



ESCUELA DE
CAPACITACIÓN JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

ROBERTO JONES 75
9103 - RAWSON - CHUBUT - ARGENTINA
TEL./FAX: (0280) 4484723
E-MAIL: ESCUELA@JUSCHUBUT.GOV.AR

el reporte

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT



ENCUENTRO PROVINCIAL
DE JUECES DE PAZ

INSTITUCIONALES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

LA ACCIÓN DIRECTA DE LAS VÍCTIMAS DE
ACCIDENTES DE TRÁNSITO CONTRA LAS ASEGURADORAS
POR EL DR. FERNANDO SHINA

EL REPORTE AÑO 6 - N°32 - MAYO DE 2017

AÑO 16 - NRO 32 - MAYO DE 2017
DIRECTOR: Mario Luis Vivas

SUMARIO

EDITORIAL	La reaparición de "El Reporte"1 por Mario Luis Vivas
DOCTRINA	La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras.....3 por Fernando Shina
	Plena Vigencia del Principio de Irretroactividad de la Ley en Materia de Daños y Perjuicios. A Propósito del art. 7 del Código Civil y Comercial11 por Julián Emil Jalil
	El Código Civil y Comercial y los principios constitucionales: su recepción19 por Aldo Luis De Cunto
	La adopción en el nuevo código civil y comercial35 por Verónica Robert y Verónica Ré35
	Justicia Laboral y Derecho del Trabajo.....41 por Julio Armando Grisolia
	La participación de las mujeres en el Poder Judicial: la integración en Chubut y en el Superior Tribunal de Justicia.....47 por María Andrea Caleri
ACTUALIDAD	Avanzando hacia una reforma procesal en el fuero de Familia de la Provincia de Chubut61 por María Marta Nieto
	Encuentro Provincial de Jueces de Paz67
	Entrevistas71 Encuentro Provincial de Jueces de Paz en Rawson
DE INTERÉS	Código Contravencional79 por Florencia Papaiani
	Mediación en el mundo App81 por Daniela Patricia Almirón
ECJ	Argumentar. Una cuestión más que lógica.....85 por Sandra Brun
	Argumentación.....89 por Fabiana Peiretti
	Carta del Molinero Menocchio de Monterreale al Tribunal de la Santa Inquisición.....95 por Zulema M. Ybarra
	Análisis de la Sentencia "Arriola Sebastián y otros s/Causa Nro 9080", Corte Suprema de Justicia de la Nación.103 por Daniel Luis María Pintos
STJCh	Institucionales109
VERSIÓN TAQUIGRÁFICA	Discurso del Presidente del Superior Tribunal de Justicia, Dr. Jorge Pflieger117 ante la Honorable Legislatura, según manda el art. 181 de la Constitución Provincial, 23 de marzo de 2017.....117
DERECHO E HISTORIA	Administración de justicia en los albores de la colonia galesa del chubut: una etapa de inédita autonomía legal y jurídica127 por Carlos Dante Ferrari



ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

ROBERTO JONES 75
9103 - RAWSON - CHUBUT - ARGENTINA
TEL./FAX: (0280) 4484723
E-MAIL: ESCUELA@JUSCHUBUT.GOV.AR

Director

Dr. Mario Luis Vivas

Consejo Consultivo:

Dras. Daniela Arcuri y María Marta Nieto
(Comodoro Rivadavia).

Dras. Marcela Pérez y María Alejandra Malvichini
(Puerto Madryn).

Dres. Gustavo Antoun y Laura Castagno
(Sarmiento).

Lic. Gabriela Benedicto y Dra. Sonia Villabillone
(Trelew).

Dres. Anabel Rodríguez y Jorge Fruchtenicht
(Esquel).

Dra. Patricia Funes
(Ministerio de la Defensa Pública).

Lic. Griselda García Alonso
(Ministerio Público Fiscal).

Dres. Patricia Reyes y Bruno Nardo
(Asociación de Magistrados y Funcionarios).

Staff ECJ

Dra. Nadine Laporte: Secretaria Académica.

Lic. Laura Lezcano: Coordinadora de Gestión Pedagógica.

Lidia Sánchez y Miriam Roberts: Personal administrativo y Apoyo logístico.

el reporte

Director

Dr. Mario Luis Vivas

Editor

Sergio Pravaz

(Director de Prensa, Agencia de Comunicación Institucional,
Superior Tribunal de Justicia).

Ejemplar Ley 11.723

Registro de la Propiedad

Intelectual N° 241116

Esta publicación es propiedad de la Escuela de Capacitación Judicial Chubut

El contenido de los artículos publicados en esta edición
es responsabilidad exclusiva de sus autores.

La reaparición de “El Reporte”

EDITORIAL

por Mario Luis Vivas

Es un particular orgullo anunciar la reaparición de la Revista “El Reporte”, después de casi dos años sin ver la luz.

Lo hace con la nueva integración del Superior Tribunal de Justicia. Como todos saben, a los Dres. Jorge Pflieger, Daniel Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, se sumaron los integrantes de la sala Civil, hace poco menos de un año, los Dres. Marcelo Alejandro Horacio Guinle, Miguel Ángel Donnet y quien firma estos breves párrafos.

Escribir las líneas de su editorial implica asumir la enorme responsabilidad de llegar a cada uno de Uds. con una publicación que, esperamos, les sea de utilidad y les proponga una lectura ágil y entretenida.

Tal como podrán observar, “El Reporte” ha modificado algunos de sus habituales contenidos. A los tradicionales artículos de doctrina que se publicaban, hemos agregado otros que incluyen la vida cotidiana de nuestro Poder Judicial, para que nuestra publicación sea un verdadero puente de comunicación entre todos quienes lo conformamos.

Sabemos que la tecnología ha revolucionado el mundo moderno. Millones de mensajes de texto, mails, twitters, face inundan diariamente el universo. En esa misma proporción la información bombardea el planeta y no le es ajena la que se emparenta con el mundo jurídico.

No obstante, resaltamos la importancia de difundir doctrina, actualidad e información de nuestro ámbito judicial a través de un medio en soporte papel que ha sido y es orgullo de nuestro Poder Judicial. La revista en papel, más allá de la relevancia del indispensable medio digital, crea el sentido tangible de pertenencia y de valor al momento de leerlo; tal como sucede con un libro en ese mismo soporte, ofrece un tacto especial, un olor, un peso y un tipo de vinculación con los contenidos que no puede ni debe desaparecer.

Opinión jurídica y actualidad de nuestro medio. Dos caras de una sola realidad. La que vivimos en el ámbito laboral donde nos desenvolvemos día a día. La primera de ellas, por ser el campo polémico que nos obliga a ubicarnos en un lugar del terreno y adoptar decisiones en el hemisferio del deber ser, para una Justicia mejor. En definitiva, de eso se trata nuestra labor cotidiana: tomar posición caso a caso.

La segunda, porque nos permite hacer un alto en esa parquedad jurídica y nos coloca en el mundo del ser, de nuestras cotidianeidades.

Para el final, dejamos una columna de reseña histórica judicial de nuestra provincia, para la que hemos contado con la colaboración del Dr. Carlos Dante Ferrari, ex Camarista de Trelew, de distinguida trayectoria no sólo en los estrados judiciales, sino también en el campo literario.

Nos quedamos con una deuda. Debíó haber salido publicado un artículo de doctrina que le pedimos al maestro Luis Moisset de Espanés, quien nos deleitó con sus enseñanzas, a fin del año pasado, con una conferencia maravillosa en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, sede en Trelew. Gustoso accedió al convite. Pero el artículo no llegó. Falleció antes, el pasado 13 de abril. Desde aquí nuestro sentido homenaje.

La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras

DOCTRINA

por Fernando Shina

Abogado (UBA/87); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Fue docente de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos, 02/04). Actualmente es director de contenidos de Editorial Astrea. Es Profesor de la Maestría en Derecho Civil Patrimonial, en Derecho del Consumidor (UCA). Profesor invitado de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia. Publicó " Sistema Legal de Defensa del Consumidor, Ed. Astrea (16), " Código Civil y Comercial Concordado" . Ed. Astrea (15), " Daños al consumidor" , Ed. Astrea (14) y " La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado" (09), Ed. Universidad.

a) Introducción. La Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial hizo un esforzado (pero más desopilante que epopéyico) discurso para explicar por qué se proponía descabezar uno de los institutos jurídicos más innovadores que la ley 26.361 les dio a los consumidores de nuestro país. El Discurso tuvo, sin embargo, una virtud notable que merece ser destacada: fue tan módico en palabras como plétórico en malas ideas. La Comisión integrada por notables juristas ha logrado dos efectos sustancialmente negativos. En primer lugar, consiguió arruinar la figura del bystander, que fue uno de los mejores derechos que el ordenamiento jurídico les había concedido a los usuarios y consumidores de la Argentina. En segundo lugar, logra un efecto tan obvio para el observador atento como disimulado y pudoroso por sus autores: beneficiar a las compañías de seguros, que quizás sea la corporación económica más poderosa del mundo. Hecha esta introducción propongo que analicemos la reflexión mutilante que la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial formuló cuando le tocó explicar por qué había que extirpar al bystander de nuestra ley positiva vigente:

Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase " expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del

texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.¹

En resumidas cuentas, para el legislador el bystander debía desaparecer de la Argentina por los siguientes motivos:

i) Su inclusión en el art. 1 LDC se debió, según nos dice la Comisión, obedeció a una defectuosa traducción del art. 29 del estatuto de defensa del consumidor de Brasil. Nosotros, por el contrario, pensamos que era una norma que interpretaba como pocas la protección constitucional hacia los consumidores, al tiempo que limitaba el accionar habitualmente impune de las compañías de seguros

ii) Para la Comisión Redactora es desajustado pensar, como pensamos muchos de nosotros, que el peatón víctima de un accidente de tránsito debe tener acción directa contra las compañías de seguros. Para nosotros es el hecho más natural y justo. Lo cierto es que no hay ningún motivo que justifique que un peatón no tenga acción directa contra quien lo dañó. Sobre todo pensando que el seguro de responsabilidad civil en favor de los terceros es obligatorio porque así lo dispone el art. 68 Primer párrafo de la ley 24.449: “...Seguro Obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, **que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no....**”.

Más allá de la opinión divergente nos parece interesante incluir en este debate un interrogatorio que incluya algunas preguntas omitidas. En primer lugar, cabe preguntarse ¿por qué motivo estaría mal que un peatón atropellado en un accidente dirija su reclamo directamente contra la compañía asegura ese siniestro? El seguro de responsabilidad civil obligatorio está dirigido a proteger a esa víctima. La razón de ser de ese seguro es que la víctima cobre las indemnizaciones correspondientes al daño que padeció. En segundo lugar, ¿qué tiene de malo o de indignante pensar que es justo que el peatón demande directamente a la compañía de seguros y omita la absurda acción de citación y garantía. ¿Cuál sería el conflicto ético o normativo de permitir que los seguros paguen alguna vez lo que están obligados a pagar?

Desgraciadamente la Comisión Redactora, además de mostrar su indignación contra el uso que algunos hicimos del bystander, no aportó ninguna idea sustantiva para justificar su exclusión. No hay ninguna idea subyacente, es sólo la repetida voluntad de beneficiar (ignoramos los motivos, si es que hay alguno) a uno de los grupos más reconcentrados y poderosos de la economía mundial

b) Arruinando la fiesta de los seguros. No obstante lo dicho en el párrafo introductorio vamos a presentar una idea optimista para toda la sociedad y con ella vamos a tratar de opacar parcialmente la ofrenda que nuestro legislador le hizo a la corporación de los seguros. Vamos a presentar una interpretación original, y esperemos eficiente, del art. 1027 del CCyC. Esa norma, a nuestro modo de ver, permite la temida acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las compañías de seguros.

c) El art. 1027 CCyC y la teoría general del contrato. La norma que vamos a examinar viene a ocupar el lugar del viejo art. 504 del Código Civil derogado. Sin embargo, la redacción y los alcances que acá vamos a proyectar sobre el art. 1027 son mucho más profundos que los contenidos en el viejo artículo.

En primer lugar, difieren ambas normas con relación a su ubicación sistemática dentro del cuerpo legal. Vélez Sarsfield optó por poner la estipulación en favor de terceros en la parte general de las obligaciones. En la dogmática vigente, el instituto fue dispuesto dentro

de la teoría general del contrato.² La nueva organización sistemática nos parece más acertada porque la estipulación está contenida dentro de un contrato; el acuerdo es la fuente de la obligación exigible por el tercero beneficiario. La estipulación en favor de un tercero es, necesariamente, una relación contractual.

En nuestra opinión, el nuevo artículo tiene derivaciones muy importantes, sobre todo con relación al siempre controvertido contrato de seguros. Por eso, lo primero que vamos a sostener es que lo establecido en el art. 1027 es una regla indisponible que no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes, ni por la renuncia impuesta en perjuicio del beneficiario de los derechos contenidos en la norma. Se trata de una verdadera estipulación a favor de un tercero que será incorporado a un contrato respecto del cual era completamente ajeno.

d) Análisis e interpretación del texto legal. Primero veamos el texto legal completo.

Art. 1027. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.

En esencia la norma regula la introducción de terceros (beneficiarios) dentro de un contrato celebrado entre personas sin ninguna vinculación jurídica con esos terceros. El art. 1027 CCyC constituye la ruptura más profunda que la Teoría General del Contrato hace con una de sus reglas favoritas: el efecto relativo de los contratos. Note el lector que si el contrato no se agota en esa relatividad que vincula al deudor con el acreedor, se amenaza a otro principio de mayor jerarquía. Así, el art. 1027 desafía la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad. La estipulación en favor de terceros asocia jurídicamente al deudor, al acreedor, y al beneficiario indeterminado que no tuvo ninguna participación en la formación del acuerdo.

El artículo que analizamos se refiere a tres sujetos; a saber: el beneficiario; el promitente; y el estipulante. Vamos a tratar de examinar todos los aspectos derivados de esta norma. Para ello vamos a trabajar las hipótesis tomando como ejemplo un contrato de seguro automotor.

1) ¿Quién es el beneficiario? El párrafo primero de la norma se refiere al beneficiario determinado o determinable. Se trata de una persona designada previamente por el promitente o por una persona indeterminada pero que en el futuro será determinada (el sujeto indeterminado, pero determinable). Es este último sujeto el que más nos importa destacar. Porque esa persona indeterminada no es otro que el peatón anónimo que resultó accidentado en un siniestro automotor. En el momento de sufrir el accidente ese transeúnte desconocido se convierte en el sujeto determinado y beneficiario del contrato. El caminante callejero es, sin dudas, uno de los sujetos más destacados que resultan incorporados al contrato de seguros conforme surge de la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC. La doctrina, aún de manera un poco asustadiza, acepta esta situación que anticipamos que va a cambiar en forma rotunda las relaciones contractuales referidas al seguro automotor.³

En otras palabras: la víctimas de accidentes de tránsito a partir de la vigencia de esta norma (1° de agosto de 2015) serán consideradas parte del contrato entre el asegurado y

la empresa aseguradora. Esta novedosa situación va alterar definitivamente las relaciones entre víctimas de accidentes automovilísticos y las compañías de seguros. Conforme la interpretación que hacemos de este artículo 1027 CCyC, las empresas aseguradoras podrán ser demandadas directamente por la víctimas del siniestro sin tener que pasar por el engorroso e inexplicable sistema procesal de la citación prevista en los artículos 90 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

2) ¿Quién es el promitente? El artículo 1027 se refiere a este sujeto diciendo que es quien cede al beneficiario los derechos que había acordado con el estipulante. Es decir: ninguna duda cabe que, en el ejemplo que estamos analizando, el promitente es el titular de una póliza de seguro automotor. Este sujeto, en los términos de la norma, es el único que puede ceder esos derechos al beneficiario.

3) ¿Quién es el estipulante? Es el sujeto con quien el el promitente ha celebrado el contrato de base del cual el tercero resulta ser beneficiario. Sin dudas, este sujeto debe ser identificado como la compañía de seguros.

4) ¿Qué ventajas trae el artículo 1027 en favor del beneficiario? La actual redacción del art. 1027 CCyC permite una acción directa del beneficiario en contra del estipulante.

5) ¿Cómo actúa la aceptación y el rechazo del beneficiario? Conforme lo establecido por la norma, el beneficiario puede aceptar o rechazar el beneficio asignado en la norma. Para entender cómo funciona la aceptación y el rechazo debemos considerar que el sujeto beneficiado puede ser determinado (identificado desde la celebración del contrato) o indeterminado aunque determinable (en este caso, será determinado con posterioridad a la celebración del contrato).

El beneficiario determinable es la eventual víctima del siniestro quien, a partir de ese hecho, dejará de ser un sujeto indeterminado para convertirse en el beneficiario de un contrato dado entre el promitente y estipulante. Esta secuencia lógica y cronológica implica que la víctima del siniestro no podrá ni aceptar ni rechazar este beneficio hasta que no se convierta en el titular del derecho. O sea: únicamente podrá repudiar la cesión luego de sufrido el accidente que lo convierte en beneficiario del derecho.

Lo cierto es que sería muy sospechoso que la víctima de un accidente decida no aceptar un beneficio que le permita accionar de manera directa contra una empresa aseguradora hipersolvente. En segundo término, si por algún motivo inexplicable la víctima del accidente decide renunciar al beneficio contenido en el art. 1027 CCyC, esa abdicación no sería eficaz porque - sin dudas - sería violatoria de los artículos 988, 1117, 1094 y demás concordantes del Código Civil y Comercial, y del artículo 3 y 37 y demás concordantes de la ley 24.240. Dicho en otras palabras: cualquier renuncia al derecho de convertirse en cesionario de los beneficios establecidos en el art. 1.027 CCyC sería abusiva y nula.

6) ¿Cómo funciona la revocación del estipulante? Uno de los párrafos del artículo 1027 CCyC dice: “ *El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitentes si éste tiene interés en que sea mantenida.*” Esta parte del artículo pone en juego dos cuestiones. Primero, el estipulante no puede recibir la aceptación antes de que ocurra el siniestro que transforma al sujeto indeterminado en beneficiario. En segundo lugar, para revocar la estipulación deberá contar con la aceptación del promitente (cuando éste tenga interés en mantener el beneficio). Esto significa que la revocación está sujeta a una serie de condiciones:

(i) El estipulante debe ejercer la revocación con posterioridad al suceso dañoso. en el ejemplo propuesto, la compañía de seguros debería revocar el beneficio en el mismo momento que debe hacerse cargo de los gastos que supone ese mismo beneficio;

(ii) En segundo término, para que la revocación sea eficaz se requiere que la víctima del suceso no acepte el beneficio luego de sufrir el accidente. Sería, pensamos, una renuncia

inverosímil, o forzada; nadie espontáneamente renuncia a la posibilidad de demandar a un deudor solvente. Por tanto, sería una renuncia abusiva y viciada de nulidad.

(iii) Que el promitente, luego de ocurrido el accidente, autorice esa revocación. Nos parece impensable que el prominente quiera desobligar al asegurador justo cuando éste tiene que pagar la indemnización para la cual fue contratado el seguro. Desde luego, si esa renuncia apareciera como un estipulación integrante del contrato, ella sería nula conforme las disposiciones que regulan las cláusulas abusivas. (arts. 988, 989, 1117, 1122 CCyC y 37 LDC).

e. La estipulación a favor de un tercero y la autonomía de la voluntad. Reflexiones críticas.

Frente a la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC pronosticamos resistencias de todos los sectores interesados en restringir los alcances de esa norma.

En primer lugar, habrá que vencer la resistencia de la propia Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial que, al comentar la derogación del viejo bystander contenida en el artículo 1 de la ley 24.240 (luego de la modificación de la ley 26.361) y propiciar la creación de un nuevo sujeto expuesto a la relación de consumo (Ver arts. 1096 a 1103 CCyC) dice cosas como estas:

Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.⁴

No podemos soslayar que los redactores del nuevo código⁵ tienen cierta aversión a considerar que los terceros expuestos a los accidentes de tránsito (que en Argentina representan miles y miles de personas todos los años) tengan acción directa contra las compañías de seguros. Esta prevención sólo está justificada por la opinión de los prestigiosos juristas que integraron esa Comisión. Sin embargo, ellos no han explicado las bases técnicas o científicas de las que se valieron para llegar a la conclusión que presentan con tanta firmeza. Nosotros sostenemos la opinión contraria porque no vemos ningún obstáculo ético, ni moral, ni científico para negarle a los terceros expuestos a un accidente de tránsito la acción directa contra la compañía aseguradora.

En Argentina hay miles de muertes por año en accidentes de tránsito. Por caso, según datos de la organización **Luchemos por la Vida**, las muertes ocurridas en ocasión de accidentes automovilísticos en el año 2014 alcanzaron el vergonzoso número de 7613 personas. Esa cifra trepa a 175.050 personas si se contabilizan los últimos 23 años. Y si se incluyen los accidentes que dejaron víctimas que sobrevivieron aunque con lesiones de distinta magnitud de este desastre se mediría por millones.⁶

Es indudable que el contrato de seguro de automotor tiene trascendencia social que supera el mero interés individual de los contratantes, y la anacrónica regla de la autonomía de la voluntad. Por eso dirigimos todos nuestros esfuerzos a lograr que haya una mayor protección a las víctimas de accidentes. Resulta muy penoso comprobar que juristas tan notables como los integrantes de la Comisión Redactora no participen de esta idea.

f) La estipulación en favor de terceros en los contratos paritarios. El artículo que comentamos está ubicado en el **Título II del Libro III del Código Civil y Comercial**. Es decir, es una de las normas que regulan los contratos paritarios, conforme lo dispuesto por las reglas generales previstas en los arts 957 a 965.

No obstante, lo establecido por el artículo 1027 CCyC no podría ser dejado de lado por la partes porque esa omisión sería equivalente a una renuncia prohibida en el artículo 13 del CCyC. Sería, además, un abuso del derecho, según el sentido amplio que a este instituto le asigna la nueva legislación en los arts. 10 y 14 CCyC. Por otra parte, conforme lo establece el art. 12 CCyC las partes no pueden dejar sin efecto normas en las que esté interesado el orden público.

Las contrataciones de seguros, que involucran a millones de personas son de orden público; toda renuncia o restricción a los derechos de los asegurados debe ser analizada con criterios extremadamente rigurosos y restrictivos. En ese sentido, entendemos que en los términos del artículo 962 CCyC ⁷la estipulación regulada en el art. 1027 CCyC es indisponible y no puede ser dejada sin efecto por las partes.

Finalmente, si esto último ocurriera, se aplicaría el art. 964 CCyC⁸ en cuanto ordena que: “ *El contenido del contrato se integra con: a) Las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas.*” En suma: toda renuncia a la estipulación establecida en artículo 1027 CCyC es nula.

g) La estipulación en favor de terceros en los contratos de adhesión y los contratos de consumo.

Todo lo dicho con relación a los contratos paritarios, así como las normas citadas resultan de aplicación para los contratos de adhesión regulados en los arts. 984 a 989 CCyC, y a los contratos de consumo legislados en los artículos 1092 a 1122 del CCyC. En estos casos la protección será aún mayor porque actuarán en forma complementaria y definitiva las disposiciones contenidas en los artículos 988 inc. b), 1094, y 1117 y concordantes del CCyC, junto con los arts. 3, 37 inciso b) y concordantes de la ley 24.240.

¹ Código Civil y Comercial concordado, pg. 318. Ed. Astrea.

² Sabedor de estas críticas, el nuevo Código ubica certeramente a la estipulación a favor de tercero en la teoría general del contrato, dentro de la sección dedicada a la incorporación de terceros, en donde se consagran dos normas generales (arts. 1027 y 1028), que se integran junto a otras dedicadas a la aplicación especial de la figura, tales como las relativas a los contratos de donación, cesión, fideicomiso y renta vitalicia. **Carlos Hernández. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo VI, pg.28. Ed. Rubinzal- Culzoni - 2015.**

³ El contrato que une al estipulante con el promitente puede presentar la más variadas alternativas. El nuevo Código disciplina algunas de ellas, al admitir el mecanismo estipulatorio en los contratos de donación, cesión, fideicomiso, renta vitalicia, sin que ello implique negar otras, surgidas de leyes especiales (v gr., contratos de seguro)...**Carlos Hernández. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo VI, pg.32. Ed. Rubinzal- Culzoni - 2015.**

⁴ Código Civil y Comercial concordado, pg. 318. Ed. Astrea - 2015.

⁵ Recordemos que algunos de los integrantes de la Comisión Legislativa encargada de redactar el anteproyecto del Código Civil y Comercial son, en simultáneo, Ministros de la Corte Suprema de la Nación.

⁶ Los datos fueron tomados de las estadísticas publicadas por la organización Luchemos por la Vida en: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/muertosanuales>.

⁷ **Artículo 962.- Carácter de las normas legales.** Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

⁸ **Artículo 964.- Integración del contrato.** El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Plena Vigencia del Principio de Irretroactividad de la Ley en Materia de Daños y Perjuicios. A Propósito del art. 7 del Código Civil y Comercial

DOCTRINA

por Julián Emil Jalil

Juez de la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn. Ex Juez Civil y Comercial en Comodoro Rivadavia. Ex Juez de Refuerzo. Ex Secretario de Cámara. Prof. Adjunto Regular UNLP. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca/España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Posgraduado en Responsabilidad Civil (Universidad Abierta Interamericana). Profesor Universitario. Autor de 8 obras jurídicas y de más de 100 artículos de doctrina. Coautor en 9 obras jurídicas. Disertante en diversas jornadas y congresos nacionales y extranjeros.

1.- El impacto del nuevo Código Civil y Comercial y su preliminar complejidad: la superposición temporal de normas. 2.- La aplicación del Código a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. 3.- La irretroactividad de la ley. 4.- El conflicto de normas o la superposición de dispositivos jurídicos. 5.- Diferenciación entre las cuestiones de derecho y hecho que se subsumen en la norma. La posibilidad de aplicar el art. 7 de oficio. 6.- Derechos amparados por garantías constitucionales. 7.- Leyes supletorias e indisponibles. Su relación con el principio de irretroactividad de la ley. 8.- Impacto de estos recaudos en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. 8.1.- Ley aplicable ante el resarcimiento del daño proveniente de la violación del deber de no dañar. 8.2.- Ley aplicable ante el incumplimiento de una obligación de fuente contractual. 8.3.- Ley aplicable a la a cuantificación de los daños y la legitimación para obrar. 8.4.- Ley aplicable al campo procesal. 8.5.- Ley aplicable en materia de extinción de la acción por prescripción liberatoria.

“...El derecho de daños de aplicación al caso resulta asemejarle a una fotografía que plasma la realidad adyacente, ambos (el derecho y la fotografía) captan una circunstancia reproducida al instante mismo en que ella sucede...”.

-Julián Jalil-

1.- El impacto del nuevo Código Civil y Comercial y su preliminar complejidad: la superposición temporal de normas

El art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial, representa una suerte de norma transitoria que constituye un punto de inflexión entre dos órdenes normativos que regulan situaciones jurídicas análogas, pero su marco temporal de aplicación es disímil.

Esta situación se presenta porque las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana, surgen en un determinado momento y se extinguen en otro. Esas normas rigen hechos, relaciones y situaciones jurídicas. En muchos casos, tales hechos, relaciones y situaciones no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo. La dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones *in fieri*, o que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o cuya realización, ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte —al inicio, al concertarse o al nacer— caen bajo el imperio de una norma, y en parte o partes —al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, de la o las siguientes o sucesivas—, caen en otras.¹

La precitada norma, -en su parte dispositiva-, estipula que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Dispone que la leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario y que la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Por su parte reza que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Llama poderosamente la atención cómo la redacción de este precepto ha puesto en alerta a la mayoría de Magistrados, Funcionarios y Letrados de todo el país, generándose una incertidumbre en cuanto a sus alcances. Sucede que se presenta como el primer hito visible, escollo o valladar a sortear con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la primera duda normativa existencial sobre la que deberemos, -todos los operadores jurídicos-, optimizar nuestro esfuerzo hermenéutico para dirimir sus horizontes y alcances.

No obstante lo expuesto, la cuestión ha sido, desde nuestro punto de vista, exacerbada, pues la redacción del precepto ya descripto se colige en gran medida con la del art. 3 del Código Civil derogado. Dicho dispositivo goza de una vasta interpretación jurisdiccional en diversos precedentes, por lo que resulta rica la jurisprudencia en la materia. No nos olvidemos que hace no más de 46 años este dispositivo legal tuvo que dirimir la tensión normativa

ante la superposición temporal de normas con la entrada en vigencia de la Ley 17.711. Como veremos a continuación, la innovación trascendental resulta la referente a la aplicabilidad inmediata del Código a la norma más favorable al consumidor, pero en lo restante *es la “misma música” con alguna pequeña modificación en su letra.*

Preferimos referirnos a ella como tensión normativa y no como “conflictos jurídicos” pues en definitiva, no existe una riña normativa de poder o superposición que amerite emplear el término “conflicto jurídico”; simplemente se superponen temporalmente dos o más normas que regulan análogas situaciones generando una tensión normativa, y el modo de sortearla, se encuentra específicamente descripto en la misma ley.

En este orden, y a los fines de dirimir esta situación, el legislador ha establecido un hito temporal que disipa cuál de ellas regulará el caso concreto. A tales efectos es menester realizar un esfuerzo interpretativo, un análisis en concreto de la situación o relación jurídica sobre la cual corresponde decidir la aplicabilidad de un dispositivo legal u otro.

Con esa finalidad, el art. 7 del CCyC resultará una suerte de dispositivo transitorio, que sirve para el judicante como punto de enlace entre dos regímenes jurídicos que regulan análogas relaciones o situaciones jurídicas pero operando sus efectos en tiempos divergentes.

3.- La aplicación del Código a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes

Primogénitamente debemos detenernos en el concepto de relaciones o situaciones jurídicas. La relación jurídica constituye un vínculo legal entre personas, reconocido por el derecho. Es la relación entre el titular de un interés, (sujeto activo) tutelado por el ordenamiento jurídico y contemplado en la totalidad de éste (Conf. art. 1 y 2 del Código Civil y Comercial) y la persona o personas obligadas a respetar aquel interés (sujeto pasivo). Así podemos decir, que un sujeto que sufre un daño injustamente causado resulta titular de la relación jurídica que lo une con su dañador. (conf. art. 1717 del CCyC). Esa relación jurídica recae sobre personas ciertas y determinadas o susceptibles de determinación y no sobre cosas u objetos.

El sujeto activo es aquel al cual el ordenamiento jurídico atribuye o reconoce el poder o derecho subjetivo de obtener la realización de su interés, mientras que el sujeto pasivo es sobre quien reposa el deber de realizar el interés del sujeto activo. El contenido de la relación jurídica lo representan los poderes y deberes que la relación encierra y que constituyen su sustancia. Es, ni más ni menos, que el derecho subjetivo y el deber jurídico. Desde esta perspectiva se crean relaciones jurídicas patrimoniales (contratos, obligaciones) y extrapatrimoniales (matrimonio, adopción, unión convivencial).

Se aprecia entonces, que cada uno de los sujetos en la relación tiene un papel diferente, pues pueden ser sujetos activos o pasivos. Ello dependerá del lugar o posición que cada uno tenga en la relación. A este lugar o posición que los sujetos tienen se le denomina situación jurídica.

De este modo las situaciones jurídicas son las posiciones que ocupan cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas. La situación jurídica también puede ser pasiva o activa. Tener una situación jurídica pasiva en una relación jurídica significa ser el titular del deber. Tener una situación jurídica activa significa ser el titular del derecho.

Entonces, la relación jurídica, que acabamos de analizar, no es sino una clase de situación jurídica. Como sabemos, la norma jurídica prevé situaciones del tipo que, al verificarse, se ven vinculadas a ciertas consecuencias jurídicas previstas en ella. Cuando el supuesto de hecho se realiza, algo cambia en el mundo de los fenómenos jurídicos, hay una situación nueva. Esta situación, que se denomina, situación jurídica, puede consistir en una relación jurídica o en la calidad de una persona o de una cosa.

La diferencia entre una y otra es justamente que la relación jurídica se circunscribe al vínculo entre dos personas, produciendo en principio efectos *inter partes*, mientras que la situación jurídica puede ser también unilateral y sus efectos son *erga omnes*. Así toda relación jurídica implica una situación jurídica, pero no toda situación jurídica es o deriva de una relación jurídica.

Si bien era necesario realizar estas precisiones, el texto del art. 7 del Código Civil y Comercial instituye los mismos efectos con relación a la retroactividad de la ley. El artículo dispone que “ las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” .

Con relación a las consecuencias debemos señalar que las mismas resultan de los efectos, derivaciones, o secuelas de la relación o situación jurídica. Conviene entonces, diferenciarlo de lo que son los hechos constitutivos o extintivos de dichas relaciones. Así, la modificación de un contrato, no es una consecuencia del original, sino un nuevo acuerdo que se registrará por la norma vigente al momento en que se produjo esa modificación (conf. arg. art. 979 del CCyC). Pero el agravamiento de un daño producto de un accidente de tránsito sí lo es, pues en definitiva deriva causalmente del hecho que lo produjo (conf. art. 1726, 1727 y 1737, 1739, y 1740 del Cód. CCyC) el cual ha quedado atrapado en el tiempo y regido por la norma vigente al momento en que ha acaecido el mismo.

4.- La irretroactividad de la ley

La norma es retroactiva cuando resulta de la aplicación a una situación o relación jurídica cuyo gen se originó en un período de tiempo pretérito a su entrada en vigencia.

El axioma del Código reposa en el principio de irretroactividad de la ley. Las normas tienen que regular hacia el futuro. Ello constituye un dogma o apotegma primordial. Este axioma resulta tan básico como decir: si se comienza a jugar un partido de fútbol en donde como regla se encuentra permitido que el arquero tome con la mano la pelota entregada directamente por un defensor, y coetáneamente al desenvolvimiento del cotejo desde la FIFA se cambia dicha regla por la inversa, resulta lógico suponer que a ese partido la modificación no le será aplicable.

Desde esta perspectiva se deduce que la nueva ley se aplica:

1. A las relaciones o situaciones jurídicas que se constituyan o extingan en el futuro, es decir, luego de su entrada en vigencia. Ej. Un divorcio que se constituye con la sentencia, quedando consumado ese hecho extintivo, corresponde aplicar la ley vigente al momento de esa constitución (dictado de la sentencia) o;

2. A las que no se encuentren agotadas aún en cuanto a sus efectos o contenido, siempre que tengan origen legal (vg. intereses derivados del resarcimiento de un daño), pues si tiene origen convencional quedarán atrapados en la última parte del art. 7 del CCyC. De más está decir que, si la relación o situación jurídica se encuentra consumada, la ley que la regula es el Código derogado.

Por lo tanto, si el hecho constitutivo o extintivo no ha fenecido durante la vigencia de la ley anterior, la aplicación inmediata de la nueva ley cobra plena virtualidad, y a *contrario sensu*, si los hechos se encuentran definitivamente cumplidos, o dicho de otro modo, si su razón de ser, o misión a la cual están destinados ya se halla agotada, la ley nueva se torna irretroactiva.

Debemos agregar que a diferencia de lo que ocurre en materia de Derecho Penal, en donde la irretroactividad de la ley nunca puede ser decidida por el propio legislador ante la posibilidad de conculcar derechos constitucionales de los imputados, en materia de Derecho Privado ello sí es viable, y en la medida que una ley establezca su aplicación retroactiva será válida como tal, pero tendrá como límite no afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

5.- Diferenciación entre las cuestiones de derecho y hecho que se subsumen en la norma. La posibilidad de aplicar el art. 7 de oficio

En cuanto a la posibilidad de aplicar el dispositivo de oficio, debemos diferenciar dos situaciones: por un lado, si se trata de una cuestión de derecho o si lo que se encuentra en análisis es una cuestión de hecho.

1. Cuestión de derecho. Supongamos que llega a los estrados del tribunal un caso ocurrido dos semanas antes de la entrada en vigencia del Código. En este supuesto, la aplicabilidad del art. 7 y la elección del derecho aplicable resulta obligatorio para el Juez, incluso de oficio, pues se trata de una cuestión de derecho donde la máxima *iura novit curia* cobra plena aplicabilidad.

2. Cuestión de hecho. Ahora bien, si lo que se encuentra en debate no es la aplicación de la ley al hecho sino el momento en que ocurrió el hecho mismo la cuestión debe encuadrarse dentro del ámbito dispositivo de las partes, quedando vedada la declaración jurisdiccional de oficio. Por ejemplo una parte alega que el hecho acaeció el día 25 de julio de 2015, mientras que la otra dice que fue el 5 de agosto, o bien que el contrato, se celebró en una fecha u otra, deberá ser la parte que ha alegado ese hecho, la que demuestre esas circunstancias en razón del principio que emana del art. 377 del CPCCN.

6.- La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales

A diferencia de lo que ocurría con el Código Civil derogado, que hacía referencia directa a derechos adquiridos, este nuevo cuerpo normativo menciona al “amparo de garantías constitucionales” como recaudo liminar insoslayable para permitir la aplicabilidad de la ley con efecto retroactivo. Ello resulta armónico y coherente con el espíritu de los arts. 1 y 2 del nuevo Código, pues a través de ello se impregna la idea que ya venía consolidando nuestra CSJN sobre la armonización del ámbito constitucional y supra nacional con el derecho privado. Se aprecia que el concepto de derechos amparados por garantías constitucionales es más amplio que el de “derechos adquiridos”, pues a los primeros le basta la potencialidad de su afectación aún cuando no hayan sido efectivamente adquiridos.

7.- Leyes supletorias e indisponibles. Su relación con el principio de irretroactividad de la ley

Las normas son supletorias o imperativas en la medida que legislen, regulen o contemplen cuestiones de implicancia privada o entre los particulares, o de orden público cuya regulación interesa y atañe al Estado. Se entiende que las normas en los contratos son indisponibles o imperativas cuando de su modo de expresión, contenido, o de su contexto resulte dicho carácter. (Conf. art. 962 del CCyC).

Tal como se desprende del artículo 7, si la nueva ley es supletoria, se aplica sólo a los contratos en curso de ejecución, pero si es imperativa es de aplicación instantánea, incluso a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código.

Dentro de la categoría de las leyes supletorias debemos incluir las llamadas leyes dispositivas, (vg. las relativas a la mora, art. 886 del CCyC, y al pacto comisorio tácito, art. 1083 del CCyC) las cuales aunque gozan de características propias, quedan subsumidas en el régimen previsto para ellas, por lo que no son de aplicación inmediata.

Por último, debemos precisar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de contratos en general, la irretroactividad de la ley no afecta al contrato que se desenvuelve dentro del plano del consumo, cuando se encuentra en curso de ejecución. Ello resulta de toda lógica, pues las normas del ámbito del consumo son de orden público, imperativas o indisponibles

(Conf. art. 65 de la LDC), por lo tanto deben ser aplicables a los contratos en curso de ejecución.

8.- Impacto de estos recaudos en la función resarcitoria de la responsabilidad civil

Preliminarmente debemos decir, que el nuevo Código ha creado un sistema de unicidad de regímenes normativos entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, pero no de identidad, pues la causa fuente de la obligación sigue siendo independiente (Conf. arg. Art. 726 del CCyC). Tal es así que el propio Código Civil y Comercial en el art. 1716 establece que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de ese cuerpo normativo. Por ello hay que diferenciar conceptualmente en cuanto al análisis ambos supuestos pese a que se encuentren muñidos por idéntico campo normativo.

8.1.- Ley aplicable ante el resarcimiento del daño proveniente de la violación del deber de no dañar

Con relación al resarcimiento del daño proveniente de la violación del deber de no dañar se aplica el Código vigente a la fecha del hecho, salvo que se trate de un hecho complejo o concatenado que ha comenzado a producirse durante la vigencia del Código derogado y culminado una vez que ya se encontraba vigente el nuevo Código Civil y Comercial. Todas las cuestiones vinculadas con el daño en sí mismo, se deben juzgar por la ley vigente al momento del hecho, pues el menoscabo no es una consecuencia del hecho, sino que forma parte del mismo, es un elemento constitutivo de la relación jurídica que ha quedado agotado en torno a su constitución en el mismo instante en que se produjo. Sin la existencia del daño no habría obligación alguna de resarcir, porque el daño es la causa fuente de ésta. (Conf. 726 del CCyC).

La excepción a esta regla está dada cuando el hecho productor del daño se extiende de manera sistemática y concatenada en el tiempo, no habiéndose consolidado el daño durante la vigencia de la ley derogada sino una vez sancionada la nueva. En estos casos el daño no se agota instantáneamente porque el hecho tampoco lo hace, ya que se prolonga en el tiempo como asimismo sus consecuencias. Por ejemplo, una persona que tiene un programa de radio y calumnia a otra persona en cada presentación. En estos supuestos se aplica la ley vigente al momento en que ha fenecido ese hecho y el daño mismo porque se trata de un hecho complejo que se produce de manera sistémica.

