



*Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Departamento Judicial de San Isidro*

Belgrano 321 - 2º Piso - B1642DGJ - San Isidro
Tel./Fax: 4742-9939

E-mail: info@magistradossisidro.org.ar / colmagsi@hotmail.com
www.magistradossisidro.org.ar



*Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Departamento Judicial de San Isidro*



*Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Departamento Judicial de San Isidro*

AUTORIDADES 2016-2017

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Diego Efraín MARTINEZ
Vicepresidente Primero:	Marta Mónica CAPALBO
Vicepresidente Segundo:	Mario Eduardo KOHAN
Secretaria:	Ana Carolina REYNOSO
Prosecretario:	Carlos Alberto STORTINI
Tesorera:	Andrea Itatí ROLL BIANCIOTTO
Protesorera:	Karina BIANCHI

Vocales Titulares:	Juan José BENÍTEZ (licencia) Verónica CAPUTTO Luciano ENRICI Ariel A. INTROZZI TRUGLIA María Laura ONETO Guillermo Daniel OTTAVIANO María Teresa POMILIO Antonio Manuel VÁZQUEZ
Vocales Suplentes:	Mariano Ricardo GIGLIO Luciana STEIMBACH FONRUOGE Alicia Angela ORTOLANI Tomás BARBIERI PRATS

ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN

Titulares	Pablo Aureliano ROCA Diego Ariel MENENDEZ Estanislao OSORES SOLER
------------------	---

Suplentes

Patricio Jesús CURTI
Martín Jorge HIRIART

EDITORIAL**TRIBUNAL DE DISCIPLINA****Titulares**

Silvina Andrea MAURI
Lino Claudio MIRABELLI
Matías Jon LOPEZ VIDAL

Suplentes

Jorge Eduardo DEL RIO
Gonzalo Eduardo ACOSTA

**REPRESENTANTES EN LA COMISIÓN PROVINCIAL DE SECRETARIOS, AUX.
LETRADOS Y FUNCIONARIOS:**

Matías Nicolás APRILE
Cristian PINTO

Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro

Belgrano 321 2º PISO – B1642DGJ – San Isidro - Tel: 4742-9939 4743-6025

E-mail: info@magistradossidro.org.ar / colmagasi@hotmail.com

www.magistradossidro.org.ar

Dirección:

Delma B. Cabrera
Marcelo Rodríguez Jordán

Las opiniones vertidas en las notas de esta publicación no importan una toma de posición por parte del Colegio de Magistrados, y resultan de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

Cuando leemos que la población mundial asciende a 7.200 millones de personas de las cuales 3.300 millones están conectadas a “Internet” y que 1.600 millones son usuarios de “Facebook”, el escalofrío del progreso deja su rastro de asombro en todos nosotros, máxime si no olvidamos que no hace mucho tiempo este editorial alguna vez fue escrito desde una “Olympia” portátil. No hay queja, nos acomodamos, tal vez no con la velocidad de los más jóvenes, pero estamos atentos. Es así, cuando el progreso asoma... la adaptación se impone, de lo contrario, “fuiste” (¿Vieron?, a veces utilizamos los verbos conjugados desde la modernidad).

Apartándonos un poco de nuestras costumbres, esta vez dedicaremos el editorial al sitio en donde todavía, a pesar de los irrefrenables e invasivos avances de “Wikipedia” y “Google”, todos acudimos para crecer en conocimientos con las lecturas apropiadas, adornar los calculados dictámenes y emperifollar las reflexivas sentencias: la Biblioteca del Poder Judicial con sede en San Isidro que, como no podía ser de otra forma, se encuentra informatizada.

En su momento, la de Alejandría, en Egipto, fue la más conocida, aún en épocas en que no existía la imprenta, lo que la convertía en un lugar que guardaba invaluable tesoros manuscritos. La enclavada en el segundo entresuelo del edificio de la calle Ituzaingó 340 no es famosa, ni magnánima, ni antigua, y a pesar de una constante y silenciosa presencia desde que se la recuerda, no tiene nombre.

Guarda en sus estantes unos siete mil volúmenes entre libros de variados autores y colecciones de diferentes editoriales y es atendida por cuatro bibliotecarias profesionales con conocida amabilidad y envidiable paciencia. Para este año, el presupuesto asignado ascendió a la suma de pesos \$266.560.-, y varía según circunstancias.

Si bien nadie se atreve a hablar de una fecha exacta de su nacimiento, su inventario hace referencia al 16 de julio de 1965 como el

momento en que se registró el primer libro: El tomo I de la colección de Jurisprudencia Argentina. Si alguien olvida restituir algún ejemplar, se advierte que no podrá cambiar de dependencia o abandonar filas sin antes contar con un “libre deuda” de la repartición bibliográfica, trámite este que ha permitido la recuperación de los libros prestados, aunque en algunos casos con algo de demora (¿o mora?).

En lo que va del año, en el ámbito penal los libros más solicitados han sido el de “Derecho Penal - Parte Especial” de Edgardo Alberto Donna; el “Código Penal Comentado” dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni; el de Andrés José D’Alessio, y el “Derecho Penal – Parte General” de Enrique Bacigalupo. En cuanto al procedimiento, “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal” de Alejandro D. Carrió y el “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires” de los doctores Héctor Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel. En lo referente al terreno civil y comercial, el “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” de Ricardo Luis Lorenzetti y el de Julio César Rivera y Graciela Medina son los más reclamados ante la reciente reforma legislativa. También son pedidos el “Tratado de Derecho de Familia (según el Código Civil y Comercial de 2014)” de Aída Kemelmajer de Carlucci, el “Proceso Sucesorio” de Graciela Medina y “Derechos Reales” de Marina Mariani de Vidal (un clásico). Desde el procedimiento se solicitan: “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación – Comentados” de Augusto Mario Morello, el “Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia” de Enrique M. Falcón y “Juicio Ejecutivo” de Horacio Bustos Berrondo. Gracias a Dios, muchos leen la Constitución y la estudian: “Tratado Elemental de Derecho Argentino” de Germán J. Bidart Campos y “Derecho Procesal Constitucional” de Néstor Pedro Sagüés. Por supuesto, los laboristas están presentes: “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” de Julio Armando Grisolia y “Ley de Contrato de Trabajo Comentada” de Jorge Rodríguez Mancini. Y una sorpresa: uno de los libros más requeridos en lo que va del año se trata del “Derecho Internacional Público” de Luis Agustín Podestá Costa y José María Ruda. Teniendo en cuenta la crisis mundial y el

terrorismo internacional, creemos que es una lectura que no ha sido difundida en otras partes del orbe.

En nuestra superficial investigación pudimos ver que hay autores de moda y clásicos y que pocos son los que piden a estos últimos para su consulta. Una pena, ya que, leyéndolos, se apreciarían las razones por la cuales los de moda serán olvidados pronto. Pero es así. Autores y libros se renuevan, aunque los temas sean los de siempre: la vida, la muerte, la libertad, el patrimonio y la familia.

