiones:

No se debe mirar el conflicto desde la óptica del actor que se beneficia con la medida y con la rapidez de la decisión judicial, sino también con la óptica del demandado o tercero destinatario de la misma que no ha sido escuchado previamente, porque puede ocurrir que finalizado el debate, la razón este del lado opuesto al del beneficiario originario. Y por más que se le otorgue el derecho a impugnar dicha medida, cabe advertir, que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se acota enormemente el campo de la discusión.

Es decir que en ninguno caso debe mediar derogación de la garantía de la defensa, sino una postergación y debidamente fundada por la urgencia del caso.

La flexibilización del principio de congruencia procederá siempre y cuando se respeten los postulados del debido proceso y la igualdad de las partes.

No debemos perder de vista que las garantías procesales constituyen el contenido esencial a observar en el diseño de un sistema procesal porque sirven para evitar los abusos que pueden provenir de las partes, y del juez quien no siempre actuará con imparcialidad, con apego a la ley, con motivación y prudencia en sus decisiones.-

Editado por Vocalía de Publicaciones CJP
Noviembre de 2020

CJP

COMISIÓN DE JÓVENES PROCESALISTAS
Asociación Argentina de Derecho Procesal



Asociación Argentina
de Derecho Procesal