8.2.- Ley aplicable ante el incumplimiento de una obligación de fuente contractual

El art. 7 del Código Civil y Comercial establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento pero instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, límites a su aplicación retroactiva. En este marco, estipula que las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

A su vez, el art. 962 del nuevo cuerpo legal, reza que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. El fundamento es que la ley supletoria tiene un rango inferior a la autonomía de la voluntad.

De ello se desprende que el efecto inmediato de la aplicación se da respecto de las situaciones regladas por la ley, pero en las relaciones regladas por los particulares, cabe realizar la distinción entre las leyes imperativas y las supletorias.

Así, se entiende que, la nueva ley imperativa es de aplicación inmediata. Por el contrario, si la nueva ley es supletoria, solo se aplica a los contratos acordados con posterioridad a la vigencia de la ley y no a los que se encuentran en curso de ejecución.

Por lo tanto, el novel código no es aplicable a los contratos constituidos, modificados o extinguidos conforme al Código Civil o al Código de Comercio, pues se trata de normas supletorias,² por lo tanto se debe tener en cuenta el momento en el cual se ha celebrado el acuerdo, y determinado éste será aplicable la normativa vigente a ese entonces. No obstante lo expuesto, cuando se trate de normas de orden público, indisponibles o de consumo, se aplicará el nuevo régimen jurídico siempre que al consumidor le sea más favorable. Las normas dispositivas, como las referentes a la mora y al pacto comisorio, caen dentro de la primera regla de aplicación, es decir, se aplica la ley vigente al momento en que fue constituido el acuerdo.

8.3.- Ley aplicable a la cuantificación de los daños y la legitimación para obrar

El modo de cuantificación de los daños se rige por la ley al momento del hecho y no a la vigente al tiempo en que ésta se practica, aun cuando se agraven o aumenten con posterioridad las consecuencias de dicha lesión, pues, aun en estos casos, su origen deriva de un hecho ya consumado. De igual manera, cualquier norma del Código Civil y Comercial que imponga una atenuación, agravamiento o modificación de la responsabilidad (vg. art. 1750 del CCyC) no resulta aplicable si el hecho es anterior a la entrada vigencia de la norma, pues ella no se encontraba vigente al momento del hecho.

Lo mismo ocurre con la legitimación para obrar. Ella forma parte de la constitución de la relación jurídica o situación jurídica, la cual ha quedado determinada al momento del suceso. Este supuesto, tiene su excepción en los daños producidos en el campo laboral, pues en dicho ámbito debe prevalecer la norma más favorable para el trabajador.

8.4.- Ley aplicable al campo procesal

En materia procesal el art. 1735 del CCyC, que importa la aplicabilidad del principio de las cargas dinámicas de la prueba, es de aplicación inmediata, ya que se trata de una norma de administración o gestión de la prueba. No así aquellas que determinan la viabilidad o prohibición de un tipo de prueba para un caso concreto, pues ellas pertenecen al campo del derecho sustancial que se encuentra regido por el principio de irretroactividad *ut supra* señalado.

8.5.- Ley aplicable en materia de extinción de la acción por prescripción liberatoria

Con relación a la prescripción en materia de responsabilidad civil, el art. 2537 del CCyC establece que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por esas nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

La interpretación del art. 2537 del CCyC en materia de daños puede comprimirse de la siguiente forma: los plazos de prescripción en materia contractual se rigen por el art. 4023 del Código derogado (10 años) y en materia de hechos ilícitos por el art. 4037 de ese mismo cuerpo legal (2 años). Salvo que el plazo de 3 años previsto en el art. 2561 del nuevo Código Civil y Comercial, a contar desde su entrada en vigencia, sea inferior al que resulte del que venía en curso, en tal caso se aplica éste último. Por ejemplo, si se trata de un caso de responsabilidad contractual y al 1º de agosto de 2015, ya había transcurrido 1 año de la

suscripción del acuerdo, el plazo restante será de 3 años más a contar de la fecha de entrada en vigencia del Código y no de 9 años, pues la norma esta instituida a favor de la liberación del deudor. Prevalece en este caso el art. 2561 del nuevo CCyC por sobre el art. 4023 del Cod. Civil.

Ahora bien, si se trata de un accidente de tránsito acaecido en la misma fecha, que dé lugar al resarcimiento en virtud de la violación del principio genérico de no dañar, se aplicará el art. 4023 del Cód. Civil (2 años a contar desde el hecho), pues el plazo de prescripción instituido en este último es menor al establecido por el art. 2537 del CCyC (3 años contados desde la fecha de entrada en vigencia del CCyC).

¹ HERRERA, Marisa. CARAMELO, Gustavo. En: *Código Civil y Comercial Comentado*. Ed. Infojus. Pág. 5

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, Pág. 148. HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Sistema Argentino de Información Jurídica “INFOJUS” 1ra. Edición - Junio 2015*, Pág. 67. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, Pág. 148).

El Código Civil y Comercial y los principios constitucionales: su recepción

DOCTRINA

por Aldo Luis De Cunto

Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew (Sala B). Ex Profesor de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires -UBA-. Ex Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco -UNPSJB-. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNPSJB. Maestrando en la Maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, organizada por la Facultad de Ciencias Económicas de la UNPSJB, cuya tesis se encuentra a examen del jurado.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino aprobado mediante la ley 26.994, sancionada el 1° de octubre de 2014, ha receptado el proceso de constitucionalización del derecho privado, lo que se plasma básicamente en el Título Preliminar. En esta monografía me propongo analizar el acogimiento de los principios constitucionales en el código en la primera parte de su articulado, en especial en cuanto se reconoce al principio de la autonomía personal.

1) El nuevo código y los principios y normas constitucionales como fuentes y criterios de interpretación del mismo.

Una primera y general lectura del nuevo código nos conduce a reconocer precozmente que los redactores del proyecto de código admiten la deuda de la deferencia expresa en la codificación del derecho privado hacia el derecho constitucional. Así en la presentación ante la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Ricardo Lorenzetti destacó que el régimen del código es muy distinto al de cualquier ley porque hay que pensarlo con una expectativa de cien años, normalmente pretende tener una vocación prolongada en el tiempo. Dicha perspectiva, al decir de García Lema, ofrece un notorio paralelismo con la vigencia de la Constitución, en este sentido, para Alberdi las leyes civiles no eran sino leyes orgánicas de la Constitución, por lo que el código civil debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos

civiles concedidos a todos los habitantes por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20; una “constitución civil”, dado que abraza a toda la sociedad y fija los destinos de los habitantes en lo que tienen de más caro: la familia, la propiedad, la vida privada y sus libertades¹. Este reconocimiento del código civil como una ley reglamentaria de los derechos constitucionales importa, desde ya, una subordinación de aquél respecto de ésta y su interpretación de acuerdo a los principios y reglas constitucionales, básicamente los de la parte dogmática, ya que su función reglamentaria se refiere a los derechos contenidos en ella.

Con todo, esta idea de que el código civil resulta ser una “constitución civil” ya se había esbozado para el Código Napoleón, al que se consideraba “la constitución civil de los franceses”, lo que importaba que todo el derecho civil estaba contenido en el código. Pero justamente este concepto fue esbozado a fin de argumentar una idea contraria a la anteriormente expuesta, esto es, para defender la “autonomía” del código respecto del derecho constitucional. En nuestro país, esto tuvo su reflejo en el ámbito educativo y académico, dado que más que enseñar derecho civil se consideraba que había que enseñar el código civil, las primeras obras de derecho civil fueron “códigos civiles anotados”, y las sentencias se fundaban necesariamente en el Código Civil, virtualmente no existían sentencias de los tribunales civiles nacionales o provinciales dictadas desde la sanción del código que citaran otra fuente, ni aun la Constitución Nacional. Y en ratificación de lo expuesto, Böhmer² señala que en la nota de elevación de reformas de 1968, su autor, Guillermo Borda, decía que a riesgo de ser considerado herético estaba “tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional” porque “ella está más alejada de la vida cotidiana del hombre” que éste, el cual, en cambio, “lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad”³. Esta consideración no hace más que confirmar la superada idea de la constitución como una mera declaración de principios, carente de normas operativas, lo que se avenía perfectamente a la situación planteada por la reforma del código de 1968, dado que fue llevada a cabo por un gobierno de facto.

No obstante ello la superación del divorcio entre el derecho constitucional y el privado, ya había comenzado a manifestarse en la jurisprudencia. Lo concreto al respecto es que la Corte validó limitaciones significativas a la libertad de contratar establecida en el Código Civil, y lo hizo con fundamento exclusivo en su interpretación de cláusulas constitucionales, para lo cual invocó precedentes del derecho norteamericano y no de los ancestros franceses o romanos de nuestro derecho privado -pensemos en Ercolano, Horta, Avico, Cine Callao-; y en particular, a partir de 1983, con el reconocimiento de la constitución como fuente de derecho privado y de la inserción de Argentina en el mapa del derecho supranacional de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Suprema asumió un liderazgo absoluto -pensemos en Sejean-⁴.

Con el expreso propósito de abandonar este divorcio entre el orden constitucional y el derecho privado, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial asumió el pensamiento de la constitución y de la codificación del derecho privado centrado en el largo plazo, expresando que el anteproyecto toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad, así como establece una comunidad de principios entre la constitución, el derecho público y el derecho privado. Dicha asunción implicó asimismo el reconocimiento de la separación histórica entre estas dos ramas del derecho, a pesar de que esta visión separatista estuvo alejada del pensamiento originario que inspirara a la constitución de 1853/60. Es que, como se dijera en el párrafo precedente, Alberdi siempre sostuvo la primacía y convergencia de fines y normas de la constitución con los de los códigos civil y comercial, en tanto vinculaba la lucha contra el desierto, la inmigración, los ferrocarriles, las libertades de culto, de comercio, de navegación interior, la supresión de las aduanas interiores; con la concesión de derechos civiles al extranjero de modo similar al

nacional; considerando a la legislación civil y comercial uniforme para todo el país como medios, llamando a estos medios garantías públicas de progreso y engrandecimiento⁵.

En línea con el pensamiento alberdiano, el proyecto de código civil y comercial se propuso que las finalidades principales de la reforma constitucional de 1994 se concreten en normas reglamentarias para su aplicación en materia civil y comercial, siguiendo el antecedente de la Constitución de 1853/60. Sus autores explicitan la intención de lograr un “Código de los derechos individuales y colectivos” porque sostienen que en “su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. Esta correlación entre las normas constitucionales y las civiles y comerciales se expresa en los tres primeros artículos del nuevo código. El artículo 1, versa sobre las fuentes y aplicación del código, estableciendo: *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”*. Por su parte, el artículo 2 que trata de la interpretación dispone: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. Finalmente el artículo 3 reza: *“El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

García Lema advierte como relevante que mientras en el código de Vélez el Título I de los Títulos Preliminares se denomina “De las leyes”, el Capítulo 1 del Título Preliminar del nuevo código se titula “Derecho”, distinguiendo este concepto del de “Leyes” que sirve de denominación al Capítulo 2 del mismo Título Preliminar. Destaca que el concepto de “Derecho” es más amplio que el de “ley”, y que se halla conectado con la moral, tratándose de una distinción que tiene que ver con el papel más relevante que cabe a los jueces en la organización institucional del Estado. Cita a Borda al señalar que los jueces deben tomar en consideración la justicia o injusticia de la ley, lo cual importa uno de los fines del Preámbulo de la Constitución -“afianzar la justicia”- que confiere contenido moral a todo el ordenamiento legal. Lo propio hace con Mosset Iturraspe y Lorenzetti para resaltar que el “Derecho” no puede ser examinado con independencia de los valores y que las fuentes a través de las cuales ingresan los valores son la Constitución, los tratados, las leyes y las costumbres y aun la jurisprudencia⁶. Por su parte Vigo entiende como un acierto la distinción entre derecho y ley frente a la estructura originaria del código de Vélez que los asimilaba, considerando que el desafío para la teoría jurídica y los juristas es controlar sustancialmente a toda ley más allá de las formas, para de ese modo constatar racionalmente si ella ha logrado emerger o no del Derecho, dado que frente a esa contradicción sólo corresponde hacer prevalecer el Derecho y declarar inválida a la ley⁷. Como se aprecia, esta última idea equipara el concepto de “derecho” al de orden jurídico constitucional, y como tal cumple el rol de pauta validante o no de la ley como norma infraconstitucional.-

Es claro que en el artículo 1, los nuevos codificadores han querido dejar claramente explicitada la subordinación de las leyes -y del código en particular- a las normas de jerarquía superior -constitución y tratados internacionales-. En cuanto a la finalidad de la norma, los usos y costumbres y la jurisprudencia -si bien esta última no fue finalmente incluida en el articulado- aparecen como criterios de interpretación y aplicación de las leyes pero obviamente no con mayor jerarquía normativa. El artículo 2 que trata específicamente de la interpretación, es lógico que comience por aludir a la interpretación literal y teleológica de la ley a aplicar, pase luego a las leyes análogas y a los tratados, para finalmente “elevarse” -si se me permite el término- a estándares más abstractos e indeterminados como los principios y valores jurídicos, y al indicarse que dicha interpretación debe ser *de modo*

coherente con todo el ordenamiento, deviene insoslayable considerar que tales principios y valores son los constitucionales. De allí que, de acuerdo a Bouzat⁸, cabe considerar a los valores y principios de la democracia constitucional -entre los que cabe señalar el papel prevalente de la autonomía personal del artículo 19- como un estándar último y más abstracto de interpretación a la luz del cual corresponde “calibrar” los demás criterios interpretativos más concretos y más próximos en su reconocimiento. En cuanto al artículo 3, se ha entendido que el mismo no sólo alude a las reglas procesales que rigen los contenidos de las sentencias -por ejemplo, el principio de congruencia-, ni viene a receptor únicamente distintos parámetros de la jurisprudencia de la Corte Suprema aceptados para juzgar a las sentencias como “arbitrarias”, sino que implica subordinar el código a los principios jurídicos y valores que se asientan en la constitución y en los tratados por tratarse de normas de jerarquía superior⁹. Más allá de lo correcto de la reflexión mencionada, y en concordancia con la misma, agregaría que el artículo 3, al disponer que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada, implica la recepción en el código del principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional, y por ende impone a los jueces examinar que la reglamentación que a través de las leyes -entre ellas el código- se efectúa de los derechos, no “altere” su esencia o no afecte su núcleo básico, lo cual supone una labor de ponderación cuya dificultad aumenta en el caso de conflictos entre derechos constitucionales en las relaciones privadas. Y es en este tipo de conflictos en los cuales el principio de autonomía personal viene a operar de pauta sustantiva que permite “medir” cuánto se puede limitar el ejercicio de los derechos en aras de la razonabilidad. Entre los ejemplos de conflictos de derechos aludidos, en materia de responsabilidad civil, puede mencionarse los conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor o a la intimidad; derecho a demandar judicialmente y derecho al honor; libertad de contratar y derecho a la igualdad o derecho a la dignidad; libertad de asociación y derecho a la igualdad; entre otros.

Como se dijera más arriba se ha visto como positiva la distinción entre “derecho” y “ley” que se recepta en el Título Preliminar del nuevo código. En ese sentido se ha entendido que los jueces no están propiamente para ejecutar la ley, ni incluso para la paz social, sino para decir el derecho en cada caso, sin perjuicio de reconocer que desde la justicia se construye la paz; sin embargo se ha prevenido que dicha responsabilidad en manos de los jueces reclama una muy clara y sólida preparación científica, prudencia y ética, dado el riesgo de que la discrecionalidad degenera en arbitrariedad y que el derecho se reduzca a la jurisprudencia. De allí que se refuerce la idea de que los casos deben ser resueltos en primer lugar conforme a la ley, ya que de lo contrario aparecen sentencias que no la aplican o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, se trata de una deducción. Pero esto resulta acertado para los llamados “casos fáciles”, que son instancias individuales de los genéricos previstos en la ley, cuando en realidad, los llamados “casos difíciles” pueden ser frecuentes, donde es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido¹⁰.

A pesar del comentario laudatorio para los codificadores por la distinción entre el “derecho” y la “ley”, se ha criticado que dicha distinción no aparezca reflejada en el articulado, dado que en los dos primeros artículos se habla sólo de la ley y de su interpretación, y las fuentes mencionadas en el artículo 1 lo son en relación con la interpretación. De allí que se objeta que el capítulo dedicado al “derecho” termina hablando sólo de la ley. A ello se critica que el listado de fuentes de este artículo 1 menciona a la constitución, los tratados y los usos y costumbres, pero siempre en conexión con la “interpretación”; el artículo 2 se refiere expresamente a la interpretación de la ley, y el artículo 3 aporta mayor ambigüedad al referirse a una decisión “razonablemente fundada”¹¹. Vigo señala como un déficit que el artículo 2 caiga en el juridicismo, ya que sólo habla de

Derecho, esto es, de las palabras, finalidades, leyes análogas, derechos humanos, principios y valores y coherencia con el ordenamiento, pero se ignora a los casos. A tal fin reclama que se resuelvan los casos ajustando la respuesta a sus particularidades, o sea resolviendo por medio de la equidad, considerando que el silencio respecto de la equidad supone un alejamiento de un recurso conceptual fuertemente consolidado y de una enorme tradición que viene del Derecho Romano¹². Encuentro que esta referencia a la equidad, entendida como la “justicia del caso particular”, es en cierta medida artificial o sobreabundante, ya que se supone que los jueces subsumirán el caso particular a la norma, principio o al estándar jurídico general a aplicar, y en ese supuesto se atenderán las cuestiones específicas del caso. Pero además de ello, el concepto de “equidad” o “justicia del caso particular” resulta de por sí ambiguo e indeterminado, por lo que en todo caso aparece suficientemente comprendido en el artículo 3 al disponerse la resolución razonablemente fundada de los casos. Y si se pretende sugerir que la razonabilidad también es un concepto indeterminado, por lo menos tiene un anclaje en el artículo 28 de la constitución, que remite a conceptos sustantivos como los derechos y principios constitucionales, dentro de los cuales resulta prevalente el de la autonomía personal, consagrado en el artículo 19 de la carta magna.

2) Los principios constitucionales y el ejercicio de los derechos en el código civil y comercial

El capítulo 3 del Título Preliminar se refiere al “Ejercicio de los derechos”, lo que presenta interés en tanto se intente encontrar un punto de certeza en el conflicto de derechos en las relaciones de derecho privado a partir de un principio de carácter sustantivo como lo es el de la autonomía personal. En ese derrotero diversos autores entienden que los derechos constitucionales se aplican indirectamente a las relaciones de derecho privado a través de institutos como los de buena fe, el orden público, las buenas costumbres, o el abuso del derecho. Sin embargo tales nociones, institutos o principios que el derecho privado positivo suele receptar legislativamente no se muestran idóneos para resolver los conflictos de derechos constitucionales en las relaciones de derecho privado, ya que si son tales derechos los que suministran el contenido de tales institutos, los mentados conceptos no se presentan como criterios sustantivos que permitan orientar la prevalencia de tal o cual derecho en el conflicto.-

Aclarado lo expuesto, más allá de que encuentro legislativamente correcto la inclusión de tales institutos como pautas de orientación en el ejercicio de los derechos en el nuevo código, debe tenerse presente las limitaciones de los mismos para dirimir los conflictos de derechos en las relaciones de derecho privado. Los textos normativos en cuestión son los siguientes: “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*” (artículo 9); “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*” (artículo 10); “*Lo dispuesto en los arts. 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales*” (artículo 11); “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*” (artículo 12); “*Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso*

particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba” (artículo 13); “En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” (artículo 14).

Con relación a las normas transcriptas, García Lema ha sostenido que se trata de límites que enmarcan la autonomía de la voluntad, destacando entre las mismas al “orden público”, concepto que se extiende en el artículo 12 al “fraude a la ley” cuando se invoque el amparo de un texto legal para perseguir un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa, debiéndose aplicar esta última¹³. En cuanto a la buena fe en particular, además de su mención en el artículo 9, el 729 dispone que “*Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe*”; así como el 961 reza: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”. Las tres normas (arts. 9, 729 y 961) reconocen como norma de concordancia en el Código de Vélez al artículo 1198, cuyo primer párrafo consta de un texto análogo al del 961 del nuevo código. La buena fe es conceptualizada como un principio general del derecho que sirve para la interpretación y a la vez a la integración del derecho. Se ha considerado que, respecto de la integración, tiene un doble rol, ya que actúa como “interpretación integradora” en cuanto colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de inferencias de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiese sido declarada y, además introduce efectos contractuales no previstos por las partes. En concreto en materia contractual se ha sostenido que la autonomía de las partes sirve como fundamento a todo el derecho contractual, pero ese principio debe armonizarse con el de equivalencia de prestaciones y de buena fe o confianza¹⁴.

De acuerdo a este rol integrador, la eficacia de principios como el de buena fe aparece constreñida a los supuestos de “lagunas” como lo prevé el artículo 16 del Código de Vélez, con lo cual resultaría inaplicable al mundo de los contratos en el cual la autonomía de la voluntad reina de manera soberana; en esa inteligencia la buena fe no manda otra cosa que el respeto a la palabra empeñada, a la letra y al espíritu o intención. Pero también, se sostiene que la buena fe tiene mucho que ver con los fines -de la norma y del contrato-, con las circunstancias históricas que rodearon la celebración y el cumplimiento del negocio y, por fin, con las particularidades de persona, tiempo y lugar. En cuanto a lo que “las partes entendieron o pudieron entender”, importa que los celebrantes, obrando sin culpa (concepto negativo) o sea “con cuidado y previsión” y, a la vez de buena fe (concepto positivo) o sea con lealtad y probidad, asumen los deberes y adquieren los derechos que se mencionan en el contrato y a la vez los que imponen los usos y las circunstancias de la relación o situación jurídica. Aquí confluyen la buena fe-lealtad con la buena fe-creencia, la objetiva con la subjetiva, porque además de lo que los celebrantes entendieron, lo cual resalta lo subjetivo, se remarca la medida objetiva como estándar medio a la que alude la norma con la expresión “pudieron entender”. A diferencia del obrar sin culpa, diligente, prudente y experto, la buena fe, impone, partiendo justamente de ese obrar sin culpa, ciertos deberes concretos cuya catalogación supone una situación o relación determinada, por lo que la buena fe es un plus, algo más que un actuar sin culpa¹⁵.

Con relación a la función de la buena fe en el campo de la responsabilidad contractual, esto es a lo normado en los artículos 729 y 961 del nuevo código, cabe recordar que se trata de un concepto que podemos enraizar en el principio de autonomía personal. En efecto se hace mención a la buena fe contractual en su relación a la frustración del contrato, en cuanto éste sufre modificaciones sustanciales en virtud de circunstancias sobrevinientes, lo cual lleva a indagar qué es lo que las partes “verosíblemente pudieron entender”, lo cual importa una pauta o criterio de interpretación objetivo, y no subjetivo como sería lo que las

partes “ efectivamente entendieron”¹⁶. Y este recurso a criterios objetivos ante la disparidad de las representaciones subjetivas de los cocontratantes importa la mejor respuesta a una igual consideración y respeto en términos de Dworkin¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, es de recordar que Fried es crítico de una noción de buena fe contractual fundada en lazos de comunidad entre las partes que generen imperativos morales, derivada del altruismo. Para este autor¹⁸, la buena fe significa básicamente honestidad de hecho, virtud asociada con el individualismo y el principio de autonomía, dado que si una persona está bien informada y goza con seguridad de sus derechos, cualquiera de las disposiciones que elija merece ser respetada, lo que remite al principio de dignidad de la persona formulado por Nino¹⁹. La honestidad asegura que un cocontratante no engañará para beneficiarse de la decisión mal informada, así como que una vez cerrados los acuerdos serán respetados. Por último cabe agregar, siempre recordando los conceptos de Fried, que el deber de ejecutar los contratos de acuerdo a la buena fe, no contradice la naturaleza autónoma de la obligación contractual, dado que una interpretación razonable del acuerdo de las partes, de sus intenciones originales y del contexto de las prácticas usuales para este tipo de transacciones, resulta una solución satisfactoria en los casos de cumplimiento contractual, en tanto las promesas se efectúan en un trasfondo de propósitos y experiencias compartidas, sin el cual la comunicación sería imposible²⁰. Esta noción de buena fe contractual, lejos de resultar incompatible con el principio de autonomía personal, importa respetar la persona del cocontratante, tomar en serio su voluntad libremente informada y sus derechos.

El artículo 10 del nuevo código se corresponde con el artículo 1071 del Código de Vélez. Esta norma resulta relevante por la significación y las limitaciones de la eximente de responsabilidad del ejercicio regular de un derecho, ya que en el caso de conflictos de derechos resulta difícil establecer cuándo el ejercicio de los mismos deja de ser regular para pasar a ser abusivo o para decirlo más concretamente “ irregular” . Descartadas por su imprecisión y vaguedad las propuestas de armonización de los derechos, he de sostener que el derecho prevalente será el que “ en el caso” satisfaga de manera más plena las exigencias del principio de autonomía personal. Resulta pertinente recordar en este punto que el principio de razonabilidad que muchas veces se utiliza como pauta de armonización de los derechos, en tanto establece que debe respetarse el núcleo esencial o el “ peso mínimo” de los mismos, no resulta eficaz para decidir los conflictos más difíciles, en los cuales el ejercicio de un derecho necesariamente importa la supresión o desconocimiento del otro. Se puede citar aquí el ejemplo del ejercicio de la legítima defensa, o para no caer en casos tan dramáticos, los que se presentan entre la libertad de expresión y el derecho al honor de ciertas personas públicas, o la libertad de contratar empleados y el derecho a la igualdad en el acceso al empleo. En síntesis, los ejemplos brindados nos muestran que, al igual que acontecía con el artículo 1071 del Código de Vélez, la fórmula de “ ejercicio regular de un derecho” contenida en el artículo 10 del nuevo código resulta estéril en muchos casos de conflictos de derechos.

La norma, en su segundo párrafo, define el ejercicio abusivo de los derechos, al igual que el citado artículo 1071, mas se sigue remitiendo su configuración a conceptos que necesitan de los derechos para la concreción de su contenido, como el caso de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sobre la primera me explayé en los párrafos precedentes. Y en cuanto a la moral y las buenas costumbres cabe destacar que, al igual que para la buena fe, justamente son los derechos constitucionales los que dan contenido a las mismas, en cuanto cláusulas del derecho privado que pretenden ser utilizadas para brindar certeza a la solución en los conflictos en las relaciones entre particulares. Mosset Iturraspe destaca que la consagración del “ abuso del derecho” como actividad antijurídica conduce a resaltar el deber de “ moralizar el derecho” a cargo de los jueces, valorar en todo lo que sea posible, la conducta moral de cada persona en la sociedad. De este modo, la vida social quedará basada “ no en la pretendida seguridad resultante de unas reglas mecánicas y abstractas,

sino en la seguridad que nace de una conducta moral normal, procurada y amparada por el aparato coactivo del Estado²¹. Desde ya que no juzgo incorrectas estas consideraciones, sino que, nuevamente, se presenta una circularidad conceptual en cuanto se ancla la idea de abuso de derecho, y por ende de antijuridicidad, en conceptos indeterminados en tanto se trata de cláusulas continentales que necesitan ser “llenadas” con la sustantividad que, a mi juicio, sólo se encuentra en el contenido o idea de los derechos constitucionales.-

En cambio el concepto del ejercicio abusivo de los derechos como contrario a los fines del ordenamiento jurídico sí resulta muy rico a los efectos de lo que pretendo argumentar. Esta idea de los fines del ordenamiento jurídico, a juicio de Mosset Iturraspe, se vincula a la antijuridicidad material como opuesta a la antijuridicidad formal. Esta última parte del principio de que una acción es antijurídica sólo y porque es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir. Por su parte la antijuridicidad material sostiene que la acción es antijurídica no por contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria al Derecho. Esta “materia” no está fuera del Derecho, no es extranormativa, sino dentro del mismo, inspirando y fundando la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa. Son las prohibiciones que surgen por implicancia, desprendidas de los principios que sostienen el orden público -político, económico y social- y la moral social o buenas costumbres. Es así que receptada esta especie de antijuridicidad resulta fácil superar una aparente contradicción, en cuanto se puede respetar la letra de la ley y violar su espíritu, se puede actuar dentro de los límites objetivos y de la propia prerrogativa y, a la vez, contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocerla, lo que importa el ejercicio abusivo²².-

Nuevamente esta idea se presenta circular, en tanto se hace descansar la “antijuridicidad material” en conceptos como el orden público -en el que me detendré más adelante-, la moral social o las buenas costumbres, los cuales, según he intentado mostrar, no son de entidad sustantiva, ya que necesitan que su contenido sea definido o completado con el de los derechos constitucionales. El civilista santafecino continúa desarrollando la idea del finalismo jurídico, explicando que las instituciones jurídicas formadas por normas, regidas y gobernadas por normas, tienden a organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida. El Derecho, así, no puede desligarse del sentido político, “ya que cada norma supone la elección de un fin y la de unos medios para conseguirlo. No es posible desconocer los fines de las instituciones y de las normas, ya que son el “tejido conjuntivo”, por lo que su ignorancia debe merecer el mismo tratamiento que la ignorancia de las leyes²³. Comparto lo expuesto por el civilista mencionado, con la aclaración de que dado que las instituciones jurídicas tienden a organizar la vida en comunidad conforme a un ideal de vida, previamente debe definirse este ideal. Y desde la óptica de la democracia deliberativa ha de argumentarse que, tanto los estándares normativos del derecho público como los del derecho privado, reconocen como principio prevalente el de la autonomía personal, lo que otorga contenido sustantivo a los fines del ordenamiento jurídico, en un nivel más elevado, en el sentido de más “sustantivo” que los criterios de orden público, buena fe, moral y buenas costumbres, que en sí resultan insuficientes para “modelar” dichos fines.

El artículo 11 del Código Civil y Comercial refiere a los dos artículos anteriores, estableciendo que lo dispuesto en ellos se aplica cuando se abusa de una posición dominante en el mercado. Bien se ha dicho que en esta norma se prevé una variante del “abuso del derecho”, en la cual el abuso aparece ligado indisolublemente a la normativa dictada para reprimir las prácticas limitativas de la competencia. En ese sentido este tipo particular de abuso aparece sancionado en la ley 22262 de Defensa de la Competencia por lo que se configura como una ilicitud específica, mientras que el abuso del derecho implica una contradicción con los fines del ordenamiento. Asimismo se destaca que el abuso afecta, en principio, un interés privado, en cambio el abuso de posición dominante afecta un interés público, de carácter general. Y como última distinción se sostiene que el abuso del derecho

presupone un daño actual y cierto, en tanto que el referido a una posición dominante no requiere que el daño se haya producido, bastando con la lesión potencial razonablemente previsible del bien jurídico tutelado²⁴.

Como se puede apreciar, el abuso de posición dominante es conceptualizado como una “especie” dentro del “género” abuso del derecho, por lo cual lo referido a este último en cuanto cláusula general del derecho privado que requiere de los derechos constitucionales para obtener “sustantividad” resulta válido. Con todo, el abuso de posición dominante prefigura una situación que se presenta en un ámbito específico de las relaciones del derecho privado, que es el ámbito comercial, más específicamente el mercado. Es así que adquiere su ámbito primordial de aplicación en el derecho contractual, y en ese sentido, la sanción como conducta antijurídica del abuso de posición dominante, lejos de contrariar el principio de la autonomía personal, viene a reafirmarlo. Es que ya hemos dicho, con apoyo en la obra de Fried²⁵, que la idea del contrato como promesa importa igualdad entre las partes contratantes, libertad de información, actuación de manera leal, en suma igual consideración y respeto en la negociación, celebración y ejecución del contrato, todo lo cual rechaza la idea de que una de las partes aproveche una situación de superioridad para obtener ventajas a costa de la otra. Es de hacer notar que la idea de abuso de posición dominante se vincula con la defensa de la libre competencia, expresión genuina de la autonomía personal en el ámbito del mercado, que no resulta incompatible con la legislación inspirada en un paternalismo legítimo, dado que este último siempre debe encontrar su justificación en la preservación y en el incremento de la autonomía.

El artículo 12 refiere que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, y que el acto por el cual se invoque el amparo legal y persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa debe ser considerado como otorgado en fraude a la ley y someterse a la norma imperativa que intenta eludir. Esta norma presenta concordancia con el artículo 21 del Código de Vélez cuyo texto dice: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*”. La clave en estas normas radica en desentrañar qué se entiende con el concepto de “orden público”, el cual, al igual que buena fe, moral y buenas costumbres, se presenta como una cláusula cuyo contenido debe precisarse, habiendo ya abogado por la necesaria remisión a los derechos constitucionales a fin de construir ese contenido.

García Lema entiende que en, esta materia, no cabe ignorar el significado que tiene el artículo 27 de la Constitución Nacional según cuyo tenor el gobierno federal -y por ende el Congreso- está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Considera que en la mejor interpretación de esa norma, tales “principios de derecho público” aluden a los emergentes de la totalidad de los artículos de la constitución. Allí reside, según este autor, la fuente constitucional que enmarca la noción de “orden público” y que en especie se aplica a los casos de derecho internacional privado²⁶. Sin pretender “redefinir” el concepto de orden público, en diversos precedentes judiciales extranjeros se rechazaron o invalidaron contratos o cláusulas contractuales con el argumento del orden público, pero en realidad lo que se hizo prevalecer fue ciertos derechos, como el de igualdad o dignidad, frente al de libertad contractual²⁷. Nuevamente se presenta un concepto como limitante de la autonomía de la voluntad, debiéndose tener el debido cuidado de no recortar esta última con objetivos comunitarios o sociales implicados en un “orden público” cuyo contenido se presente alejado de los derechos constitucionales y en especial del principio de autonomía personal.

El artículo 13 del nuevo código prohíbe la renuncia general de las leyes, así como permite renunciar a sus efectos en el caso particular excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba. La norma concordante en el código de Vélez, el artículo 19, disponía: “*La renuncia general*

de las leyes no produce efecto alguno, pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia". Considero que ambas normas expresan de manera cabal el principio de la autonomía personal, ya que se permite renunciar en el caso particular a la protección legal de los derechos propios, pero la renuncia general aparece, en principio, como contraria a la autonomía, ya que importaría una "alienación" de los propios derechos de manera rotunda y sin previsión, lo que impediría a quien renuncia decidir el control del curso de su vida, en definitiva la proyección autónoma de su plan de vida, núcleo esencial del principio de la autonomía - pensemos en contratos que imponen cláusulas de no competencia o de confidencialidad lo cual resulta razonable, en contraposición a otros que imponen determinadas condiciones que comprometen la autonomía, vinculadas al estado civil o a ser padre o madre-. Si bien se sostiene que en sustancia la nueva norma no altera el contenido de la anterior, encuentro más acertado el texto de esta última, al hacer una expresa referencia a la renuncia de los derechos propios. La salvedad que debería efectuarse se relaciona siempre con las normas sancionadas con justificación en un paternalismo legítimo -como las laborales, de defensa del consumidor- que impide renunciar a determinados derechos por presumir la situación de inferioridad o debilidad de negociación de la parte renunciante. Asimismo el nuevo texto, al remitir al ordenamiento jurídico en la alusión a la prohibición de la renuncia, más allá de la vaguedad del término, está comprendiendo obviamente a las normas constitucionales y con ello se puede advertir una referencia indirecta al principio de autonomía.

Finalmente, en lo que se refiere a este capítulo del nuevo código, el artículo 14, luego de indicar que se reconocen derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, lo cual de por sí es revelador de la recepción de la normativa constitucional en un código de derecho privado, en su último párrafo dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La redacción de este último párrafo presenta, en primer lugar, cierta redundancia al establecer que no se ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando afecten otros tipos de derechos cuando en realidad al ser un ejercicio abusivo el mismo ya deja de tener el amparo de la ley por la norma más general del artículo 10. Es así que con este artículo se ha querido ejemplificar un determinado tipo de ejercicio abusivo de los derechos individuales. En cuanto a la afectación que este ejercicio puede acarrear a los derechos al medio ambiente y a otros de incidencia colectiva, ya que aquéllos integran esta última categoría, debe recordarse que los límites del derecho de propiedad deben resultar compatibles con el principio de autonomía personal y no basarse en objetivos políticos generales y de carácter comunitario. En ese sentido es de señalar que las limitaciones al derecho de propiedad deben hallar justificación en el propio beneficio que el titular de ese derecho pueda obtener de la restricción, en este caso de los derechos de incidencia colectiva. Bajo dicho marco de referencia, el supuesto de que la limitación viene dada por "derechos" -de incidencia colectiva- y no por meros objetivos políticos o colectivos, importa ya un resguardo en el sentido de que el titular del derecho individual limitado forma parte del grupo titular del derecho de incidencia colectiva, lo que se aprecia claramente en el medio ambiente como bien tutelado -comprensivo del patrimonio natural y cultural colectivo-. Es obvio que esta restricción se justifica aunque el titular del derecho individual no se "perciba" -subjetivamente- como cotitular del bien colectivo protegido, dado que dicha "cotitularidad" es de orden objetivo. Y nuevamente la mentada objetividad estará en función de diversos factores, dentro de los cuales resultará relevante si dicho bien colectivo resulta útil para que los miembros del colectivo puedan desarrollar su autonomía. Habrá casos dudosos, pero en la medida que tales bienes colectivos sean beneficiosos para la salud, la memoria colectiva, el enriquecimiento y diversidad cultural, es factible aprobar su positividad desde el principio de la autonomía personal de los miembros del grupo. Baste recordar aquí algunos

antecedentes de la Corte que recortan la propiedad o libertad de contratar, como “Saladeristas”, o los generados por la crisis económica conocida como “corralito”, como “Massa” y “Bustos”.

3) Persona, propiedad y cuerpo humano

Encuentro atinente dedicar unas escuetas reflexiones al capítulo 4 del Título Preliminar en lo que resulte pertinente para este trabajo. El artículo 15 dispone que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en el código. Desde la perspectiva del derecho constitucional, se trata de una norma que reconoce o ratifica en el derecho privado el derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional. El artículo 16 explica que los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico, dentro de los cuales, aquéllos que son materiales se denominan cosas, cuyo régimen resulta aplicable a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. El texto de esta norma concuerda con los de los artículos 2311 y 2312 del anterior código que se ocupaban de definir los conceptos de “cosas”, “bienes” y “patrimonio”. Es de destacar que al considerarse bienes que integran el patrimonio de una persona sólo a aquéllos susceptibles de valor económico se está considerando el concepto constitucional de “propiedad” tal como fue diseñado por la Corte Suprema. Así se ha entendido que el término “propiedad” empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad²⁸.