Como decíamos, nuestro archivo de documentos y libros no tiene nombre, el lugar en donde se guarda un tesoro de papel no puede ser referido con una deferente designación porque no la posee. Queremos bautizarla a pesar de que nació hace más de cincuenta años y queremos hacerlo con la consulta de todos, con la participación de colegiados y no colegiados que hayan tenido que concurrir a ella en busca de información y conocimiento, y comunicaremos la forma de hacerlo próximamente. Tenemos que concretarlo antes de que el libro sea reemplazado por las pantallas, antes de que lo etéreo sustituya a las hojas con tinta, antes de que el progreso no nos dé tiempo para adaptarnos.

¡Contamos con vos!

¡Felices Fiestas para todos!

Hasta la próxima

La Dirección

ÍNDICE

EDITORIAL

<i>La Dirección</i>	05
1. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL MANDATO, EL PODER PARA ASUNTOS JUDICIALES Y EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL	
<i>Branko Cerowski</i>	11
2. BIOÉTICA Y BIODERECHO. SEGUNDA EDICION PREMIOS OBSERVATORIO DE SALUD 2015.	
<i>María Fernanda Nuevo y Marcelo Rodríguez Jordán</i>	13
3. EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY (ART. 7º DEL CCCN)	
<i>Juan J. Formaro</i>	63
4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DERECHOS DE LOS NIÑOS. DERECHO A LA SALUD. IMPORTANTE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	
<i>Juzgado en lo Correccional n°4 de Mar del Plata</i>	73
5. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y DEBERES DEL ESTADO. ENFOQUE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
<i>Verónica Baldomé</i>	93
6. LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS. LA ACCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO AL AMBIENTE.	
<i>Silvina Caorsi</i>	111
7. LAS RECOMPENSAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	
<i>Sandra F. Veloso</i>	147
8. MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES Y CONVIVIENTES	
<i>Sandra F. Veloso</i>	165
9. LA CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL	
<i>Guillermo Daniel Ottaviano</i>	187

10. EL DELITO DE LESIONES EN EL DEPORTE	
<i>Diego Fernández Schaeffer</i>	193
11. CRIMINOLOGIA MEDIATICA	
<i>Sandra Elizabeth Calcagno</i>	225
12. EL COACHING ORGANIZACIONAL COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN EN EL PODER JUDICIAL	
<i>Nicolás R. Ceballos, Andrea López y Valeria Schiavo</i>	251
13. LA AUTOPSIA MÉDICO LEGAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES	
<i>Manuel Ignacio Islas</i>	263
EXTRAS	
• IN MEMORIAM. Humberto Ecco, Harper Lee	269
• NECOCHEA 2016, comentario de Marcelo Rodríguez Jordán	271

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL MANDATO, EL PODER PARA ASUNTOS JUDICIALES Y EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

*Por Branko Cerowski**

1.- El mandato es un contrato consensual que queda concluido por el simple acuerdo de partes.- Desde que este contrato, en principio, no está sujeto a formalidades de ninguna clase, las partes tienen la libertad de otorgarlo en la forma que mejor les parezca aún en blanco, es decir en la forma de un documento firmado en blanco. La persona a quién se le entrega debe llenarlo después de acuerdo **con las instrucciones** recibidas **del otorgante**.

2.- La prueba, los alcances y limitaciones del mandato está a cargo de quien lo invoca; rigen al respecto los principios generales, pero el hecho de haber desaparecido el art. 1184 del Código Civil no significa que el mandato para actuar en juicio puede ser otorgado en cualquier forma, dicho de otro modo, que al respecto rija la libertad de formas.

3.- La representación en juicio se rige en primer término por la ley procesal y sólo en lo que a ésta no se opongan, se aplican las reglas del C.C.yC. de la Nación.- Los Códigos Procesales tanto el de la Provincia de Bs.As. como el de la Nación regulan la cuestión.

4.- Es así que dentro del Capítulo de la representación procesal, bajo el Título "PRESENTACIÓN DE PODERES, el art. 47 del Código Procesal establece:"...*los procuradores o apoderados acreditan su personalidad desde la primer gestión que hagan en nombre de sus poderdantes con la pertinente escritura de poder*".

5.- Quien litiga con beneficio de litigar sin gastos (Art. 85) puede otorgar el poder ante el Oficial Primero del Juzgado mediante acta judicial.

También cuando se litiga invocando el art. 53 de la ley 24.240

* Abogado del foro de San Isidro

(Defensa del Consumidor), el poder se otorga de acuerdo a lo establecido en la reglamentación.

6.- El Art. 363 del Código Civil y Comercial de la Nación estatuye bajo el título “FORMA” que *“el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prevista para el acto que el representante debe realizar”*.

Lo que hace el apoderado para asuntos judiciales es intervenir en actos procesales y por ello se concluye que conforme lo establecido en el art. 363 del C.C. y C. de la Nación y las leyes que regulan el proceso judicial, la representación en juicio exige la presentación de un poder formalizado por escritura pública, tal como lo establece el Código Procesal.

**SEGUNDA EDICIÓN PREMIOS OBSERVATORIO DE SALUD 2015
OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA SALUD DE LA FACULTAD
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES**

por María Fernanda Nuevo y Marcelo Rodríguez Jordán***

I.- Introducción:

Establecer conceptos, fijar límites, destacar precisiones, transmitir las variadas impresiones que provoca en nuestro ánimo la lectura de los temas vinculados a estas ciencias, es lo que nos proponemos a fin de poder participar en la diagramación de sus contornos, los que de manera perenne están sujetos a modificaciones constantes relacionadas en forma directamente proporcional a los avances tecnológicos aplicados en las áreas que configuran sus respectivos contenidos, cada vez más amplios. Siempre con la consigna de no definir con rigidez inquebrantable y con la intención de permitir la enriquecedora discusión. Después de todo, definir es limitar y, limitar en una nueva ciencia puede ser sinónimo de impedimento, de entorpecimiento, de obstáculo, y ello está lejos de nuestro ánimo.

Para nutrir las páginas venideras enfatizaremos que actúan como enriquecedores aportes normativos, no sólo la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a ella incorporados luego de la Reforma de 1994, sino también la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos¹ y la nueva redacción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)², entre otros.

* Juez de la Sala IIª de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro.

** Defensor Oficial en lo Criminal y Correccional.

¹ Adoptada por aclamación en la Trigésimo Tercera Sesión de la Conferencia General de la UNESCO el día 19 de octubre de 2005.

² Boletín Oficial del 8 de octubre de 2014 y, como es sabido, entrará a regir a partir del 1° de agosto de 2015.

Y, para dar comienzo a nuestro ensayo nos preguntaremos cuáles serán los temas que abordaremos en su derrotero y, para responder, nada mejor que retornar al título al que nos han convidado: “La Bioética y el Bioderecho”.

Siguiendo la opinión de Obiglio³ distintas son las definiciones que pueden brindarse sobre Bioética (o Ética Biomédica): “Ciencia que estudia el valor de la vida humana y sus implicancias para el comportamiento responsable de los hombres”; “estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esa conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”; “ciencia que estudia la moralidad de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida”; “disciplina que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”; “estudio de la moralidad de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida”. Por su parte, Outomuro⁴ refiere que “la ética es parte inevitable de la Bioética y la ética es, inevitablemente, filosofía. Y si algo caracteriza a la filosofía es el hecho de ser un discurso racional en busca de la respuesta a su pregunta capital: ¿Por qué?” Entonces. ¿cómo la definiremos? Si nos referimos a la Bioética en “sentido amplio” diremos que es la reflexión ética aplicada a los problemas morales que tiene que ver con la vida; dentro de su campo incluiríamos problemas vinculados con el medio o ambiente, el trato con animales y a la práctica de la medicina. Si, por el contrario, utilizamos el “sentido estricto” diremos que se trata de la reflexión ética aplicada a los conflictos morales que surgen de la práctica de la medicina, sin perder de vista que en nuestra actualidad los problemas bioéticos no se restringen a la investigación y resultan muy numerosos en función de los adelantos tecnológicos logrados en las últimas décadas.

³ Obiglio, Hugo O.M.: “Pensamientos sobre una ética para el hombre de nuestro tiempo: Una mirada sobre la Bioética”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año XII, N° 23, julio/septiembre de 1999, p. 217.

⁴ Outomuro, Delia: “Manual de Fundamentos de Bioética”, Buenos Aires, 2004, págs. 1 y 12.

Respecto al Bioderecho, Messina de Estrella Gutiérrez⁵, enseña que se trata de una rama de la ciencia jurídica que regula el desarrollo de la genética y su influencia sobre el ser humano, encontrándose integrado por gran cantidad de materias (constitucional, civil, penal, comercial, laboral, administrativa). Sant’Ana Pedra⁶, con cita de María Helena Diniz y María García, lo define como el “estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objetivo principal la vida” o “conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, además del equilibrio ecológico”.

El Bioderecho (la ley es su principal fuente, y no la Bioética o la Biogenética) contribuye a limitar la investigación y experimentación científicas, así como también están destinados a controlar los alcances de los objetivos de las ciencias tanto la Moral (lo que trata del bien), la Ética (pautas de conducta correcta), la Naturaleza (orden natural), como la Religión (devoción por lo sagrado).

Ampliando el punto, hemos de coincidir con Aizemberg⁷ cuando dice: “ ... El derecho –resulta lógico y aceptable– no avanza al mismo tiempo que los adelantos científicos y tecnológicos, sin embargo el impacto de estos temas es significativo y se extiende a los sistemas de salud y de justicia. A su vez, junto a ese progreso y al debate social que se expresa en consecuencia, avanza el fenómeno de la judicialización en materia sanitaria como una forma que ha encontrado la ciudadanía en la búsqueda por garantizar los derechos sociales a través del Poder Judicial...”

⁵ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: “Bioderecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p.17 y ss.

⁶ Sant’Ana Pedra, Adriano: “¿Qué tiene el bioderecho constitucional para decir sobre la donación de órganos anencefálicos?”, en Cuadernos de Bioética, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, N° 17, Año 10, p. 85 y ss.

⁷ Aizemberg, Marisa: “El Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en Argentina”, en Derecho Privado – Año 1 Número 1 Infojus. Directores: Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, págs. 50 y 51, edición de mayo de 2012.

Deviene relevante asentar aquí lo que expresamente establece el art. 17 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, al hacer mención a la protección del medio o ambiente, la biosfera y la biodiversidad:

“Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad”.

Los contenidos que abordan estas “nuevas” disciplinas están relacionados, por ejemplo, con el aborto, la eutanasia, el suicidio asistido, el alumbramiento de fetos anencefálicos, la criogénesis, la fecundación artificial, la anticoncepción, la ablación de órganos, la experimentación medicamentosa en seres humanos, el estudio del genoma, la ecología, la vida, la muerte. Algunos de ellos y, su tratamiento desde la observación imparcial, invitan a una ineludible disputa en donde la medicina sólo puede aparecer como un condimento secundario. Siempre en esta proposición el objetivo principal lo constituirá la dignidad del hombre y, obviamente, la ética. De esta manera, “ética”, “moral”, “conducta”, “comportamiento”, son las palabras constantes, reiteradas, en las definiciones de Bioética (o de Ética Biomédica) y de Bioderecho.

Decir que “lo ético” es transitar la senda de “lo correcto” y que tal camino aparece estrechamente vinculado con las nociones de “bien” y de presunta “obligatoriedad”, no es ni más ni menos que adelantar que el asunto que atrae nuestra atención está circunscripto por parámetros sinuosos, difíciles y mutables; ello, por la gran variedad de enfoques con que los estudiosos y analistas, a lo largo de la historia, han apreciado tales ideas y conceptos; por la gran variedad de enfoques con que, en definitiva, las distintas personas en general aprecian este valor. Cada cual tiene su propia idea de “lo correcto”. La Ética, entonces, es un valor cambiante. Es una pauta alterable reguladora de conducta humana.

Ante la posibilidad de conflicto, de enfrentamiento, de lucha, las

nociones de Ética, Moral, Religión y Derecho⁸ se hacen presentes para generar una posible solución, aunque no siempre se muestren coincidentes en la forma de hacerlo. Por ejemplo, la eutanasia no es vista como delito en algunos estados norteamericanos, no obstante, desde la mirada de la religión cristiana, tal conducta puede ser observada como pecado y, desde el ángulo de la Ética, no necesariamente tal acto será apreciado como algo “incorrecto” (o sí). Con respecto a una posible distinción entre Derecho y Moral, ambas disciplinas tienen por núcleo el comportamiento humano, pero el Derecho se encargará de la actividad exterior del hombre garantizando el cumplimiento de sus normas a través de la coacción; la Moral, se ocupará de los asuntos de conciencia o, lo que es lo mismo, de las cuestiones internas de aquél. Además, no se soslaya que toda conducta antijurídica encierra en ella un sustrato inmoral, mas no toda inmoralidad constituye delito penal o civil: la “mentira” es el clásico ejemplo con que los autores suelen caracterizar este comentario. Ética y Religión, por su parte, se muestran coincidiendo en la connotación de una faz introspectiva, adunándose las ideas de “pecado”, “arrepentimiento”, “redención” y, obviamente, la “noción de Dios” o el de la “devoción por lo sagrado”.

Cuando se habla de Ética, entonces, se enfrenta uno a un valor cambiante, con un contenido cuyo significado puede variar y, de hecho, varía constantemente. Así como alguna vez la esclavitud no merecía reproche social alguno, hoy no puede formularse la misma afirmación. Pero esta posibilidad de transformación no es sólo con respecto al lugar y al tiempo, sino también con referencia a cada persona en particular. Cada uno de nosotros tiene por norte a seguir sus propias normas éticas en las distintas esferas en que despliega su vida, que podrán coincidir o no con las de otro u otros. A pesar de hallarnos ante “mutables cuestiones de conciencia”, el legislador se vio obligado a codificar la Ética con la que se ejercen diferentes profesiones liberales (la abogacía, la medicina) para evitar con ello que cada cual juz-

⁸ Terán Lomas, Roberto: “Delito y Pecado”, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1958, N° 96/97, p. 133.

gare de forma antojadiza cada hipotética situación que pudiera plantearse, regulando y fiscalizando la relación de los profesionales con sus clientes o pacientes, con los tribunales u hospitales, con sus respectivos colegas. Se ha petrificado en las normas lo que es naturalmente cambiante y, por supuesto, esta contradicción necesariamente conduce muchas veces a más y mayores conflictos.