El artículo 17 establece: “*Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*”. Lo establecido en esta norma se encuentra en línea con el texto del anterior artículo, y por ende con el concepto constitucional de propiedad al que se aludiera. Es que si consideramos que el cuerpo humano hace al propio sujeto y a su vida, se trata de un bien que no es susceptible de valor económico y por ende no resulta comprendido bajo el concepto de propiedad. Evidentemente esta norma es hija del concepto de dignidad como restricción, en cuanto se excluye del concepto de derechos disponibles a determinados bienes como el cuerpo humano, y para ser compatible con el principio de la autonomía personal, la dignidad restricción sólo puede ser justificada desde la perspectiva del paternalismo legítimo y no del perfeccionismo. Es así que cabría justificar la norma del artículo 17 del nuevo código desde una posición jurídica que presume que quien “dispone” de su cuerpo se encuentra en una situación de inferioridad o debilidad moral o socioeconómica tal, que no se encuentra en condiciones de ejercer su autonomía personal y, en consecuencia, de decidir autónomamente el diseño de su plan de vida. Se podría objetar que dada una interpretación amplia del concepto de cuerpo humano, la norma prohibiría el ejercicio de la prostitución de manera independiente, ejercicio que podría ser defendido desde una postura deferente a la prevalencia del principio de autonomía personal y la prohibición importaría asumir una postura “perfeccionista” que nuestra constitución no admite. Otro ejemplo conflictivo es el precedente francés citado del “lanzamiento del enano”²⁹, dado que podría decirse que la persona “enana” se ve compelida a ejercer dicha actividad -en la cual pone en riesgo su vida- por la falta de otras oportunidades laborales debido a su singularidad física. Sin embargo también podría considerarse que en muchos trabajos se pone en riesgo la integridad psicofísica de manera, quizás, mayor a la del caso comentado, a cambio de una mayor paga, y ello es socialmente

aceptado. No obstante ello el verdadero fin de la prohibición de dicha actividad no se fundamenta en el riesgo de la misma, sino en el “escarnio” que produce que el público se ría de dicha situación. En ese caso habría que preguntarse si con ese mismo argumento no habría que prohibir espectáculos o películas donde los personajes representados por dichas personas aluden a situaciones grotescas o de comicidad. No debe olvidarse que en el precedente francés aludido, era la persona “enana” quien cuestionó la legislación que prohibía la actividad, alegando que se le impedía desempeñar el empleo que había escogido libremente.-

El último artículo del capítulo que se está examinando, el 18, recepta el reconocimiento constitucional a la diversidad e igualdad cultural consagrado en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional. En efecto, el referido artículo 18 establece: “*Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional*”. Como se aprecia, se trata de la concreción en el derecho civil de la titularidad comunitaria del derecho real de dominio por parte de las comunidades aborígenes respectivas sobre determinadas tierras, de acuerdo a la norma constitucional referida. Una consideración simplista y extremadamente individualista de la autonomía personal podría llegar a confrontar la norma en cuanto se da prevalencia a lo comunitario frente a lo personal, en cuyo caso también resultaría objetable el propio artículo 75, inciso 17 de la constitución, fuente del 18 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, debe partirse de la premisa de que nadie puede ser obligado a integrar o pertenecer a la comunidad aborígen, ni a ninguna otra, contra su voluntad. Pero amén de ello es de señalar que el reconocimiento de la propiedad comunitaria, así como el reconocimiento previo de las comunidades aborígenes como sujetos de derecho, está en función de la identificación y sentido de pertenencia de sus miembros para con la misma, y en ese sentido resulta enriquecedor de la autonomía personal de los mismos. Para finalizar he de destacar que la norma no sólo se refiere a las tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad, sino que también se extiende a otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, concepto este último que no puede ser desvinculado de la libre elección del proyecto o plan de vida, y como tal de la autonomía personal de los miembros singulares de la comunidad.

Por último es de destacar la relevancia del Capítulo 3 del Título I del Libro I del nuevo código en cuanto a la recepción del proceso de constitucionalización del derecho privado. El mismo está ubicado en el título relativo a la “Persona Humana”, perteneciente a su vez al Libro I de “Parte General”. Este capítulo es titulado “Derechos y actos personalísimos” y consagra la recepción en el código de determinados derechos constitucionales. El artículo 51 dispone que “*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”. La terminología es elocuente en recoger el ideario liberal igualitario, ya que hace referencia concreta a la inviolabilidad de la persona, principio considerado fundamental por Nino, el cual está implicado en el de autonomía personal. En cuanto al reconocimiento y respeto de la dignidad, más allá de la reminiscencia al derecho fundamental en clave dworkiniana de “igual consideración y respeto”, encuentro poco feliz la alusión al concepto de “dignidad”. Ante todo cabe señalar que no se trata del principio de dignidad del que habla Nino, en cuanto deben tomarse en serio las decisiones de la persona por las cuales admite perder derechos o contraer obligaciones a fin de imprimir libremente una dirección a su plan de vida. La dignidad a la que hace referencia la norma es la “dignidad-restricción”, no la “dignidad-empoderamiento”, y dicha dignidad-restricción sólo se justifica en la medida en que importe la concreción de un ideario paternalista legítimo, esto es que la restricción a tomar decisiones que se impone a la persona encuentre su fundamento en que se impida a que ésta se vea obligada a aceptar determinadas situaciones disvaliosas para su autonomía. Por dicha razón habría sido más apropiado que en lugar de

dignidad se hubiera dispuesto que la persona tiene derecho al reconocimiento y respeto de su autonomía. A ello debe añadirse que el concepto de dignidad resulta muy indeterminado, es un concepto “contingente” dentro del cual, según la perspectiva filosófica a la que se adhiera, se lo puede “rellenar” con contenidos diversos.-

Lo mismo cabe decir en cuanto al artículo 52 que establece: “*La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...*”. Nuevamente se utiliza el sustantivo “dignidad”, aquí unido al adjetivo “personal”, con lo que se presentan los problemas de la indeterminación del concepto. Y más aun cuando se refiere a la lesión a otros derechos como los mencionados, para luego utilizar una fórmula residual en cuanto pueda resultar menoscabada la dignidad de cualquier otro modo. Parecería entonces que los derechos enumerados -intimidad, honra, reputación, imagen e identidad- integran el concepto de dignidad, pero no son los únicos que así lo hacen. A ello debe sumarse que en el caso de conflictos de derechos, concretamente con la libertad de expresión, no siempre estos derechos prevalecerán, ya que, en aplicación de la doctrina de la “real malicia”, y desde una perspectiva constitucionalista, habrá situaciones en las que el derecho al honor y a la imagen deberán ceder, y en algunas otras -aunque menos- también habrá de hacerlo el derecho a la intimidad. Y ello en virtud de que es la autonomía personal el bien que inclina la balanza a favor de uno u otro derecho en conflicto. Otro ejemplo aquí es el del conflicto entre el derecho al honor o a la reputación y a demandar o denunciar judicialmente.-

El artículo 53, en la medida que hace depender del consentimiento del interesado la posibilidad de captar o reproducir su imagen o voz, resulta un claro reconocimiento al principio de la autonomía personal. El artículo 54 presenta un alto grado de pertinencia para la materia de este trabajo. Su texto reza que “*No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuada a las circunstancias*”. Esta norma presenta la oposición entre “dignidad-empoderamiento” y “dignidad-restricción”. Si se toman las medidas de seguridad y prevención adecuadas, y una persona acepta libremente realizar un determinado trabajo peligroso, que se supone que a cambio le va a generar una remuneración que justifique “correr” el riesgo, ¿se puede desde la “dignidad-restricción” prohibir ese contrato, en definitiva, restringir la “dignidad-empoderamiento”? Nadie vetaría que se contraten personas para limpiar vidrios de edificios de ochenta pisos, pero censuramos el trabajo en el “lanzamiento del enano”, ¿por qué?. Esto revela que la pauta para prohibir o no un empleo no es sólo el “peligro” para la salud o vida del trabajador, parece que el “limpiavidrios” cumple una función necesaria, mientras que el público se mofa de la persona enana. Es posible, pero cabe preguntarse si se podría condenar a no trabajar a una persona enana cuando la sociedad no le ofrece un mejor empleo y que él acepta libremente y que no lo aprecia como indigno. He de señalar que, dadas las particularidades del caso, el supuesto no es comparable con el del trabajador que admite trabajar en condiciones de horario e higiene que repercutan negativamente en la autonomía de los demás trabajadores de la actividad. Lo cierto es que se trata de una norma de muchísima pertinencia para los conflictos a presentarse alrededor de la libertad de contratar.

El artículo 55 admite el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, estableciendo que dicho consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. Se trata de una norma que, debido a la trascendencia de los derechos personalísimos, no permite presumir su disposición. Y limita esta última a través de la ley, la moral y las buenas costumbres. Sobre la moral y las buenas costumbres cabe reiterar lo dicho respecto de otras normas en las cuales se alude a estos estándares, por lo que es de prevenir que

muchas veces necesita la encarnadura de los derechos a fin de que puedan servir de pauta legítima de conducta. En cuanto a la ley, la dificultad que se puede presentar es que una ley que prohíba la disposición de estos derechos sea atacada de inconstitucional justamente porque prohíba al titular de los mismos disponer de ellos porque éste considere que de esa manera se restringe su autonomía. Nuevamente aquí se presenta la idea del paternalismo legítimo en cuanto sólo desde dicha perspectiva podría justificarse una restricción a la libre y voluntaria decisión de disposición del sujeto de los derechos. Por lo demás, dada la íntima vinculación de los llamados derechos personalísimos con la autonomía, la directiva general de la norma en cuanto no presume el consentimiento y prescribe su interpretación restrictiva aparece justificada.

Resulta consistente con lo anterior la norma del artículo 56 en tanto prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente en su integridad, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, lo cual, a su vez, es consistente con la idea de dignidad en cuanto se decide libremente ceder derechos en pos de la autonomía personal o de otros. Es de recordar con relación a esto último, el precedente de la Corte Federal *Saguir y Dib*³⁰, en el cual se autorizó a una joven a quien le faltaban unos meses para cumplir la edad mínima de dieciocho años para consentir la ablación de un órgano, a que se le practique la ablación de un riñón para que se le trasplante a su hermano menor de edad cuya vida estaba en serio peligro. Los restantes artículos del capítulo, esto es desde el 57 al 61, dentro de los cuales algunas normas reafirman la necesidad de contar con un auténtico consentimiento del interesado para someterse a actos médicos, investigaciones en salud, para anticipar directivas médicas o incluso para disponer de las circunstancias de sus exequias e inhumación, se encuentran en línea coherente con el respeto a y prevalencia del principio de la autonomía personal.

¹ ver en García Lema, Alberto M.: “ Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, en La Ley del 02/06/2014.-

² ver en Böhmer, Martín: “ Imagining the State. The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile”, JSD dissertation, Yale Law School 2007, págs. 96/98.-

³ ver en Rivera, Julio César: “ La recodificación del derecho privado argentino”, en “ Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, “ Proyecto de Código Civil y Comercial-I”, págs. 17/18.-

⁴ ver en Rivera, op. cit., págs. 25/26.-

⁵ ver en García Lema, op. cit.-

⁶ ver en García Lema, op. cit.-

⁷ ver en Vigo, Rodolfo L.: “ Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial: El Derecho y la interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial”, en “ Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, “ Proyecto de Código Civil y Comercial-I”, págs. 43.-

- ⁸ ver en Bouzat, Gabriel: "El derecho como un sistema de razones para la coacción", en Alegre-Gargarella-Rosenkrantz: "Homenaje a Carlos S. Nino", Ed. La Ley, 2008, pág. 148.-
- ⁹ ver en García Lema, op. cit..-
- ¹⁰ ver en Vigo, op. cit., págs. 45/46.-
- ¹¹ ver en Vigo, op. cit., págs. 46/47.-
- ¹² ver en Vigo, op. cit., págs. 48/49.-
- ¹³ ver en García Lema, op. cit.-
- ¹⁴¹⁵ ver en Mosset Iturraspe, Jorge: "El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, "Proyecto de Código Civil y Comercial-I", págs. 56/57.-
- ¹⁶ ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 60/64.-
- ¹⁷ ver en Fried, Charles: "La obligación contractual. El contrato como promesa", Editorial Jurídica de Chile, 1996, págs. 94/95.-
- ¹⁸ ver en Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio", Ed. Ariel, 1999, cap. 12.-
- ¹⁹ ver en Fried, op. cit., págs. 114/120.-
- ²⁰ ver en Nino, Carlos Santiago: "La constitución de la democracia deliberativa", Ed. Gedisa, 1997, pág. 80.-
- ²¹ ver en Fried, op. cit., págs. 126/130.-
- ²² ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 100/101.-
- ²³ ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 90/93.-
- ²⁴ ver en Mosset Iturraspe, op. cit., pág. 97.-
- ²⁵ ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 102/104.-
- ²⁶ ver en Fried, op. cit., págs. 113/115.-
- ²⁷ ver en García Lema, op. cit..-
- ²⁸ ver fallos: "Horwood v. Millar's Timber and Trading Company" y "Canada Trust v. Ontario Human Rights Commission", citados en Weinrib, Lorraine E. y Weinrib, Ernest J.: "Constitutional Values and Private Law in Canada", en Friedmann, Daniel y Barak-Erez, Daphne: "Human Rights in Private Law", Hart Publishing, 2003, págs. 62/64.-
- ²⁹ ver en Bidart Campos: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1993, T° I, pág. 481.-
- ³⁰ ver en Brownsword, Roger: "Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity" en Friedmann, Daniel Barak-Erez, Daphne: "Human Rights in Private Law", Hart Publishing, 2003, págs. 191/193.-
- ³¹ ver CSJN, Fallos: 302:1284.-S

La adopción en el nuevo código civil y comercial

DOCTRINA

por Verónica Robert*
por Verónica Ré**

* Abogada. Procuradora. Egresada Sobresaliente de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Jueza de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia (Chubut). Especialista en Derecho de Familia por la Universidad Nacional De Rosario (UNR). Escribana por la Universidad Siglo XXI (USXXI).

** Abogada. Egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA). Secretaria del Juzgado de Familia Nro. 1 de Comodoro Rivadavia (Chubut). Especialista en Derecho de Familia por la Universidad Nacional de Rosario (UNR).

El nuevo Código Civil y Comercial, promulgado por ley 26.994 el 7 de octubre de 2014, introdujo importantes reformas en materia de Derecho de Familia, y dentro del mismo en la institución jurídica de la adopción. La regula en el Título VI –arts. 594 a 637- de su libro II, el cual acertadamente ha dedicado exclusivamente a las Relaciones de Familia.

La reforma diseña el instituto en forma esquemática, organizando – a nuestro criterio- de manera más ordenada su regulación. Comienza brindando una definición, sentando sus principios rectores y dedicando una norma al derecho a conocer los orígenes. Es así que para iniciar el tema, podemos dar una definición legal de la adopción, como la “...*institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.*”. La definición se corresponde con la concepción de la figura jurídica en análisis, ya reconocida en la doctrina y jurisprudencia, según la cual se persigue fundamentalmente la protección de los menores de edad cuando sus necesidades afectivas y materiales no pueden ser satisfechas por su grupo de origen, remarcando de esta forma la característica protectora o de amparo de la institución.

Analizados los *principios* por los que se rige, se enuncian el interés superior del niño, el respeto por su derecho a la identidad, agotamiento de la posibilidad de permanencia en la familia de origen, preservación de los vínculos fraternos, derecho a conocer sus orígenes y derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y va más allá todavía,

requiriendo el consentimiento de este último, a partir de los diez años, lo cual responde al principio de autonomía progresiva de los menores de edad en función de su edad y grado de madurez, criterios cada vez más instalados y desarrollados en todo el ordenamiento de familia. Salvo en esta última innovación, tales principios ya eran y continúan siendo aplicados a diario en los juzgados de familia, en correspondencia con la interpretación integradora y armónica de todo el plexo normativo y la llamada constitucionalización del derecho privado. En nuestra Provincia, ya en la ley III-21 se hallan receptados estos principios, como rectores fundamentales para la resolución de las cuestiones atinentes a nuestra materia.

El *derecho a conocer sus orígenes*, si bien era reconocido, se regula ahora en una norma, bastante extensa que en su esencia reconoce al adoptado el derecho a conocer los datos relativos a su origen, accediendo cuando así lo requiera al expediente judicial o administrativo en el que se tramitó su adopción, pudiendo recurrir tanto el adoptado como el adoptante, a los fines de colaboración a los equipos técnicos del tribunal, al organismo de protección o del registro de adoptantes. Incluso el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes.

En cuanto a las personas que pueden ser adoptadas, la regla continúa siendo que la adopción debe ser otorgada respecto a menores de edad no emancipados, y a ello se suma que deben haber sido declarados judicialmente en situación de adoptabilidad –tema a lo que nos referiremos a continuación- o los padres haber sido privados de la patria potestad. Continúa también la posibilidad de adoptar mayores de edad, con su consentimiento –*requerimiento general para mayores de diez años*- cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente o hubiera posesión de estado de hijo durante la menor edad, en este caso se corrigió la expresión “estado de hijo”, incorrectamente usada y ya criticada por la doctrina, por la referencia correcta a “*posesión de estado de hijo*”.

En cuanto a las personas que pueden adoptar, puede ser una única persona, un matrimonio o *por ambos integrantes de una unión convivencial*, es decir que incluye a éstos últimos permitiendo la adopción por parte de los mismos. Deja a salvo el código que en estos dos últimos casos, la regla general es la adopción conjunta por ambos esposos o convivientes y establece a continuación la adopción unipersonal cuando el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida y la sentencia le impide prestar el consentimiento válido para tal acto y en el caso de los separados de hecho. Si los esposos o convivientes están divorciados o separados respectivamente, pueden adoptar conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión valorando el juez la incidencia de la ruptura para el interés superior del niño.

Reduce la diferencia de edad entre adoptado y adoptando, *ahora a dieciséis años*, y mantiene la residencia mínima en el país por un período de cinco años anteriores a la petición de guarda preadoptiva, y también *disminuye a veinticinco años* la edad para adoptar, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta cumpla con este requisito.

En cuanto a los tipos de adopción, a las ya clásicas simple y plena, *agrega la de integración*, regulando expresamente una figura que fue producto de una creación doctrinaria y jurisprudencial, y solo mereció en la legislación anterior algunos artículos aislados, conocida como adopción del hijo del cónyuge. Entre las *facultades judiciales* que la reforma otorga, se encuentra la de mantener subsistente el vínculo con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción plena y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. Sin duda dependerá de la valoración del juzgador respecto al interés superior del niño en cada caso concreto. Otro aspecto para destacar radica en que si bien se mantiene el carácter irrevocable de la adopción plena, *se amplía el ámbito de admisión de las acciones de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento, los que ya no serán admitidos solo a los fines de los impedimentos matrimoniales sino también para posibilitar derechos alimentarios y sucesorios del adoptado*. En la adopción simple no encontramos mayores cambios, entre

sus efectos establece que los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción. Sin embargo, la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes. La familia de origen tiene *derecho de comunicación* con el adoptado, y éste conserva su derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no pueden proveérselos, y también solicitar que se mantenga el apellido de origen, anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. En cuanto a los derechos sucesorios, remite al Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), y en este sentido y en forma general, los adoptantes son considerados ascendientes. Sin embargo en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de la familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si quedan bienes vacantes, y en los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres de origen. Finalmente, dijimos anteriormente que el código dedica una sección a la adopción de integración regulándola de manera específica. Anteriormente se refería a este tipo como a la adopción del hijo del cónyuge, *ahora se amplía también al hijo del conviviente*. Otra distinción importante, consiste en que se distingue según el adoptado tenga *un solo vínculo* –en el cual se insertará en la familiar del adoptante con los efectos de la adopción plena, mientras que si tiene *doble vínculo* el juzgador evaluará cada caso concreto el alcance con el que concederá la adopción según sea lo que más convenga al interés superior del adoptado. Entre las principales reglas que deberán respetarse se encuentra la de escuchar a los progenitores de origen, no requiere el adoptante estar inscripto en el registro de adoptantes, no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho, no exige declaración de estado de adoptabilidad, no exige guarda previa con fines de adopción. Este tipo de adopción es revocable.

Resumimos hasta aquí, los aspectos centrales de la reforma, dejando para finalizar, un breve desarrollo del proceso que culminará en el dictado de la sentencia de adopción, con los alcances brindados por la ley según el caso concreto. Nos referiremos a continuación, a la declaración de estado de adoptabilidad, al proceso de guarda con fines de adopción y al juicio de adopción propiamente dicho.

Declaración judicial de estado de adoptabilidad del niño/a y/o adolescente:

El CCyC dispone que para obtener una adopción, será necesario el *dictado de la declaración de adoptabilidad*. Lo que el juez debe evaluar para esta declaración es el trabajo previo que realizó el órgano administrativo y así definir si un niño o adolescente está en condiciones de ser adoptado. Este definir implica agotar las gestiones tendientes a tratar de que ese niño pueda ser reinsertado con su familia de origen, si ello no es posible, entonces avanzar declarando que ya ese infante está en condiciones de ser adoptado, brindado una certeza al respecto para que esa situación de incertidumbre no dure indefinidamente.

La ley contempla *tres supuestos* en los cuales el juez debe, previo a otorgar la guarda preadoptiva, dictar sentencia de situación de adoptabilidad.

Una situación se presenta *cuando niño/a no cuenta con filiación o sus padres han fallecido*. En este caso se debe haber agotado la búsqueda de familiares de origen, estableciéndose como *plazo máximo treinta días* y solamente prorrogables por un plazo igual.

Aquí se ve plasmado uno de los principios rectores a los que nos referíamos ab initio, consistente en el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. Prevé el código que este agotamiento de búsqueda sea realizado por el organismo administrativo competente, que en el caso de nuestra provincia y jurisdicción, resulta ser el Servicio de Protección de Derechos.

Otro de los supuestos previstos se da *cuando son los propios padres del niño que toman la decisión de que su hijo sea adoptado*. Para ello es sumamente importante que esta

declaración de voluntad sea expresada por ellos ante el Juez de Familia en forma libre e informada.

El código dispone que esta decisión debe manifestarse, para ser tenida por válida *posteriormente a los cuarenta y cinco días* de producido el nacimiento. Evitándose así la toma de una decisión en forma apresurada y durante un periodo en el cual la madre se encuentra aún en estado puerperal, que la podría colocar en una situación emocional delicada y de vulnerabilidad. Todo ello a los fines de evitar posibles arrepentimientos posteriores.

El tercer supuesto contemplado por el legislador, se presenta *cuando se han debido tomar medidas excepcionales*, por ejemplo que el niño permanezca por un tiempo determinado en una familia de acogimiento, y estas medidas no han logrado que su familia de origen se reorganice a los fines de que cese la situación de riesgo para ese niño. En este caso, el infante no puede regresar con su familia. *Aquí el legislador ha previsto un plazo máximo de ciento ochenta (180) días*. Y si cumplido ese plazo, no se ha logrado que la familia del niño le brinde contención adecuada, el juez debe inmediatamente dictar la declaración de adoptabilidad.

No ha sido previsto quién debe interponer la acción a los fines de lograr la declaración. No obstante, en la práctica judicial es la Asesoría de Familia quien la inicia, sin perjuicio que entendemos que podría ser también el organismo administrativo, o los propios padres, en el segundo supuesto planteado, como así también alguna otra persona con algún interés legítimo.

Se establecen específicamente los *sujetos* que deben intervenir en el proceso de declaración de adoptabilidad: así deberán ser parte necesaria el niño, cuanto tenga edad y grado de madurez suficiente, quien deberá contar con asistencia letrada; los padres (en el caso de que no estén fallecidos); el organismo administrativo y el Ministerio Público (Asesoría de Familia). Es importante resaltar que *al niño se le otorga calidad de parte en el proceso*, innovación trascendente dispuesta por el nuevo código.

Es facultativo del magistrado escuchar a parientes del infante o a allegados afectivos del mismo. No obstante, éstos no tendrían carácter de parte procesal.

El procedimiento culmina con el dictado de la sentencia en la cual se dispondrá que la Oficina de Adopciones remita dentro del plazo que no podrá exceder de diez (10) días los legajos de pretensos adoptantes, ya que de esta forma se da inicio al juicio de guarda con fines de adopción.

También destacamos que *se ha dado equivalencia a la sentencia de privación de la responsabilidad parental a la de declaración judicial de situación de adoptabilidad*, por lo que dictada la primera, esta última ya no es necesaria.

Guarda con fines de adopción: El nuevo régimen jurídico dispone que será competente para entender en este proceso el juez que dictó la sentencia de adoptabilidad.

Resulta de suma importancia la *prohibición expresa de entrega directa en guarda de los niños, ya sea mediante escritura pública o acto administrativo o entrega directa en guarda por alguno de los progenitores o cualquier familiar del infante*. Esto implica impedir que la guarda de hecho pueda hacerse valer a los fines de requerir posteriormente una guarda preadoptiva. Si esta norma fuera transgredida, situación que lamentablemente sucede en muchas ocasiones, el juez se encuentra facultado para retirar al niño del guardador y tomar las medidas de protección que estime pertinentes.

Ergo, la legislación es clara respecto a que la guarda que deriva de una entrega directa de un menor de edad, no genera una situación fáctica que posteriormente habilite para solicitar la guarda con fines de lograr la adopción de ese niño. Esta prohibición tiene como fin impedir el tráfico de infantes y la burla a todo el sistema jurídico que protege a los niños que van a ser dados en adopción.

A los fines de preservar adecuadamente el interés superior del niño que va a ser dado en adopción, se requiere que necesariamente la guarda con fines adoptivos sea judicial, esto es, la tramitación de un proceso judicial, con el debido contralor del Juez y del Ministerio Pupilar.

También son parte en este proceso los pretensos adoptantes, cuya elección es exclusiva del magistrado que entiende en la causa, eligiéndolos de la nómina del Registro de Adopción. El Juez deberá, a los fines de la correcta elección de los padres adoptivos, citar y oír al niño de conformidad con los preceptos legales vigentes, si es que el mismo cuenta con edad y madurez suficiente.

Asimismo, para arribar a dicha elección tendrá en cuenta las condiciones personales, edades y aptitudes de los pretensos adoptantes; su idoneidad para poder cumplir con los cuidados del infante; educación, como así también sus motivaciones y expectativas frente a la adopción. A esos fines el Juez podrá valerse del Equipo Técnico Interdisciplinario.

Entendemos que la Asesoría de Familia cumple un rol muy importante en el presente trámite, toda vez que será quien deberá dictaminar respecto de la elección de pretensos adoptantes que haya realizado el magistrado respecto de ese niño en particular, evaluando si la misma se corresponde con el interés superior del infante, no obstante no ser vinculante para el Juez.

En la sentencia que declara la guarda con fines de adopción, el magistrado deberá determinar su plazo, que no puede exceder de seis meses. *Aquí el nuevo régimen jurídico acorta el plazo que estaba estipulado en el código anterior* –no menor de seis meses ni mayor de un año.

No nos resulta muy acertado el plazo de guarda preadoptiva previsto en el nuevo código, toda vez que el mismo persigue el objetivo de permitir que tanto el niño que va a ser adoptado como sus futuros padres adoptivos logren crear los vínculos familiares, implicando ello muchas adaptaciones e integraciones, que no necesariamente se logran en ese plazo que consideramos corto, pudiendo surgir complicaciones que en algunas ocasiones se transparentan mas allá de los seis meses.

El juicio de adopción: Una vez concluido el período de guarda dispuesto en la sentencia de guarda con fines de adopción, se debe dar inicio al juicio de adopción propiamente dicho en el cual, el pretense adoptado necesariamente es parte y el Juez deberá requerir su consentimiento si el mismo cuenta con más de diez años, debiendo intervenir por supuesto la Asesoría de Familia y los pretensos adoptantes también calidad de parte.

Específicamente se establece que las audiencias son privadas para las partes y el expediente reservado. Recordemos que la ley III-21 contiene en el ámbito local igual previsión en general para los procesos de familia.

En cuanto a la sentencia de adopción, ésta tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia en la cual se decreta la guarda preadoptiva, con excepción de la sentencia de adopción de integración, cuyos efectos se retrotraen al día de interposición de demanda de adopción, toda vez que no se requiere juicio de guarda con fines de adopción.

Una modificación que llama la atención *es que una vez concluido el periodo de guarda el juez, de oficio o a pedido de parte, debe iniciar el proceso de adopción.* Al respecto y a modo de reflexión nos preguntamos si realmente es posible y legítimo que sea el propio juez quien de oficio inicie la acción ante la omisión, ya sea de los pretensos adoptantes o del órgano administrativo, toda vez que un magistrado no puede ser Juez y parte a la vez. Y si eso fuera posible, consideramos que no resultaría ajustado a derecho ni al interés superior del niño, iniciar un proceso de adopción cuando no se demuestra ningún interés en ser padres, evidenciándose así prima facie algún tipo de conflictiva que mina la relación vincular que se debería haber establecido en el período de guarda. Seguramente, en la práctica, la norma se implementará controlando los plazos de guarda preadoptiva y una

vez cumplido, será el Juez quien otorgue intervención al Ministerio Público a los fines se inste la acción pertinente.

Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994.

Tratado de Derecho de Familia de Adriana N. Krasnow, Editorial Thomson Reuters- La Ley.

Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho de Familia, de Jorge O. Azpiri, Editorial Hammurabi

Justicia Laboral y Derecho del Trabajo

OPINIÓN

por Julio Armando Grisolía

Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UMSA). Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Juez Nacional del Trabajo. Director del Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), en la Argentina de la Empresa (UADE), en la Universidad del Salvador (USAL) y en la Universidad Católica Argentina (UCA). Director del IDEIDES. Autor de varios libros, entre ellos, Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (6 tomos, La Ley, 2017) y Manual de Derecho Laboral, Abeledo Perrot (12ª edición, 2016).

I. Introducción

Es preciso contar en todas las jurisdicciones con una Justicia del trabajo rápida y eficiente, ya que -como vengo sosteniendo- la celeridad en los procesos judiciales y la independencia y eficiencia de la Justicia laboral son esenciales en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral.

En esto influyen diversos factores de distintos orígenes que brevemente desarrollaremos a continuación: La situación social; La política laboral y la legislación nacional de fondo; Las normas procesales de cada provincia; Los métodos de solución de conflictos previos a la etapa judicial; La justicia (infraestructura, cantidad de tribunales, medios técnicos) y el factor humano.

II. Situación social y derecho laboral

La situación social se erige en un elemento disciplinador y flexibilizador de la dinámica de las relaciones laborales.

En efecto, la realidad indica que un trabajador despedido, por imperio de la situación social (desocupación, subocupación y trabajo no registrado) no se puede reinsertar rápidamente en el sector formal de la economía. Esto lo obliga a aceptar empleos precarios,

informales o de baja calidad, y en la práctica se termina vulnerando el principio de irrenunciabilidad de los derechos y el orden público laboral.

Ese trabajador cuando es despedido no puede esperar el tiempo que demora un juicio laboral porque necesita el dinero para su subsistencia y la de su familia (crédito alimentario). Así, termina arribando a un acuerdo conciliatorio en montos más bajos que los aconsejables, acuciado por la necesidad, ello sin perjuicio del art. 15 de la LCT que hace referencia a la homologación cuando exista una justa composición de derechos e intereses.

De allí, que los montos indemnizatorios previstos en las normas laborales en la práctica lo termina cobrando efectivamente solo un segmento de la población: aquellos que litigan y pueden esperar el resultado del juicio.

Sin embargo, hay una realidad más grave aun; es la de aquellos trabajadores que habiendo logrado una sentencia favorable no la cobran, por insolvencia de sus ex empleadores. Es decir, no llegan finalmente a percibir efectivamente el monto establecido en el pronunciamiento judicial.

Esto también se vincula con la demora en la tramitación de los pleitos, que provoca una virtual denegatoria de justicia y termina transformando los fallos en pronunciamientos de mero carácter declarativo de derechos.

En virtud de lo planteado, resulta necesario utilizar todos los institutos procesales vigentes y buscar otros medios a los fines de asegurar el crédito laboral desde el inicio de la demanda.

III. Las premisas de la política laboral y la legislación de fondo

Es claro que la búsqueda desde la legislación de fondo y como objetivo de política laboral debe ser lograr desarrollo económico con protección social y propender a generar trabajo decente.

Hoy prácticamente no se discute la protección que deben brindar las normas laborales a la parte más débil y tampoco aparecen posibles retrocesos en las normas del derecho sustancial: el derecho del trabajo está considerado un derecho humano fundamental, el bien jurídico protegido es la dignidad del hombre que trabaja y los principios de irregresividad y progresividad parecen haber anclado en nuestra política laboral.

Sin embargo, para lograr los objetivos planteados es preciso que en el futuro cercano se haga hincapié en algunos aspectos:

a) Se debe mejorar la técnica legislativa: propender a dictar menor cantidad de normas y que las nuevas sean claras y precisas: las ambigüedades generan interpretaciones judiciales encontradas.

b) El ordenamiento jurídico laboral debe ser previsible: se deben mantener las “reglas de juego” por tiempos medianamente razonables.

c) El Estado debe reasumir efectivamente su rol de garante de las relaciones laborales y fiscalizar el cumplimiento efectivo de las normas y sancionar su incumplimiento: apuntar a reducir la informalidad y los abusos en el sector formal.

d) Es preciso elevar las competencias laborales de la población, mediante la formación y la capacitación continua.

IV. La conciliación y las premisas del derecho procesal

La conciliación es un medio útil y eficaz de solución o superación de conflictos laborales: las partes conocen la naturaleza y motivaciones que originaron el conflicto. Se trata de un acto conjunto del trabajador y el empleador junto con el órgano judicial o administrativo.

Al decir de Perugini es una especie de “reconciliación”, que tiene una ventaja sobre la sentencia, ya que no es impuesta.

Se deben profundizar las técnicas y herramientas para la gestión del conflicto laboral y fomentar en la etapa previa a la judicial los métodos adecuados de resolución de conflictos.

En el actual marco de mayor conflictividad laboral, y en una economía signada por la crisis mundial, promover métodos adecuados de resolución de conflictos laborales es tratar de dar solución a la problemática de un importante segmento de la población, en particular de los trabajadores, que han perdido su empleo y deben cobrar su indemnización en forma inmediata.

De allí a que se deba pensar en herramientas y mecanismos dinámicos (mediación, conciliación, negociación, amigable composición, arbitraje, etc) para evitar dilaciones y lograr la efectiva solución de los conflictos laborales; aquí también es el Estado el que debe implementar medidas tendientes a tal fin.

La búsqueda de los acuerdos conciliatorios son relevantes previo a la etapa judicial. Es un importante método no solo para evitar el dispendio jurisdiccional sino para lograr la paz social. En la ciudad de Buenos Aires funciona desde 1997 el Seclo que –aunque perfectible- cumple parcialmente esos objetivos.

En efecto, una adecuada instancia previa de conciliación reduce considerablemente la litigiosidad en los tribunales. Asimismo, la menor cantidad de ingresos de causas y expedientes en trámites en un tribunal permite que la Justicia Laboral se ocupe con celeridad y mayor esmero de las causas en que realmente no se puede lograr la autocomposición de los derechos e intereses de las partes.

Obviamente, ello siempre con la debida intervención del Estado con la facultad y deber de revisar los acuerdos y homologarlos cuando constituyan una justa composición de derechos e intereses. Es claro que no se podrían homologar acuerdos que vulneren pautas legales inderogables -principio de irrenunciabilidad de los derechos y orden público laboral- ni que versen sobre derechos que surjan de hechos reconocidos por el empleador.

Una vez superada sin éxito la etapa previa a la judicial, durante la tramitación del proceso también se debe instar el acuerdo entre las partes, ya que las circunstancias en la etapa judicial son diferentes (se cuenta con la demanda y la contestación, el ofrecimiento de pruebas, la producción de alguna de ellas).

A fin de promoverla es necesario una participación activa de los funcionarios judiciales en las audiencias a fin de acercar a las partes, lo cual -obviamente- requiere un conocimiento exhaustivo del expediente. La conciliación resulta un medio eficaz para poner fin al conflicto cuando es ejercida razonablemente -con prudencia- y velando para que efectivamente se haya logrado la justa composición de derechos e intereses.

Nadie puede discutir que se debe bregar por una Justicia del Trabajo ágil y oportuna (celeridad procesal) pero también confiable y eficiente (seguridad jurídica): la duración en la resolución de las causas judiciales y el contenido de las sentencias tienen incidencia directa en la dinámica de las relaciones laborales.

Para lograr los objetivos planteados es preciso que en el futuro cercano se haga hincapié en algunos aspectos:

a) Propender a la implementación de sistemas adecuados de resolución de conflictos previos a la etapa judicial.

b) Capacitar a los actores sociales en las técnicas de negociación y conciliación: apuntar a la comunicación como elemento clave de la negociación (coaching), liderazgo, PNL, resolución on line de disputas, arbitraje, etc.

c) Apuntar a un procedimiento judicial simplificado, más flexible y despojado de excesos rituales, que no pueden prevalecer sobre lo sustancial; el exagerado apego a las formas es un abuso de derecho incompatible con un adecuado servicio de justicia.

d) Utilizar efectivamente todos los institutos procesales vigentes y buscar otros medios a los fines de asegurar el crédito laboral desde el inicio de la demanda, ya que la realidad demuestra que por la insolvencia sobreviniente de sus ex empleadores provocada por la

demora en las tramitaciones de las causas, muchos trabajadores con sentencias favorables no las cobran.

V. El rol del Juez Laboral

Como vengo afirmando desde hace muchos años, los jueces tienen un papel preponderante en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral. El juez es gestor de paz y equidad, lo cual se torna clave en épocas de crisis.

No se es juez de la ley sino de la Constitución Nacional y de las normas supralegales.

La función del juez no es hacer ciencia del derecho en base a especulaciones abstractas sino hacer jurisprudencia, usar de la prudencia en la realización efectiva del derecho: no puede renunciar conscientemente al deber moral de administrar justicia. Como sostiene Fernández Moore, no sirven los jueces de agua (incoloros, inodoros e insípidos).

Los pronunciamientos judiciales son fuente esencial del derecho del trabajo, brindando respuestas concretas a las situaciones que se van planteando.

Los fallos laborales protectorios de los derechos esenciales marcan señales al mercado y evitan incumplimientos: tienen carácter preventivo, sancionatorio y disuasivo de conductas antisociales.

Se debe aplicar la equidad si se observa un resultado notoriamente injusto y disvalioso, de cumplimiento oneroso, nocivo o perjudicial al bien común. Fallar de otro modo en causas en que el bien jurídico tutelado, por ejemplo, es la salud, la vida, viola, además del principio de igualdad, los principios consagrados en el propio Derecho del Trabajo (art. 11 de la LCT): los principios de equidad -que humaniza la aplicación del derecho y corrige los resultados injustos- y de justicia social -dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común, respetando la dignidad del trabajador como persona humana (principio protectorio, art. 9 LCT)-.

El juez laboral debe desechar la interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley y por ello desinteresada de sus resultados prácticos concretos (una sentencia “formalmente” justa), e inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y los tratados internacionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. No debe prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo.

Siguiendo a Aristóteles la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se produce en el caso particular al aplicarse el esquema genérico y abstracto de la norma general. Por todo ello, para aplicar la equidad, el magistrado no deba buscar otros fundamentos que la propia justicia: *“obra en fraude de la ley el que, respetando las palabras de ella, elude su sentido”* (Paulus).

Desde el punto de vista cuantitativo (tiempo), la demora es un disvalor del orden, que produce denegatoria de Justicia. Pero no hay que olvidar el aspecto cualitativo (contenido de las sentencias), ya que una doctrina judicial protectoria de los derechos esenciales, previsible, en permanente avance, evita incumplimientos y gastos innecesarios y marca los caminos a seguir.

Los fallos que receptan doctrinas limitativas de los derechos de los trabajadores tienen influencia negativa en la dinámica de las relaciones laborales, ya que dan señales a los mercados y otorgan una especie de “bill de indemnidad” a los empleadores para incumplir. La gravedad mayor está en la jurisprudencia y no en la doctrina. Y esto es así, ya que sin jueces que la recepten esas doctrinas no se hubiesen expandido.

VI. Conclusiones. La importancia del factor humano

Así como en toda sociedad el hombre es esencial en cualquier acción transformadora, es importante la aptitud e idoneidad de los distintos operadores (jueces y funcionarios, miembros del Poder Judicial, del Ministerio de Trabajo, conciliadores, abogados de parte, peritos, etc.), lo cual requiere permanente capacitación y actualización de conocimientos.

Pero también para propender a una adecuada administración de justicia es trascendente la actitud y el compromiso; al decir de Carnelutti “ como la belleza de una música, la bondad de una ley no depende solamente de quien la compone sino de quien la ejecuta” .

Por eso, para brindar soluciones a los conflictos laborales y propender a una justicia eficiente en tiempo y forma es sumamente importante contar con un marco normativo adecuado (etapa prejudicial de resolución de conflictos, derecho sustancial protectorio y derecho adjetivo dinámico) y con funcionarios idóneos; pero ello no es suficiente.

Para lograr esos objetivos es preciso internalizar esos objetivos en los operadores laborales, para que con su actitud y conducta sistemática y permanente defiendan esa bandera.

Como bien sostenía Augusto Morello, se debe “ solidificar un reducido pero robusto cuerpo de ideas - fuerza que al interiorizarse (...) en los operadores jurídicos (legisladores, jueces y abogados) desalienten las resistencias a la reforma y las posturas de los francotiradores que, al cabo, son los que torpedean los mejores propósitos y terminan por descabezar propuestas afanosamente elaboradas” . (La Ley, 22/3/1989).

Es importante que todos los operadores internalicen la esencia de los principios rectores que dimanan de las leyes procesales: intermediación, a través de la dirección y vigilancia del proceso por parte del juez a fin de bregar por el cumplimiento de plazos efectuando un seguimiento de los expedientes mediante revisiones periódicas de letra y observando las normas procesales (revisación de términos, cumplimientos de plazos, etc.); el de concentración, mediante el cuál las pruebas deben producirse en la menor cantidad de actos posibles, a fin de que el juez pueda tener una visión global de ellas; el de economía procesal, dirigido a ahorrar esfuerzos inútiles con el fin de simplificar el proceso evitando una prolongación irrazonable.