Russell⁹ (1872-1970), quien desdeñaba la religión desde el pensamiento científico, añade que la Ética y los Códigos Morales le son necesarios al hombre a causa del conflicto entre la inteligencia y el impulso. Al distinguir entre Ética y Ciencia, refiere que los datos fundamentales de la primera son los sentimientos y las emociones, en cambio, los de la ciencia, las percepciones. Los Códigos Morales cambian según los lugares y las épocas. Que los cristianos suelen asociar a la Moral tradicional con evitar el pecado, y el ritual de la purificación cuando el pecado se ha cometido. Continúa diciendo que el pecado es un hecho psicológico, una emoción y, su concepto, está íntimamente relacionado con la creencia del libre albedrío. Considera que el pecado produce una autodegradación insana, una crueldad innecesaria y, a pesar de no estar haciendo alusión a la Bioética en la obra consultada, sentenció: “Una de las mayores recompensas que la creencia en el pecado ha proporcionado siempre a los hombres virtuosos es la oportunidad de infligir dolor sin remordimientos” (p. 203).

En otro orden, ha de acotarse que a esta altura del desarrollo, damos por conocidos los orígenes de la palabra Bioética¹⁰; y, si bien son sabidos, no pasaremos por alto los principios en los que se basa: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia¹¹ puesto que, en forma directa o indirecta, siempre es menester hacer alusión a ellos.

Llamados a ser breves por la extensión que la reglamentación del concurso exige, sintetizaremos en esta introducción algunos aspectos

⁹ Russell, Bertrand: “Sociedad humana: Ética y política”, Altaya, Barcelona, [1954] 1995, p. 16 y ss., traducción de Beatriz Urquidí.

¹⁰ Van R. Potter: “Bridge to the Future”, 1971.

¹¹ Beauchamp, Tom y Childress, James: “Principles of Biomedical Ethics”, 1979.

que deben ser señalados con el propósito de poder enmarcar adecuadamente los temas venideros.

II.- Influencia de los avances tecnológicos en materia sanitaria.

Los avances tecnológicos en la investigación científica (en general) o en el ámbito sanitario (en particular), son más vertiginosos que los que la ley puede plasmar para su regulación adecuada en su carácter de fuente principal del Derecho. Esta circunstancia produce un desfase entre la realidad y la regulación normativa que debe contemplarla en los supuestos en que aquella pueda ser motivo de conflicto. Y, la Bioética, propone conflictos permanentes y en los que no todos sus actores convergen en una única y probable solución. Esta situación se brinda, aún, en los casos en que existen ya leyes regularmente sancionadas. Vemos, por ejemplo, que, a pesar de encontrarse vigente la Ley 24.193 sobre ablación de órganos, todavía se escuchan las voces sosteniendo que dicha norma incentiva la práctica de la eutanasia o del homicidio con fines altruistas¹².

El Derecho, la Ética, la Naturaleza o la Religión serán los límites, arbitrarios o no, de aquellos mentados progresos de las ciencias médicas (y sus relacionadas), a fin de no avasallar derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad de todas las personas. Asimismo, la acción de amparo (art. 43 de la Constitución Nacional y Ley 16.986) conformará la forma eficaz, veloz y excepcional de hacer cesar la arbitrariedad del acto lesivo que cuestione el resguardo de dicha prerrogativa basamental.

Haciendo hincapié a la celeridad en que se concretan algunas transformaciones que propone el ámbito de la salud y su estrecha relación con la Bioética, Hooft¹³ considera denominar al fenómeno como un “derecho en acción”.

¹² Basso, Domingo M.: “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 439.

¹³ Hooft, Pedro Federico: “Derechos individuales vs. Derechos colectivos en salud: Ética y Justicia”, en La Ley 2004-C-1320.

En el citado contexto, los avances tecnológicos, en algunos casos, han permitido el mejor desarrollo del hombre contemporáneo posicionándolo en un atalaya de bienestar general que ni siquiera imaginaba quien transitara la vida en años anteriores (más hospitales, mejores accesos a los centros de salud, erradicación de enfermedades, incremento en la variedad de medicamentos, mayor longevidad, raudos adelantos relativos al estudio del genoma, mejor aparatología para elaborar diagnósticos, más comodidades para tratamientos, etc.) Por otra parte, tal progreso de la ciencia y de la tecnología, lo ha alejado de la Naturaleza y, quien mida su calidad en función a los artificios que lo rodean, tal vez se vea tentado en considerar que “cualquier tiempo pasado fue mejor”.

No podemos dejar de marcar que los eventuales beneficios y progresos de la investigación en el área de la salud pueden generar superpoblación mundial y, consecuentemente, hambruna generalizada. Hasta tanto estos futuros conflictos puedan prevenirse con éxito, la Bioética deberá encargarse de limitar o poner coto al avasallamiento de derechos primordiales que proponen algunas tecnologías.

Enseña Cantú¹⁴ que la indagación genética confiere el poder de modificar y manipular los genes, es decir, le otorga al hombre de ciencia la posibilidad de mejorar las condiciones de vida de una determinada especie, pero, al mismo tiempo, puede desembocar en la destrucción del eco-sistema al producir desequilibrios biológicos de envergadura. Por este motivo es tan importante destacar las implicancias éticas, legales, religiosas, sociales y político-económicas que ofrece y plantea el progreso del conocimiento científico en esta área de la Bioética y el Bioderecho y en un proceso de globalización como el que caracteriza nuestro presente, donde se enfrentan grandes dificultades a efectos de lograr consensos universales a raíz de la multiplicidad de religiones, de pensamientos éticos, de normas legales, etc. Estos acuerdos, agrega Cantú, son de accidentada concreción, pero

¹⁴ Cantú, José María: “El genoma humano y la medicina del Siglo XXI”, en “Bioética y Genética”, cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 81 y ss.

deben realizarse, ya que considera que la medicina genética permitirá ofrecer a la humanidad una mejor medicina general a todo ser, independientemente de su ideología, religión, origen étnico y condición socio-económica.

III.- La investigación clínica en seres humanos.

Dice el art. 2.d) de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos:

“Los objetivos de la presente Declaración son: ...

d) Reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En nuestra Introducción asentamos que el Derecho, la Ética, la Naturaleza y la Religión, configurarán límites obvios en toda exploración científica. Para ser, tal vez, más específicos, quizás haya que traer a colación las enseñanzas de Bergel¹⁵, quien sostiene que en nuestros días, en atención al desarrollo de la que llama “tecnociencia” aplicada a la investigación, se torna necesario fijarle ciertas fronteras (control social), a fin de lograr progresos científicos sin afectar valores sociales esenciales. Para ello aprecia que hay dos formas de realizar tal censura: a) Interna: el autocontrol que se impongan los propios hombres de ciencia. b) Externa: cuidando y fiscalizando el financiamiento de las investigaciones; reglamentando sobre controles preventivos; y llevando a cabo sanciones penales, pero aclarando que como “ultima ratio”, con mucha moderación y precaución. Advierte –y coincidimos con él– que existen problemas éticos en algunas investigaciones que inhiben a

¹⁵ Bergel, Salvador Darío: “Libertad de investigación y responsabilidad de los científicos en el campo de la genética humana”, en “Bioética y Genética”, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 29 y ss.

la sociedad a conceder total libertad a los científicos que trabajan en ellas como, por ejemplo: la clonación de seres humanos, la creación de quimeras, la formación de híbridos, las terapias génicas, la experimentación en embriones humanos (por afectación a la dignidad).

En otras palabras, continuando con el autor citado, solamente sería viable limitar la libertad de investigación cuando pudiera producirse un conflicto con otros derechos fundamentales. De no mediar un adecuado control interno por parte de la comunidad científica, el cuidado externo únicamente intervendrá si se tropezara con el ejercicio de otro derecho. Por otra parte, no debe olvidarse que una mayor fiscalización externa puede crear demoras en la investigación científica. Y, a efectos de establecer limitaciones a un eventual abusivo resguardo interno, ha de sugerirse que el mismo se efectúe con prudencia, progresividad y provisionalidad.

Para completar, explica Casares¹⁶ que cuando la investigación científica determinara la necesidad de redactar, por ejemplo, un “contrato de ensayos clínicos”, no deberá perderse de vista que dicho acuerdo nace de una fórmula de cláusulas predisuestas entre el investigador principal y el laboratorio que requiera el estudio (contrato de adhesión), el cual aparecerá caracterizado, no sólo por la preexistencia de una parte económicamente más fuerte, sino también por su bilateralidad, consensualidad y onerosidad, y que tendrá por objeto la investigación del uso de un nuevo medicamento o un nuevo uso medicamentoso, a fin de observar las posibilidades terapéuticas, respecto de las dolencias que se presenten o puedan presentarse en el grupo en estudio. Dicha contratación debe prever, entre otros requisitos de validez, el consentimiento informado de los interesados, su expresa autorización con la práctica que se realice, una cláusula de confidencialidad, un seguro de responsabilidad civil ante eventuales daños, consignas de control y seguimiento del estudio científico en cuestión y

¹⁶ Casares, Mónica: “Los contratos de ensayos clínicos. El derecho a la salud. La investigación clínica. La ética en la investigación en seres humanos”, en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, N° 31, p. 35, ejemplar del mes de noviembre de 2012.

sus consecuencias. El cumplimiento de estos requisitos constituyen, ni más ni menos, pautas limitadoras.

En resumen: La libertad en la investigación científica debe tener al ser humano como sujeto de esta práctica, y no como objeto y, en función a ello, aparecerá como límite infranqueable el respeto por su dignidad.

IV.- Dignidad al final de la vida.

A modo de anuncio de una conclusión segura, hemos de decir que, la dignidad siempre debe estar preservada: al comienzo, en su tránsito y al final de la vida, porque es el fundamento de la autonomía de la voluntad de cada persona, de su autodeterminación. Esta también parece ser la consigna que impulsa la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, por ejemplo, al decir:

Art. 3: “Dignidad humana y derechos humanos.

1.- Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2.- Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”.

Si bien hay coincidencia general en sostener que el término dignidad aparece cubierto por cierta ambigüedad o, quizás, inconsistencia, entendemos que todo autor debe hacer el esfuerzo por alejar al vocablo de cualquier vaguedad, ya que el pasado de la humanidad se ha visto vinculado a ella en forma trascendente, razón por la cual creemos que merece mayor precisión. Es un continente con un contenido amplísimo: intimidad, reputación, honra, imagen, identidad.

En otras palabras: la dignidad, su consecución, es el motor de la historia del hombre.

La lucha por el resguardo y acato de esta cualidad intrínseca de todo ser humano y que hace a su auto respeto se levanta como bandera frente al poder abusivo de algunos sectores que, a través del tiempo, han intentado socavar a los individuos en desventaja, sea por

razones políticas, religiosas, sexuales, sociales, raciales, sanitarias. El combate librado contra la esclavitud, la desigualdad, la injusticia, la opresión, la enfermedad, la censura; es la batalla de los hombres de todas las épocas en procura de alcanzar el reconocimiento de su decoro. Es la querrela por una vida digna la que ha permitido –y permite– día tras día, explicar su importancia y comprender su trascendencia histórica y actual. Se trata de un valor que da sustento al principio de autonomía que deriva de la interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional¹⁷. En ese contexto, y en lo atinente a lo que hace a nuestro ensayo, respetando los límites que la Ley Fundamental establece, el reconocimiento de la dignidad de todas las personas es lo que nos ha dejado llegar a nuestros días, en los que ya no se debería hablar del avasallante paternalismo médico ni de las irreverentes intromisiones judiciales en cuestiones personalísimas, por cuanto el principio rector de la autodeterminación se ha impuesto sobre tales extremos. No podía ser de otra forma.

El art. 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica, expresa:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

El litigio contra el dolor y la batalla a favor de la preservación de la vida que encaran los profesionales médicos por sus pacientes, encuentra, en la posible afectación de la dignidad de éstos, una barrera infranqueable, un límite sólido, pero no siempre visible en todas las situaciones y por todos los observadores. Es más. Muchas veces, la dignidad es aplastada por la decisión de un facultativo o de un juez, los cuales, en nombre de la preservación de la subsistencia, menosprecian esa cualidad intrínseca. Sostenemos, pues, que, el ejercicio profesional de la medicina halla en la dignidad de las personas el constitucional obstáculo para impedir o dificultar muchas de sus profanadoras

¹⁷ Art. 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

prácticas y, obviamente, tal dignidad no desaparece con el transcurso del tiempo, razón por la cual la misma está presente al final de la vida.

Pero algunos factores que emergen cuando ya el otoño asoma en el ciclo vital no deben ser descuidados por el analista. Hacemos referencia al ensañamiento o encarnizamiento terapéutico, a la práctica de la medicina fútil, al abandono de persona y a la omisión de auxilio y, como añade Luna¹⁸, a no menospreciar la importancia moral entre “matar” y “dejar morir”.