Pero también que cada uno, desde su lugar y función (más o menos importante), asuma su rol con compromiso social, en el entendimiento de que se debe hacer justicia en el caso concreto (equidad), que los créditos laborales son alimentarios y deben ser efectivamente percibidos por el trabajador, que el tiempo es justicia y que el derecho del trabajo es un derecho humano fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- GRISOLIA, Julio A., Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Abeledo Perrot, 6 tomos.
- GRISOLIA, Julio A., Manual de Derecho Laboral, Abeledo Perrot, 2016.
- GRISOLIA, Julio A., “ Hacia una nueva Justicia Nacional del Trabajo” , Derecho del Trabajo, La Ley, en enero de 1989 DT, 1989-A, ps. 39/46.
- GRISOLIA, Julio A., “ Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo” , Derecho del Trabajo, La Ley DT 1993-B, 1385.
- GRISOLIA, Julio A., “ La Equidad y la función Jurisdiccional: Su Trascendencia En Las Decisiones De Los Jueces Del Trabajo” . Publicado en Trabajo y Seguridad Social N° 9-Septiembre de 2002 (TySS 2002. págs. 711/721).

- GRISOLIA, Julio A., " Fallar con Equidad: un desafío permanente" , Publicado en Derecho Laboral y Seguridad Social, n°2, Abeledo Perrot, febrero 2008.
- GRISOLIA, Julio A., " Relaciones Laborales en América Latina. Desarrollo económico con protección social: un objetivo realizable" . Revista de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo de ARTRA- Nova Tesis, N° 9, julio-agosto 2008. www.artra.org.ar
- GRISOLIA, Julio A. " Hacia un sistema de relaciones laborales con inclusión social" , RDLSS 2007-A- 189 (Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social de Abeledo Perrot).
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H. Función de la equidad en la realización de la justicia, La Ley,1990.
- DEVEALI, " Derecho Procesal del Trabajo" , Tratado, t. V, p. 53.
- LARENZ, Karl. Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 1985.
- MORELLO, La Corte Suprema en acción, 1989.
- MORELLO, Augusto, La Ley del 22/3/89. ORGAZ, Alfredo, Los jueces y las leyes injustas, ED, T.75, pág. 757.
- RAWLS, Jonh. Justicia como Equidad. Materiales para una Teoría de la Justicia. Madrid: Tecnos, 1986.
- ROSSI, Abelardo. Aproximación a la Justicia y a la Equidad. Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000.

www.revista-ideides.com
www.artra.org.ar
www.juliogrisolia.com

La participación de las mujeres en el Poder Judicial: la integración en Chubut y en el Superior Tribunal de Justicia

OPINIÓN

por María Andrea Caleri

Defensora Pública, Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina.

“Lo que se requiere no es solamente un cambio de cromosomas sino más bien un cambio de actitud”.

-Jueza L'Heureux-Dubé. Canadá, 2001-

Agradezco en especial a mi Directora de Tesis de la Maestría de Derecho Civil Constitucionalizado, la Lic. Beatriz Kohen, por su dedicación a la supervisión del artículo.

I. Introducción:

La incorporación de las mujeres en el campo laboral, trajo consigo profundos cambios en las estructuras sociales y en la economía, sobre todo con la primera Revolución Industrial¹ (1789-1848) cuando paulatinamente ingresaron como trabajadoras en los establecimientos fabriles. Hacia finales del siglo XIX y principios del XX las mujeres sintieron la necesidad de contar con una mayor formación en conocimientos, lo cual generó su incorporación progresiva en las universidades, fenómeno del cual no escapó la profesión jurídica. La masificación de este suceso académico no tiene más de 60 años, contra siete siglos en los que las universidades fueron un espacio prácticamente masculino.

La Dra. Graciela Morgade explica que “En el mundo occidental las universidades se crearon en el siglo XII y recién en el XX empieza la discusión de lo femenino. La irrupción de las mujeres en la universidad se relaciona con el movimiento femenino, que a principios del siglo XX lucha por el sufragio y que también pone sobre la mesa la educación”².

Los cambios, que se produjeron por la modernización y la democratización social y educativa, pusieron en marcha una nueva forma de relación entre varones y mujeres, que fue cincelandando en ellas una nueva identidad y la redefinición de “la imagen” que tenían que desempeñar en la vida pública y en la privada. Aquel retrato de la mujer madre – casada – ama de casa, sumisa, asida a la vida privada únicamente, en su rol reproductor, sobre quien se posa solo la mirada de sus hijos, desvalida, de menor dimensión, tal como la pintara en su lienzo Antonio Berni, en aquella obra de humanismo realista “La Navidad de Juanito” progresivamente iría cediendo hasta nuestros días.

Dentro de esa evolución, después de haber conseguido el reconocimiento de su derecho a votar, su incorporación masiva a la universidad y su gradual crecimiento con mayor presencia en el mundo jurídico, las investigaciones en el país³ develan que la participación de la mujer en el poder judicial refleja una segregación sexual vertical⁴ y horizontal⁵. A pesar del considerable número de mujeres en el Poder Judicial -discurso que muchas veces se utiliza para fundar una teórica igualdad de género en sí misma no real- *su inserción no es homogénea*, se concentra en las instancias más bajas, en las áreas de menor prestigio asociadas con los roles femeninos más tradicionales y en las jerarquías menos remuneradas. Esto implica que sea un desafío a lograr: dedicarse en un pie de igualdad a la profesión jurídica dentro de la administración de justicia, ya que en Argentina 2016 persiste la discriminación de género dentro de esta organización.

En los últimos años, como consecuencia del proceso de reforma y fortalecimiento institucional del Poder Judicial y de la presión que ejercieron organizaciones no gubernamentales especializadas en el tema de justicia y democracia, se operó una semi - democratización en la elección de los magistrados de los más altos tribunales, entre ellos los la Corte Nacional⁶. Sin embargo, en instancias inferiores, se cuestiona inclusive el proceso de elección meritocrático, ya que no alcanzaría para erradicar las desigualdades en la elección entre abogados y abogadas que intentan ingresar o ascender en el sistema judicial.

El objetivo del presente artículo es explicar la integración por sexo que refleja el Poder Judicial de Chubut, efectuando un análisis preliminar y aproximado cuantitativo de la planta permanente de personal de la Judicatura, los Ministerios de la Defensa y Fiscal para concluir si existen o no segregaciones horizontales o verticales dentro de nuestra organización, si las mujeres se encuentran sub-representadas o sobre-representadas y, de ser así, las posibles violaciones legales, de orden convencional y constitucional, en las que el Estado provincial estaría incurriendo con el fin de llamarnos a una reflexión profunda para tratar de revertir de alguna manera la situación.

II. La presencia de las mujeres en el Poder Judicial.

1. Las investigaciones:

El aumento de las mujeres en la matrícula universitaria de Derecho, es una de las causas del aumento del número de abogadas que ejercen la profesión. Las investigaciones sobre la práctica profesional de la abogacía y el empleo judicial se elaboraron en los últimos 25 años y recientemente se publicó el libro titulado “*El género de la justicia porteña. Percepciones sobre la desigualdad*”, resultado final de un largo y profundo trabajo, desarrollado durante cuatro años desde el Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que lo une a las anteriores investigaciones por un factor común: *documentan las inequidades existentes en la profesión judicial ejercida por mujeres*⁷.

En nuestro país, a pesar del ingreso masivo de las mujeres a las universidades y que sus estudios de posgrados sean logrados inclusive muchas veces en porcentajes más altos que los varones y con mejores promedios de notas, su ingreso y desempeño en el mercado

laboral se torna dificultoso y sobre todo dentro de la organización judicial en Argentina donde fue tardío. Se renuevan en la administración de justicia las mismas condiciones discriminatorias visibles en la sociedad: a medida que se asciende en la escala de prestigio y mando, disminuye la participación de mujeres, situación corroborada al año 2016 por la última investigación antes referida.

2. La experiencia en el país.

Las primeras mujeres abogadas de nuestro país, que se incorporaron a la profesión debieron hacerlo tras una dura lucha. Una de las pioneras, la Dra. María Angélica Barreda, en 1910 afirmaría:

“ ¿Por qué, si me permitieron cursar todos los estudios y me acordaron el diploma de abogada, no puedo ganarme el pan con la profesión que tanto me costó adquirir? Mi diploma está firmado por Joaquín V. González y Rodolfo Rivarola” .

Luchadora incansable, a pesar de conseguir su título debió apelar ante la Suprema Corte de Buenos Aires, porque le denegaron el permiso para matricularse como abogada en el Colegio de Abogados, prohibiéndosele ejercer la profesión con argumentos tales como:

“ ... tiene una *capitis diminutio* ... la inscripción de este diploma importa echar por tierra todos los principios legales consagrados por el Estado Argentino y la organización actual de la familia, en la cual tiene asignada la mujer la función más noble y trascendental” .

También la Dra. Celia Tapias, primer mujer egresada en diciembre de 1894 de la Universidad de Buenos Aires, quien se convertiría en doctora con la Tesis “ tutela dativa” en 1911 y primera abogada de la ciudad de Buenos Aires, tuvo no pocos escollos para el ejercicio de su profesión. Pero a pesar de las muchas dificultades que enfrentaban, la presencia de las mujeres en la profesión se fue acrecentando a lo largo del siglo XX, sobre todo a finales de los años sesenta y principios de los setenta⁸.

En noviembre de 2004, se anunció por los medios periodísticos⁹ que María Luisa Anastasi de Walger, a los 87 años había fallecido. Fue la primera jueza de argentina designada en el año 1957, durante el gobierno del presidente Aramburu, hasta el año 1976. Su hija Silvina Walger, periodista y escritora, rememoraría de su madre: “ ... dos episodios graves marcaron su debut como jueza a cargo del Juzgado N° 10 de Primera Instancia en lo Civil. El primero fue lo que hoy conocemos como un “ apriete” , de un viejo y entrañable amigo que había sugerido su designación -por causa de sus méritos- pretendió imponerle los contenidos de un fallo. La jueza resultó ser inmanejable, y, del amigo, nunca más oímos hablar. El segundo, más pintoresco si se quiere, fue el entredicho que la enfrentó en uno de sus primeros fallos al escritor y ex juez nacionalista Ignacio Anzoátegui. Este la recusó alegando que “ la justicia no podía emanar de una mujer” . Mi madre no vaciló y, previo contestar que la Justicia carecía de sexo, lo mandó preso a la Alcaldía de Tribunales” .

En 1970, el gobierno de facto nombró a la abogada Margarita Argúas (jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil) como Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien luego a instancias del nuevo gobierno fue destituida. Después de la Dra. Argúas, recién en el año 2004, en un contexto democrático y por medio de mecanismos de selección democráticos, son elegidas dos mujeres como ministras: primero Elena Highton y más tarde Carmen Argibay.

En una nota periodística realizada a la Dra. Highton, se le preguntó si le había pesado la condición de género dentro su carrera, ella respondió:

“ Es difícil decir que tuve tropiezos personales. Indudablemente, tardé más en ir a la Cámara. Fui defensora oficial, después me nombraron juez; estuve

unos 17 años como juez de primera instancia. Otros ascendieron más rápido que yo, pero al final llegué a la Cámara. Tardé más de diez años en llegar allí” .

Consultada acerca de si en el lugar que está siente diferencias por ser mujer, dice que:
“ En efecto, me miran más por ser mujer.”

Al preguntarle por sus admiraciones particulares, reflexiona:

“ Uno reconoce a todas las mujeres jueces anteriores. Pero el reconocimiento que yo hago de las mujeres no es sólo el de las importantes. Porque, en realidad, todas las mujeres que están luchando, trabajando, tratando de mantener a su familia, sin ser importantes en el sentido de ser famosas, son muy importantes para la sociedad y para las demás mujeres, para el rol de las mujeres y para la humanidad, para la comunidad y sobre todo para la pacificación del mundo” .

La entrañable Dra. Carmen Argibay, alma máter de la filial argentina de la Asociación de Mujeres Juezas Argentinas en oportunidad de ser entrevistada expresó:

“ Cuando me recibí supe enseguida qué era la discriminación, porque mi primer juez, que decía a todo el mundo que yo era la mejor empleada que tenía, no quiso nombrarme secretaria por ser mujer” . “ Hay que defender los derechos de la mujer y pedir igualdad de oportunidades” , fue su primera declaración pública cuando llegó a la Corte Suprema. “ Las mujeres tenemos más los pies sobre la realidad. Además, la justicia es más humana en nuestras manos, menos formal, menos rígida y académica” .

De las Cortes provinciales de Argentina, Córdoba fue pionera en la designación de mujeres en el alto tribunal local, en el año 1982 llega la primera mujer, siendo integrado al año 2015 por tres mujeres entre sus siete miembros, las Dras. Aída TARDITTI, Mercedes BLANC de ARABEL y María Marta CACERES de BOLLATTI.

Este dato contrasta con Buenos Aires, donde recién durante el periodo 1998-2003 el Tribunal Superior de Justicia de CABA fue integrado por dos mujeres las Dra. Alicia RUIZ y Ana María CONDE, siendo al 2015 integrada por tres mujeres, ya que se incorporó la Dra. Inés WEINBERG. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recién lo haría en el año 2002, integrada con una mujer entre sus miembros, la Dra. Hilda KOGAN.

Con respecto al resto de las provincias, en sus Altas Cortes, la de Salta en el año 2014 se conformó con una mujer, la Dra. Susana KAUFFMAN. La de Jujuy se encuentra conformada por su Presidenta la Dra. Clara Aurora DE LANGHE y como vocales mujeres las Dras. María Silvia BERNAL, Laura Nilda LAMAS GONZALEZ y Beatriz Elizabeth ALTAMIRANO. La Suprema Corte de Tucumán tiene solo una mujer a la Dra. Claudia SBDAR, quien integra la sala Contencioso – Administrativo - Laboral. En Catamarca tiene tres integrantes y una sola es mujer, la Dra. Amelia del V. SESTO. En San Luis, el Superior Tribunal, al año 2015 no se registraba incorporación de juezas, al igual que la Corte Suprema de Corrientes. En Chaco, de sus cinco integrantes, son mujeres la Presidenta, Dra. María Luisa LUCAS y la acompañan las Dras. Iride Isabel María GRILLO y Emilia María VALLE. En Entre Ríos, el Superior Tribunal de Justicia tiene siete miembros de los cuales al 2016 su Presidenta es mujer, la Dra. Claudia M. MIZAWAK, y dos ministras más, las Dras. Susana MEDINA y Leonor PAÑEDA. La provincia de Formosa carece de mujeres juezas en su Superior Tribunal y en La Pampa la integran con una sola, la Dra. Elena Victoria FRESCO. La de Mendoza si bien actualmente carece de mujeres en su seno, tuvo como integrante a la Dra. Aída KEMELMAJER. En la provincia de Misiones, el Superior Tribunal está integrado por las Dras. María Laura NIVEYRO y Ramona Beatriz VELÁZQUEZ y Cristina Irene LEIVA, entre sus siete integrantes. El Superior Tribunal de Neuquén tiene una sola integrante, la

Dra. María Soledad GENNARI. El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro goza de la presencia de dos mujeres, las Dras. Liliana PICCININI y Adriana ZARATIEGUI. La Corte provincial de San Juan carece de juezas mujeres. En Santa Cruz, de cinco integrantes se llevan la mayoría las mujeres juezas ya que está integrado por las Dras. Clara SALAZAR, Alicia de los Ángeles MERCAU y Paula LUDUEÑA CAMPO. En Santa Fe, la Corte Suprema, con siete integrantes, sólo tiene una mujer, la Dra. María Angélica GASTALDI y la de Santiago del Estero carece de mujeres. Finalmente Tierra del Fuego, su Superior Tribunal de Justicia tiene al 2016, una sola mujer Ministra como Presidenta, la Dra. María del Carmen BATAINI.

Esto demuestra que al año 2016, la mayoría de las Cortes provinciales, tienen entre sus integrantes por lo menos una jueza mujer, siendo excepcionales los casos en los cuales las mujeres son mayoría, y aquellas que todavía no cuenta con mujeres entre sus integrantes como Chubut, Santiago del Estero, San Juan, San Luis, Mendoza, Formosa y Corrientes.

III. El Poder Judicial de Chubut: ¿qué nos muestra una observación inicial?

Dentro del poder judicial el plantel humano, conformado por mujeres y varones, es el principal recurso dispuesto al servicio de la administración de justicia, pero en Chubut ¿qué cargos y qué fueros ocupan las mujeres dentro de ese plantel? Una primera aproximación a la respuesta nos la otorgan los datos que surgen de la nómina de agentes de la planta permanente de la judicatura¹⁰ actualizada a diciembre de 2016, que se analizó utilizando un método cuantitativo, para demostrar cómo está conformada por sexos. También se examinó al registro de los agentes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública, con datos provenientes de las publicaciones de sus páginas web.

Esto permitió explorar además, si existen tendencias de segregación vertical y horizontal internas, como también, en qué medida las mujeres se encontrarían sub/ o sobre/ representadas en los distintos fueros. De la exploración de datos resultó que el poder judicial chubutense hacia diciembre de 2016 estaba conformado de la siguiente manera:

Cuadro 1 - INTEGRACIÓN POR SEXO

VARONES	MUJERES	TOTAL
675	1059	1734
38,93%	61,07%	

Cuadro 2 - INTEGRACIÓN POR DEPENDENCIAS

Sexo \ Dependencia	Judicatura	MPFiscal	MPDefensa
VARONES	436	136	103
MUJERES	648	181	230
Totales	1084	317	333
VARONES	40,22%	42,90%	30,93%
MUJERES	59,78%	57,10%	69,07%

JUDICATURA (PERSONAL PLANTA PERMANENTE)

Funciones	VARONES	MUJERES
MINISTRO	5	0
ADMIN. GRAL. DEL S.T.J.	1	0
DELEGADO ADMINISTRATIVO	3	1
DIRECTOR OF. JUDIC.	2	4
DIRECTORA DE MEDIACION	0	1
DIRECTORA DE LA OFICINA DE LA MUJER	vacante	vacante
DIRECTORA OFIC.REG. ANTECED. PENALES	0	1
JUEZ DE CAMARA	19	8
SECRET. CONS. MAG.	1	0
SECRETARIO DE OFIC. JUDICIAL.	1	4
SECRETARIO RELATOR	3	8
SECRETARIO STJ	5	3
SECRETARIO DE CAMARA	4	14
JUEZ DE 1RA.INST.	37	30
SECRETARIO DE 1RA. INST.	20	44
SUB - DIR. OF. JUD.	4	1
SUB DIR.ADMINIS.	1	0
SUB DIR.DE RR HH	0	1
TESORERO GENERAL	0	1
PROFESIONAL	28	51
PROFESIONAL JERARQUICO	6	2
ASIST SOC.y PSICOL.	0	10
AUXILIAR LETRADO	5	16
JUEZ DE PAZ 1RA.CATEGORIA	10	6
JUEZ DE PAZ 2DA.CATEGORÍA	12	16
MEDIADOR COORDINADOR	0	4
MEDICO FORENSE	5	3
JEFE DE DEPARTAMENTO	23	16
PROSECRETARIO JEFE	1	2
PROSECR.ADMINISTR.	49	70
OFICIAL SUPERIOR	66	126
OFICIAL	44	88
AUXILIAR SUPERIOR	16	27
AUXILIAR	28	62
OFICIAL MAESTRANZA	10	8
AUXILIAR MAESTRANZA	6	20
CHOFER A/B	21	0
TOTALES	436	648

Si bien dentro del porcentaje total en la provincia de Chubut la proporción de varones es menor (38,93%), aun siendo mayor el de las mujeres (61,07%), ellas no ocupan los cargos de mayor jerarquía dentro de la organización, ya que desde los ministros del Superior Tribunal a los Jueces de Cámara, prácticamente toda la plana mayor está conformada por varones, salvo la Directora de Mediación y la Tesorera General, lo cual muestra una clara segregación vertical del sistema. Segregación vertical que se hace evidente cuando se observa que de 30 camaristas, 22 son varones y tan solo 8 son mujeres.

A medida que se asciende jerárquicamente se visibiliza una menor cantidad de mujeres, si representáramos esto en una pirámide la misma se caracterizaría por tener una base ancha conformada por los puestos más bajos integrada prácticamente por mujeres, y a medida que ascendemos, menos presencia de ellas, hasta llegar a la punta más estrecha de los cargos superiores, en la cual son inexistentes con cargo de ministras, lo cual revela el “techo de cristal” que existe para llegar a ocupar los cargos de mayor prestigio, enunciado por la Dra. Bergallo.

Esto implica que en el nivel superior de la administración de justicia las mujeres del poder judicial chubutense se encuentren sub-representadas, contrariamente con lo que ocurre en los cargos de secretarías relatoras del Superior Tribunal, de Cámara y de Primera instancia, donde las mujeres ocupan 66 de un total de 93 cargos. Esto implica decir que, en definitiva, las mujeres están sub-representadas hacia la punta y sobre-representadas en la base, sobre todo en los cargos de menor jerarquía.

Un razonamiento lógico nos llevaría a pensar que las mujeres están integrando cada vez más los cargos del Poder Judicial y con el tiempo, por ascenso, deberían llegar a ocupar los puestos más altos. Es decir, siendo la proporción de mujeres juezas de primera instancia y secretarías, e inclusive, de secretarías relatoras del Superior Tribunal mayor que la de los varones en ese nivel, ellas tendrían que llegar a los puestos jerárquicos superiores en un par de años. Pero el sondeo presentado demuestra que esto no es tan así, esa progresividad no se dio, ya que el Poder Judicial de Chubut, desde su funcionamiento en 1958, fue integrado con mujeres, y sin embargo, a pesar de los años que transcurrieron desde esa fecha, nunca ocuparon el Superior Tribunal como magistradas, el cargo de Procurador Fiscal o el de Defensor General de la Provincia. Actualmente se encuentra pendiente de aprobación por la Legislatura chubutense, el pliego que presentó el gobernador Mario Das Neves, que postula para el cargo de ministra del STJ a la Dra. Graciela Blanco, actual jueza de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Funciones	VARONES	MUJERES
PROCURADOR GENERAL	1	0
PROCURADOR GENERAL ADJUNTO	1	0
SECRETARÍA LETRADA DE LA PROCURACIÓN GENERAL ADJUNTA	0	1
FISCAL JEFE	2	3
FISCAL GENERAL	13	8
FISCALES	7	3
FUNCIONARIA DE FISCALÍA	17	39
DIRECTORES	6	3
ABOGADA SAAV	3	5
ABOGADO CONTRATADO SECTORES A/B/C	2	4
ASESOR LETRADO	2	0
DELEGACIÓN CONTABLE	2	3
DELEGADO DE INFORMÁTICA	4	0
ASISTENTE SOCIAL	1	6
PSICÓLOGO	4	12
TRABAJADORA SOCIAL	0	4
ADMINISTRATIVO	25	50
ANÁLISIS Y DERIVACIÓN DE CASOS	5	6
AUTORES IGNORADOS	3	1

AUTORES IGNORADOS	3	1
COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL	5	0
COORDINADOR	4	4
CRIMINALÍSTICA	1	2
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PERSONAL	2	0
DEPARTAMENTO CONTABLE	0	1
DEPARTAMENTO DE COMPRAS	1	0
DEPARTAMENTO DE GESTIÓN DE PROYECTOS	0	1
DEPARTAMENTO DE MESA DE ENTRADAS	0	1
DEPARTAMENTO DE SUELDOS	1	0
DEPARTAMENTO DE TESORERÍA	0	1
DESARROLLO DE SISTEMAS	1	0
EQUIPO DE GESTIÓN	0	1
GESTIÓN DE ASUNTOS GENERALES	0	1
GESTIÓN DE CASOS Y EXPEDIENTES	0	1
MÓDULO ADMINISTRATIVO DE APOYO	0	2
OFICINA DE DENUNCIAS	2	0
OFICINA DE IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS	1	0
RESPONSABLE DE LA OFICINA DE COMUNICACIÓN	1	0
SOPORTE INFORMÁTICO RAWSON	1	0
SUBDIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN	0	1
SSAC	8	9
MAESTRANZAS Y CHOFERES	10	8
TOTALES	136	181

En relación a la segregación ocupacional horizontal, dada la falta de información por fueros no fue posible analizarla en la Judicatura, sin embargo, sí fue posible para los Ministerios en donde se advierte que está marcada en los espacios tradicionales, con una mayor concentración de mujeres en los espacios donde se practica el Derecho de Familia.

Se observa como llamativo, que hay paridad de géneros en el Ministerio Público Fiscal, un área vinculada a la esfera penal, donde se han registrado muchas incorporaciones de personal femenino, lo que sugiere una tendencia a la equiparación de las posiciones. Sin embargo el Procurador General es el Dr. Jorge Miquelarena y el cargo inferior inmediato de Procurador General Adjunto está ocupado por otro varón, el Dr. Emilio Porrás Hernández. Los Fiscales Jefes, de un total de 5, cuentan con 3 mujeres. Entre los Fiscales Generales, de un total de 21, cuentan con tan solo 8 mujeres.

MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA

Funciones	VARONES	MUJERES
DEFENSOR GENERAL	1	0
DEFENSOR GRAL. ALTER	1	0
DEFENSOR JEFE	3	2
DEFENSOR DE CAMARA	0	1
DEFENSOR OFICIAL	17	21
ASESOR CIVIL	1	10
SEC DE CAMARA	0	1
SECRETARIO PUBL	3	1
SECRETARIO RELATOR	2	2
SUB DIR DE ADMINISTR	1	1
SUB DIR DE RRHH	0	1
ASIST SOCIAL JEFE	0	3
ABOGADO ADJUNTO	18	55
ASIST SOC y PSICOL	3	18
PROFESIONAL 1	3	9
PROFESIONAL 2	2	0
PROFESIONAL 3	1	6
PROFESIONAL 4	0	7
PROFESIONAL 5	2	8
JEFE DE DEPARTAMENTO	1	6
PROSECR ADMINISTRATI	12	17
AUXILIAR SUPERIOR	4	7
AUXILIAR	4	12
OFICIAL SUPERIOR	7	22
OFICIAL	8	14
OFICIAL MAESTRANZA	2	4
AUXILIAR MAESTRANZA	0	2
CHOFER A/B	7	0
TOTALES	103	230

Centrándonos en el análisis del Ministerio de la Defensa Pública, advertimos que según un informe presentado en marzo de 2016, el 80% de la materia que lleva adelante el ministerio está referida a cuestiones de familia, siendo la restante penal y de derechos humanos. Valga esta aclaración para tener en cuenta, que este ministerio es el que concentra el mayor número de mujeres, superando inclusive al número de varones salvo, su cúpula. El cargo de Defensor General está ocupado por el Dr. Sebastián Daroca, dicho puesto, desde su creación, nunca fue ocupado oficialmente por una mujer e inclusive el cargo inmediato inferior de Defensor Alterno también es ocupado por un varón, el Dr. Jorge Benesperi, más aún, el examen ante el Consejo de la Magistratura evalúa con temario de competencias penales. Los cargos de Defensores Jefes son prácticamente ocupados todos por mujeres, ya que de cinco cargos, sólo el de la jurisdicción de Esquel lo ocupa un varón, el Dr. Tambusi. Entre los Defensores Públicos que se desempeñan antes las instancias inferiores, de 38 cargos, 21 son mujeres y 17 son varones, pero no puedo dejar de obviar que este ministerio desarrolla funciones en materia penal lo que supone por el fuero una equiparación de puestos laborales. Sin embargo en lo referente al cargo de Asesoras de Familia, 10 de 11 cargos pertenecen a mujeres. También es importante destacar que 55 de

los 73 cargos de Abogados Adjuntos los ocupan mujeres y 8 varones, y 30 mujeres, entre los 38 profesionales abogados (categorías 1 a 5).

Este somero análisis, nos da un panorama general sobre la distribución de las mujeres en la justicia chubutense y, su ubicación dentro de la jerarquía institucional nos permite apreciar alguna tendencia donde hay una mayor concentración femenina, en la Judicatura o en los Ministerios.

Los datos sondeados demuestran una desigualdad de género y para explicar la misma, podríamos apelar a las distintas teorías de género que nos permitirían pensar sus posibles causas. La teoría de la *asimilación* interpreta que estas desigualdades, son sólo el producto de la reciente incorporación de las mujeres en la profesión y por lo tanto con el mero transcurso del tiempo y su progresiva inserción las desigualdades irán desapareciendo, es decir que estaría provocada sólo por una cuestión de tiempo.

Para la *teoría de las elecciones*, se interpreta que son las inversiones que mujeres y varones realizan profesionalmente, en educación y entrenamiento profesional, lo que llevaría por una cuestión biológica a las mujeres a elegir entre las responsabilidades familiares frente al propio avance en la carrera profesional, los hombres concentrarían su atención en la formación y especialización profesional¹. Dentro de esta teoría encontramos las que explican las elecciones desde el feminismo cultural y la socialización; donde las mujeres optan por áreas de la carrera vinculadas a la vida privada familiar, como es el derecho de familia o puestos de trabajo que les permitan lograr un balance entre su vida familiar y laboral y a diferencia del feminismo cultural, las teorías de la socialización consideran que hombres y mujeres tienen diferentes intereses, valores y formas de pensar, diferencias que son socialmente creadas y reforzadas a lo largo de la vida.

Finalmente, otro debate de género tiene en cuenta las decisiones de los empleadores o de factores basados en la demanda (discriminación o restricciones). Las diferencias serían entonces el resultado de prácticas discriminatorias deliberadas o de diseños y estructuras organizacionales que fomentan condiciones desiguales en el empleo de hombres y mujeres². Una discriminación intencional, como no emplear mujeres por las cargas sociales o por el plazo de licencia en caso de embarazo, o como ocurrió en el caso “Freddo”³, por falta de fuerza física para cargar los baldes de helado. A lo que se suma el sistema de elección de las personas que ocuparán los cargos vacantes, ya sea mediante la intervención de órganos externos como el Consejo de la Magistratura u otros mecanismos, a través de los que se incurrirían en restricciones de este tipo.

Ahora bien, del análisis de la conformación del Poder Judicial de Chubut surge la posibilidad de que varios de los aspectos de cada una de las teorías someramente referenciadas sirvan para explicar la desigualdad de género existente, ya que es posible que varios factores interactúen entre sí.

¿Es probable que la falta de presentación de las mujeres en los concursos del Consejo de la Magistratura se deba a que se hayan postergado por las cargas familiares y estén a la espera de una nueva reorganización familiar que les permita más tiempo para dedicarse al estudio de un examen de esas características? ¿cuáles serían los factores posibles que estarían motivando esta discriminación? Está verificado en justicia de Buenos Aires, que las mujeres juezas de primera instancia han llegado a ser juezas de Cámara en una edad más tardía cuando prácticamente las responsabilidades familiares habían desaparecido.

También habría que investigar en nuestra provincia, si la segregación puede deberse – como lo propone Bergallo – al sistema de selección o elección los cargos, que en Chubut se realiza mediante el Consejo de la Magistratura, el cual siempre estuvo conformado en su mayoría por varones y tuvo una sola vez una presidenta mujer, la Dra. Silvia Alonso, desde el inicio de sus funciones en 1995, para determinar si el sistema de elección que utiliza, el sexo de quienes integran los jurados, los juristas invitados a los exámenes, y si los consejeros que lo componen utilizan la perspectiva de género en las evaluaciones y esto, puede haber

influido de alguna manera en la selección de las personas a los cargos vacantes de mayor jerarquía.

No obstante, el sistema de designación para cumplir con las más altas funciones en el Poder Judicial, está delegado exclusivamente en el Poder Ejecutivo Provincial, en virtud del art. 155 inc. 9 de la Constitución Provincial, por lo que la carrera judicial o los méritos profesionales que se hayan logrado a lo largo de los años en el desempeño laboral, serán solo algunos de los aspectos a tenerse en cuenta, pero sin participación más que de la Legislatura Provincial en su aprobación, ya que no es vinculante para la aprobación del pliego la opinión de la ciudadanía, de organizaciones no gubernamentales o de otras instituciones.

IV. Conclusión

Históricamente es evidente que la participación social, académica, laboral de las mujeres fue progresiva, ha sido el resultado de todo un proceso de transformación en distintas áreas del pensamiento en torno a su valoración individual y social y de su rol como punto de confluencia en todos los órdenes, muchas veces por crueles necesidades sociales, como ocurrió durante y después de la Segunda Guerra Mundial.

Su integración en el Poder Judicial en la Argentina, nos muestra que el acceso femenino a un espacio de poder (definido desde la masculinidad) es arduo, de mayores exigencias, en tiempos más prolongados, haciéndose prácticamente inaccesible reflejando el techo de cristal. Lo demuestra que en nuestro país, pasaron casi cincuenta años entre la primera mujer recibida en Derecho y el primer acceso de una mujer a la Magistratura y más de 40 años para que se nombrara democráticamente una Jueza en la Corte Nacional. Muchas provincias todavía no han hecho ese honor, Chubut es una de ellas.

Han transcurrido casi 60 años, y existe únicamente en nuestra provincia un solo pliego con la propuesta de una sola mujer para ocupar el cargo de magistrada del STJCh. Tal vez pase tiempo para que el mismo sea considerado y quizás aprobado, ya que la invisibilización que existe de la mujer en relación al tema -aunque algunos opinen que es una cuestión obvia- de restar importancia a su presencia en cargos de jerarquía y la falta de capacitación en cuestiones de género – de manera de contra/restar la visión androcéntrica que impera también en el sistema judicial- coadyuvan para generar una grieta más profunda a su posibilidad de acceder a dichos cargos.

En Chubut, se produce una réplica en la construcción de la arquitectura de género del Poder Judicial en Argentina, la pirámide muestra como las mujeres ocupan los cargos más bajos, pocas están en las Cámaras de Apelaciones y ninguna estuvo nunca en el Superior Tribunal. Las fuerzas de resistencia son evidentes, aunque se argumente que su incorporación pueda hacer una diferencia en los juzgamientos.

Desde lo normativo, el panorama actual en el Poder Judicial de Chubut incumple con destacados documentos internacionales, entre ellos, la Convención de Eliminación de la Discriminación de la Mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (1995)⁴. La primera nos imponen la obligación como Estado de adoptar todas las medidas y decisiones que permitan evitar la discriminación en contra de la mujer, absteniéndose de incurrir en todo acto o práctica apoyado en la idea de inferioridad o superioridad basado en funciones estereotipadas socioculturales; en especial el art. 7 inc. b), el art. 11 fundamentalmente el inc. b) en referencia al empleo laboral de las mujeres. El Protocolo Facultativo permitiría realizar por persona o grupos de personas afectadas la denuncia al Comité de la CEDAW y, comunicar e informar la situación de discriminación negativa en la que incurre el Estado. Argentina es Estado parte de ambos documentos internacionales, por lo que considero que Chubut tiene responsabilidad refleja, en virtud del art. 128 de la Constitución Provincial.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer (1993) conjuntamente con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Belem Do Pará (1994)⁵, ya que no tener en cuenta a una profesional abogada para altos cargos del Poder Judicial del Estado Provincial, como recientemente ocurrió, podrían ser considerados actos violentos en contra del derecho a la dignidad y libertad laboral, de los cuales en un pie de igualdad, deben gozar las mujeres con sus pares, los varones, teniendo en cuenta la convicción de que el servicio de justicia podría ser más justo, equitativo y eficaz por el impacto que causa la presencia y voz de las mujeres.

Por lo tanto, espero que el presente trabajo nos haga reflexionar acerca de la importancia de la deuda pendiente que tenemos en el cumplimiento de nuestros compromisos constitucionales en materia de no discriminación de la mujer y emprender un camino de cambio, para efectivizar, no sólo una igualdad laboral todavía no concretada en el acceso a los cargos de mayor jerarquía de las mujeres en el Poder Judicial de Chubut, sino además, una mayor legitimidad social de dicho Poder Estatal por la democratización que implicaría su designación.

V. Bibliografía:

- Bergallo, P. (2005). *¿Un techo de cristal en el poder judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires*. En Motta, C. y Cabal, L. (comps.) *Más allá del Derecho: justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Bergallo, P. (2007a). *El techo de cristal en la selección de jueces*. Contribución al Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas. Buenos Aires, UBA, Abril de 2007.
- Boigeol, A. (2005). *Las mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura*. Revista Academia. Año 3, Num.6: 3-25.
- Facchi, A. (2005). *El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dah*. Revista Academia. Año 3, Num. 6: 27- 47.
- Gastiazoro, M. E. (2008). *La concentración de las mujeres en la administración de justicia*. Anuario XI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Num. 11: 705-721.
- Gastiazoro, M. E. (2007a). *Diferencias de género en la profesión jurídica*. Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Num. 10: 680-694.
- Gastron, A. (1993). *Situación actual de la mujer en el poder judicial Argentino*. Argentina: Premio Coca-Cola en las Artes y Ciencias.
- Gherardi, Natalia y Carla Zibecchi (2011). *El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?*. Revista Política, Vol. 49 N° 1 (2011), págs. 107-138.
- Kohen, B. (2008). *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Kohen, B. (2006a). *The Family Law Judges of the City of Buenos Aires, A View from Within*. Contribución al Law and Society Association Annual Meeting, Baltimore.
- Kohen, B. (2005a). *¿Dónde están las profesionales del derecho en la Ciudad de Buenos Aires?*. Revista Academia. Num. 6: 245-256.
- Kohen, B. (2005c). *Más mujeres en la justicia: los argumentos más frecuentes*. Revista Academia. Num. 6: 331-337.
- Mackinson, G. y Goldstein, M. (1988). *La magistratura de Buenos Aires*. Buenos Aires: Literaria Jurídica
- Mackinnon, C. (2014). *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Malleson, K.(2003). La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona. Revista Jurídica Universidad de Palermo, Año 8, N°1, p. 35 a 56.

Morgade, G. (2010). Mujeres que dirigen poniendo el cuerpo: poder, autoridad y género en la escuela primaria. Buenos Aires: Paidós.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. <http://www.csjn.gov.ar>

Poder judicial de la Nación. <http://www.pjn.gov.ar>

Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. <http://www.scba.gov.ar>

Organización Unidos por la Justicia: www.unidosporlajusticia.org.ar

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género: <http://www.ela.org.ar/>

¹ Hobsbawm, E., (2009). *La era de la revolución: Europa 1789 – 1848*. Bs. As.: Crítica- Grupo Editorial Planeta. 1ra. Reimpresión. http://www.elsarbresdefahrenheit.net/documentos/obras/2220/ficheros/Eric_Hobsbawm_La_Era_de_Las_Revoluciones_1789_1848.pdf.

² Morgade, G. (2010). *Mujeres que dirigen poniendo el cuerpo: poder, autoridad y género en la escuela primaria*. Buenos Aires: Paidós.

³ Mackinson G. y Goldstein, M., (1988). *La Magistratura de Buenos Aires: estudio sociológico*. Bs.As: Literaria Jurídica; Gastrón, A. (1991). *La situación actual de la Mujer en el Poder Judicial argentino*. Monografía, Premio Coca Cola. Bs. As: Artes y Ciencias; Fucito, F. (2002). *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*. Bs.As: Fondo de Cultura Económica; Kohen, B. (2008). *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*. Bs As: Ad Hoc; Bergallo, P. (2005). *¿Un techo de cristal en el poder judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires*. En Motta, C. y Cabal, L. (comps.) Más allá del Derecho: justicia y género en América Latina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Bergoglio, M. (2003). *Argentina: The effects of democratic institutionalization*, en Legal Culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe, Lawrence M. Friedman y Rogelio Perez Perdomo (eds). Stanford; Barrera, (2012); Kohen, B., Maffía D. y Ruiz, (2016) *El género de la justicia porteña. Percepciones sobre la desigualdad*.

⁴ Proyecto Equal “ En clave de culturas”, (2007). Glosario de términos relacionados con la transversalidad de género, Recuperado de <https://www.um.es/estructura/unidades/u-igualdad/recursos/2013/glosario-terminos.pdf>. La **Segregación vertical** es la concentración de mujeres o de varones en grados y niveles específicos de responsabilidad, puestos de trabajo o cargos. Cuando al mismo nivel de formación y experiencia laboral se opta por la candidatura masculina para los puestos de jefatura y dirección.

⁵ Idem ant. La Segregación horizontal es la concentración del número de mujeres y/o de varones en sectores y empleos específicos. Es lo que conocemos por “trabajos típicamente femeninos” (secretarías, enfermeras, maestras, etc) y “trabajos típicamente masculinos” (mecánicos, choferes, ingenieros en petróleo, etc).

⁶ Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores, 2002. *Una Corte para la Democracia*. Buenos Aires: http://www.cels.org.ar/common/documentos/corte_1.pdf; y el Decreto Nacional N° 222/03.