Comenta Gherardi¹⁹ que el prolongado e innecesario mantenimiento de las funciones vitales generan frecuentemente formas indignas de muerte con sufrimiento. El encarnizamiento terapéutico puede ser consecuencia, entre otros elementos, de las desmesuradas expectativas de curación, de la desprotección jurídica del médico que, no atender al paciente, puede verse objeto de una demanda civil o querrela penal; de la falta de coraje para asumir la existencia de límites en las acciones médicas. Estas circunstancias pueden desembocar en la imposición de tratamientos fútiles (los que describe como la acciones que no pueden cumplir con su finalidad, por lo que un acto médico será fútil si no se considera razonable su aplicación en un caso particular, y quedará a cargo del paciente o de sus representantes legales establecer la inutilidad o no del acto médico en cuestión, en función a su derecho de preferencia). El autor considera que deben fijarse los parámetros sobre los cuales se formará la decisión de no efectuar, por ejemplo, una resucitación cardiopulmonar o de suspender su aplicación. Para ello entiende que deben contemplarse dos situaciones: cuánto tiempo debe continuar un tratamiento que no demuestra la efectividad esperada (a pesar de su correcta ejecución), y cuándo no debería comenzar una acción que en circunstancias similares no ha demostrado eficacia. Delicado punto.

¹⁸ Luna, Florencia y Salles, Arleen L.F.: “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 205.

¹⁹ Gherardi, Carlos R.: “Reflexiones sobre la futilidad médica”, en Revista “Perspectivas bioéticas en las Américas”, 1998, N° 6.

Interpretamos que la razonabilidad es la pauta rectora que debe caracterizar cualquier decisión en tal orientación. Una razonabilidad lindante con la virtud en sentido aristotélico. El justo medio entre el exceso y el defecto. Una razonabilidad empapada de proporcionalidad y sentido común y, por qué no, de piedad.

Pero las severas sombras del Derecho Penal se yerguen amenazantes en los hospitales y centros de salud en general, puesto sanciona como delitos las figuras conocidas como “abandono de persona” y la “omisión de auxilio” (arts. 106, 107 y 108 del Código Penal, conf. ref. Leyes 23.077, 24.410 y 24.286).

Tal como advertimos, ninguna de las disposiciones penales mencionadas hace alusión a las voces “dignidad” o “piedad”. Esto lo destacamos porque si una de las finalidades de la Bioética es la preservación de aquel valor (la dignidad), dichas normas represivas dejan entrever la posibilidad de que el Derecho Penal lo menosprecie incentivando, sin aclaraciones, el enañamiento terapéutico y la práctica de la medicina fútil.

Será necesario implementar modificaciones a los textos penales mencionados. No deseamos que, quizás, resulte suficiente la reforma que introduce la ley de Derechos del Paciente en su art. 11 bis a modo de causal de justificación (Ley 26.529): “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

Esto lo agregamos porque es dicho texto legal el que hace referencia a lo que algunos doctrinarios denominan “suicidio asistido” (por acción u omisión del médico tratante). “Artículo 2.g) El derecho que le asiste (al paciente) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del dere-

cho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

El suicidio²⁰ (muerte voluntaria al decir de Farías)²¹ muchas veces se hace presente en esa fase. La autora lo clasifica como patológico con raíz sociológica (maníacos, melancólicos, obsesivos, impulsivos) y patológico con base psicológica que aparece como un límite al a eficacia terapéutica (melancolía y depresión); y, el suicidio no patológico es aquel donde no hay enfermedad, sino autodeterminación, autonomía de la voluntad.

Vemos que desde las leyes se vela por la dignidad como nunca antes, cualquiera sea la altura de la vida que se atravesase. Mas, debemos insistir, la prudencia no puede estar ausente, ya que muchos observadores podrán confundir el sentimiento de piedad que despierta el enfermo incurable (con padecimiento irreversible) con el derecho que tiene a fallecer dignamente. Para muchos, este dilema y su solución dejan de pertenecer al campo de la Bioética y se traslada al terreno de la autonomía de la voluntad de quien vela por el paciente en estado terminal, sea familiar, representante legal o médico asistente. Cuando ello acontece, al ámbito de la decisión debemos permitirle el acceso a una virtud que siempre tiene que ser honrada: la piedad.

Esta virtud se encuentra íntimamente relacionada con el Derecho y ha tenido significativa trascendencia a lo largo de su historia, de la misma manera que ha sido de gran influencia durante la evolución de la práctica médica. En nombre de la misericordia es posible nacer, vivir, morir; en su nombre se juzga; en su nombre, se absuelve y se condena (aunque no se aluda a ella en forma expresa en las sentencias). Asuntos tales como el suicidio asistido por el médico, la eutanasia, el aborto de fetos anencefálicos, son algunos de los que aparecen estigmatizados por ella en temas vinculados a la Bioética.

²⁰ Creemos de gran interés la sanción de la Ley 27.130, de abril de 2015, sobre prevención del suicidio.

²¹ Farías, Gisela: “Muerte voluntaria”, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 23 y ss.

Una primera aproximación a la piedad arrima al interesado a las nociones de conmiseración, de clemencia, de gran importancia en la transformación histórica del Derecho por cuanto, en definitiva, luego de transitarse etapas tan fructíferas como el Renacimiento y la Ilustración, entre muchas otras, han sido impulsoras de su notoria y demorada humanización (evolución de las distintas generaciones de derechos humanos). Al haberse padecido en la prehistoria las terribles y sangrientas consecuencias de la venganza colectiva como sistema de retribución para sancionar al autor de una ofensa (y el clan, tribu o familia a la que pertenecía), se ha llegado al presente, caracterizado a las teorías que apuntan a la responsabilidad personal del agresor (ámbito penal), a la relación de consumo (ámbito civil/comercial), por ejemplo. Entretanto, quedaron en el camino los mojones que marcaron la vía de su mutación: el Talión, la expulsión de la paz, el despecho por la venganza privada, la Tregua de Dios, el sistema compositivo, la separación entre delito y pecado, entre el Estado y la Iglesia, entre lo social y lo religioso, la codificación, el constitucionalismo, la erradicación de la tortura como forma de pena o como método probatorio (confesional), la diferenciación entre delitos dolosos y culposos, la protección constitucional y legislativa del régimen de los derechos humanos.

Un segundo acercamiento a la piedad (del latín, “pietas”), se relaciona con el amor entrañable que los hijos consagran a los padres, a una virtud entendida ésta como máxima aspiración del hombre²². Nos quedaremos con la primera de las acepciones.

Cuando Jiménez de Asúa²³ se pregunta: “... ¿hay derecho a matar por piedad?”, su respuesta es elocuente: “El problema es harto dificultoso para que pueda ser categóricamente contestado con un sí o un no rotundos...” El libro en el que expresa estas ideas (su primera versión data del año 1928) termina diciendo: “No ignoro que la justicia y la piedad tienen áreas distintas; pero tampoco desconozco que

²² Pieper, Josef: “Las virtudes fundamentales”, Rial, Madrid, 1980, p. 15.

²³ Jiménez de Asúa, Luis: “Libertad de amar y derecho a morir”, Depalma, Buenos Aires, [1928] 1984, p. 335.

la justicia transida de piedad es más justa”²⁴. Con este enfoque, el análisis desarrollado en este punto, viene a complementar la amplia visión que pretendemos otorgarle a la dignidad de las personas, cualquiera fuera la etapa de la vida en la que se encuentren.