⁷ Ibidem nota 3.

⁸ Kohen, B. (2005). *¿Dónde están las profesionales del derecho en la Ciudad de Buenos Aires?*. Revista Academia. Num. 6: 245-256; Idem (2008). *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*. Buenos Aires: Ad Hoc.

⁹ La Nación, 27-11-2004.

¹⁰ www.juschubut.gov.ar

¹¹ Becker, G., (1983). *El capital humano*. Alianza Editorial.

¹² Bergallo, P. ídem 2005.

¹³ <http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/Caso%20Freddo.pdf>

¹⁴ Aprobado por Argentina por Ley 26171, publicada en el B.O. 11/12/2006.

¹⁵ Aprobada por Argentina el 1/4/1996.

Avanzando hacia una reforma procesal en el fuero de Familia de la Provincia de Chubut

ACTUALIDAD

por María Marta Nieto

Abogada (Universidad Católica de La Plata). Juez de Familia de Comodoro Rivadavia, Chubut. Coautora del Anteproyecto de Código Procesal de Familia para la provincia de Chubut, presentado ante el Superior Tribunal de Justicia. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Docente universitaria (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, Derecho Civil V -Familia y Sucesiones- y Derecho Procesal y Civil y Comercial). Consejera en la Escuela de Capacitación Judicial del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

“ El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para los valientes, es la oportunidad” .

-Victor Hugo-

I.- Introducción

Compartiendo la opinión de la Dra. Patricia Bermejo (Juez de Cámara de CABA) podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que *es una aspiración de todo jurista lograr soluciones para la comunidad*, así, ya sea a través del derecho o de la jurisprudencia se ambiciona resolver de manera rápida y adecuada los conflictos llevados a la jurisdicción. Y con ese propósito, como veremos en esta exposición, desde el derecho procesal se han efectuado diversos aportes.

Así, el rol de los operadores judiciales en estos tiempos frente a una sociedad que exige respuestas urgentes, es dar pronta seguridad jurídica, amparo frente al desamparo, tutela frente a la indefensión, abriendo las compuertas de la jurisdicción y garantizando las libertades fundamentales a todos los habitantes.

Los operadores del derecho desde hace varios años que venimos diciendo que las normas deben marchar al compás de los hechos sociales, por cuanto, cuando el derecho no

acompaña la evolución de la sociedad, se transforma en normas obsoletas e ineficaces. Cada época histórica, tiene un contexto social, cultural, moral y económico propio y cuando se produce la discordancia entre la norma escrita y los cambios sociales, quienes trabajamos en pos de la justicia debemos reflexionar, colaborar y readaptar las normas jurídicas a las nuevas demandas y necesidades de los ciudadanos para recomponer ese quiebre, sobre todo cuando se trata de sectores vulnerables como puede implicar el colectivo familia: niñas, niños, adolescentes, discapacitados y ancianos.

Esta necesidad de actualización legislativa, que recoge la profusa jurisprudencia de nuestra provincia, tiene como origen un mandato convencional, que deberá concretarse en una tutela judicial efectiva, a través de los arts. 7, 8, 9 y 25 de la Convención Americana.

Como reflejo de esto, nuestro flamante Código Civil y Comercial Unificado (ley 26.944), que nos rige a partir del 1° de agosto de 2015, contiene una cantidad de normas dedicadas al activismo judicial, la dinamicidad y flexibilidad de los procesos, la obligatoriedad de la disminución de los tiempos judiciales, que nos obliga a repensar en materia de familia, las instituciones procesales con las que contamos actualmente en nuestra Provincia, como la Ley de Protección Integral de la Familia III N° 21 y el Código Procesal Civil y Comercial provincial de aplicación suplementaria a aquélla en más del cincuenta por ciento de las contingencias y/o incidencias que se dan en el transcurso del proceso.

Entonces, con lo ganado en la experiencia durante los más de quince años de creación del Fuero de Familia en la Provincia, llegó la hora de preguntarnos si no es necesaria la actualización de las normas procesales, a fin de concretar el principio de tutela judicial efectiva al que tanta relevancia le da el Código Civil y Comercial.

Y en este camino, venimos trabajando muchos de los funcionarios judiciales de la Provincia de Chubut. Es que las acciones del Estado destinadas a poner en vigencia la realización de los derechos de las personas, que fueran enmarcadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus fallos, obliga también al Poder Judicial, como responsable de esa política estatal, a la construcción de nuevos diseños o herramientas para la realización de los derechos de cada una de las familias, con el fin de concretar efectivamente esos derechos.

II.- Sobre el contenido de la reforma procesal de familia

En estos últimos cinco años en el ámbito de la Provincia, varias voces se han escuchado y artículos se han escrito sobre la falta de concordancia entre algunos Institutos del Derecho de Familia –como capacidad, restitución de niños y niñas, etc.- con la legislación provincial. Así, no fueron pocos los jueces que en sus resoluciones o abogados en sus peticiones, que advirtieron la necesidad de adaptar las formas procesales a los nuevos principios que rigen el proceso de familia, procurando evitar caer en el rigorismo formal habitual del proceso civil. En tal sentido, si bien la legislación procesal en materia de familia de la Provincia de Chubut ha sido pionera en el país, ante la ratificación de distintos Tratados Internacionales y los cambios sociales, debe ser actualizada, lo cual es una verdad innegable.

Impulsados con ese objetivo, un equipo de trabajo conformado espontánea y voluntariamente hemos diseñado un Anteproyecto de Código Procesal de Familia, procurando regular todas las contingencias procesales que se dan en el transcurso del Proceso de Familia, en el entendimiento que la actualización que requiere la Ley Provincial –III N° 21- comprende no sólo su adaptación a las nuevas normas contenidas en el Código Civil y Comercial, sino a todo aquello que la norma provincial no regulaba expresamente.

Elo así, porque la experiencia forense de las distintas circunscripciones judiciales, ha demostrado que al dejar al arbitrio del juez la aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial de Chubut, en todas aquellas cuestiones no reguladas en la ley específica,

provoca una colisión entre la oralidad y la oficiosidad del proceso de familia con el proceso escriturario y dispositivo del proceso civil, el cual, lejos se encuentra de contener normas que permitan procesos rápidos y eficaces a la luz del principio de tutela judicial efectiva.

Cabe destacar que la labor no es *ex novo*. Se orientó a la adecuación del “*Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia*” elaborado a requerimiento de la Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, por las Dras. Mabel de los Santos, Marisa Herrera y Ángeles Burundarena. Fue su bastión útil, pero tuvo en cuenta: las particulares características y necesidades sociales de las familias de nuestra Provincia, continente también de extranjeros y pueblos originarios; la específica estructura institucional del Poder Judicial de Chubut y sus Ministerios, y la experiencia transitada por todos los que participaron desde el año 1999, en la implementación de la Ley III N° 21, la que supo resolver muchas cuestiones vinculadas a la problemática familiar, pero que hoy se encuentra en crisis de revisión por esa disonancia de la cual venimos discurriendo.

Ahora bien, esa adaptación o ajuste resulta necesario, más allá de la labor encomiable de los juristas del Código Modelo, porque en nuestra Provincia la experiencia que nos legó aquella Ley III N° 21 debía ser aprovechada, dados los esfuerzos y la construcción realizada por nuestros tribunales durante años, pero que fue demostrando a la par sus falencias. En esa tarea donde el Código Modelo se constituye en guía de un nuevo pensamiento de la materia procesal, y sin caer en el prurito de pretender ser originales a todo trance, se procuró mediante modificaciones (sistemática, numeración de artículos, supresión de capítulos, unificación de artículos, concordancia y sintaxis) mayor y más precisa reglamentación de alguno institutos, el agregado de otros por la incorporación de nuevas tecnologías, como la digitalización procesal, no previstos en aquel.

Entre otras fuentes normativas destacadas para la labor, tomamos en cuenta el Código Procesal Civil para Iberoamérica y su actualización, dispuesto para la realidad latinoamericana, nacido en el seno del Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de Río de Janeiro de 1988, actualizado en el año 2008, tendiente a lograr algún día la tan ansiada unificación de la legislación procesal para Latinoamérica.

Los Códigos procesales de Uruguay, el Código del Proceso Civil de Brasil (reformado en 1994) y de Portugal (reformado en 1997), los Códigos Procesales más modernos de nuestro país, como referencia de experiencia también y el recientemente promulgado, Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba (Ley provincial 10.305 del 23/09/2015); las conclusiones de diversas Jornadas de Derecho Procesal que se vienen realizando en nuestra Provincia desde hace años, las cuales han sido asistidas magistralmente por juristas de la talla de los Doctores Augusto Morello, Mabel de los Santos, Roberto Berizonce, Patricia Bermejo, Jorge Peyrano, Angélica Gelli, Roland Arazi, Jorge Rojas, Mario Kaminker, Edgar Baracat, entre otros.

De todo ese material, seleccionado y concordado, la propia impronta, la experiencia diaria, las necesidades requeridas por las personas justiciables, surgió el anteproyecto que elevamos al Superior tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, para la sanción final del Código Procesal de Familia para Chubut.

En cuanto a los principios que informan el Anteproyecto y los aspectos técnicos más salientes, merecen destacarse:

a) Los Principios que se destacan y refractan de todo el texto son: el acompañamiento judicial, la conciliación, la intermediación, oralidad, oficiosidad, celeridad y concentración, buena fe, colaboración, solidaridad probatoria, el protagonismo de las partes en la resolución de sus propios conflictos, en pos de la concreción del ápice de la tutela judicial efectiva.

b) Las fuentes de interpretación de su texto deben ser la Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional, entre ellos las Opiniones Consultivas, la Observaciones Generales, los informes y las recomendaciones internacionales,

la jurisprudencia internacional de derechos humanos en las condiciones de su vigencia y la Constitución Provincial.

c) Especial consideración por el lenguaje técnico jurídico, utilizando construcciones sintácticas sencillas, simples y comprensibles respondiendo a la situación particular de los justiciables y de género, incorporando de esta manera la filosofía y mandatos de las 100 Reglas de Brasilia (a la que adhirió nuestra Provincia) y la Carta de Derechos del Ciudadano, Ley V N° 108.

III.- Estructura del Anteproyecto:

Consta de un Título Preliminar, conteniendo los principios que rigen en el proceso de familia, ya sea en el ámbito judicial, como en el administrativo. Luego, se divide en tres Libros, uno dedicado a la parte general de todo proceso, regulando las contingencias procesales que pueden suscitarse en cualquiera de estos; otro que regula los procesos de conocimiento generales, los que de acuerdo a su complejidad y amplitud de debate, han sido denominados: plenario, abreviado y urgente, y un último Libro que regula los procesos especiales del fuero de familia, como divorcio, alimentos, filiación, autorizaciones, restitución internacional de niñas niños y adolescentes, violencia familiar, determinación de la capacidad jurídica, medidas de protección, controles de internación, etc.

Efectuado este paneo general de la estructura propuesta, advertimos sobre las notas más salientes y novedosas que cabe relevar:

a) En oportunidad de regular sobre **competencia judicial**, se previó expresamente al *centro de vida* de las niñas, niños y adolescentes o personas con capacidad restringida, como determinante para la competencia territorial múltiple respetando el acceso a la jurisdicción sin obstáculos y la intermediación del juez.

b) En **recusaciones y excusaciones** al igual que en el fuero laboral, se reguló sólo la posibilidad de recusar con causa, eliminándose la alternativa de recusar sin causa, en pos de concretar la celeridad procesal y recogiendo las directivas emanadas del Superior Tribunal en cuanto a la interpretación restrictiva del instituto que aparta al juez natural de la causa.

c) En la materia vinculada a las partes, expresamente se reguló la participación de las niñas, niños y adolescentes con **patrocinio letrado**, como asimismo las personas con capacidad restringida previendo su asesoramiento desde el comienzo mismo del trámite judicial, incorporando no sólo los mandatos del CCyC sino los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

d) En cuanto a los **actos procesales**, se le dio preeminencia a la facultad del Superior Tribunal de Justicia de reglamentar la presentación de escritos por medio electrónico y al principio de despapelización de los procesos.

e) Al momento de contemplar las **audiencias** en general, se le dio marcada importancia al principio de intermediación, a la oralidad y al principio de asistencia personal, disponiendo la obligación del juez de respetar el principio de economía procesal, concentrando la mayor cantidad de actos procesales en una misma oportunidad.

f) En el tema de **notificaciones** se incluyó aparte de las notificaciones digitales, la posibilidad de que las partes pacten un medio de notificación distinto. Asimismo se reguló la posibilidad de que todas las notificaciones que deban efectuarse por cédula, pueda ser reemplazadas por carta documento u acta notarial y se previeron otros domicilios con el fin de concretar la notificación.

g) En lo vinculado al **tiempo** de los actos procesales, predominó un sesgo de acortamiento de los mismos y simplificación de actuaciones como por ejemplo el recurso de apelación y la interposición conjuntamente con su fundamentación, la obligación de señalar audiencia

en el mismo acto en que, por la razón que fuera, se suspende la determinada originariamente, simplificando su notificación y evitando los “*tiempos muertos*” del proceso.

h) En materia de **prueba**, se receptaron los principios de amplitud, dinamicidad en las cargas probatorias, flexibilidad y el reemplazo de testigos para la prueba **testimonial** hasta el mismo momento de la audiencia de vista de causa. En la prueba **informativa y documental** se reguló la posibilidad de los letrados patrocinantes y apoderados de requerir los informes o documentación directamente, sin necesidad de la previa solicitud judicial. Se eliminó la prueba confesional, contemplándose una **declaración de parte** con un interrogatorio libre entre las mismas y otros intervinientes en la audiencia.

i) En las **medidas cautelares**, se innovó regulando la **tutela jurisdiccional anticipada**, aparte de regular las medidas cautelares tradicionales con las particularidades del fuero de familia. En este sentido, resulta válido recordar al Dr. Edgard Baracat quien respecto a la tutela anticipada ha afirmado en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Jujuy 2015) que “... no sólo tiende a evitar un daño, sino también a evitar el recrudecimiento de un daño ya provocado. Previene un daño que va a producirse y el agravamiento del producido”, concretando la filosofía de nuestro Código Civil y Comercial de prevención de daños.

j) En materia de **recursos** la pauta novedosa es que se dispone el recurso de apelación como el central en los procesos, unificándose prácticamente el plazo, salvo casos muy excepcionales y debiéndose fundar en el mismo acto de su interposición. La revocatoria por cuestión irrita o denominada extraordinaria. Asimismo se ha regulado la oralidad en la segunda instancia, dándole facultad a la Cámara de Apelaciones para que procure la solución consensuada del conflicto aún esa instancia, como reforzamiento de tutela efectiva e intermediación. Finalmente, se han acortado los plazos de dictado de resoluciones en ambas instancias.

k) En cuanto a las **ejecuciones de las resoluciones judiciales**, se ha atendido que las mismas se efectivicen en el menor tiempo posible respetándose el debido proceso. Por ello, se han ampliado las facultades de los jueces a fin de aplicar **sanciones pecuniarias y no pecuniarias** que tiendan a vencer la resistencia del incumplidor.

l) En los **procesos de conocimiento**, se utilizó otras denominaciones para los mismos dejando atrás términos como ordinarios o sumario que no reflejaban un real proceso de familia. En aplicación del principio de conciliación e intermediación, se dispuso una etapa previa a desarrollarse ante el Consejero de Familia, figura nueva en nuestro sistema judicial, pero que conforme la experiencia recolectada en la Provincia de Buenos Aires y en Mendoza, ha dado exitosos resultados en resolución pacífica de los conflictos de familia. Al respecto, se dispuso una cláusula transitoria que prevé que continúe la vigencia de la etapa de avenimiento de la ley III N° 21, hasta tanto se concrete la incorporación de esta figura en todos los juzgados de Familia de la Provincia, pasando a ser esta etapa de avenimiento, una etapa voluntaria para las partes, conjuntamente con la mediación.

ll) En cuanto a la **estructura de los procesos**, se mantiene la forma mixta del proceso de familia, con una etapa introductoria -postulatoria- mínima escrita y luego la etapa de debate oral superlativa, con un sistema de dos audiencias con especial consideración de la conciliación, una preliminar donde se resuelven las cuestiones previas, se delimita el objeto del proceso y las pruebas que habrán de producirse en la audiencia de vista de causa, manteniéndose, a su respecto, las disposiciones de la Ley III N° 21.

m) Se incorpora como necesario y coadyuvante, un proceso administrativo de protección integral de derechos y el control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por dichos organismos. Se adecuó así la norma procesal de la provincia, a la Ley Nacional N° 26.061 y al vigente Código Civil y Comercial Unificado, que en su art. 607 deja en manos de los órganos administrativos de protección de derechos dicha facultad.

IV.- Conclusión:

Contamos con un nuevo Código Civil y Comercial, que contempla las nuevas realidades. Necesitamos, a nivel provincial, contar con herramientas que estén legitimadas por esas normas de fondo. Para ello, la reforma o adecuación de las normas, parte del supuesto necesario de que para cambiar el sistema procesal, debe crearse una verdadera voluntad de reformar, de acuerdo con los principios señalados.

La concreción de ello, debe fortalecerse tanto a nivel de las autoridades encargadas de estudiar y lograr la reforma, como de aquellos que van a ser los destinatarios de la misma, principalmente las partes del proceso, los jueces, sus auxiliares, los abogados, y otros partícipes necesarios como organismos administrativos.

Debemos concientizarnos que no se trata de simples reformas procedimentales, sino que el éxito de sus postulados reside en el consenso de su necesidad con el fin de alcanzar una mejor justicia.

Para ello, este es el momento de movilizarse por el principio de tutela judicial efectiva, como rector de todos los procesos que involucren a la familia, por cuanto ya no nos quedan excusas. Debemos seguir construyendo el cambio, ese es nuestro paradigma.

Encuentro Provincial de Jueces de Paz

ACTUALIDAD

A partir de las 10.00, del jueves 9 de marzo del corriente, en la sede de la Escuela de Capacitación Judicial en la ciudad de Rawson, dio comienzo el “ Encuentro Provincial de Jueces de Paz” . Se desarrolló entre el 9 y el 11 de marzo de 2017 y contó con la presencia de casi un centenar de personas entre jueces de paz titulares y suplentes, más funcionarios y empleados del Poder Judicial.



APERTURA

El acto de apertura estuvo a cargo del titular de la ECJ y ministro de la sala civil del STJ, Dr. Mario Vivas, quien dio la bienvenida agradeciendo la presencia de los asistentes y puso de relieve la importancia de la función que se desarrolla a través de la justicia de paz.

En tanto el Dr. Marcelo Guinle, en su carácter de Vicepresidente del STJ, también se dirigió a todos los presentes destacando que el pleno de la corte provincial había encomendado al Dr. Vivas que recorra las distintas jurisdicciones del interior provincial (fueron más de 7.000 kilómetros) donde se encuentran los juzgados de paz a fin de relevar necesidades, dialogar con sus integrantes para interiorizarse de la problemática general y promover las mejoras necesarias, tanto en conectividad informática, capacitación e infraestructura.

También estuvieron presentes en la oportunidad los ministros Alejandro Panizzi y Miguel Donnet, quienes fueron acompañados por el Procurador General, Jorge Miquelarena y el Defensor General, Sebastián Daroca.





CRONOGRAMA

La actividad fue organizada por la Escuela de Capacitación Judicial y por el STJ y tuvo un cronograma de trabajo en el que se trataron, con todos los jueces de paz de Chubut durante tres días, temas tales como: “Violencia de Género. Oficina de la Mujer, lineamientos generales de su funcionamiento”. “Dirección de Migraciones/Autorización de viajes al exterior”. “Función notarial de los jueces de paz”. “Ley de marcas y señales”. “Proceso Contravencional”. “Registro de personas. Procedimientos”. “Reglamento interno”. “La Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y Derecho de Familia”. “Violencia Familiar”. “Herramientas para la resolución de conflicto”. Habrá tres paneles: “Tasa de Justicia”. “El rol del Juez de Paz en el Poder Judicial de Chubut” y “La Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y Derecho de Familia”. Sobre el final del evento, el día sábado, hubo un espacio para el debate y las conclusiones.

Cronograma de trabajo

Jueves 9 de marzo

9.30 Acreditaciones

10.15 Apertura de las Jornadas: Dres. Mario Vivas, Marcelo Guinle, Miguel Donnet, Alejandro Panizzi, Jorge Miquelarena, Sebastián Daroca

10.30 Violencia de Género. Oficina de la Mujer, lineamientos generales de su funcionamiento. (Dra. Silvia Alonso)

14.00 Panel: Tasa de Justicia. (Dr. Héctor Capraro y Dra. Ligia Pérez)

15:15 hs: Dirección de Migraciones - Autorización de viajes al exterior (Dres. Alberto Kohen y Carlos Marín).

16.45Hs. Función Notarial del Juez de Paz. (Escribana Norma Trucco)

Viernes 10 de marzo

8.30 hs. Ley de Marcas y Señales. (Nidia Monsalbe/Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de la Producción y representante de SENASA)

10.45 Proceso Contravencional (Dra. Marcela Pérez Bogado)

14.00 Registro de personas. Procedimientos. (Dra. Llanes)

16.45 Panel: El rol del juez de paz en el Poder Judicial del Chubut. (Dr. Mario Vivas). El rol del juez de paz en el Reglamento Interno (Cra. Marina Abraham)

Espacio para preguntas y debate.

Sábado 11 de marzo

8.30 Panel: La Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y Derecho de Familia. (Dra. María Marta Nieto). Violencia Familiar. (SAVD). Herramientas para la resolución de conflicto. (Dra. Ana Inés Grange).

11.15 Espacio para conclusiones y debate.

Entrevistas

ACTUALIDAD



Durante el evento que reunió a todos los jueces de paz de la provincia del Chubut y que se llevó a cabo en la Escuela de Capacitación Judicial del Superior Tribunal de Justicia, la Agencia de Comunicación Institucional (ACI) dialogó con seis jueces de paz a fin de conocer sus expectativas e impresiones de la reunión. Ellos son Silvia Sarranz de Camarones, María Cristina Curaqueo de José de San Martín, René Aníbal Llanacamán de Gobernador Costa, Mario Baigorria de Corcovado, Mónica Trangol de El Hoyo y Marcelo Adrián Fernández de Facundo. El diálogo fue el siguiente:

Jueza de Paz de Camarones:
Silvina Sarranz



*** Que expectativas tiene con este encuentro de Jueces de Paz que se está llevando a cabo?**

Yo recién empiezo en todo esto pero calculo que es importante para mejorar lo que es la administración de la Justicia de Paz. Y hacer llegar a la gente, como se dijo ayer durante el primer día de la jornada, la debida diligencia de la Justicia de Paz y hacerla entender a la gente. Yo creo que este tipo de encuentros se deberían hacer más seguido, por lo menos, como dijo el ministro Vivas, dos veces al año, por lo menos. Porque es muy importante intercambiar experiencias, aunque no todos tengamos el mismo criterio, todos tenemos una gran herramienta de trabajo

*** Cuales son los temas que se están tratando y los que le importan a un Juez/a de Paz?**

Más que nada el marco del tema Violencia Familiar, Violencia de Género y lo todo lo referido al Proceso Contravencional.

*** Si tuviera que definir en una sola palabra este encuentro, que palabra utilizaría?**

Mmmm, sí, la palabra sin dudas sería: positivo!



Jueza de Paz de José de San Martín:
María Cristina Curaqueo

*** Cuáles son sus expectativas con este encuentro de Jueces de Paz que se está llevando a cabo?**

La expectativa es muy buena, sobre todo por el tema de la capacitación, que a nosotros nos hace falta, en el interior sobre todo, y en el caso mío, que soy nueva en esto, que tengo cinco meses de ingresada al cargo, así que me parece muy bueno.

*** Cuales son los temas que se están tratando?**

El tema Contravencional, que fue lo principal que yo vine a buscar, Violencia de Género, Registro Civil, y creo que son todos los puntos muy interesantes. Me gustó mucho y espero que se haga más seguido.

*** Considera que es importante que intercambien experiencias los colegas jueces de paz.**

Sí, es muy importante, tanto para mí, como para todos.

Si tuviera que definir en una sola palabra este encuentro, que palabra utilizaría?

Muy bueno, excelente.

Juez de Paz de Gobernador Costa:
René Aníbal Llanacamán



***Cuál es su expectativa con este encuentro de Jueces de Paz?**

La experiencia es rica: se ganó mucho, se aprendió, se intercambiaron muchos conceptos; la experiencia es positiva.

*** Cuáles son los temas de interés para el Juez de Paz?**

Se tocaron los temas de Marcas y Señales, Registro Civil, Reglamento Interno y sobre todo, los nuevos aranceles que se cobran, como fotocopias, certificación de firma, contratos; eso es tasa de justicia; es nuevo, antes no se cobraba en el juzgado, entonces es muy importante, no lo sabíamos, es nuevo, recién se está implementando y para mí, es uno de los puntos más valiosos.

*** Si tuvieras que definir este encuentro con una sola palabra, cuál sería?**

En una palabra sola...? Excelente!



Juez de Paz de Corcovado:
Mario Baigorria

***Cuál es su expectativa con este encuentro de Jueces de Paz que se está llevando a cabo?**

Venimos con muchas expectativas, no digo altas pero sí muchas, en base a que tuvimos tiempo atrás la visita del ministro Vivas, de cuando recorrió toda la provincia, y charlando con nosotros y haciéndose eco de lo que nosotros consideramos que son necesidades, cuestionamientos, preguntas, en fin, el día a día del Juzgado de Paz. Creo que este encuentro es el resultado de lo que el Dr. Vivas recogió en su recorrida por la provincia.

***Cuales son los temas que le importan a un Juez de Paz y cuales los que se están tratando en este encuentro?**

En realidad todos los temas que se están tocando son importantes y hacen al trabajo diario del Juzgado de Paz. Si bien uno se va conforme con algunos puntos tratados, como por ejemplo: Registro Civil, algunas cuestiones de Tasa de Justicia, Marcas y Señales también y la posibilidad de hablar del Código Contravencional, donde se habló de manera muy sincera de lo que la ley es, de su aplicabilidad y salieron cosas muy interesantes.

*** Si tuviera que resumir en una sola palabra este encuentro de Jueces de paz, que palabra utilizaría?**

La palabra es: Positivo.

Jueza de Paz de El Hoyo:
Mónica Trangol



*** Cuáles son sus expectativas en relación a este encuentro provincial de jueces de paz que se está llevando a cabo en Rawson?**

La verdad es que estoy muy contenta; ya estamos finalizando con la capacitación; hoy a la mañana fue una experiencia muy linda con la jueza de familia de Comodoro Rivadavia. Ayer y antes de ayer también. La verdad es que me llevo mucha información. Yo vengo trabajando en el juzgado de paz de El Hoyo como auxiliar superior y fui electa en las elecciones del 4 de setiembre como Juez de Paz, de modo que ya tengo una experiencia del manejo interno del juzgado. Volviendo a tu pregunta estoy muy contenta y ojalá que se repita. Siempre lo pedí, siendo empleada lo pedía a la Escuela de Capacitación. Yo sé que no es fácil y que es costoso hacer toda esta movida pero para nosotros es muy efectivo que se haga. Ahora nos llevamos una linda respuesta porque nos dijeron que probablemente durante el mes de mayo se hará otro encuentro, por comarcas. Si bien a nivel provincial los problemas son diferentes, a nivel comarcal son los mismos problemas, de modo que encuentros por comarca es muy positivo.

*** Cuales son los temas que le importan a un Juez de Paz y esos temas fueron tratados en este encuentro?**

Sí, todos los temas que nos importan fueron tratados. Por un tema de tiempos, nos quedamos con ganas de más, pero es lo que se pudo hacer. El Juez de Paz interviene en los casos contravencionales, en las conciliaciones, autorizaciones, hoy con la reforma del Código Civil vemos muchas cosas nuevas, y tenemos que quemarnos las pestañas leyendo para conocer todos los cambios que hay.

*** Si tuviera que utilizar una palabra para definir este encuentro, cuál sería?**

Esa palabra sería: excelente.



Juez de Paz de Facundo:
Marcelo Andrés Fernández

*** Cuáles son sus expectativas con este encuentro que se realiza en la ciudad de Rawson, que ha reunido a todos los jueces de paz del Chubut?**

Mis expectativas están bastante cubiertas en el sentido que estoy pudiendo enriquecer mis conocimientos con toda la información que se nos está aportando. Y me llevo más herramientas para aplicar en mi trabajo diario.

*** Cuáles son los temas que le importan a un Juez de Paz, y si esos temas están siendo tratados en este encuentro?**

Sí, se están tratando. En Facundo se trabaja con todo lo relacionado a contravenciones, tenemos mucho trabajo con el tema de marcas y señales, faltas de tránsito, los protocolos sobre violencia familiar; y toda esa problemática que tenemos está siendo tratada en las exposiciones y paneles de esta capacitación. Todo es muy enriquecedor. El tema de encontrarnos y conocernos con otros jueces, sobre todo con los jueces nuevos que fueron electos durante las últimas elecciones de setiembre.

Cuál sería la palabra que utilizaría si tuviera de sintetizar este encuentro?

A modo personal, a mí me parece excelente, y ojalá que tengamos la posibilidad de que se repita, y en varias oportunidades durante el año. Sé que es costoso presupuestariamente pero para todos nosotros es muy importante. Nos llevamos muchos conocimientos y por eso es muy importante.

Código Contravencional

ACTUALIDAD

por Florencia Papaiani

Diputada Provincial, Chubut.



La problemática de la inseguridad no escapa a la provincia de Chubut. Cuando empezamos a involucrarnos en el tema junto a mi equipo de trabajo, uno de los problemas que visualizamos fueron las contravenciones.

El Código Contravencional actual muestra muchas deficiencias que lo tornan, en muchos casos, inaplicable por falta de posibilidades de un efectivo cumplimiento de las sanciones previstas en el mismo, no contemplando las dificultades prácticas de su aplicación. Por citar un caso, aunque un artículo haga alusión a la prohibición de alojar a contraventores con procesados o condenados por delitos, mucha veces resulta imposible de cumplir, producto del déficit de infraestructura carcelaria.

Este panorama nos llevó a pensar en desarrollar un proyecto de ley que trabaje sobre el orden y la convivencia. El objetivo de las reformas al Código Contravencional que presentamos en la Legislatura es dotar de mayores herramientas a la Justicia para lograr un mayor control a la hora de sancionar las conductas contravencionales. Esto, sin dudas, redundará en la prevención de los delitos, los cuales, muchas veces tienen su génesis en acciones tipificadas y que, por falta de recursos adecuados, no poseen la sanción correspondiente.

El proyecto apunta a trabajar en un abanico de penas principales, accesorias y sustitutivas. Las penas contravencionales principales que se explicitan son el trabajo comunitario, la multa y el arresto. Las accesorias son la inhabilitación, clausura, decomiso, prohibición de concurrencia, interdicción de cercanía e instrucciones especiales. Además, se establece como pena sustitutiva, la reparación del daño.

Por otro lado, se propone crear la figura del Fiscal Contravencional, con la finalidad de que lleve adelante las medidas de investigación e impulso de la denuncia. Se busca así compatibilizar el proceso contravencional con los procedimientos penales vigentes en la Provincia. Esta figura dotará de mayor agilidad a la investigación permitiendo que el Juez de Paz sea el garante de la imparcialidad en el proceso y de resguardo de las garantías constitucionales y procesales.

Es necesario destacar que esta propuesta es el resultado de numerosas reuniones con representantes de los diferentes bloques del Poder Legislativo, autoridades del Poder Ejecutivo, Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Jueces de Paz, Defensoría General y Ministerio Público Fiscal.

Desde un principio se apuntó a trabajar en un proyecto consensuado entre los distintos actores involucrados para considerar las visiones y problemáticas de cada uno y evitar así, generar reformas vacías que se vuelvan inaplicables.

Esperamos con entusiasmo que el proyecto de ley pueda ser discutido con el mismo compromiso durante este año legislativo, con el objetivo de conseguir una transformación integral del Código, cuyos cambios puedan estar listos antes de que finalice 2017. Esto permitirá mejorar la calidad de vida de todos los chubutenses.

Entendemos finalmente que nuestra comunidad debe caminar sin demora hacia un esquema de seguridad acorde con las necesidades de una sociedad moderna, procurando reestablecer la tranquilidad y paz social, que nunca debimos haber perdido.

Mediación en el mundo App

DE INTERÉS

por Daniela Patricia Almirón

Abogada. Mediadora. Responsable de la Oficina del Servicio Público de Mediación (Poder Judicial/Puerto Madryn/Chubut/Argentina).

Hace diez años atrás, un amigo muy querido me regalaba la que él creía la mejor novela histórica argentina, “Polvo y Espanto”, de Abelardo Arias.

La novela, que en su momento devoré y ya forma parte de mis textos fetiches, narra la saga del caudillo santiagueño Juan Felipe Ibarra. Ambientada en el siglo XIX, alrededor de 1840. La mitad del texto está narrado por una mujer unitaria, Agustina Palacio. La otra mitad es narrada por el caudillo federal.

Las historias desgarradoras o felices, son siempre contadas a varias voces. Cada voz tiene su fonación, su color, su volumen, su percepción. Eso que es en cada ser humano diferente, porque la percepción está atravesada por tres ejes o limitantes: neurológicas, sociales/culturales e individuales/históricas. Entonces tu y yo “vemos” lo mismo, aunque lo vemos cada uno con nuestra percepción, desde esa construcción individual y subjetiva propia.

Así como en la novela de Abelardo Arias la mujer unitaria mira su Santiago del Estero en su calor, sequedad y silencio desde su “sí misma”. Así Juan Felipe Ibarra mira ese mismo Santiago del Estero desde su “sí mismo”. Ambos lo ven en el contexto nacional, atravesados por sus emociones y sensibilidad.

Si vemos el mismo film, o escuchamos la misma música o saboreamos el mismo plato, el efecto en cada uno es distinto, las conclusiones serán diferentes, o quizás puedan coincidir. Eso es indisponible e imprevisible.

La mediación y aquellos parientes cercanos como la Negociación, Facilitación, Tercero Neutral, trabajan entre otros conceptos y herramientas, con la percepción.

Nuestro mundo pregona por una parte la paz, la solución de las disputas por métodos dialogales y por otra parte, los resuelve con conflictos bélicos, con el costo de vidas humanas que no tienen ni tan siquiera la elección del medio de solución de un conflicto, porque no tienen voz.

Si pienso más cerca en todos aquellos espacios en los que sí hay voz y en los que las personas involucradas en el conflicto de la naturaleza que sea, cuentan con la posibilidad de expresarse, verbalmente, analógicamente, en definitiva comunicarse y hacer saber lo que piensa y siente, mi pregunta es ¿cuál es la razón para la confrontación?

Podremos justificar la confrontación con motivaciones desde las más altruistas como la carencia de generosidad, aprecio y reconocimiento para el otro, hasta las más arbitrarias e individualistas, imponer una opinión, una idea, a costa de lo que sea. Sin registro del otro y del contexto.

Cuando hablo de aprecio por el otro me refiero a una cuestión puramente comunicacional, si quiere agregarle sentimiento no daña. El aprecio por el otro, es ese sentimiento que nos atraviesa cuando nos dicen algo así como “que valioso lo que estás aportando, es interesante tu punto de vista y trataré de entenderlo porque seguramente será útil”, o también puede ser algo así como “que ideas novedosas las tuyas, aún cuando no coincido, creo que pueden aportar en otra oportunidad”, y muchas más apreciaciones de este tenor.

Sentirse comprendido, apreciado en el pensamiento expresado, aún cuando no se comparta o no vaya aplicarse, genera una corriente empática que simplifica los caminos de negociación.

Lejos está de pensarse que la mediación y demás métodos dialogales de solución de conflictos estarían en decadencia o desuso, el mundo especializado en estos recursos amplía sus campos de implementación. Hay un “mundo mediación” en constante crecimiento y movimiento.

La Mediación ha cumplido 25 años en nuestro país, sus profesionales se destacan en cuanto evento académico se desarrolla, actividad de capacitación, intercambios multiculturales y textos de doctrina, en cualquier lugar del planeta. Esto es así porque se considera a la Argentina como una pionera en la consumación del Proceso de Mediación en el Ámbito Judicial y modelo de desarrollo y avance.

Joaquín Sabina refiere el psicólogo argentino en una de sus canciones, hoy es el mediador argentino. Resultó notable por ejemplo cómo la película “Siete años” del catalán Roger Gual, donde la trama ronda exclusivamente acerca de una decisión crucial que deben tomar cuatro socios de una empresa, convocan a un mediador para que los ayude y el mediador ¿de qué nacionalidad es?, voilá: argentino.

Algo destacable es cómo la mediación se asume desde distintos ámbitos institucionales: municipios, universidades, poderes judiciales, escuelas, hospitales, servicios penitenciarios, colegios profesionales y por supuesto, en el ámbito privado.

Porque a su vez las especificidades se han profundizado. Desde la mediación pensada para conflictos en el ámbito familiar y por temas propios de los vínculos familiares, hoy esta herramienta es aplicada de manera amplia y a su vez definida en diversos ámbitos: comunitario, vecinal, social, medio ambiente, recursos naturales, penal, penal juvenil, escolar, universitario, policial, vecinal, salud.

Desde la mítica Escuela de Harvard, con Fisher, Ury y Patton, presentando el “Si de acuerdo”, desarrollando para el ámbito comercial un método reglado y estructurado, fue abriéndose y creciendo. El método Harvard de Negociación es raíz de todos los demás modelos y métodos desplegados posteriormente.

Por ello pensar hoy a la mediación encasillada con determinadas herramientas y recursos, sólo para un formato es impensable. La realidad es que quienes se forman en mediación y continúan capacitándose, lo interesante y como fortaleza es que permite proyectar el mejor proceso dialogal que las partes en conflicto requieran y también acepten. Porque la voluntariedad, la aceptación de ese proceso, en determinado espacio y con reglas al efecto, siempre es voluntario. La voluntariedad no se ve obstaculizada por que se determine el proceso de mediación como una intervención previa ineludible al ejercicio de acciones jurisdiccionales. Difícilmente nos sentemos a conversar para resolver un problema con quien no deseamos. Otras modalidades que requieren contar con la formación en mediación como base para desenvolverlas podrá ser la Facilitación.

El tema es como, en este mundo hipercomunicado por transmisión de mensajes escritos, de voz, imágenes, videos, e infinitas opciones tecnológicas, se develan sólo como eso, en primera medida. Recién luego, puede que también se conviertan en un intercambio comunicacional que contenga feedback. Esa comprensión del otro, en su mensaje y en su intención.

Si me preguntan para qué la mediación hoy ,y si tiene sentido y utilidad, responderé rotundamente que sí. En un mundo también relajado de valores, de resguardo del metro cuadrado propio y a su vez con intención y pretensión de intervención en el metro cuadrado del otro, aunque no te metas en el mío, si no hay alguien que organice y ayude a escucharse, es un verdadero caos.

Creo también firmemente que quienes podemos y tenemos la oportunidad de decir, también contamos con la potestad del cómo y qué decir. El atribuirle al otro la razón de nuestro grito, o nuestro insulto, es una falta de responsabilidad y respeto por nuestra autonomía, mental, emotiva, verbal, decisional.

Vale aclarar que los mediadores no somos ni personas superdotadas, ni mágicas, ni místicas, ni carentes de enojos, de malestares y con la misma autonomía para responder ante un estímulo de la manera que nos surja. No obstante, quien decide dedicarse a ello, puede que cuente con algunos otros registros, como saberse en una respuesta desacomodada cuando la tiene y no camuflarla bajo otras justificaciones. Un ejercicio del cómo decir asertiva y apreciadamente.

El Proceso de Mediación en el ámbito de los poderes judiciales, como el nuestro, en la Provincia del Chubut, en dependencia del Superior Tribunal de Justicia desde el año 2002, se ha convertido y sentado como Acceso a la Justicia y Acceso a Justicia. La posibilidad del ciudadano de encontrarse en el ámbito del Poder Judicial a través de la mediación y como una manera de arribar a soluciones que siente como justas. (El Proceso de Mediación como constructor de soluciones justas. Revista EL REPORTE/2015).

¿En qué piensa usted cuando escucha la palabra “aplicación”? La polisemia de las palabras y el percibir de cada uno evocará algo distinto al referirnos a una App.

La Real Academia dice que aplicación es la acción y efecto de aplicar o aplicarse. Es la afición y asiduidad con que se hace algo, especialmente el estudio. En matemáticas es una operación por la que se hace corresponder a todo elemento de un conjunto, un solo elemento de otro conjunto. En informática constituye el programa o conjunto de programas informáticos que realizan un trabajo específico, diseñado para el beneficio del usuario final. Esas son las palabras claves: específico, diseño, beneficio, usuario.

Existía un mundo sin whatsapp ¡ya no existe! Existía un mundo sin Spotify, sin Netflix, ¡sin correo electrónico! Ya no existe ese mundo. Existía un mundo sin aplicaciones. Ya no existe. Aunque hay algo que me atormenta un poco y se refiere a la intermitencia de la “actualización de las aplicaciones” .

Los expertos dirán que hay manera de “configurar” esto o aquello en el teléfono inteligente, en las tabletas o en otros dispositivos móviles para que se “actualice” o no, y

cuándo y cómo. Puede ser agobiante. El tiempo que lleva encontrar el lugar donde apretar para que suceda o no suceda lo que quiero en el teléfono, ya entró otra aplicación, otro cambio, otra actualización.

Es muy breve y veloz el tiempo que transcurre desde que la máquina y uno mismo procesamos la actualización, que ya entra otra. Se reemplaza la anterior. En qué tiempo entonces aprender, reaprender y aprehender tanta aplicación actualizada, actualizable y reactualizable.

Tengo la sensación, a veces, de que se corre el riesgo que la vida misma se convierta en una aplicación, reemplazable y actualizable. Y no estoy diciendo que esto sea malo o bueno, positivo o negativo. Reflexiono sobre la velocidad de la reemplazabilidad y actualización.

Otro tema asociado a lo tecnológico y comunicacional son los llamados “ tutoriales” . Se encuentran fácilmente en la web y nos resuelven la vida. Qué sería de nosotros los mortales en esta vida posmoderna sin los tutoriales. ¿En qué piensa usted cuando escucha la palabra “ tutor” ? El del arbolito, el de la escuela ¿el nombrado judicialmente? Bueno, en definitiva todas estas percepciones son válidas. La esencia está en que ayuda y hace algo por otro, que solo no lo puede hacer.

El término app se ha vuelto popular y en el año 2010 fue listado como Word of the Year (Palabra del Año) por la American Dialect Society. No hay aplicaciones en la tienda para una vida más fácil, o más llevadera, o que sea como uno quiere que sea. Ni hay tutoriales con el paso a paso, de cómo vivir así o así. De cómo ser feliz, de cómo resolver los conflictos cotidianos, o de cómo encontrar el amor de la vida.

Existe esta vida, que se construye en el día a día sobre una aplicación base, que la traemos formateada desde el vientre y luego los padres, la escuela, los amigos, las relaciones y las experiencias van dando contenido a nuestro vivir, van “ actualizando” esa base. Y como en la electrónica vamos eligiendo, difícilmente sin costo, porque siempre habrá aprendizaje. Y la cabeza, el cuerpo, las emociones, necesitan tiempo para procesar, acomodarse, entender y convivir con ello. Difícilmente un tutorial pueda ser útil a la propia vida, porque somos empíricos y los seres humanos aprendemos en el hacer y sentir.

Ni como Agustina Palacio y Juan Felipe Ibarra que peleaban por lo mismo y sobre la misma tierra, no había aplicación ni tutor para esas percepciones contrarias y alejadas la una de la otra.

La mediación, el proceso dialogal conducido por un tercero neutral e imparcial que sea puente de escucha, de decodificación, de fortalecimiento pacífico de los discursos de varias voces, es una desafío a ese mundo App. La mediación es real, concreta, y no viene en una App ni en un tutorial.

Los ciudadanos recurren y confían en el ámbito judicial para la solución de sus conflictos, en la infinita gama de pesares que los atraviesan. La posibilidad de brindarles diferentes espacios de abordaje de sus problemas constituye un valor a cuidar, resguardar y potenciar. El proceso de mediación es así confiable, cercano, conversacional, manteniendo un delicado equilibrio entre lo que sienten los mediados y la legalidad. El puente que significa el mediador como un tercero neutral e imparcial en un proceso dialogal y constructor de soluciones por sus protagonistas tiene como único límite el cielo y sus efectos son infinitamente positivos y transformadores. Sólo hay que animarse y vivirlo.

Para cerrar recurro al Palabrero Mayor de la Guajira, Juan Sierra, quién dijo con certeza admirable: *“ Una palabra bien dicha desarma al enemigo, acerca al que se encuentra lejos, abre las puertas clausuradas, alegra al que está triste y apaga los incendios alevosos. En cambio cuando pronuncias una palabra altanera, las palomas se vuelven halcones, los ríos se salen de madre, los mares se enfurecen y hasta el problema más inútil, adquiere de repente la fuerza suficiente para destruirte”*.

Argumentar. Una cuestión más que lógica

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

por Sandra Brun

Licenciada en Letras y Magíster en Psicología Cognitiva y Educación. Especialista en Producción Escrita. Responsable de talleres Redacción Jurídica y El plano lingüístico de la Argumentación Jurídica en el Poder Judicial de la Provincia del Chubut.

Analizar la lengua es también analizarnos, ya que las gramáticas son descripciones de la arquitectura del idioma, y la arquitectura del idioma es, en buena medida, el almacén de nuestro pensamiento.

-Ignacio Bosque, 2011-

Según el Acuerdo N° 4018/12 las funciones del Área de Redacción Jurídica son capacitación, investigación y producción de materiales de apoyo. Esta área surge como una respuesta a la necesidad de mejorar la producción escrita del Superior Tribunal de Justicia en términos de lograr textos redactados con mayor corrección, claridad y precisión.

Si bien la capacitación en Redacción Jurídica y Argumentación comenzó en el Superior Tribunal de Justicia en el año 2011, a partir del año 2014 se extendió a lo largo de toda la provincia, tal como lo estipula el **Acuerdo Plenario 4175/14**. Así que desde el año 2011 hasta el año 2016 se han **capacitado alrededor de 250 agentes (funcionarios y empleados) en toda la provincia.**

ÁREA DE REDACCIÓN JURÍDICA



Muy esquemáticamente podríamos decir que la dinámica de trabajo consiste en lo siguiente: por un lado se recaba información, se analizan problemáticas de escritura, éstas se contextualizan para realizar un diseño de capacitación que se focalice en dichos problemas para atender de una forma práctica a su solución.

El estudio de las dificultades de escritura más frecuentes permite seleccionar y ajustar las técnicas de intervención. Así, la propuesta se focaliza en los problemas prácticos y no resulta abstracta e inaplicable para los alumnos. Se trata de que los participantes del taller puedan relacionar lo aprendido con su práctica cotidiana de escritura. Lo que se demuestra, después del primer encuentro, cuando ya pueden aplicar los conocimientos adquiridos para autocorregirse.

En cuanto a las propuestas de capacitación son dos talleres: *Redacción Jurídica* y *Argumentación*. En el primero se abordan problemas que son típicos de la escritura jurídica, por ejemplo: mal uso de gerundios, frases largas, lenguaje arcaico, oraciones complejas, verbos mal usados, etc. El objetivo principal sobre el que se trabaja en este taller es escribir en un estilo llano, con un lenguaje comprensible y accesible, tal cual lo exige la ley. Vale aclarar que no se interviene en los estilos individuales sino que en el taller entendemos que el estilo significa la forma en que se ordena el mensaje, es decir, la forma en que se combinan las palabras, frases y oraciones. Y esto es campo de la gramática. Con lo cual estamos sosteniendo y experimentando que si ordenamos gramaticalmente el mensaje, podemos ganar en claridad argumentativa, lo que nos lleva al siguiente nivel de la capacitación; la argumentación.

En el taller de Argumentación abordamos el plano lingüístico y discursivo de la argumentación jurídica. En este momento cobran sentido los ejes abordados en el primer taller de *Redacción Jurídica*. Sostenemos que un discurso bien argumentado es un discurso ordenado y fuertemente conectado. Nos referimos aquí a la argumentación como proceso discursivo y como texto, y en tanto tal a sus dos características constitutivas: la cohesión y la coherencia.

Desde nuestra propuesta tratamos de abrir el campo del estudio de la argumentación y trascender el plano lógico ampliamente estudiado. Pues tenemos en cuenta que la argumentación no es solo el resultado derivado de estrictas reglas del método deductivo, sino que depende de la elección razonable de argumentos y de su representación en un discurso.

Gran parte del problema de argumentar radica en el hecho de ofrecer buenas razones para sostener aquello sobre lo que queremos convencer. De este modo argumentar se transforma en un proceso de selección de razones plausibles, es decir razones que puedan ser admitidas por aquel a quien debo convencer o persuadir.

Además, esas razones deben presentarse ordenadamente en una secuencia lógica que represente un texto coherente e integrado, en donde las relaciones entre las ideas sea fácil de entender. Por supuesto, todo ello sostenido por un esquema básico de trabajo que, en el ámbito jurídico, responde a la estructura del silogismo clásico pero que, necesariamente, lo trasciende. Porque argumentar es más que eso, argumentar es un proceso discursivo. Es decir, no basta con las premisas y la conclusión, hay que acudir al lenguaje para demostrar el pasaje de dichas premisas a la conclusión.

Es en el plano discursivo donde el análisis se enriquece y se relaciona con otros planos como el axiológico. Porque el discurso siempre es portador de valores, creencias, adhesiones a distintas teorías. Es en este campo donde se entrecruzan principios, cosmovisiones, convenciones.

Por otra parte, el estudio del discurso nos permite también reconocer variadas estrategias argumentativas que, si sabemos usarlas pueden contribuir a la eficacia del mensaje.

Todo ello y mucho más, que no es motivo para explayarse en este artículo, puede analizarse desde el discurso. La intención no ha sido otra que sintetizar el marco conceptual con el que trabajamos para presentar un conjunto de textos producidos por los alumnos del taller “**Argumentación: El plano lingüístico**”.

Cuatro fueron los elegidos de un total de veinte trabajos elaborados en ese marco.

Se trata del resultado de un año de trabajo a lo largo de seis encuentros con diversas producciones. Aquí se muestran ejemplos que responden a las siguientes consignas:

Opción 1: diseñar una propuesta factible de estructura textual de una sentencia.

Opción 2: Analizar las estrategias argumentativas utilizadas en la carta de Menocchio de Monterreale. Explicar cómo funcionan aquí el *ethos*, el *pathos* y el *logos*. Es decir, qué imagen quiere proyectar de sí mismo el orador, qué emociones produce en el receptor y qué tipo de estrategias discursivas utiliza.

Opción 3: reconocer los distintos planos de la Argumentación Jurídica en la sentencia “Arriola Sebastián y otros s/ causa n° 9080”.

Creo que el trabajo llevado a cabo por los alumnos del taller es destacable. Consciente de que esto puede ser un aporte para quienes se interesen en temas como el que aquí nos explayamos, nos dispusimos a publicarlos.

Argumentación

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

por Fabiana Peiretti

Abogada por la Universidad Nacional de la Plata (UNLP).
Mediadora (Redes Alternativas Centro de Mediación, y Capacitación, y Superior Tribunal de Justicia –2010-). Auxiliar Letrada del Juzgado Laboral N° 2 de Comodoro Rivadavia.

“ Para que el ejercicio del (enorme) poder que los jueces detentan sea un poco más democrático, las sentencias han de ser claras. La legitimidad de los jueces –se ha dicho se mide por la calidad argumentativa de sus fallos. No dificultemos el sano escrutinio del mundo académico y de la sociedad con sentencias oscuras. No hagamos, en fin, sentencias que no se entienden, porque [...] lo último que los lectores pensarán es que los jueces son sabios”

-Chagoyán, Roberto Lara-

I.- ARGUMENTACIÓN:

Una propuesta factible de estructura textual de una sentencia

A. Introducción:

Concibo que se puede mejorar la producción de los textos jurídicos, en este caso sentencias y lograr una sentencia de calidad, entendiendo que es “ Aquella que se ha construido correctamente el caso fáctico (los hechos de caso), ha aplicado de modo razonable el sistema normativo, brinda claras y coherentes razones de su decisión, respeta

los requisitos formales, y pueda ser cumplida” (“Matriz de Indicadores para evaluar la calidad de las sentencias judiciales”, Centro de Estudios Judiciales).-

En cuanto a los requisitos formales el CPCCH establece en el art. 165 que las sentencias definitivas de primera instancia deberán contener:

1. La mención del lugar y fecha.
2. El nombre y apellido de las partes.
3. La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.
4. La consideración, por separado de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior.
5. Los fundamentos y la aplicación de la ley.

Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

6. La decisión expresa, positiva, y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley, declarando el derecho de los litigantes, y condenando o absolviendo de la demanda o la reconvenición, en su caso en todo o en parte.

La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificatorios o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

7. El plazo que otorgase para su cumplimiento, si fuera susceptible de ejecución.

8. El pronunciamiento sobre costas, y la regulación de honorarios, y en su caso la declaración de temeridad o malicia en los términos del art. 34 inc. 6.

9. La firma del Juez.

En cuanto a las sentencias de segunda o ulterior instancia recepta: “La sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia deberá contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el art. anterior y se ajustará a lo dispuesto en los artículos 274 y 275”. El art. 274 establece: “El acuerdo se realizará con la presencia de los miembros del Tribunal y el secretario, la votación se hará en el orden en que los jueces hubieran sido sorteados. Cada voto será fundado y en él se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del Juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios. La decisión se adoptará por mayoría, bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término, sin perjuicio de la facultad del tercero de emitir su opinión”. Y el art. 275 estipula: “el acuerdo, será redactado en el libro correspondiente suscrito por los jueces, que se hubieren expedido y autorizado por el secretario. Inmediatamente se pronunciará la sentencia en el expediente precedida de copia íntegra del acuerdo, autorizada también por el Secretario [...]”

Adicionalmente a ello que la Ley V Nro 108- Carta de Derechos de los ciudadanos de la provincia de Chubut- ante la Justicia recepta en el art. 7: “Todos los ciudadanos tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles para sus destinatarios, empleando una sintaxis y una estructura sencillas, sin perjuicio de rigor técnico. Se debe facilitar especialmente el ejercicio de estos derechos en aquellos procedimientos en que no sea obligatoria la intervención del Abogado o Procurador”.

Teniendo en cuenta dichos requisitos y premisas esbozaré un modelo de Sentencia Judicial factible.

B.- Desarrollo:

Se toma como ejemplo de buenas prácticas a fin de elaborar un modelo de sentencia judicial definitiva de primera instancia los lineamientos de la Corte Interamericana, la propuesta de Roberto Lara Chagoyán, la matriz de indicadores para evaluar la calidad de las sentencias judiciales, y los conocimientos adquiridos en el desarrollo del curso.

Modelo de Sentencia Judicial Definitiva (factible) de primera instancia:

Estructura general:

I. LUGAR Y FECHA.

II. VISTOS: nombre de la carátula, tipo de proceso.

III. RESULTANDO: Consignar mediante nomenclatura y títulos:

- Introducción: nombre de las partes e individualización en la sentencia (actor, accionante, reclamante, peticionante; demandado, accionado, emplazado, el objeto de la demanda, y letrados intervinientes).

- Antecedentes: relato sucinto de los hechos esgrimidos por la partes, identificación las pretensiones y defensas aducidas por cada de ellas.

- Actuaciones: (detallar las actuaciones relevantes).

IV. CONSIDERANDO/CONSIDERACIONES/RAZONAMIENTOS DE FONDO.

Hechos controvertidos:

- Colocar nomenclatura y títulos que individualicen cada uno de los hechos controvertidos.

- Ofrecer una solución, de acuerdo a la prueba reunida en la causa, la normativa y principios del derecho, comprobándolos a través de los distintos planos de argumentación jurídica:

más, encima, por añadidura, por demás, incluso, inclusive.

V. PUNTOS RESOLUTIVOS/PARTE DISPOSITIVA/ RESOLUTIVA (epílogo de la sentencia). Debe ser expresa, positiva y admitir o desestimar cada una de las pretensiones, monto, accesorios legales respecto al actor y demandado con adecuada remisión a las consideraciones correspondientes. Si la sentencia es condenatoria debe establecer plazo y lugar de cumplimiento, intereses y tasas para su determinación. Asimismo si corresponde la procedencia de multas y sanciones por temeridad y malicia; en caso de corresponder la aplicación de astreintes y la regulación de honorarios a los profesionales y peritos intervinientes en el proceso; ordenar todas las comunicaciones a cumplir y disponer la devolución de los expedientes o actuaciones requeridas a otros juzgados u organismos judiciales y administrativos.

C. Buenas prácticas en la producción de la Sentencia Definitiva:

1. Buenas prácticas:

- Breve relato de los hechos que constan como probados en el expediente.
- Aislar cada problema y resolverlo en el orden elegido por el juez, de acuerdo al principio de coherencia interna.

- Reflexionar, criticar, encontrar nuevas formas de presentación y de argumentación.

- Buena motivación de la sentencia: se presenta una determinada decisión apoyada razones justificativas.

- Estilo de narración indirecto (descripción de las acciones de los protagonistas de los hechos debe estar a cargo del narrador -Juez-.

- Debe obviarse - de ser posible- las transcripciones y citas textuales.

- Juez debe enfocarse en los hechos principales que dieron origen a la controversia.
- Hechos narrados deben estar delimitados por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que ocurrieron, ordenados cronológicamente.
- Relato sucinto y conciso del narrador (Principio de la brevedad)
- Debe contener solo lo necesario para la construcción de los argumentos (selección de la información necesaria), evitando se ser posible las sentencias extremadamente extensas.
- Debe existir coherencia interna, que no se repitan la información de un apartado en otro, porque oscurece la presentación. Los reenvíos de una parte a otra de la sentencia deben ser claros, especialmente respecto a los puntos resolutivos.
- Claridad de la sentencia: lenguaje sencillo (evitando barroquismos, lenguaje oscuro, arcaico y otros vicios como la circularidad de los argumentos, y todo tipo de falacias. Cuando se empleen palabras con significados similares debe hacérselo de modo que el sentido de la palabra quede suficientemente claro.
- División de apartados: coherencia interna. Se sugiere apartados además de los números ordinales.
- Uso de la pregunta para dar cuenta de un problema planteado.
- Utilización de notas de pie de página a fin de no romper bruscamente el discurso. Ayuda a mejorar la claridad y exposición de la sentencia y puede ser un auxiliar para los argumentos de autoridad (citas de autores, derecho comparado, jurisprudencia, etc.)
- Uso de las divisiones numéricas para marcar las líneas argumentales (ayuda a ordenar el razonamiento). Obliga al operador a presentar apartados excluyentes.
- Utilizar criterios editoriales: el tamaño de la letra, las citas de jurisprudencia, y otras fuentes, el uso de tipografías diferentes (negritas, cursiva, etc.) se pueden adaptar al uso convencional.
- Autonomía: debe comprenderse en todos sus puntos relevantes, sin remisión a constancias del expte. u otras piezas externas.
- Completitud: la sentencia debe reportar y tratar todos los argumentos conducentes que presentaron las partes y reportar y tratar toda la prueba producida que sea relevante.
- Concisión: debe evitar dispersiones innecesarias y divagaciones argumentales que no conciernen al caso.
- Transparencia: las sentencias deben clarificar e identificar con propiedad, fuentes, pruebas, citas de autoridad, que sostienen las premisas del juicio.

2. Prácticas a corregir:

- No detallar cómo se desarrolló todo el proceso judicial o tratar de manera conjunta con el desarrollo del razonamiento.
- No es un documento de trabajo, ni debe ser un tratado de una determinada institución jurídica.
- No es un documento que tenga que reflejar la complejidad del sistema jurídico dando testimonio de las distintas alternativas de solución, pudiendo oscurecer la argumentación.
- No debe convertirse en un catálogo de precedentes o de jurisprudencia aplicable al caso concreto.
- Evitar la mera remisión a la cita legal (sin explicar su relación con la causa o cuestión decidida).
- Vaguedad de la fundamentación (emplear conceptos jurídicos indeterminados, sin explicar el motivos concreto de su incidencia en el caso. Ej. “por aplicación del interés superior del niño[...]”

D. Conclusión:

Discurro, sobre la base al material de estudio aportado, los conocimientos y herramientas adquiridas en el curso (dictado por la Lic. Brun) que sería conveniente, en algunos operadores cambiar viejos modelos y prácticas (arcaicas) en la elaboración de la estructura formal de la sentencia, como así también la faz interna de argumentación.

La sentencia debe ser clara, concisa, sencilla, motivada y coherente para la comprensión de los destinatarios - las partes y la ciudadanía en general-, sin que ello conlleve afectar el rigor jurídico y la sujeción a la normativa vigente.

Concibo muy loable el esfuerzo de la Escuela de Capacitación del Superior Tribunal de Justicia, de fomentar cursos de argumentación, y considero que resulta muy útil la implementación en un tiempo razonable de directivas que contemplen las mejores prácticas en la temática utilizadas en la redacción de sentencias judiciales en los tribunales nacionales, provinciales e internacionales, en cuanto resulte plausible.

Bibliografía:

- Brun, Sandra, "Argumentación", Nivel I.
Brun, Sandra, "Argumentación", Nivel II.
Brun, Sandra "Como citar en los textos jurídicos", Superior Tribunal de Justicia, Año 2.016.-
Brun, Sandra, "Teorías discursivas y cognitivas", disponible en Jusnoticias.juschubut.gov.ar, 1/12/2016.
Carrió, Genaro "Notas sobre Derecho y Lenguaje" (cuarta edición), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
Centro de Capacitación y Gestión "Dr. Mario Dei Castelli", "Talleres sobre estructura de Sentencia".
Chagoyán, Roberto Lara, "Sobre la Estructura de las Sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Del Carril, Enrique, "El lenguaje de los Jueces" (Criterios para la delimitación de significados lingüísticos, en el razonamiento judicial), Editorial Adhoc (2.007).-
Justicia electoral cercana a la ciudadanía: un nuevo modelo de sentencias. Proyecto de excelencia e innovación judicial (Modelo de Sentencias de la Sala Regional Monterrey, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chubut.
Plantín, Cristian "La argumentación", Historia, Teorías y perspectivas, Editorial Biblos.
Matriz de indicadores para evaluar la calidad de las sentencias judiciales, elaborada por el Centro de Estudios Judiciales.
Rodríguez Rescia, "Las sentencias de la Corte interamericana de los Derechos Humanos. Guía modelo de lectura y análisis". Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Carta del Molinero Menocchio de Montereale al Tribunal de la Santa Inquisición

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

por Zulema M. Ybarra

Abogada por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Auxiliar Letrada en la Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut). Secretaria de Refuerzo del Juzgado Civil y Comercial N° 2 de la ciudad de Trelew (Chubut).

En su libro *El queso y los gusanos*, el historiador Carlo Ginzburg analiza un caso tomado del archivo de la Inquisición, de las actas un juicio contra un molinero italiano en el siglo XVI. La carta que se analiza es la que redacta ese molinero en el marco de su segunda detención por sospecha de herejía.

El molinero Menocchio de Montereale

El molinero era conocido como Menocchio. Se trataba de un friulano de nombre Domenico Scandella, de quien se deduce nació en 1532. Estaba casado y era padre de siete hijos. Se desempeñaba como molendero, carpintero, entre otras cosas. Se consideraba “pobrísimos” con solo dos molinos en alquiler y dos campos como aparceros. No obstante, los hechos demuestran que exageraba. En 1581 había sido alcalde de su municipio y de las villas circundantes, dos años después fue denunciado al Santo Oficio por haber pronunciado palabras “heréticas e impías” sobre Cristo, al intentar difundir sus opiniones

Ideología de Menocchio

Con una terminología embebida de cristianismo, de neoplatonismo, de filosofía escolástica, Menocchio intentaba expresar el materialismo elemental, instintivo, de generaciones y generaciones de campesinos. Una lectura rápida del discurso de Menocchio deja ver muchas imprecisiones y hasta contradicciones basadas en el contexto histórico y sociocultural de la época. Se advierte la ideología que el molinero deja entrever durante los interrogatorios a los que es sometido.

La cultura escrita ya no era una marca distintiva de pocos sino que se extendía hasta fronteras inimaginables con la invención de la imprenta. Así, algunos de los conceptos cruciales, algunos de los temas más debatidos de la tradición cultural de la antigüedad y de la Edad Media, llegaron a Menocchio a través de un compendio pobre y desordenado como el *Florilegio* de la Biblia; pues el texto proveyó a Menocchio de los instrumentos lingüísticos y conceptuales con que elaborar y expresar su visión del mundo. Además, con su método expositivo basado, al modo instructivo, en el enunciado y la inmediata refutación de las opiniones erróneas, contribuyó evidentemente a desencadenar la hambrienta curiosidad intelectual del molinero. Sin embargo, los instrumentos lingüísticos y conceptuales que pudo procurarse no eran neutros ni inocentes.

Menocchio proyectaba sobre la página impresa elementos extraídos de la tradición oral. Es esa tradición, profundamente enraizada en la campiña europea, lo que explica la tenaz persistencia de una religión campesina intolerante ante dogmas y ceremonias, vinculada más bien a los ritmos de la naturaleza, fundamentalmente precristiana. Menocchio no pretendía revelaciones o iluminaciones especiales. En sus discursos situaba siempre en primer plano el propio raciocinio – reflexiones acerca de lo leído y la tradición oral- (Carlo Ginzburg, “ El queso y los gusanos”)

Antecedentes

Su nombre era Domenico Scandella, y le llamaban Menocchio. Nació en 1532 (en su primer proceso declaró tener cincuenta y dos años) en Montereale, un pueblecito entre las colinas del Friuli, a 25 kilómetros al norte de Pordenone, desde el que se divisan los Alpes del Véneto. Siempre vivió allí, salvo durante dos años de destierro (1564-65), por motivo de una riña, en los que residió en otro pueblo cercano —Arba— y en una localidad de la comarca de Carniola que no conocemos. Estaba casado y era padre de siete hijos; otros cuatro murieron. Al canónigo Giambattista Maro, vicario general del inquisidor de Aquileia y Concordia, declaró que sus actividades eran de «molendero, carpintero, serrar, hacer muros y otras cosas». Pero fundamentalmente trabajaba como molinero y vestía las prendas tradicionales del oficio: bata, capa y gorro de lana blanca. Así compareció en el proceso, vestido de blanco. Dos años más tarde diría a sus inquisidores que era «pobrísim»: «sólo tengo dos molinos en alquiler y dos campos como aparcero, con ello he sustentado y sustentado a mi pobre familia». Pero desde luego exageraba. Aunque buena parte de las cosechas sirvieran para pagar y tuviera que satisfacer el impuesto del canon sobre los terrenos y el alquiler de los dos molinos (probablemente en especies), debía quedarle suficiente para vivir y hasta salir de apuros en las malas temporadas. Sabemos que, cuando estuvo desterrado en Arba, alquiló enseguida otro molino. Su hija Giovanna, al casarse (ya hacía casi un mes que Menocchio había muerto), aportó una dote equivalente a 256 liras y 9 sueldos. No era gran cosa, pero tampoco una miseria en comparación con lo habitual en la región por aquellos tiempos. A grandes rasgos, no parece que la situación de Menocchio, en el microcosmos social de Montereale, fuese de las peores. En 1581 había sido alcalde de su municipio y de las «villas» circundantes (Gaio, Grizzo, San Lonardo, San Martino), así

como, en fecha no precisada, «camarero», es decir administrador, de la parroquia de Montereale. El hecho de saber «leer, escribir debió jugar en favor de Menocchio. Los camareros solían elegirse entre personas que habían ido a una escuela pública elemental, en donde aprendían incluso algo de latín. Existían escuelas de este tipo en Aviano y Pordenone; sin duda Menocchio asistió a una de ellas. El 28 de septiembre de 1583 Menocchio fue denunciado al Santo Oficio. La acusación era haber pronunciado palabras «heréticas e impías» sobre Cristo. No se trataba de una blasfemia ocasional: Menocchio había intentado expresamente difundir sus opiniones, argumentándolas («*praedicare et dogmatizare non erubescit*»). Con ello su situación era grave (Carlo Ginzburg, “El queso y los gusanos”, pág. 90/91).

Estos intentos de proselitismo quedaron claramente confirmados en la encuesta informativa que un mes más tarde se iniciaría en Portogruaro, y proseguiría en Concordia y en el propio Montereale. «Siempre está llevando la contra en cosas de la fe, por discutir, y también con el párroco», declaró Francesco Fassetta al vicario general. Otro testigo, Domenico Melchiori, manifestó: «Suele discutir con unos y con otros, y como quería discutir conmigo yo le dije: ‘Yo soy zapatero y tú molinero, y tú no eres docto, ¿a qué disputar sobre esto?’». Las cosas de la fe son graves y difíciles, lejos del alcance de molineros y zapateros: para discutir es necesaria la doctrina, y los depositarios de ella son antes que nada los clérigos. Pero Menocchio afirmaba no creer que el Espíritu Santo gobernase la Iglesia, y añadía: «Los prelados nos tienen dominados y que no nos resistamos, pero ellos se lo pasan bien»; en cuanto a él: «Conocía mejor a Dios que ellos». Y cuando el párroco del pueblo le condujo a Concordia, ante el vicario general, para que aclarara sus ideas, le reconvinó diciéndole «estos caprichos tuyos son herejías», Menocchio le prometió no enzarzarse más en discusiones, pero volvió en seguida a las andadas. En la plaza, en la hostería, en el camino de Grizzo o de Daviano, de regreso de la montaña: «suele con todo el que habla —dice Giuliano Stefanut— salir con razonamientos sobre las cosas de Dios, y siempre meter algo de herejía: así porfía y grita para mantener su opinión» (Carlo Ginzburg, “El queso y los gusanos”, pág. 90/91).

Análisis de la Carta

En los últimos dos decenios del siglo XVI, en los cuales fluye un clima de confrontación religiosa, por un lado la Reforma iniciada por Lutero y por el lado contrario la Contrarreforma llevada a cabo por una Iglesia católica encabezada por el papado romano, el molinero Menocchio a fin de desplegar su defensa ante el Tribunal de la inquisición efectúa una serie de estrategias argumentativas, para ejercer su propia defensa. En principio, su principal fin es persuadir al Tribunal de que su conducta respecto a la religión ha sido ajena a su voluntad, con un lenguaje lleno de correspondencias, de repeticiones y de figuras retóricas.

El estilo de la carta de defensa de Menocchio es repetitivo susceptible de penetrar fácilmente en la memoria cuando dice «yo soy cristiano bautizado, y si he vivido siempre cristianamente y he hecho siempre obras de cristiano...»; «y si he vivido siempre..., y siempre..., y siempre...»; «y siempre mañana y tarde me he persignado con el signo de la santa cruz...». Ello denota que antes de escribirlas, había examinado laboriosamente aquellas palabras. Pero desde el principio habían sido pensadas como palabras escritas, con permanente recurso a la metáfora.

Todo el argumento del molinero es un medio para hacer al Tribunal que lo juzga admitir la conclusión que él pretende inducir, adoptar comportamientos en armonía con la idea o creencia que pretende sembrar en sus juzgadores, imponerle tal actitud en vista de sus argumentos, en un plano puramente lingüístico de estrategias persuasivas.

«En el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo.»

Yo, Domenego Scandela, llamado Menocchio de Montereale, soy cristiano y bautizado, y si he vivido siempre cristianamente y he hecho siempre obras de cristiano, y siempre he sido obediente a mis superiores y a mis padres espirituales tanto como podía, y siempre mañana y tarde me he persignado con el signo de la santa cruz, diciendo 'en el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo', y si he dicho el pater noster y el Ave María y lo creo como una oración del Señor y una de la Virgen, también es cierto que he pensado y creído y dicho como aparece en mis declaraciones cosas contra los mandamientos de Dios y de la Santa Iglesia.

Se identifica en este apartado diferentes planos del razonamiento como el normativo en cuanto manifiesta cumplir con lo requerido por el Tribunal “, y si he vivido siempre cristianamente y he hecho siempre obras de cristiano, y siempre he sido obediente a mis superiores y a mis padres espirituales tanto como podía, y siempre mañana y tarde me he persignado con el signo de la santa cruz ... “, consciente de que es su deber aceptar las reglas impuestas en la sociedad de esa época e inducir al Tribunal a creerle.

Menocchio afirma que siempre ha vivido como buen cristiano, aunque reconoce haber violado los mandamientos de Dios y de la Iglesia.

La persuasión está presente constantemente en su carta al Tribunal de la Inquisición. Busca aplacar la ira de la iglesia, en especial buscando persuadir al Tribunal teniendo en cuenta tres modos: por medio del *ethos*, *pathos* y *logos*.

En este párrafo precedente, en sus argumentos se destaca principalmente el *ethos*, trata de explicar quién es, que hace para ser un buen cristiano y mostrarse digno de confianza.

Su *ethos* está formado por su credibilidad, presentación, y semejanza que pretende tener con los juzgadores. Los argumentos ligados al *ethos* que expone, son de orden afectivo y moral e involucra tanto al emisor (Menocchio) como al receptor (Tribunal) del discurso. Son, en suma, las actitudes que debe adoptar éste para inspirar confianza a su auditorio (el Tribunal de enjuiciamiento).

Sin embargo, aún se guardó de doblegarse ciegamente a los consejos de su hijo, que por mano del párroco le había sugerido que prometiera «obediencia total a la santa Iglesia». Y así, aunque reconocía sus errores, por una parte los situaba en una perspectiva providencial, y por otra los explicaba con unas causas que, si exceptuamos la referencia al «falso espíritu», no cedían excesivamente al punto de vista inquisitorial. Estas causas se indican con toda probabilidad siguiendo un orden de importancia decreciente cuando dice “ *Yo las he dicho por voluntad del falso espíritu el cual me había cegado el intelecto y la memoria y la voluntad, para hacerme pensar y creer y decir en falso y no la verdad, y así yo confieso haber pensado y creído y dicho lo falso y no la verdad, y así he dicho mi opinión, pero no he dicho que fuera la verdad*” (Carlo Ginzburg, “ El queso y los gusanos” , pág. 90/91).

Continuando con su carta expresa:

Yo quiero tomar como ejemplo cuatro palabras breves de José hijo de Jacob que hablando con su padre y con sus hermanos de ciertos sueños que significaban que debían adorarlo, por ello los hermanos tomaron ofensa y lo querían matar, pero no quiso Dios que lo matasen, sino que lo vendieran y así lo vendieron a unos mercaderes de Egipto, los cuales le llevaron a Egipto, y por ciertos errores fue puesto en prisión, y luego el rey Faraón tuvo un sueño en el que vio siete vacas gordas y siete flacas, y ninguno sabía aclarar este sueño. Le dijeron que había un joven en la cárcel que sabía aclarar, y así fue sacado de la prisión y llevado ante el rey, y él le dijo que las gordas significaban siete años de gran abundancia y aquellas flacas siete de gran carestía que no se encontraría trigo por dineros. Y así el rey le dio confianza y le hizo príncipe y gobernador de

todo el reino de Egipto y así vino la abundancia y José hizo acopio de trigo para más de veinte años; después vino la carestía y no se encontraba trigo por dinero, y sucedió que en Canaan no se encontraba trigo por dinero, y Jacob sabía que en Egipto vendían trigo, y envió a diez de sus hijos con bestias de carga a Egipto, y los recogió su hermano, y por mandato del rey mandó traer al padre y a toda la familia y los suyos.

Y así vivieron juntos en Egipto y los hermanos estaban de mala gana meditando porque le habían vendido, y José viéndoles estar de mala gana les dijo: 'No estéis de mala gana porque me vendisteis que no fue culpa vuestra sino voluntad de Dios que así proveyó a nuestra necesidad, pero alegraos que yo os perdono con todo mi corazón'. Y así yo hablando con mis hermanos y padres espirituales, ellos me han acusado como si me vendieran al reverendísimo padre inquisidor, y él me ha hecho conducir a este Santo Oficio y puesto en prisión, pero yo no les he dado motivo a ellos, sino que ha sido la voluntad de Dios, pero yo no sé si son hermanos o padres espirituales, pero yo les perdono a todos que han sido los causantes, así Dios me perdona a mí como yo les perdono a ellos.

En esta parte del discurso efectúa una analogía con la Biblia. La relación entre Menocchio y José, y entre los jueces y Cristo.

Menocchio se consideraba una especie de José, no sólo por ser víctima inocente, sino también por ser capaz de revelar verdades para todos desconocidas. Los que, como el párroco de Montereale, le habían acusado y hecho encarcelar, son semejantes a los hermanos de José, movidos por los inescrutables designios de Dios. Pero en este caso el protagonista es él, Menocchio, en lugar de José. Es él quien perdona a los hermanos malvados (que es el Tribunal que lo juzga), que en realidad no son más que ciegos instrumentos de una voluntad superior. Este paralelismo desmiente de antemano las imploraciones de misericordia con que acaba la carta. Menocchio. Dice: «*pero yo no sé si son hermanos o padres espirituales*», tratando de restablecer una relación de reverencia filial que de hecho había negado en todas sus declaraciones.

Continúa diciendo:

Pero Dios ha querido que yo fuera conducido a este Santo Oficio por cuatro causas: primero, para confesar mis errores; segundo, para hacer penitencia de mis pecados; tercero, para librarme del falso espíritu; cuarto, para dar ejemplo a mis hijos y a todos mis hermanos espirituales, a fin de que no caigan en estos errores. Pero si yo he pensado, creído y dicho y obrado contra los mandamientos de Dios y de la Santa Iglesia, estoy triste y doliente, arrepentido y descontento, y digo 'mea culpa mea máxima culpa', y para la remisión de todos mis pecados yo pido el perdón y la misericordia a la santísima Trinidad, Padre e Hijo y Espíritu santo, y también a la gloriosa virgen María y a todos los santos y santas del paraíso, y también a vuestra santísima y reverendísima e ilustrísima justicia que me queráis perdonar y conceder misericordia, y así os ruego por la pasión de nuestro Señor Jesucristo que no hagáis sentencia contra mí con ira ni con justicia, sino con amor y con caridad y con misericordia.

Se advierte en este párrafo exaltación del Pathos, trata de provocar emociones positivas del Tribunal. Con este modo de persuasión apela a sentimientos de caridad, misericordia, compasión, entre otros. Estos argumentos son de orden puramente afectivo y están vinculados al receptor del discurso, la finalidad de Menocchio era obtener el perdón.

Manifiesta después:

Sabed que Nuestro Señor Jesucristo fue misericordioso y perdonó, lo es y siempre lo será que perdonó a María Magdalena que fue pecadora, perdonó a san Pedro que lo negó, perdonó al ladrón que había robado, perdonó a los judíos que le crucificaron, perdonó a san Tomás que no quiso creer hasta que vio y tocó: así yo creo firmemente que me perdonará y tendrá misericordia.

En este argumento compara a los jueces con Cristo misericordioso e implora el perdón de los jueces; lo utiliza basado en estrategias persuasivas y analogía.

Dice:

Yo he hecho penitencia en prisión oscura ciento y cuatro días con vergüenza y con vituperio y con ruina y desesperación de mi casa y de mis hijos, pero yo os ruego por amor de nuestro Señor Jesucristo y de su madre gloriosa la virgen María que me la cambiéis por caridad y misericordia y que no sea motivo para separarme de la compañía y de los hijos que Dios me ha dado para mi alegría y consuelo: y así yo prometo de no ir más en pos de estos errores, sino ser obediente a todos mis superiores y a mis padres espirituales en todo lo que manden, y no otra cosa.

Se sirve de sus argumentos o sus ideas, rodea lo que dice en papel de credibilidad.

Añade:

Yo espero vuestra santísima y reverendísima e ilustrísima sentencia con disposición de vivir cristianamente, para que pueda instruir a mis hijos a ser verdaderos cristianos. Estos han sido los motivos de mis errores: primero, yo creía en los dos mandamientos, amar a Dios y al prójimo y que bastaban; segundo, por haber leído en el libro de Mandavila de tantas clases de generaciones y de distintas leyes, que me había trastornado; tercero, mi intelecto y memoria me incitaban a saber lo que no me hacía falta; cuarto, el falso espíritu siempre me incitaba a hacerme pensar lo falso y no la verdad; quinto, la discordia que había entre mí y nuestro párroco; sexto, que yo iba a trabajar y me cansaba y ponía débil y por ello no podía hacer todos los mandamientos de Dios y de la santa Iglesia.

Menocchio señala las seis causas de sus propios errores. A través del *logos* apela al mensaje en sí para dar mayor claridad a su entender a sus súplicas, y se apoya en esas evidencias lógicas que enumera, recurriendo a la razón y a la inteligencia del Tribunal. Ello también en función de reactivar el *pathos*, (estado anímico del auditorio), de orden puramente afectivo y ligado fundamentalmente al receptor del discurso para lograr su cometido.

Culmina diciendo:

Y así hago yo mi defensa con petición de perdón y de misericordia y no de ira ni justicia, y así pido a nuestro Señor Jesucristo y a vosotros misericordia y perdón y no ira y justicia. Y no miréis mi error e ignorancia.»