“En 1986, el Nobel de Medicina fue para Rita Levi Montalcini.

En tiempos difíciles, durante la dictadura de Mussolini, Rita había estudiado las fibras nerviosas, a escondidas, en un laboratorio improvisado en algún rincón de su casa.

Años después, tras mucho trabajar, esta tenaz detective de los misterios de la vida descubrió la proteína que se ocupa de multiplicar las células humanas, y recibió el Nobel.

Ya rondaba los ochenta años, y decía:

-El cuerpo se me arruga, pero el cerebro no. Cuando sea incapaz de pensar, sólo quiero que me ayuden a morir con dignidad”²⁵.

Con mayor antelación y desde otra óptica, Miguel de Montaigne (1533-1592), expresó sobre el tema²⁶:

“No sabemos dónde la muerte nos espera; aguardémosla en todas partes. La premeditación de la muerte es premeditación de la libertad. Quien ha aprendido a morir ha olvidado la servidumbre. Saber morir nos libra de toda sujeción y obligación. No existe el mal para quien ha comprendido que la privación de la vida no es un mal”.

Culminamos este acápite afirmando que la vida, sin dignidad, es incompleta, tanto para los sanos como para los enfermos y, además, todos tenemos derecho a vivir y a morir dignamente. Fundamos esta conclusión en el principio de autonomía de la voluntad (conducta autorreferente) que deriva del artículo 19 de la Constitución Nacional.

²⁴ Mismo autor, op.cit. p. 438.

²⁵ Galeano, Eduardo: “El arte de vivir” en “Mujeres”, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 110.

²⁶ de Montaigne, Miguel: “Ensayos”, Libro I, Capítulo XX: “Que filosofar es prepararse a morir”, Océano, Barcelona, [1580] 1999, traducción de Ezequiel Martínez Estrada.

V.- Discriminación y violencia en salud.

Es también la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos la que en el art. 2.f), entre sus objetivos, señala:

“Promover un acceso equitativo a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología, así como la más amplia circulación posible y rápido aprovechamiento compartido de los conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, prestando una especial atención a las necesidades de los países en desarrollo”.

Desde la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se sostiene que, en el tema que nos ocupa, debe existir un “universalismo ético” que conduzca al universalismo de una bioética cuyos principios especifiquen los contenidos mínimos de la moral básica común de los derechos humanos, con el respeto de la diversidad cultural y el pluralismo. Este factor ecuménico de la moral supone un sistema de principios éticos que se impone a todas las personas, asignando a todos los mismos beneficios y las mismas cargas, y de un modo tal que no se perjudique ni privilegie en modo arbitrario a ninguna persona o grupo determinado. Es con este esfuerzo por el respeto hacia otros que, internacionalmente, se trata de impedir un despliegue discriminatorio y eventualmente violento en salud.

Se evita la discriminación arbitraria con igualdad. Lo razonable, la adecuada proporción entre causa y efecto, entre principio y finalidad, es la pauta que permitirá ponderar si ese principio rector se ha visto afectado por alguna disposición o acto. Al mismo tiempo, sostenemos que se impide la violencia en salud tratando con igualdad a todos los iguales. “... tan inequitativo es que la ley trate desigualitariamente a los iguales en iguales circunstancias como que trate igualmente a quienes no son iguales –en el sentido de que su condición o situación es distinta- y no obstante la desigualdad de circunstancias” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 237:563)²⁷.

²⁷ También pueden verse los comentarios, por ejemplo, de Gregorio Badeni: “Tratado de Derecho Constitucional”, T° I, p. 482, segunda edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.

La Declaración Universal de Derechos Humanos subraya estos comentarios: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (art. 7).

A lo largo de su articulado la Declaración sobre Bioética refuerza el respeto por la igualdad (y con ello incentiva la no violencia en salud), promoviendo el trato con justicia y equidad de todos los hombres (art. 10), fomentando su no discriminación ni estigmatización (art. 11), respetando la diversidad cultural y el pluralismo (art. 12), inspirando la solidaridad y cooperación internacionales (art. 13), compartiendo los beneficios resultantes de toda investigación científica.

El respeto por el principio bioético de Justicia reafirma el “no” a la discriminación arbitraria, por cuanto se trata de garantizar con su cumplimiento una distribución equitativa de los bienes y servicios de la salud en favor de quienes pudieran necesitarlos. Lo contrario, como toda desigualdad injusta y desproporcionada, conduce a la violencia; en nuestro caso, a la violencia en salud.

La Ley 23.592 de 1988 menciona que son actos discriminatorios arbitrarios que atentan contra la igualdad los concretados por razones de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Una rápida lectura de esta enumeración puede conducir a considerar que una persona indigente tendría derecho a ser atendido por el mejor de los médicos en el centro de salud más sofisticado y moderno, sin embargo, no es así, puesto estaríamos frente a una situación desigual ante quien puede costearse tal servicio. Lo que se intenta es que el estado pueda satisfacer una cobertura sanitaria de excelencia desde los hospitales públicos, de tal forma, todos tendrían, por igual, acceso a una capacitada atención médica. Marca Fanelli Evans²⁸ que un servicio público como el de la salud debe reunir como requisitos, para ser reconocido como tal, el de su continuidad, regularidad, obligatoriedad,

²⁸ Fanelli Evans, Guillermo E.: “El servicio público de salud”, en La Ley del 13 de abril de 1999.

generalidad y eficacia; y con indisimulada preocupación, se pregunta para qué sirve un servicio público que no soluciona la necesidad pública que está destinado a satisfacer. La respuesta nos incentiva a fortalecer este presupuesto fundamental de la Bioética: la Justicia. Hemos de completar este tema al desplegar el Punto IX del índice general.

VI.- Genoma y daño genético. Las neurociencias.

Kemelmajer de Carlucci²⁹, en un artículo publicado en 1994, ilustra sobre la trascendencia acerca del estudio del genoma humano, el cual conduciría al conocimiento de cómo vencer a las enfermedades, de cómo estudiar su evolución, a la creación de nuevas técnicas de diagnóstico, al abordaje de novedosas formas terapéuticas, a incentivar la prevención para impedir las dolencias. En sus menciones, la autora también nos advertía sobre los problemas que podrá presentar el establecimiento de diagnósticos prenatales y su vinculación con la eugenesia en caso de detección de graves enfermedades en el feto. Nos hablaba sobre los límites de la experimentación científica, el concepto de "información genética", su naturaleza jurídica (si se está frente a una "persona" o una "cosa" y, en su caso, si es susceptible de apropiación y comercialización y, a su vez, si es o no "patentable" el producto genético), acerca de su clasificación. Se refería también a la importancia de la confidencialidad (derecho a la intimidad en contraste con la posibilidad de divulgación con fines científicos), de la evitación de la discriminación generalizada, de la creación de una nueva rama del Derecho (Derecho de la Genética), de la importancia de la cooperación internacional, de velar por la no afectación del orden público; entre otras muchas consideraciones.