A pesar de la patética invitación final («Y no miréis mi error e ignorancia»), Menocchio no renunciaba a discutir, a argumentar.

El mismo día en que Menocchio envía su carta, se reunían los jueces para emitir la sentencia. Su actitud durante el proceso había ido cambiando insensiblemente. Primero habían advertido a Menocchio las contradicciones en que incurría, luego intentaron atraerle al camino recto; finalmente, viendo su obstinación, habían renunciado a todo intento de

convencerle y se limitaron a plantearle preguntas exploratorias, como si trataran de establecer un cuadro completo de sus aberraciones. Ahora, por unanimidad, declaraban a Menocchio «*non modo formalem hereticum... sed etiam heresiarcam*». Así se llegó, el 17 de mayo, a la sentencia (Carlo Ginzburg, “ El queso y los gusanos” , pág. 90/91).

Análisis de la Sentencia “Arriola Sebastián y otros s/ Causa Nro 9080”, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

por Daniel Luis María Pintos

Juez de la Cámara en lo Penal con asiento en Comodoro Rivadavia. Ex-integrante del Consejo Consultivo de la Escuela de Capacitación Judicial.

La presencia del significado simbólico en las formas cotidianas de la acción penal, se observa con mucha facilidad si tomamos en cuenta la práctica de dictar sentencias. Al emitirla el juez realiza una rutina, una acción instrumental que activa un proceso legal subsecuente. Realiza un decreto-discurso -te sentencio a tres años de prisión- que en la práctica significa autorizar y poner en marcha un procedimiento de encierro. Dictarla es, por lo tanto, un elemento operativo en un proceso instrumental de enfrentar a los infractores. Pero el dictado de la sentencia también transmite una aseveración simbólica que interpreta y comprende un amplio público (o públicos) fuera del tribunal.-

A partir del caso Arriola, es evidente que, al ser pieza de un proceso instrumental, la sentencia es una “práctica significativa” de cierta trascendencia. Las diversas sanciones de que dispone el tribunal no son meramente un repertorio de técnicas para hacerles frente a los delincuentes; también son un sistema de signos para transmitir significados específicos que entiende la generalidad del público social. Cada sanción lleva un simbolismo reconocible, de modo que, en un determinado contexto, el encarcelamiento tiene diversos significados: una multa para unos, libertad condicional para otros, y así sucesivamente. Siempre que el juez dicta una sentencia despliega, a sabiendas, un dispositivo convencional para expresar un significado, y entabla una comunicación simbólica de mayor o menor significación.-

Al diseñar la política penal no solo decidimos cómo enfrentar a un grupo de personas marginadas de la sociedad, ya sea para disuadirlas, reformarlas o incapacitarlas y, de hacerlo, cómo. Tampoco estamos simplemente desplegando recursos económicos o de poder con fines criminológicos. También, y al mismo tiempo, nos definimos a nosotros mismos y a nuestra sociedad de maneras que quizá resulten medulares para nuestra identidad cultural y política.-

Las representaciones difundidas por la política penal no son sólo amenazas dirigidas a los criminales: son también símbolos positivos que ayudan a producir subjetividades, formas de autoridad y relaciones sociales. Para parafrasear a Michel Foucault, el castigo no sólo restringe o disciplina a la sociedad, también contribuye a crearla.-

Derivaciones del caso: La CSJN reiteradamente a lo largo del fallo explica por qué razón se justifica volver a discutir el tema de la punición de este tipo de conductas, cuando ya lo hizo en los años 80 (caso “Bazterrica”), en el mismo sentido que se resuelve ahora; y más tarde, en la década del 90, en el opuesto (caso “Montalvo”).-

igualmente luego de dictado “Arriola” de continuo se publican en los repertorios de la especialidad, diversos pronunciamientos que nos revelan la permanente controversia en torno a la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en función de los alcances que se otorguen al principio de reserva, y la afectación de derechos de terceros; siendo muy habitual que las sentencias en esta materia se dicten por mayoría, es decir con dos miembros del tribunal interviniente a favor de una posición, y la disidencia del tercero.-

Algunos casos frecuentes: la tenencia en las cárceles, por parte de los internos; en un domicilio, donde el autor convive con su familia e hijos menores de edad a cargo (ámbito familiar, factor de imitación); en un sitio público, caso en el que se discute si la acusación ha probado la trascendencia a terceros indeterminados; discusión en torno a la forma en que se encontraba dispuesta la droga –por ejemplo, en poder del autor al momento del procedimiento policial, acondicionada en fracciones, cantidad de droga en cada envoltorio, etc.-, además del peso de la sustancia –para inferir de allí consumo personal o fines de comercialización-.-

1) Cárceles: un caso puntual, se le atribuye a Gustavo Martín Almonacid la detentación de 6,84 gramos de cannabis sativa el día 9 de enero de 2014 oculta en el interior de un termo un envoltorio de nylon de color blanco. El secuestro del material estupefaciente se produjo en oportunidad de efectuarse la requisita de rutina de todos los internos alojados en la Alcaidía de la ciudad de Comodoro Rivadavia que habían gozado de visitas y previo a su traslado al pabellón. Conforme se desprende del informe pericial, analizado el material incautado por el Gabinete científico de la Policía Federal Argentina, se corroboró que se trataba de marihuana con un peso de 6,84 gramos –suficientes para 13,68 cigarrillos de manufactura casera-.-

Uno de los votos que conformaron la mayoría sostuvo que: “...La aplicación de los principios emanados de la doctrina ‘Arriola’ a casos como el de autos, el relevamiento de la realidad carcelaria y la defensa que procuramos allí hacer del valor dignidad en la persona humana privada de su libertad, hacen que no sea posible presumir... que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno afecte siempre los derechos de otros internos.-

Sino que es necesario, tal como ha quedado expresado por el Máximo Tribunal, que si se pretende criminalizar la conducta, deba demostrarse una afectación concreta a derechos o bienes de terceros, porque de otro modo se estaría violando el principio de lesividad ... Se trata de una visión antropocéntrica del Derecho... el individuo privado de su libertad goza de la protección a un ámbito de privacidad, amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional... esa privacidad no está constituida por una circunstancia espacial, .. el término

refiere al derecho de cada uno a la elección de nuestros propios planes de vida o ideales de excelencia humanos ... las personas privadas de libertad, claro está, tienen restringido su derecho a la libertad ambulatoria, y si bien se encuentran sujetas a determinadas normas de conducta que restringen su ámbito de privacidad, eso no significa de ningún modo que no se encuentren amparados por el derecho a la intimidad ni que carezcan de toda posibilidad de autodeterminación personal de la que gozan por su mera condición de persona.-

La zona de reserva, con la que todos los individuos tenemos el derecho de contar, no se pierde por el hecho de que una persona se encuentre privada de su libertad, ya que su garantía es ambulatoria y acompaña a la persona a donde quiera que vaya... desde una mirada dinámica y flexible del derecho como ciencia antropocéntrica cuyo principal objeto de análisis y estudio es la conducta humana en interferencia intersubjetiva; considero que no es posible presumir que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por parte de un interno *per se*, cause o puede causar un daño o bienes o derechos de terceros... Sin que ello implique una violación al principio de lesividad consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y al derecho a la intimidad con la que cuenta todo individuo. Por el contrario en cada caso, si se pretende su punibilidad, se deberá demostrar de qué modo en el caso concreto *ducha tenencia trajo aparejada un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...* .-

2) La trascendencia de la conducta (tenencia) a terceros, criterios de interpretación, estricta (trascendencia "lesiva") y amplia. Un ejemplo concreto: lo vemos en el precedente "Arce, Rodrigo y otro s/ recurso de casación", en el cual la Cámara Federal de Casación Penal, intervino para dirimir un hecho en el que se atribuyera al imputado "... que el día 21 de septiembre de 2012 a las 16:30 horas, en virtud de que personal policial efectuaba controles en el marco de la 'Campaña de Prevención del consumo y distribución de estupefacientes' en el parque recreativo denominado 'Don Tomás', sito en la ciudad de Santa Rosa, Provincia de la Pampa. Allí, y en proximidades al Monumento a la Memoria, los funcionarios actuantes observaron a un joven que llevaba en una de sus manos una colilla de cigarrillo armado, con fuerte olor a marihuana. Por tal razón, y frente a dos testigos, procedieron al secuestro de un trozo de cigarrillo armado en forma casera con sustancia vegetal, con una de sus puntas quemadas, y otros dos cigarrillos, de similares características, en poder de Rodrigo Arce. Según test orientativo, los cigarrillos contenían marihuana" .-

El Juzgado Federal de La Pampa dictó el sobreseimiento del imputado, con fundamento en la doctrina "Arriola", y la Cámara Federal de Apelaciones, al resolver en la apelación instada por el Ministerio Público Fiscal, revocó tal decisión.-

En uno de los votos que conformaron la mayoría, la Cámara Federal de Casación Penal que, ya en la instancia respectiva, anuló el fallo de la Cámara Federal y confirmó el sobreseimiento, se dijo que correspondía al representante del Ministerio Público Fiscal, indicar el modo en que la situación del encausado trascendía de su ámbito de privacidad de manera tal que generaba daño o peligro concreto a terceros. Dicho de otra forma: cabe a la acusación señalar el motivo por el cual el Estado, a través del poder punitivo, podía perforar el escudo protector del 19 constitucional y avanzar por sobre las libertades de un ciudadano.-

Agregó que menester es recordar que dicho avance debe ser siempre en aras de proteger la salud, y no de imponer moralidad apelando a modelos correctos o incorrectos de vida, por cuanto: "... cuando el artículo 19 de nuestra Constitución afirma la existencia de una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres -moralidad, con la cual, lógicamente, debe coincidir la legalidad dictada por el poder político respecto de esos mismos actos-, descarta de plano la concepción totalitaria del Estado, definida mejor que nadie por Hobbes en el siguiente párrafo: 'la regla del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo honesto y deshonesto, son las leyes civiles y, por tanto, debe estimarse como bueno aquello

que el legislador ha ordenado. O sea, el Estado totalitario, que radicalmente disiente con nuestro precepto constitucional, es la organización política que somete a todo el ser humano al arbitrio absoluto del Estado, ya que niega una moral natural reglante de los actos humanos’.-

Esta previsión constitucional de su artículo 19, que fija un valladar inexpugnable para el poder y obedece históricamente a la iniciativa de Bernardo de Monteagudo y a la redacción del presbítero Antonio Sáenz -fundador de la Universidad de Buenos Aires-, impide asumir al Derecho como la expresión de la moral misma, lo que importaría su reetización, es decir que el Estado no se conforme con que se proceda según sus normas, sino que el sujeto así lo sienta como obligación ética. Tal, el resguardo básico del precepto”.-

De acuerdo a lo expuesto por los Fiscales, el hecho atribuido se desarrolló a las 16.39 en un espacio verde, y que las condiciones de tiempo y lugar en las que Arce se hallaba manipulando marihuana en la vía pública “importaban trascendencia a terceros”, lo que no alcanza por sí solas para acreditar un peligro concreto o un daño a bienes o derechos de terceros.-

Evocando el fallo “Arriola”, se recordó que allí se sostuvo que: “las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial”, y “que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública”, concluyéndose que: “aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión”.-

Por otro lado, si se aceptase la hipótesis de los Fiscales, en cuanto a que la mera “manipulación de marihuana” en un espacio público “trasciende del ámbito de privacidad”, dañando o poniendo en concreto riesgo bienes jurídicos de terceros, ello conduciría a la inversión de la carga probatoria, lo que implicaría que el propio imputado tendría que demostrar su inocencia, aún cuando con su conducta -y, en definitiva, con su elección de vida- no aparece afectando a nadie; extremo que no puede tolerarse en un estado de derecho donde, con fundamento en el artículo 18 constitucional, “el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara”.-

En suma, si lo determinante es la lesividad concreta que se genere a bienes o derechos de terceros, siendo que las circunstancias en las que se realiza el consumo no necesariamente la llevan implícita, compete a los acusadores acreditar el extremo. Luego, y a contrario de lo sostenido por la Fiscalía, la mera invocación del espacio público no impone intrínseca, necesaria e inevitablemente el grado de afectación constitucionalmente admitido.-

Ponderó el Juez votante que debe tratarse de una trascendencia “lesiva” a terceros -donde éste, en pleno goce de sus facultades, sea quien en definitiva pueda considerar que ha estado frente a un peligro concreto, o ha sufrido algún daño a derechos o bienes-, y no de una mera “trascendencia a terceros” -donde paternalistamente se lo pretende cuidar-, ya que la conducta en estudio “puede ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar a otras y ser completamente indiferente a muchas otras”.-

En coincidencia con la postura de la Defensa, a partir de la dimensión del parque recreativo donde ocurrió la aprehensión, no se informó -a guisa de ejemplo- si el encausado se hallaba transitando un lugar concurrido del extenso predio, ni mucho menos si había personas cercanas a él, de donde se deriva la falta de acreditación de que haya mediado siquiera ostentación de la sustancia tóxica hacia terceros y que -además- provoque afectación. Por lo demás, entendió, que gobierna en la especie -cuanto menos- el principio *favor rei*.-

Por su parte, el Juez de la minoría, entendió que en el caso se da un supuesto que difiere de lo señalado por el Alto Tribunal en el precedente “Arriola”, que declaró la invalidez constitucional del art. 14, 2º párrafo, de la ley 23.737. Señaló que los estándares fijados y

analizados por aquella sentencia, guardan relación con el ámbito de privacidad y de libertad individual que, por principio, queda excluida de la autoridad estatal.-

No obstante, en ambas esferas juega un rol fundamental la trascendencia a terceros que puedan tener las conductas individuales. La Corte, en esa línea, fijó su alcance al establecer que los comportamientos que nos ocupan, para ser alcanzados por esa solución, debían realizarse “ ... en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...”.-

Luego de memorar lo expresado por el Alto Cuerpo en “ Arriola” , entendió que las pautas allí señaladas han sido correctamente analizadas en la sentencia recurrida, concluyendo que la conducta imputada trae aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. Estimó acertado tomar en consideración las circunstancias del caso concreto objeto del proceso en el que se tomara la decisión, en particular, las circunstancias de la tenencia de estupefacientes atribuida al imputado, pese a resultar el monto de la sustancia escaso.-

En aval de las argumentaciones de la Cámara en este punto, interpretó que la conducta imputada al nombrado -tenencia de estupefacientes para consumo personal-, en las condiciones en la que se realizó, no resulta incapaz, por sí misma, de conectarse con un resultado lesivo para otros; por lo tanto, continuó, no está amparada por un ámbito de privacidad constitucionalmente tutelado. Por ende, del contexto en el que se realizó el comportamiento -que la acción haya sido desplegada en una plaza de modo ostensible- se desprende el riesgo y la trascendencia que ésta tiene para terceros, y que la Corte sentó como límite en su decisorio. Por ello postuló el rechazo del recurso de casación interpuesto contra el sobreseimiento.-

Como se puede advertir con claridad, lejos de ponerle un punto final al debate acerca de los alcances de la punibilidad, en materia de delitos vinculados al consumo de estupefacientes, con su jurisprudencia en el caso “ Arriola” la Corte Suprema de Justicia de la Nación no hace más que marcar un nuevo hito, en la ya clásica discusión en torno a los límites del avance del Estado sobre ámbitos de privacidad; actualizándola, y también dando lugar a la renovación de los argumentos, tanto en pro como en contra de la punición de conductas susceptibles de afectar la salud pública.-

Ejemplo patente de una nueva línea de razonamiento, lo vemos en el caso de la Provincia de La Pampa, que recientemente ha resuelto la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría; incorporando el requisito de la “ lesividad” a la trascendencia a terceros, es decir que la conducta en cuestión debe contar con aptitud suficiente, para afectar, los derechos de aquellos”.-

Seguramente y para el bien de la evolución de las ideas, al igual que como acontece en la literatura, esta historia continuará ...

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

Autoridades en el Superior Tribunal de Justicia

El Superior Tribunal de Justicia informa que el primer día hábil del mes de abril de 2017, es decir el lunes 03, asumió la presidencia del organismo el Dr. Marcelo Alejandro Horacio Guinle, cargo que ejercerá hasta el 31 de marzo de 2018; en tanto la vicepresidencia será ocupada durante el mismo período por el Dr. Alejandro Javier Panizzi, todo en virtud de los Acuerdos, Plenario N° 4476/17 y de Sala Civil N° 709/17.

Asimismo, se informa que el orden de subrogancia ha quedado establecido de la siguiente manera:

Presidente del STJ

Dr. Marcelo Alejandro Horacio Guinle

Vicepresidente del STJ

Dr. Alejandro Javier Panizzi

Sala Penal

Presidente: Dr. Alejandro Javier Panizzi

Ministro: Dr. Jorge Pflieger

Sala Civil

Presidente: Dr. Mario Luis Vivas

Ministro: Dr. Miguel Donnet

Ministro: Dr. Marcelo Alejandro Horacio Guinle

Presupuesto

El presupuesto público es un plan de acción de gran importancia porque refleja una parte fundamental de la política institucional.

En ese sentido, un buen esquema de programación presupuestaria supone la capacidad de explicitar, discutir y acordar las prioridades en su conjunto.

Debe ser, además, una adecuada herramienta de gobierno. Puede decirse que es un instrumento que contiene decisiones políticas que deben expresarse en acción. Pero ésta debe ser efectiva y ejecutarse a menor costo, debe ser planificada.

El Presupuesto aprobado permite proyectarnos de mejor manera, aunque es muy importante la certidumbre financiera. Esto es, poder contar con un flujo de recursos financieros continuos que posibiliten una ejecución tal como ha sido programado.

Continuar con un presupuesto reconducido ocasiona inconvenientes a la hora de administrar. La reconducción presupuestaria funciona como un instrumento de continuidad administrativa y financiera del poder público.

Sin embargo, cuando esta herramienta está aprobada permite ejecutar los planes del poder público y al mismo tiempo las políticas públicas. El análisis de lo alcanzado se evalúa sistemáticamente, es decir, se compara lo logrado con lo propuesto, se estudian las desviaciones y se proponen los cambios o reformas para los programas del periodo siguiente.

Ciudad Judicial

En relación a la Ciudad Judicial de Comodoro Rivadavia, el presidente del Superior Tribunal de Justicia, Dr. Marcelo Guinle, expresó que existe una excelente disposición por parte de los integrantes del Poder Ejecutivo Provincial, como del propio gobernador Mario Das Neves, a fin de apuntalar con fuerza esta nueva etapa de la emblemática obra de infraestructura. Se busca aunar esfuerzos para su finalización a través de diversos mecanismos de financiamiento, como también, desde el marco operativo, como por ejemplo el traslado de la antena que aún se encuentra en el predio. Entre los objetivos de esta trascendente obra, se destaca la posibilidad de centralizar todas las dependencias que el Poder Judicial tiene dispersas por la ciudad, además de constituir un centro de atención ciudadana que brindará a la población toda la asistencia que requiera de los tribunales, todo enmarcado por un cordón forestal que circunvalará el perímetro otorgando a la ciudad petrolera un pulmón verde y espacios de recreación dentro de las nuevas concepciones urbanísticas que rigen a los edificios públicos. Se trata de módulos que albergarán los distintos juzgados, por jurisdicción, con sus respectivas salas de audiencia, todo interconectado entre sí y con las distintas áreas de servicio que serán comunes a los diversos sectores.

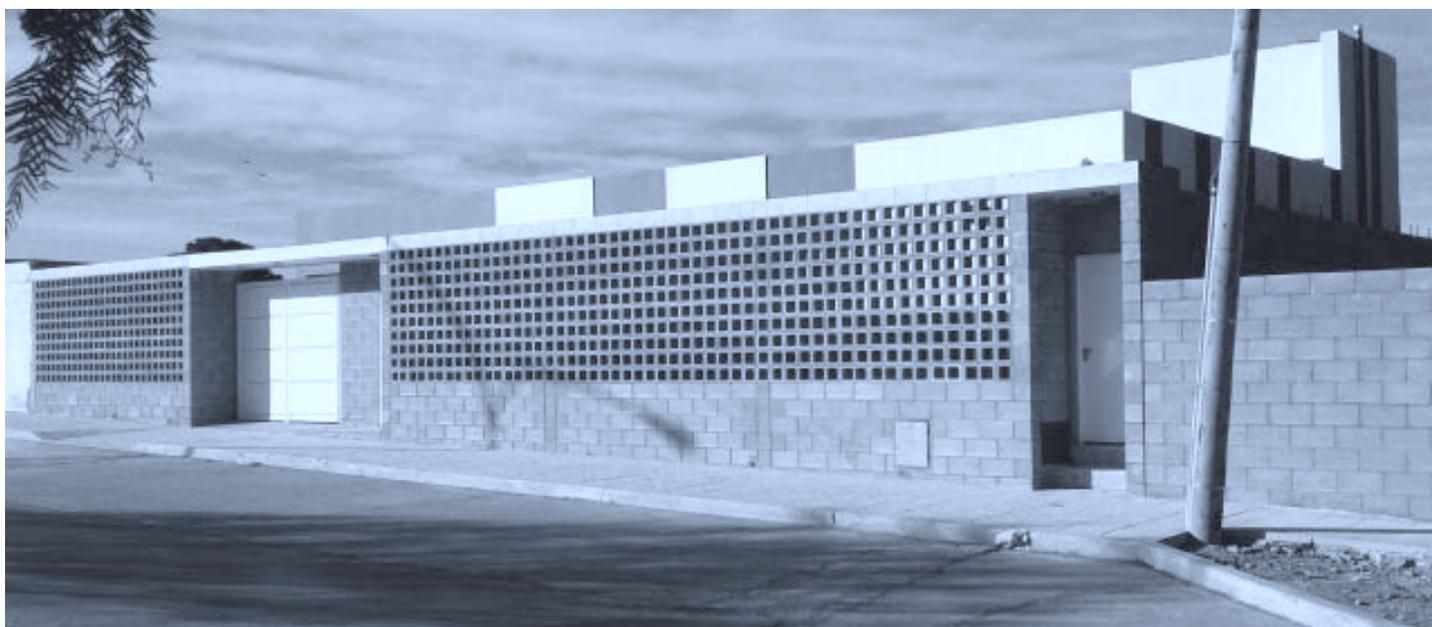
Nuevos Juzgados en Puerto Madryn de Ejecución y Juzgado Civil y Comercial

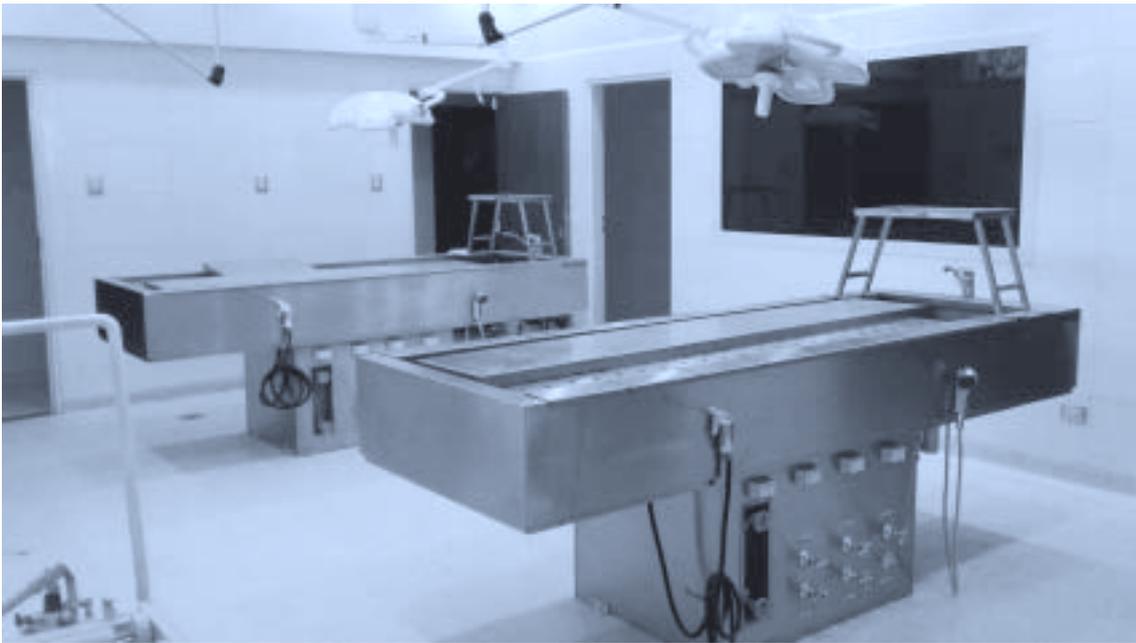
Fueron inaugurados el 14 de febrero del corriente. Estuvieron presentes el titular del Superior Tribunal de Justicia, Jorge Pflieger y sus colegas, Mario Vivas y Miguel Donnet. También estuvo el jefe comunal de la ciudad, Ricardo Sastre. Se trata de una superficie total de 480 mts². para ambos juzgados que se reparten de la siguiente manera: 210 mts². para el Juzgado de Ejecución cuyo titular es el Dr. Luis Mures y 130 mts². para el Juzgado Civil y Comercial cuya responsable es la Dra. María Laura Eroles, más 120 mts² para áreas de servicio. Su construcción concluyó hacia finales del año pasado y estas modernas y funcionales instalaciones permiten el trabajo de 25 personas. Ambos juzgados se ubican en el segundo piso del edificio de la calle Gobernador Galina, entre Mosconi y Paulina Escardó de la ciudad de Puerto Madryn. En la oportunidad los ministros del STJ junto al intendente de la ciudad recorrieron las nuevas dependencias judiciales, llevaron a cabo un

simbólico corte de cintas y se aprovechó la ocasión para hacer entrega de medallas y certificados por los 30 años de servicios a empleados y magistrados del Poder Judicial de la ciudad portuaria.

Morgue Judicial

La Morgue del Poder Judicial en Comodoro Rivadavia es una moderna y funcional dependencia cuya labor específica es la de llevar a cabo autopsias judiciales. El Superior Tribunal de Justicia informa que ya fue habilitada para su puesta en funcionamiento. Estuvieron presentes en la oportunidad el Dr. Marcelo Guinle, el equipo del Cuerpo Médico Forense integrado por Calixto González, Magalí Fuscagni, Oscar Licciardi y Eliana Bévolo, los arquitectos Javier Fabián y Adrián Brancos, el intendente de la ciudad, Carlos Linares y magistrados y funcionarios judiciales de la circunscripción. La Morgue que el Poder Judicial posee en la ciudad petrolera es una moderna y funcional dependencia cuya labor específica es la de llevar a cabo autopsias judiciales. Así lo establece el Acuerdo Plenario 3974/11. Al respecto, el Dr. Marcelo Guinle expresó que el Cuerpo Médico Forense *interviene sólo para hacer autopsias de acuerdo a lo ordenado por la Justicia, es decir, un juez o un fiscal*. El mencionado acuerdo indica claramente que “... son funciones de los integrantes del Cuerpo Médico Forense, realizar los dictámenes o pericias médico legales de su especialidad que le fueran encomendadas por los sres. jueces o fiscales de todos los fueros e instancias...” . Las instalaciones cuentan con 178 mts.2, dos mesas de autopsia, dos heladeras de tres cuerpos cada una, un sector de servicios con vestuarios por género, una oficina administrativa y un sector desde donde se pueden presenciar las autopsia, si así fuese necesario. El edificio se encuentra en la Av. Juan XXIII 650 y resta agregar que la morgue está preparada también para llevar a cabo trámites exhumatorios, lo que es facilitado por ser colindante una de sus partes con el cementerio municipal.





Convenio UNPSJB

Se trata del posgrado de “Especialización en Derecho Penal” para toda la provincia firmado entre la Facultad de Ciencias Económicas y el Superior Tribunal de Justicia. Por el máximo órgano de justicia del Chubut estuvieron presentes el Dr. Jorge Pflieger en su carácter de presidente y el Dr. Mario Vivas como director de la Escuela de Capacitación Judicial; en tanto por la casa de altos estudios estuvieron el Lic. Daniel Urie como decano y el Dr. Alfredo Pérez Galimberti como director académico de la carrera. La modalidad será presencial y semipresencial. El dictado de las clases será por videoconferencia desde la Escuela de Capacitación Judicial (Rivadavia y Jones, Rawson) en el caso de Comodoro Rivadavia y Esquel, en tanto Puerto Madryn, Trelew y Rawson tendrá sus clases en la ECJ. Luego, en otra etapa, los alumnos de las cinco ciudades antes mencionadas, tomarán sus clases en forma presencial en un aula de la Facultad de Ciencias Económicas, sede Trelew.



Convenio Ministerio de Justicia de Nación

Fue con la Dirección Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia de Nación. Tiene por objeto implementar un sistema electrónico destinado a la remisión de resoluciones judiciales registrables y al diligenciamiento de los informes de antecedentes penales. El Superior Tribunal de Justicia recibió al Director del Registro Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia de la Nación, Dr. José Guerrero y al Subsecretario de Asuntos Registrales del mismo organismo nacional. Los funcionarios nacionales fueron recibidos por el titular del alto cuerpo chubutense, Dr. Jorge Pflieger, quien estuvo acompañado por sus colegas, Dres. Marcelo Guinle, Mario Vivas, Miguel Donnet y Daniel Rebagliati Russell. Estuvieron presentes además, los Dres. José Maidana, Secretario Letrado del alto cuerpo y Alicia Pugh, responsable del Registro de Antecedentes Penales dependiente de la Secretaría Letrada. Se procedió a firmar un convenio entre el Superior Tribunal de Justicia y la Dirección Nacional del Registro Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia de la Nación. A través de este instrumento legal se podrá implementar un sistema electrónico destinado a la remisión de resoluciones judiciales registrables y al diligenciamiento y contestación de los informes de antecedentes penales. De ese modo, ese intercambio de información podrá tener un canal adecuado y específico que permitirá optimizar los procedimientos correspondientes.

Juzgados de Paz, conectividad

El Dr. Mario Vivas, juez del Superior Tribunal de Justicia de Chubut se reunió con el ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Germán Garavano. Se firmó un convenio de cooperación a fin de articular políticas comunes. El encuentro tuvo lugar en Buenos Aires, en el despacho principal del edificio de la calle Sarmiento, en el que estuvieron también presentes Guillermo Cosentino como coordinador por el STJ Chubut ante dicho Ministerio y Mauricio Devoto y Sandra Dosch, ambos funcionarios del Ministerio nacional en la Secretaría de Planificación Estratégica y el Programa de Gestión de Calidad Judicial, respectivamente. Durante la reunión, además de dialogar sobre las diferentes vías para articular políticas entre ambos organismos de justicia, Vivas y Garavano firmaron un convenio marco para trabajar sobre temáticas de interés de la justicia, tales como: la mejora en la calidad de la gestión, la capacitación, el acceso a la justicia y los protocolos necesarios para brindar una mayor cercanía del servicio al ciudadano. Asimismo, también se incluyó el tema de la conectividad, preocupación que Vivas transmitió al Ministro de la Nación, a fin de lograr un mayor grado de posibilidades para la Justicia de Paz de Chubut en materia de comunicación como posibles soluciones a las problemáticas de infraestructura.

Premio a la Innovación Judicial

La implementación de este premio, promovida por el Superior Tribunal de Justicia, destaca la importancia que tiene identificar y desarrollar la capacidad innovadora dentro de las instituciones estatales para promover políticas públicas. El Superior Tribunal de Justicia informa el orden de mérito del "Premio a la Innovación en el Servicio de Administración Justicia".

Categoría: "Experiencias"

* Premio a la Innovación en el Servicio de Administración de Justicia, edición 2016 al trabajo: "Rediseño de prácticas forenses en pos de la despapelización": Juzgado de Familia N° 1 de Comodoro Rivadavia: María Marta Nieto, Verónica Re, Cinthia Verónica English, María Enriqueta Madueño, Daniela Evelyn D'abracio, Francisco Roberto Durán,

Luciana Carolina Nieves, Adriana Laura Matías, María Betania Gerez, Miriam Karina De Brito, María Selene Taborelli.

* Primera Mención al trabajo “Mediación en cuestiones de Familia”, Servicio Público de Mediación de Esquel, Irene García Cerocci y Silvia Liliana Jandogüy.

* Segunda Mención al trabajo “Registro de Alimentantes Morosos-Consulta y emisión de certificados”, Dirección de Registros Judiciales, Mauricio Bogliacino, María Cecilia Catalán, Mariela Gemina Condori, María Eugenia Iannini, María Belén Mazo, Jorge Mayorga, Natalia McLeod, Nilda Alicia Pugh y Sonia Jimena Velázquez.

* Alcanzaron los criterios de selección, el trabajo “Tratamiento de las cuestiones conexas y de sostenimiento de la familia, vinculadas a causas de violencia familiar, mediante la mediación”, Servicio Público de Mediación de Puerto Madryn, Daniela Patricia Almirón y Carolina Alejandra Sequenzia.



Categoría “Proyectos”

* “Premio a la Innovación en el Servicio de Administración de Justicia, edición 2016, al trabajo: “SIDEN, Sistema de Identificación de Personas”, Dirección de Registros Judiciales”: Mauricio Bogliacino, María Cecilia Catalán, Mariela Gemina Condori, María Eugenia Iannini, María Belén Mazo, Jorge Mayorga, Natalia McLeod, Nilda Alicia Pugh y Sonia Jimena Velázquez.

* Primera mención al trabajo “Implementación de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Agilización de la labor judicial”, Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Comodoro Rivadavia: Julián Jalil, María Basso, Zulma Ana Simón, María Valeria Freile, Marina Demitriou, María Inés Alfaro, Miriam Mónica Torres, Andrea Fabiana Carli, Marcela Fabiana Torres, Candela Liliana Humeres, Pablo Perry, Magalí Briceño, Bárbara Camarda y María Belem Carrizo.

* Segunda Mención al Trabajo “Justicia sustentable”; Juzgado de Ejecución de Puerto Madryn, Helena Castillo, Silvana Davies, Germán Mascarell, Rodrigo Acuña, María José Vottero Alberti, Romina Vanegas, Gastón Martínez Sosa, Luis Horacio Mures, Florencia Muñoz y Cecilia Lancuba.



* Alcanzaron los criterios de selección el trabajo “ Sala de audiencias para niños/as citados al Juzgado”, Juzgado de Familia N° 1 de Comodoro Rivadavia: María Marta Nieto, Verónica Re, Cinthia Verónica English, María Enriqueta Madueño, Daniela Evelyn D’abracio, Francisco Roberto Durán, Luciana Carolina Nieves, Adriana Laura Matías, María Betania Gerez, Miriam Karina De Brito, María Selene Taborelli.

Registro de Capacitadores de la ECJ

Como parte del proceso de programación de actividades de capacitación, durante los primeros meses del ciclo académico 2017, se creó en la Escuela de Capacitación Judicial un registro de personas con experiencia docente interesadas en formar parte de su equipo de capacitadores.

Esta convocatoria, que ha sido altamente exitosa, responde a la necesidad de cubrir espacios de formación locales atendiendo a las necesidades de capacitación expresadas por los agentes del Poder Judicial durante la etapa de Relevamiento de Necesidades 2016-2017. Próximamente, el Director de la ECJ, Dr. Mario Vivas, se reunirá con aquellas personas que han expresado interés en esta propuesta a fin de compartir las líneas de trabajo y los objetivos a cumplir durante el año.

El formulario de inscripción se mantendrá abierto para que las personas interesadas puedan registrarse en cualquier momento. La ECJ cuenta con personal y recursos para asesorar en el diseño y desarrollo de actividades, a quienes lo consideren conveniente, como así también con el espacio del Aula Virtual, como una herramienta adicional para actividades de capacitación.

Aquellas personas que requieran más información pueden contactarse con la Escuela, telefónicamente, o por email.

Para inscribirse en el Registro se puede llegar al formulario siguiendo alguna de estas opciones: 1. Hiperlink: <https://goo.gl/MC6MZf> 2. QR Code:



Escuela de Capacitación Judicial
Superior Tribunal de Justicia
Tel y Fax: 0280 4484723 (Red 3370)
Email: escuela@juschubut.gov.ar

Medallas por 30 años de servicio en el Poder Judicial

Este reconocimiento por los 30 años de servicio del personal del Poder Judicial fue instituido por la presidencia del Superior Tribunal de Justicia durante el año 2004 a través de un Acuerdo Extraordinario N° 3352/04, para poner en valor el esfuerzo y la dedicación de aquellos empleados, funcionarios y magistrados que desempeñaron sus funciones durante tres décadas. El homenaje se lleva a cabo en cada una de las circunscripciones judiciales de la Provincia. Hasta el presente han sido entregados medalla y diploma en Comodoro Rivadavia, Puerto Madryn y Rawson.

Junta Federal de Cortes

Es el organismo de carácter nacional integrado por todos los Superiores Tribunales y Cortes de Justicia de Argentina. El representante por Chubut como Vocal de JuFeJus, es el ministro Dr. Miguel Donnet. Este instituto tiene por objeto que todos los poderes judiciales del país tomen las decisiones necesarias a fin de permitir que la justicia argentina disponga de una unidad de criterio, tanto en las cuestiones que se vinculan con los diversos fueros, como en lo atinente a la administración de la justicia. En las últimas reuniones se ha acordado sostener colaboración con cada jurisdicción, tanto como con CABA, en temas vinculados a los procedimientos de las justicias provinciales, como así también en lo referido al intercambio de decisiones, todo esto favorecido por el avance de las nuevas tecnologías que permiten una inmediatez en el manejo de la información de cualquier tipo de materia judicial. En este aspecto se ha intensificado en el curso de los dos últimos años, el tratamiento de temas tales como: Oficina de la Mujer, Violencia Familiar, Cruzamiento de Datos de Antecedentes Penales, Capacitación, etc.

Paralelamente a los objetivos precedentes, es de destacar también el funcionamiento del Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, organismo de carácter regional que nuclea a las seis provincias patagónicas y cuyo representante por Chubut es el actual vicepresidente del STJ, Dr. Alejandro Panizzi. Entre sus múltiples objetivos regionales, se destaca la promoción de la capacitación, el intercambio de información a través de las nuevas tecnologías, el criterio común sobre diversos procedimientos de trabajo y el sostener una agenda periódica de labor entre las provincias de la región a fin de aunar criterios y promover experiencias enriquecedoras que pueden resultar útiles a los demás STJ y Cortes de Justicia.

Discurso del Presidente del Superior Tribunal de Justicia, Dr. Jorge Pflieger ante la Honorable Legislatura, según manda el art. 181 de la Constitución Provincial, 23 de marzo de 2017.

VERSIÓN TAQUIGRÁFICA



- En Rawson, en el recinto de sesiones de la Honorable Legislatura del Chubut, a veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, siendo las 9:45 dice el

SR. PRESIDENTE (Arcioni): Con la presencia de veintiún señores diputados en el recinto, se declara abierta la sesión especial convocada por Resolución n° 012/17 para que el señor Presidente del Superior Tribunal de Justicia brinde el informe previsto según el artículo 181° de la Constitución Provincial.

Sobre sus bancas se encuentra el Orden del Día de la presente sesión, el que queda a consideración de los señores diputados.

- Se vota.

Aprobado.

Ya se encuentra en esta Casa el doctor Jorge Pflieger, Presidente del Superior Tribunal de Justicia, a quien invitamos a ocupar este sitio.

- Ingresa al recinto el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, doctor Jorge Pflieger, y ocupa su lugar en el sitio de Presidencia.

Doy la bienvenida al señor Presidente del Superior Tribunal de Justicia y lo invito a dar lectura de su informe.

DR. JORGE PFLEGER (Presidente del Superior Tribunal de Justicia): Muchas gracias, señor Vicegobernador, señor Presidente de la Legislatura.

Agradezco a los señores legisladores presentes la deferencia de recibirme en la Casa; agradezco a los distinguidos colegas aquí presentes tener la paciencia de escucharme una vez más. Agradezco al público en general; veo caras conocidas, compañeros de trabajo de muchos años, también esa paciencia de escuchar el informe.

Voy a ser breve en contra de alguna fama, de alguna infundada fama que se me ha hecho.

El de hoy es un día muy especial para mí, hoy cumpla cuarenta años en el Poder Judicial. De modo tal, que me parecía una coincidencia -si me permiten un segundo fuera del programa- que la acordada que me nombrara auxiliar de séptima en el Juzgado Federal n° 2 en 1977, coincidiera cuarenta años después con la fecha en que, como Presidente del Tribunal de Justicia, viniera a dar un informe ante la Legislatura, la Honorable Legislatura del Chubut.

Para los que hemos sido judiciales de toda la vida tiene una significación importante y, aunque se trate de una cuestión personal, no quería dejar que eso quedara en mi intimidad.

Vengo ante ustedes a rendir cuentas al pueblo soberano. Él, el pueblo soberano, es la fuente única de mando y es en su nombre que quienes estamos al servicio del Estado actuamos. Somos meros mandatarios y por ello debemos explicar nuestras acciones y exponer nuestras ideas.

Esta alocución -como ya dije- será breve y no un mero acopio de palabras. Los tiempos no están para discursos de ocasión, para describir realidades que sólo tienen vida en nuestra imaginación, para buscar en los tecnicismos y las frases hechas una justificación.

Tampoco me verán apuntar con el dedo de Júpiter. Habitados a los prepotentes que usan los sinsentidos como armas de ataque, pues se plantean la acción política como una relación de permanente agonía; o acostumbrados a los pícaros y a los taimados, expertos en seducción y hábiles en la estafa, que la realizan como una bufonada constante para obtener ventajas; me aplicaré a reflexionar sobre los problemas que nos aquejan, pues la razón es el único modo de pensar en la tarea gubernativa del modo en que ésta debe ser: una labor trascendente, pacífica y cooperativa cuyo propósito es la paz, que es el fin eminente del Estado.

No escucharán, en estos breves momentos, blasfemia alguna en contra de los que nos censuran; menos aún en contra de los mensajeros. Por el contrario, ellos son las fuentes de nuestras cavilaciones y no argumentos para sustraernos de nuestras responsabilidades.

Es difícil discurrir sobre el Poder Judicial en estos tiempos. Hace cinco años, en este mismo recinto, me atreví a calificar el momento como el de la más profunda crisis de

fiabilidad de la institución Poder Judicial. No se hallaba en mis cálculos que esa crisis crecería exponencialmente hasta alcanzar los alarmantes niveles actuales.

Como efecto pernicioso advertía que un enorme abismo se abría –se había abierto- entre nosotros y la sociedad civil, un abismo real, un abismo palpable, un abismo incontrovertible. Hoy esta situación no sólo perdura, sino que se ha ahondado a límites tan peligrosos que ponen en jaque la existencia misma del orden constitucional, tal como fue diseñado.

Porque siendo como es que el Estado posee como razón de ser aquellos fines que expuse nomás de empezar -la realización de la paz social-, una sociedad incrédula que no siente o no ve que tal misión sea cumplida, corre el riesgo de entregarse a los cantos de sirena del autoritarismo o al caos de la anarquía.

Por eso persisto en reclamar nuestra responsabilidad -nuestra responsabilidad-, por eso señalo que somos responsables. Por eso machacaré sobre los defectos y no sobre las virtudes, con la idea puesta en la solución.

Porque si las cosas van mal, no es por obra y gracia de fuerzas ajenas, de portentos malignos, sino por obra de nosotros mismos, por no cumplir adecuadamente nuestros deberes, ni los pequeños ni los grandes.

Éste es, entonces, mi punto de partida, mi idea de la situación, del estado de cosas.

No pretendo confundir y mucho menos escandalizar mediante el anuncio del apocalipsis. Porque -y recorro a los clásicos- en el reconocimiento de este difícil contexto y en la asunción de nuestros defectos, radica la fuerza de nuestra esperanza.

Demóstenes -ese gran orador griego- lo afirmaba con estas palabras: “... tal vez sea chocante lo que voy a decir, pero es cierto: lo peor de nuestro pasado es precisamente nuestra mejor reserva de cara al futuro. ¿Y qué es ello? El hecho de que por no cumplir ninguno de vuestros deberes, ni pequeños ni grandes, las cosas van mal; puesto que si estuvieran en la misma situación, pese a realizar vosotros todo lo conveniente, ni siquiera habría esperanza de que mejoraran...”.

Los clásicos son frecuentes en mis palabras, porque como vivimos en esa percepción de la fugacidad del tiempo, tenemos que considerar que dos mil años de cultura nos preceden y nos deben inspirar.

De modo tal que está en nosotros -y sólo en nosotros- que los mensajes por venir hagan de esto sólo un mal recuerdo o, ¿quién sabe?, la reflexión de alguien que está equivocado. Espero que en el futuro nadie tenga que volver a repetir estas palabras. Dije que iba a ser económico, de manera que abordaré puntos concretos.

La incorporación de nuevos miembros en el Superior Tribunal de Justicia es -o ha sido- altamente auspiciosa. Otras personas, otras ideas, otros vientos, nuevos impulsos, repercuten positivamente, desde relativamente poco tiempo ha, en el movimiento de un órgano que desgastado por propios y ajenos, empezaba a sufrir los riesgos de la saturación, la sobrecarga y la parálisis.

Nuestros pares –recientemente incorporados- han asumido con toda responsabilidad el desafío y, lo digo sin rodeos, han insuflado una energía vivificante que se canaliza en proyectos de la más diversa índole.

Es más, en rigor de verdad y deliberadamente, he sido un presidente nominal que sólo ha intentado coordinar las potencias de un equipo de individualidades descollantes. Nada mejor para quien es –como yo- un convencido militante de la democracia deliberativa, forma política que alcanza su culminación en el parlamentarismo. Esto es un aviso que, bueno, permítaseme introducir.

Pero vuelvo al punto, sólo he intentado coordinar la potencia de un equipo de individualidades descollantes. Y voy a decir algo que no está escrito.

Es encomiable la conducta, la labor, la pertinacia -y lo voy a decir con todas las letras- del doctor Guinle, que ha traccionado la labor; más que la labor, la reconstrucción del proyecto y la puesta en operaciones del proyecto de Ciudad Judicial y la cristalización, por

ejemplo, de una obra sencilla pero demorada como fue la Morgue Judicial en Comodoro Rivadavia.

Es encomiable la pasión puesta por el doctor Vivas en el manejo de la Escuela de Capacitación Judicial, que había quedado -por obra y gracia de las renunciadas y de las limitaciones propias del Tribunal- un tanto paralizada.

Es encomiable la labor del doctor Donnet que aunque en otra Sala ha acompañado la Sala Penal, como debe ser, como lo que es, como miembro de un Cuerpo único y que ha logrado reincorporar al Tribunal en el plano, por ejemplo, de la Junta Federal de Cortes, en donde acaba de obtener una vocalía.

Y no me voy a olvidar del doctor Panizzi, que me mira con cara de “ ¿y yo qué?, que soy de los viejos...”

- Risas.

... porque tengo que mencionar un agradecimiento especial para quien, con un Tribunal rengo y corto de número, asumió la tarea de abordar todas las materias, fuera la que fuese.

Los discursos generalmente son una manifestación del ego; yo he pretendido que éste no lo sea así. Por eso, aunque no está escrito, hago esta mención porque creo que es importante que la Legislatura observe la consecuencia de su obra: los acuerdos; y lo que los acuerdos dados por la Honorable Legislatura han provocado en un Cuerpo que ha pasado por momentos muy difíciles, como todos conocen.

Hemos constituido un equipo, cuya sinergia es muy auspiciosa y que pronto, confío, obtendrá resultados que se verán -plenamente- a la luz.

Esto es bueno para el Poder Judicial y para el Superior Tribunal de Justicia en particular. Quienes hemos cumplido un ciclo hemos de dar un paso al costado; nuevos vientos, nuevas esperanzas, nuevos impulsos, a veces, nos vuelven a algunos anacrónicos. Si bien inamovibles, salvo que nos expelan por nuestra propia inconducta, los jueces hemos de respetar la cronología, los tiempos.

Cuarenta años de vida judicial es suficiente y, abierta la puerta del retiro, no es sano obstinarse en la permanencia.

En lo que atañe a las cifras y estadísticas, no las repetiré. Demuestran lo que hemos hecho, pero no he venido a perorar sobre esto. Ruego a los señores legisladores una lectura atenta y crítica de cuanto se expone, una manifestación concreta de la transparencia que se reclama.

Y si de ello se trata, de transparencia, me detendré en esta singular tópica. Acepto gustoso las objeciones que se formulan. Gustoso -digo- porque si son bien intencionadas y no se ve lo que pretendemos mostrar, entonces lo estamos haciendo incorrectamente, lo estamos mostrando incorrectamente.

La actividad del Poder Judicial es pública por antonomasia. Se ha señalado insistentemente que, en lo que es la función jurisdiccional propiamente dicha, la divulgación es consustancial.

En el marco del proceso penal, la oralidad y publicidad constituyen la regla de oro. El proceso se desarrolla en audiencias abiertas y el juez decide cuantas proposiciones se plantean en una sala, a la vista de todos. Nada se oculta. Las decisiones son proclamadas en presencia de quienes, de primera mano, conocerán las razones. La reserva, como ustedes saben, sólo opera en casos determinados.

El legajo escrito -último recoveco del sistema antiguo- aún se mantiene vigente en el marco de pleitos de naturaleza pecuniaria de la más variada gama, desafortunadamente. Y digo desafortunadamente porque hemos abogado y abogamos por la oralidad en todos los fueros, materia que es pendiente de discusión en este recinto de leyes.

Pero la publicidad también es un objetivo a conseguir en lo que atañe a la administración.

Una gestión cristalina constituye el norte de nuestra labor de gerenciamiento de fondos públicos que posee manifestaciones concretas, aunque al parecer insuficientes. En el tiempo del “Homo videns” no resultan satisfactorios los controles tradicionales que nos auditan, como elemento de convicción de nuestra cristalinidad.

Desde hace ya bastante tiempo es de fácil acceso todo lo que concierne a la ejecución de presupuesto y a las contrataciones y servicios. El solo pulsar una tecla y el ciudadano común —el contribuyente que nos solventa, nada menos- puede conocer de qué se trata.

¿Es esto suficiente? No. ¿Debemos avanzar aún más? Sí, rotundamente. Carecemos de la logística sofisticada de otras organizaciones estatales, pero estamos abiertos a las ideas que cimientan la fe en el manejo de nuestras cuentas.

Manos limpias y uñas cortas en la atención de los fondos públicos, ése es y debe ser nuestro lema. Exhibir las manos limpias y las uñas cortas, una y otra vez para que se vea con claridad, es un modo de hacer en el que se debe perseverar. Si no lo hacemos bien —repito-, lo haremos mejor.

Los que no tememos al escrutinio público, no tenemos reserva alguna, podemos mostrarlo todo; el Presidente del Tribunal, el primero. Así se reconstruye la República -manos limpias y uñas cortas-, una República -y permítaseme otra digresión- devastada por la voracidad de los que se hacen ricos a costa de las cuentas del Estado, trasegada por el latrocinio, por el favoritismo, por la degradación de la moral pública y por las más variadas e insólitas formas de miseria espiritual, vicios que como plaga de langostas se encarnizan sobre esta tierra que arrasan de manera impía.

Y a propósito, los jueces y el dinero no son términos demasiado compatibles; no se llevan ni han de llevarse bien. La condición ineludible para el ejercicio de la judicatura es la sobriedad, la austeridad, esa manera de ser que permite guardar distancia con las tentaciones de un mundo que nos invita al engañoso carrusel del consumismo y la tilinguería.

El poder que se confiere a cada uno de nosotros trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas. Si no estamos dispuestos a aceptarlo, pues a buscar horizontes menos exigentes.

No predico condenarnos a la pobreza, que no estamos condenados. Exigir virtudes públicas no implica someterse a sacrificios o inmolaciones, sólo se trata de asumir que el precio que pagamos por el honor de ser judiciales es la modestia.

Hay reglas de ética judicial que tenemos que observar, el Código de Ética Iberoamericano resulta elocuente al respecto: “El juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confían para el cumplimiento de su función...”; ésa es una de ellas “... El juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial...”.

Por eso me permito recomendar mesura a los jueces en la defensa de sus derechos patrimoniales, cuando ello toca al erario público. No me provoca simpatía afirmarlo, pero lo hago como un deber de conciencia. Nadie desconoce ni desconocerá legítimas aspiraciones, pero sí reprocha y reprochará los métodos que se escogen para su satisfacción.

No debemos echar leña al caldero adonde se fragua la leyenda negra sobre nuestros salarios, que se imaginan estafalarios e indignos.

Buscamos, para aventar la conflictividad, los remedios más apropiados. Trabajamos sobre ello en el contexto de escasez que nos toca administrar. Creemos que una solución eficaz es la solución del todo, la posibilidad de zanjar definitivamente años de disputa, mediante el consenso.

Especial atención ha de dispensarse a los trabajadores del Poder Judicial. Los salarios, las condiciones generales de trabajo y la protección integral que los trabajadores merecen

en una sociedad que se pretende igualitaria, una discusión democrática, clara, sin prejuicios, sincera, comprensiva, altruista y completa, a través de los convenios que abracen a esa colectividad. Convenir demanda esfuerzos mutuos y seguramente se entenderá así por los protagonistas.

Cuando envuelvo la palabra trabajador, envuelvo a todo el Cuerpo Judicial sin distinción. Recuperar, en ese tren, la capacidad del Superior Tribunal de Justicia para fijar su política salarial, es una aspiración que me permito reivindicar, pues es condición de la plena independencia y se ha de ejercer de manera prudente y acorde a las posibilidades financieras del Estado.

Otro tema capital que me he permitido destacar es el rol de la magistratura en la sociedad y la crisis de ese rol. Para pensar el problema hay que saber quiénes somos, o mejor, qué no somos, ante todo.

No somos príncipes ungidos por un cónclave para ser vicarios de un Dios, dueños de una ciencia secreta y de un lenguaje eclesial a nosotros reservado con exclusividad; no somos, tampoco, un cuerpo de aristócratas que, con amaneramiento versallesco, prodiga saberes a través de las sentencias.

Nada de eso. Somos servidores públicos, mandatarios, escogidos por otros órganos gubernativos para hacer cumplir la ley y mantener el orden de paz, como ya he señalado, el fin del Estado. Por eso son más fuertes sobre nosotros los imperativos categóricos, las cosas que deben ser, más potentes el sentido del deber, más ruda la exigencia.

La aplicación de la ley y la seguridad jurídica y material no son incompatibles. Ya lo dije hace seis años y lo reitero: la vigencia de la ley y el orden de la libertad no constituyen antinomias sino situaciones deseables, posibles, imperativas, cuya consecuencia lógica es la seguridad para todos.

El orden de la ley es el mejor antídoto en contra de los dos grandes enemigos de la civilidad: la barbarie y la anarquía.

La barbarie es producto primero del avance de quienes predicán el orden a toda costa, el autoritarismo, la fuerza que impone silencio; la anarquía es la victoria del réprobo sobre el honrado; del dañino sobre el trabajador; del insidioso sobre el ser humano moral; la satisfacción de la simple naturaleza humana sobre el autocontrol a que nos conduce la razón.

Nada de esto sucede, de estos defectos, cuando la ley impera, porque ella es la precaución a todo exceso y en eso radica la imperiosa necesidad de sostenerla.

No hay jueces garantistas ni jueces severos. Hay sólo jueces que, en tanto tales, han de inspirar confianza en el ciudadano mediante la aplicación de la ley.

Pero no se trata de palabras; se trata de buscar la solución ponderada de las situaciones que llegan ante los estrados judiciales, aquella que se inspira en la lógica jurídica como vehículo para arribar a lo que es justo.

Me voy a permitir leer brevemente algunos párrafos de un viejo integrante del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, el doctor Alfredo Fragueiro, que escribió: "... Por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Ese raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina en particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma..."

Esa lógica jurídica, que no es lógica formal, es la que, por momentos, al menos desde mi percepción, está ausente de los tribunales; que nunca han de perder de vista, al decidir, las consecuencias que provocan.

Como decíamos ayer: la fuerza de nuestra encomienda radica, precisamente, en la autoridad moral que cosechamos a través del trabajo y la conducta. Si ella tambalea en esta hora de crisis, no nos crispemos. Seamos trasgresores abandonando cualquier perversa

actitud corporativa que nos asemeje al puercoespín, cerrado entre sus púas ante el ataque. Recuperemos la confianza y redoblemos el esfuerzo para que las personas vuelvan a creer en nosotros y tengan fe en lo que contribuyeron a crear a través del pacto social originario.

Los otros días reflexionaba acerca de la ausencia de fiabilidad y de decisiones que aparecen insólitas, insólitas a la lógica del hombre común. La lógica del hombre común, es la lógica de la ley, la lógica jurídica es esa lógica que ha de aplicarse en la interpretación de la ley.

Esto lo señalo para insistir en que los jueces han de atenerse a la aplicación de la ley y no sumergirse en la sofisticación de los dogmas, que son, por otra parte, la dogmática, una herramienta; los dogmas, patrimonio de las iglesias de las más diversas confesiones.

Pero el problema tiene otra cara, los poderes públicos han de contribuir a la consolidación del respeto evitando la inyectiva, la procacidad, la crítica subalterna, la proyección de las incapacidades propias y de las miserias.

Erosionar para conseguir el halago fácil o el aplauso inconsciente, que es propiedad de los demagogos, es herir a la República.

Aceptamos la crítica responsablemente y en toda la línea, pero repelemos la puñalada traperera, propia de esquineros y malandrines.

Debemos mejorar la comunicación con la sociedad, y allí otra de nuestras debilidades. No diré ni más ni menos que lo que afirmé hace años. El uso de un lenguaje excesivamente técnico, necesario por la especificidad lingüística de la ciencia del derecho, no ha sido decodificado adecuadamente, no ha sido traducido para comprensión general.

No hemos estrechado lazos suficientes con la prensa que, con su enorme poder, resulta un vaso comunicante esencial.

Muchas de nuestras palabras han sido el resultado de espasmos ante situaciones difíciles o comprometidas, o ejercicio de vanidad discursiva, consciente o inconsciente, o, cuanto peor o mejor, frías sentencias lanzadas al ruedo sin más.

Comunicarse no es hacer propaganda, es propagar –que no es lo mismo- y en eso no hemos sido exitosos, hemos fracasado. Las personas perplejas, a veces, no entienden y no por ignorancia, es porque se le dicen cosas que no entiende.

Ha de trabajarse pues en ajustar la relación con los medios de comunicación para que la labor judicial sea comprendida en esa dimensión, lo que no implica privarnos de la elegancia de la palabra, que el pueblo sí comprende, espera y respeta, en un ámbito en el que la procacidad, la vulgaridad y la pobreza del idioma se ha enseñoreado. Pocas palabras, pero claras y veraces, es pues la consigna.

Tampoco hemos podido consolidar lazos consistentes con la corporación de abogados. Ella, la relación, ha de ser fluida y sincera para mejorar el servicio de justicia.

Un Poder Judicial democrático y abierto se configura mediante el diálogo con todos los actores del proceso, y los abogados son, por naturaleza, actores imprescindibles en la labor que hacemos a diario.

El perfeccionamiento es otro de los puntos en el que tenemos que perseverar. Tenemos que saber hacer y también saber por qué hacer. Perfeccionar es entrenar para saber qué hacer y cómo hacer. Pero también, como lo he dicho en un sinnúmero de oportunidades, para saber por qué hacer.

El saber es poder, poder hacer, y no conocimiento por sí mismo. Pero el saber es un acto de puro hedonismo sin que se tenga en claro la razón que lo mueve. Ello convierte al saber en un acto de solidaridad.

La teoría se enlaza con la práctica en una simbiosis fructuosa, otra vez para cumplir los fines del Estado, que es la promoción de la cooperación para el logro de la paz y el bienestar de todos.

Eso se espera de nosotros. Por eso damos la bienvenida a nuevas fórmulas de participación ciudadana en la vida judicial. En ese sentido el juicio por jurados, que por fin alinea la

función judicial con el ideal constitucional, posee un significado mayúsculo en tanto la fuerza libre de la inteligencia colectiva en franca asociación con el conocimiento jurídico independiente, contribuirán -como en lo político contribuyó el sufragio universal- a la mejora sustancial de la administración de justicia.

La sanción de una ley sobre el juicio por jurados tiene la misma significación política -a mi entender- que el sufragio universal, cambiando lo que haya que cambiar. Es tan relevante la sanción de una ley de juicio por jurados como lo fue aquella Ley n° 8871, que ese gran liberal -poco recordado- que fue Roque Sáez Peña impulsó y logró sancionar en un Congreso adverso.

La recta función judicial importa el actuar de manera independiente. Así está escrito y así se orienta nuestra conducta. El Superior Tribunal es garante de la independencia. Y que se sepa por todos -y, otra vez- que abiertos a la crítica y al escrutinio público, no retrocederemos sin embargo un ápice en la independencia; es ello una protección para las personas.

Elo no implica desconocer que, como órganos del Estado, debemos trabajar en cada lugar común, con los demás poderes públicos. Hay mucha tarea por hacer y ningún esfuerzo debe esterilizarse en el altar de la querrela menuda, de la discusión de baja estofa o en el duelo verbal inconducente.

El pueblo, santo hasta en el error, nos vigila y es muy capaz para comprender y valorar la acción mancomunada de los poderes públicos en aras del bienestar colectivo.

Por último, honorabilidades, una vez más permítaseme insistir en un viejo anhelo del Poder Judicial de la Provincia: su autonomía financiera.

No pretendemos soluciones mágicas, exuberantes o engañosas, pues sabemos de los escasos recursos estatales y de las demandas cada vez más urgentes y necesarias.

En fin, señores legisladores, señoras legisladoras, no queremos un Poder Judicial envarado y escondido en negros ropones enlutados -de lo que hablaba el genial poeta Machado-, inmutable e impasible ante la realidad circundante. Esto se lo robé a Machado en toda la línea de una poesía maravillosa acerca de un imputado y la conducta de los jueces que lo han de condenar.

No queremos -y otra vez vuelvo a Machado- que el pueblo, carne de horca, contemple a la Justicia que castiga al malo, impiamente y sin equidad.

No queremos que, al menos por nuestra causa, el habitante de este suelo se encierre en su sagrado y abandone el espacio público que le pertenece. Cada vez que uno recorre las ciudades y ve rejas provoca, en cualquier servidor público, una sensación de tristeza, preocupación, cuando no de culpa.

Tenemos con qué, porque marchamos con una silenciosa mayoría de mujeres y hombres, probos, honestos, modestos y comprometidos con la labor de cada día, que conforman el universo de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial.

Todos nosotros, que participamos en esa idea, queremos superar la censura que nos hacía otro lúcido liberal Joaquín V. González, cuando hace un siglo nos apercibía que "... debe suprimirse más de la mitad del formulismo vigente por inútil, perjudicial, antijurídico, inconstitucional, inmoral, atentatorio y antidemocrático, con todo su cortejo de empleados y participantes que esquilman el patrimonio en busca de justicia, en provecho exclusivo de la población parasitaria que se acumula en los intersticios del vasto mecanismo de la burocracia judicial..." y "... exigir que todos los días se desmonte" -sigo con González- "la maraña inextricable de las minucias curialescas, de los códigos de procedimientos, que son nidos de chicanas y de chantajes y de asechanzas, de cohechos y complejidades de todo género, como insectos de la selva tropical..." .

Ya termino. Todos nosotros queremos ser partícipes en la construcción de una sociedad libre, solidaria, cooperativa, democrática y segura.

Todos nosotros tenemos la idea de propender, como guiaba Juan B. Justo, a las actividades más elevadas y nobles para que en el mundo haya más belleza, más sapiencia y más bondad.

Muchas gracias.

- Aplausos.

SR. PRESIDENTE (Arcioni): Muy bien. Finalizado el mensaje del doctor Pflieger y, cumplido el objeto de esta sesión especial, se levanta la misma. Muchísimas gracias a todos los presentes.

- Eran las 10:30.

Edgar Lloyd Jones
Director
Cuerpo de Taquígrafos
Honorable Legislatura
Provincia del Chubut

Administración de justicia en los albores de la colonia galesa del chubut: una etapa de inédita autonomía legal y jurídica

DERECHO E HISTORIA

por Carlos Dante Ferrari

Ex Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew.
Escritor y novelista.

INTRODUCCIÓN

En 1865, cuando los inmigrantes galeses se afincaron en la franja oriental del Chubut, regía en todo el territorio argentino la legislación sancionada por el Congreso de la Nación, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional. Sin embargo, en los hechos y más allá de la letra legal, por entonces el gobierno central aún no contaba con reparticiones públicas constituidas en esta región ni existía una presencia institucional estable.

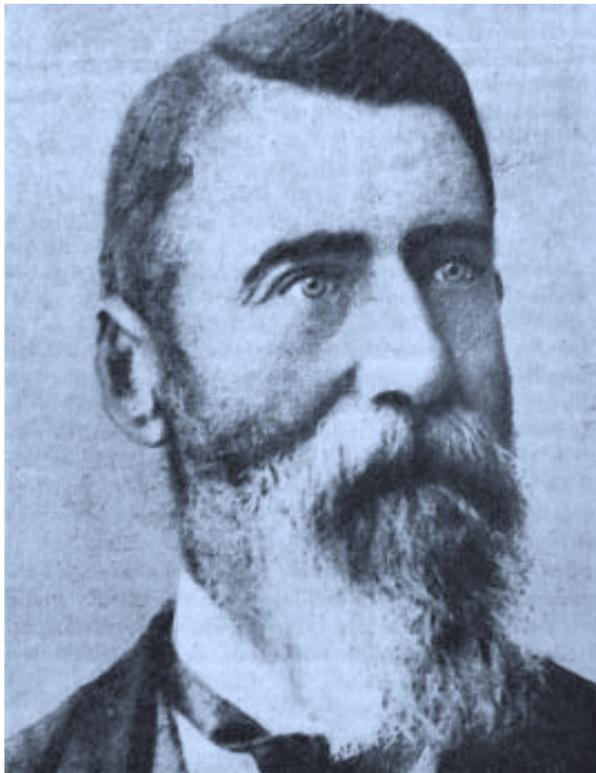
Hubo, pues, un período en el que los colonos se vieron en la urgente necesidad de crear las instituciones y mecanismos apropiados para garantizar la seguridad, la paz y la justicia en el nuevo asentamiento poblacional.

Esta situación no deja de provocar cierta perplejidad y, como es lógico, ha dado lugar a diversas interpretaciones históricas. No faltó, por caso, quien especulara acerca de una hipotética intención “independentista” en la actuación de los pobladores galeses; cuestión no menos interesante que espinosa, aunque ajena al propósito de este artículo, donde nos limitaremos a esbozar una breve reseña acerca de cómo funcionó el servicio de justicia durante los primeros años en la incipiente comunidad local.

LEGISLACIÓN PROVISORIA DEL GRUPO COLONIZADOR

El propio líder del asentamiento, Lewis Jones, en su obra “Una Nueva Gales en Sudamérica” expone una plausible explicación acerca de esta urgencia: “Enseguida de desembarcar se sintió la necesidad de una legislación y un tribunal, y se dispuso la elección de un juez y un jurado (independientes de la Comisión Ejecutiva), para tratar todo caso de divergencia de derecho y justicia. Se los denominó Tribunal de Justicia y Tribunal de Arbitraje. Este último era de tres o cinco miembros elegidos según la ley y para mejor servicio, para liberar al Tribunal de Justicia de causas pequeñas. De acuerdo con esta organización, la Comisión se reunió mensualmente, y más a menudo si era necesario, durante diez años,

para tratar asuntos de administración y abastecimiento. En esas sencillas sesiones se esbozaron varias leyes que fueron beneficiosas durante muchos años; mas prácticas quizás, que los innumerables decretos y ordenanzas emitidos tan a menudo de acuerdo con el sistema argentino. Aparte de las resoluciones incidentales, se adoptaron las siguientes leyes: de Derecho y Eleccion, Administracion de Justicia, Division de la Tierra, Chacras, Educacion Elemental, Tabernas (intercambio con los indios), Milicia, Pastoreo, Cercados y Lindes, Caminos y Canales, etc.”¹



Lewis Jones, líder de la colonia galesa

En el mismo sentido, Abraham Matthews expresaba en su crónica que “Teníamos también los elementos básicos de una constitución democrática, y algunos rudimentos de legislación, es decir, teníamos algunas normas fundamentales sobre las que podríamos de tanto en tanto, a medida que nos desarrollábamos y acrecentábamos, estructurar leyes y establecer las penalidades correspondientes”.²

LAS NORMAS JUDICIALES DICTADAS POR LOS COLONOS

Así fue que, dada la premura por contar con un marco normativo destinado a regular la vida de la flamante colonia, en 1870 los pobladores galeses dictaron una “Constitución” local destinada a reglamentar el funcionamiento de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial)³. En lo que aquí nos interesa, este breve *Corpus* fundacional establecía en el Cap. III la estructura y funcionamiento del servicio de justicia en tres artículos:

CAPÍTULO III

Art. 1. Todas las causas judiciales de la Colonia seran tratadas en un Tribunal de Justicia, ante el Juez y un Jurado de doce miembros.

Art. 2. El Juez oirá la acusación y la defensa y pronunciará la sentencia en todo caso judicial.

Art. 3. Las partes en litigio están facultadas, si así optasen, a tratar su causa en presencia exclusiva del Juez.

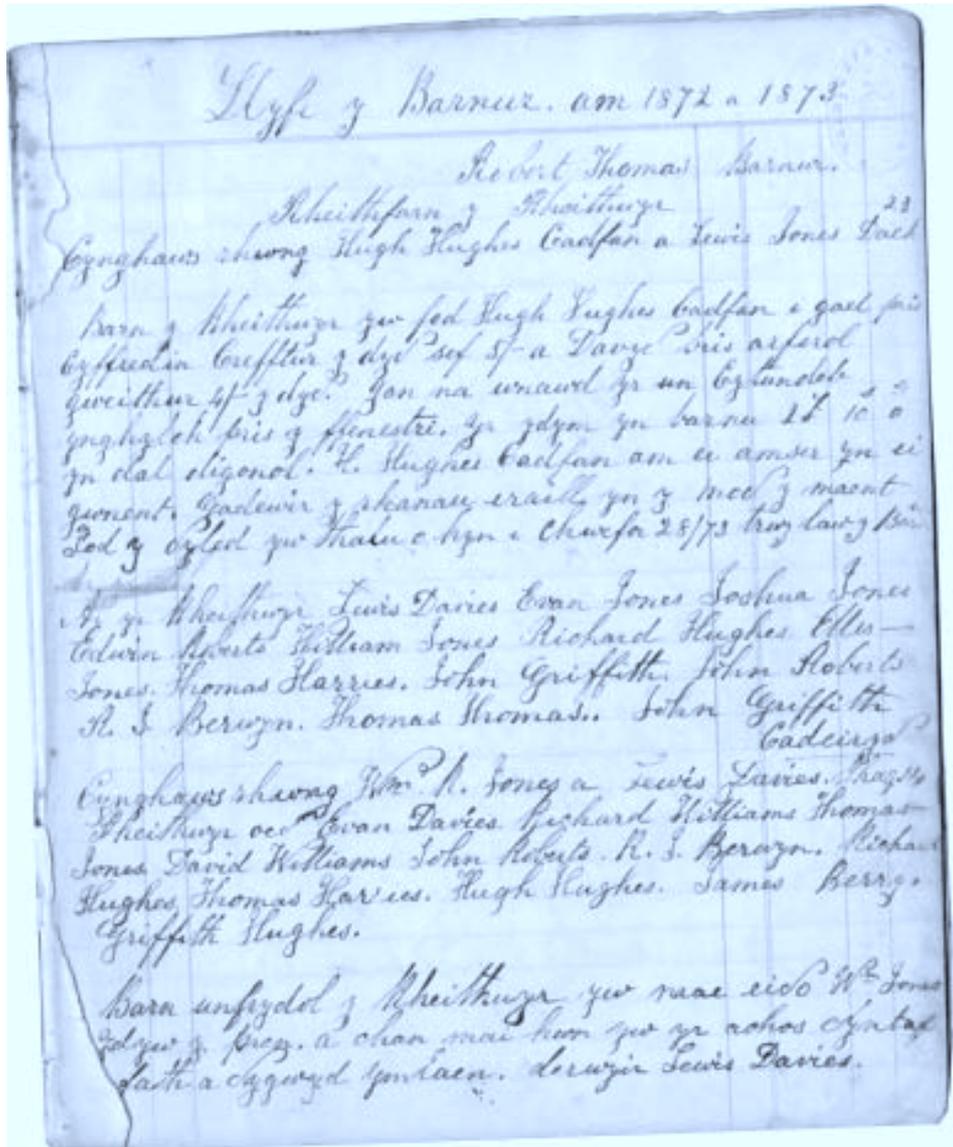
En agosto de 1873 se dictó una segunda Constitución, aunque esta no contenía normas específicas para el Poder Judicial.

Como podrá apreciarse, dada su concisión, la preceptiva de 1870 era apenas programática y obviamente requería ser reglamentada, por lo que en octubre de 1873 el Consejo de los Doce dictó una Ley de Administración de Justicia. A lo largo de 30 artículos y cláusulas adicionales, la normativa establecía la organización del procedimiento, la tipificación de los delitos, la estructura y funcionamiento del Tribunal de Arbitraje y del Tribunal de Justicia, la alternativa de un “Segundo Juicio” o juicio de revisión, la composición del Jurado, las reglas referidas a las Partes, al Juez y al Alguacil.

El sistema funcionó de manera eficaz durante varios años. Prueba concreta de ello son las actas judiciales labradas en idioma galés en el llamado “Llyfr Y Barnwr” (“Libro del Juez”), donde se registran los casos tramitados entre 1872 y 1880.



Tapa del “Libro de Juez” – Museo Regional de Gaiman



"Llyfr y Barnwr" – Pág. 1 4

LA AUTONOMÍA LLEGA A SU FIN

Transcurrida la primera década, en enero de 1876 las autoridades nacionales asumieron la efectiva jurisdicción en la colonia con la llegada al Chubut del comisario Antonio Oneto. A partir de entonces se produjo una etapa de transición —no exenta de episodios conflictivos— en la que paulatinamente el Consejo de los 12 fue sustituido por las nuevas autoridades gubernamentales. Señalamos a continuación los hechos más relevantes de ese proceso institucional:

- El 11 de octubre de 1878, con la sanción de la Ley N° 954, se creó la Gobernación de la Patagonia, con capital en Mercedes de Patagones (hoy Viedma).

- A fines de 1878, en la que fue calificada como “una contienda política memorable”,⁵ se lleva a cabo en la colonia la elección para designar un Juez de Paz, cargo obtenido por David Lloyd Jones.

- Por decreto del 21 de enero de 1879 se designa a Alejandro Vivanco, a su ayudante, Dn. Rodolfo Petit de Murat y al personal auxiliar de la subdelegación Marítima de Puerto Rawson.

- En mayo de 1878 se publicó el primer número de “En Breiniad” (“Nuestros derechos”), boletín semanal local publicado por Lewis Jones a través del cual los colonos alzaban la voz debido a “las divergencias respecto del derecho administrativo en la Colonia” y para “protestar contra la tiranía oficial”.⁶

- En enero de 1879 el Coronel Álvaro Barros asumió como gobernador de la Patagonia.

- En ese mismo mes y año se estableció en Rawson la subdelegación marítima del Chubut a cargo de Alejandro Vivanco.

- En mayo de 1880 Rodolfo Petit de Murat asume funciones de subdelegado marítimo y de comisario interino de la colonia.

- En octubre de 1880 Juan Dillon designó a Lewis Jones como nuevo comisario de la colonia en reemplazo de Antonio Oneto.

- En 1882 los conflictos entre las autoridades nacionales y locales dieron motivo a que los colonos elevaran una petición a Buenos Aires firmada por 247 vecinos, que fue presentada al gobierno por el representante designado, David Lloyd Jones. La petición se iniciaba con una manifestación de “adhesión a la Constitución, leyes y disposiciones de la República”. Expresaba asimismo que “Los colonos son profundamente argentinos y no se debiera perseguirlos por su lengua, ella es un don de Dios. Es indudable que las autoridades locales deben conocer el castellano y, del mismo modo, es de suma importancia para la administración de justicia que los galeses tengan un juez que los comprenda sin necesidad de intérprete. Los galeses son un pueblo bilingüe y muchos de los nacidos en la Colonia hablan el galés, el inglés y el castellano”. Y finalizaba con esta petición: “Solicitamos, pues, una solución rápida para este asunto. Permitid que la colonia sienta que la administración de sus asuntos locales está a cargo de un estatuto justo administrado por hombres que merecen su completa confianza. Las dificultades administrativas han entorpecido durante años nuestra prosperidad, Solo la necesidad ha dado energía suficiente para realizar los esfuerzos que hemos hecho. Pero esos esfuerzos desarrollaron capacidades que más adelante serán de gran ayuda para el éxito general”.⁷

- El 16 de octubre de 1884, el gobierno argentino sancionó la Ley No 1532 también llamada Ley de Territorios. Con esta ley se crean como territorios nacionales: La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Dicha ley establecía la competencia de la Justicia de Paz (arts. 10 a 22) y la de la Justicia Letrada (arts. 33 a 45).

- En mayo de 1885 llega en el Transporte Naval “Villarino” el primer gobernador del Chubut, Luis Jorge Fontana.

- Aunque la Ley 1532 preveía la designación de un juez letrado, este hecho no se concretó hasta varios años más tarde. El primer juez designado en 1887, Dr. Juan E. Masson, no llegó a asumir su cargo y renunció en 1888, entre otros motivos, por la imposibilidad de conseguir un secretario, debido a lo exiguo de sus remuneraciones.⁸ El primer Juez Letrado que asumió su cargo en Rawson fue el Dr. Horacio Reale.⁹

- El 15 de junio de 1955 el Congreso Nacional sancionó la Ley N°14.408 por la cual se creó, entre otras, la Provincia del Chubut.

- En 1958, con la entrada en vigencia de la Constitución Provincial, nacieron los órganos judiciales con jurisdicción local.



Fotografía del comandante Fontana poco antes de su fallecimiento

A MODO DE SÍNTESIS

Como hemos visto, circunstancias especiales y extraordinarias determinaron que en el siglo diecinueve, en estas solitarias tierras patagónicas, se realizaran los primeros juicios por jurados a la usanza británica. Los juicios por jurados estaban ya contemplados en la Constitución Nacional de 1853 (art. 24) y también en la Constitución chubutense (art. 177), aunque lo cierto es que hasta hoy no han sido implementados en la legislación procesal vigente en nuestra provincia.

En una nota futura narraremos algunos de aquellos casos judiciales ventilados en esa etapa, que ilustrarán al lector interesado acerca del *modus operandi* de los tribunales actuantes y de su eficaz labor destinada a velar por la justicia, la paz y la armonía social en la colonia. Muchos de esos conflictos, considerados desde una mirada actual, pueden parecernos simples y anecdóticos. Sin embargo son muy ilustrativos desde el punto de vista sociológico, ya que reflejan el afán justiciero y la moderación de los jueces, así como los valores morales vigentes en aquel curioso núcleo social que, como un árbol exótico, echó raíces en una comarca tan lejana y tan distinta de la patria natal.

Cierto es que esta etapa perduró lo que dura un breve sueño, pero a lo largo de ese ciclo los colonos tuvieron, en esta tierra argentina, la ocasión de ejercer en forma casi plena la autonomía que les había sido negada a lo largo de varios siglos en su tierra de origen.

¹ Jones, Lewis - “Una Nueva Gales en Sudamérica” – p. 95 – Traductores: Egryn Williams – Frances E. Roberts – Tegai Roberts – Ed. Por la Comisión Oficial de Festejos del Centenario del Chubut – Trelew, 1966.

² Matthews, Abraham . “Crónica de la colonia galesa en la Patagonia” – p. 47 – Traducc. Evelyn F. Roberts - Ediciones Alfonsina, Bs. As., 1995.

³ Acerca de las Constituciones y otras normas dictadas durante el período fundacional, ver el valioso trabajo de investigación elaborado por Fabio Trevor González y publicado en “Los Galeses en la Patagonia VI”, p. 83 y ss. – Selección de trabajos presentados en el VI Foro en Pto. Madryn – año 2012 – Ed. por Asoc. Punta Cuevas – Asoc. Cultural Galesa de Puerto Madryn y Centro de Estudios Históricos y Sociales de Puerto Madryn, 2014.

⁴ Las imágenes del “Libro del Juez” han sido obtenidas en el sitio web <https://www.casgliadywerin.cymru/items/14202>

⁵ Jones, Lewis, ob. cit., p. 128.

⁶ Jones, Lewis, ob. cit., p. 122.

⁷ Jones, Lewis, ob. cit., p. 160/161.

⁸ Nota histórica en diario “Jornada”, Trelew, 12 de febrero de 1971.

⁹ Jones, Lewis, ob. cit., p. 179.

Nota: el autor agradece especialmente a Fabio Trevor González —hoy al frente del Museo Histórico Regional de Gaiman— por el material facilitado y por sus oportunos comentarios, observaciones y precisiones técnicas.