La ya citada Florencia Luna³⁰ nos manifiesta que la información genética permite la adopción de decisiones con mejor conocimiento

²⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas", en *Jurisprudencia Argentina* 1994-IV-735.

³⁰ Luna, F. y Salles, A.: op. cit. p. 353.

(mayor es la información, mejor es la decisión con riesgos reducidos). Cuanto más nos anticipemos al diagnóstico (en forma prenatal, por ejemplo), mayor premura podremos implementar a la terapia y tratamiento en caso de detección de enfermedad. En palabras de la calificada bioeticista: *"La posibilidad de acceder a una mayor información modificará la concepción que se tiene del azar, el destino y la naturaleza ... cuando existe la posibilidad de elegir o controlar las consecuencias, se es responsable por ello"* (p.358/359).

Un poco de historia y opinión.

El Proyecto Genoma Humano fue una iniciativa a nivel internacional cuya finalidad es la obtención de mapas genéticos detallado de los genes que pertenecen a la especie humana. El empuje surgió en Estados Unidos a mediados de los años ochenta en el Departamento de Energía, luego se incorporaron los Institutos Nacionales de Salud (National Institutes of Health –NIH).

Fue lanzado oficialmente en 1991 bajo la dirección de James Watson y posteriormente Francis Collins asumió su conducción. Con el correr de los años se sumaron al proyecto países de la Unión Europea, Japón, Canadá, entre otros. La Organización del Genoma Humano (HUGO) dependiente de la UNESCO asumió la coordinación de los diversos proyectos de investigación existentes en el mundo³¹.

Descifrado parcialmente en el año 2000, arribando el resultado definitivo en el año 2003.

El logro de la secuencia del genoma humano fue el punto de partida a un nuevo conjunto revolucionario de enfoques que nos están conduciendo a una comprensión profunda y apasionante de la estructura, la función y la evolución de los genomas y de sus componentes. Sus derivaciones legales y éticas fueron objeto de numerosos trabajos científicos, publicaciones, conferencias, congresos y se ha desarrollado durante años una profunda discusión en ámbitos científicos, filosóficos y legales en busca de consensos³².

³¹ Romeo Casabona, Carlos María: "Genética y derecho", Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 4 ss

A ello se sucedieron diversas líneas de investigación, entre ellas:

a) Genómica comparada: aborda la comparación de genomas tanto de especies próximas como lejanas. Se trata de un enfoque muy útil para desvelar los procesos evolutivos que se dan en el genoma. También permiten conocer, a partir de las secuencias conservadas entre especies, qué partes del genoma son funcionales.

b) Genómica funcional: es el análisis global de la función, expresión e interacción de todos los genes de un organismo. Con el desarrollo de las tecnologías de gran rendimiento también es posible estudiar la expresión simultánea de los genes de un genoma, así como la interacción de sus proteínas.

c) Estudios de asociación genotipo-fenotipo: para descubrir que variantes genéticas nos hacen diferentes en el seno de nuestra especie, es necesario estudiar los genomas de muchos individuos.

El proyecto HapMap ha sido el siguiente hito tras la secuenciación del genoma. Su objetivo era caracterizar los patrones de variación genética en los distintos grupos étnicos de la especie humana, como un paso previo para poder realizar estudios a escala genómica que permitan asociar variantes genéticas a aspectos del fenotipo, especialmente las que confieren susceptibilidad a enfermedades. La aplicación conjunta de las tecnologías de gran rendimiento a la variación genética, de las herramientas bioinformática y de análisis estadísticos hacen posible la catalogación exhaustiva de las variantes genéticas que afectan al genotipo humano, con las enormes implicaciones que se derivan para la prevención, el diagnóstico y el tratamiento personalizado de enfermedades³³. Cabe destacar que el HapMap no incluyó a poblaciones de América Latina que reconoce ancestros mixtos originarios de poblaciones locales, europeas y africanas.

³² La Unión Europea desarrolló el programa “ELSA” (Ethical, Social and Legal Aspects), mientras que Estados Unidos, por su parte, el denominado “ELSI” (Ethical, Social and Legal Issues).

³³ Barbadilla, Antonio: “El proyecto genoma humano”; “La investigación sobre el genoma humano”, mayo 2008, publicado por la Universidad Autónoma de Barcelona, en <http://bioinformatica.uab.es/base/base3.asp?sitio=ensayosgenetica&anar=pgh>

La Declaración Universal de Genoma Humano y Derechos Humanos postuló que el genoma humano es patrimonio de la humanidad (art. 1) y que en su estado natural no debe dar lugar a beneficios económicos (art. 4). Que es fuente de la dignidad de los individuos y esencial para la aceptación de las diversidades (art. 1). Reconoció que el genoma humano está sometido a mutaciones, que entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación (art. 3).

Limitó los alcances de la investigación señalando:

(a) Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.

(b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.

(c) Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

(d) En el caso de la investigación, los protocolos de investigaciones deberán someterse, además, a una evaluación previa, de conformidad con las normas o directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia.

(e) Si en conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento, sólo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que represente un beneficio directo para su salud, y a reserva de las autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley. Una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud sólo podrá

efectuarse a título excepcional, con la mayor prudencia y procurando no exponer al interesado sino a un riesgo y una coerción mínimos, y si la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se efectúe en las condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos individuales.

En materia de responsabilidad, el art. 8 dispone: “Toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma”.

En el ámbito Europeo se cumplieron diecisiete años de la apertura a la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina (CDHB).

Su principal fundamento es el principio de protección de la dignidad humana (art. 1), lo que se manifiesta en algunas previsiones: derecho del paciente a no ser informado (art. 10); prohibición de realizar intervenciones genéticas en la línea germinal humana (art. 13), de seleccionar el sexo del embrión (art. 14), de crear embriones con fines estrictamente utilitarios (art. 18), de lucrar con partes del cuerpo humano (art. 21).

En la región latinoamericana, la Declaración de Manzanillo de 1996 (Declaración Ibero-Latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano) fue revisada en Buenos Aires en 1998 y en Santiago de Chile en 2001.

Allí se reafirmaron los valores y principios proclamados en la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos y el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, fijándose una serie de principios y objetivos.

Principios Éticos que deben guiar las acciones en genética médica:

1. Prevención, tratamiento y rehabilitación de persona con enfermedades genéticas
2. Equidad en el acceso de los servicios independientemente de la capacidad económica
3. Voluntariedad
4. Autonomía de las decisiones del paciente luego del diagnóstico
5. Confidencialidad de la información individual. Consentimiento expreso.

Aprovechamiento:

1. Prohibir la comercialización del cuerpo de sus partes y productos
2. Reducir el material objeto de patentes a límites estrictos del aporte científico realizado.
3. Facilitar la investigación mediante el intercambio libre de información científica.

Objetivos:

1. Desarrollar planes de investigación, difusión, redes informáticas.
2. Instar a los gobiernos a adoptar medidas necesarias en especial legislativas, para desarrollar y aplicar los principios contenidos en la Declaración y en la Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos por su parte fue aprobada en el marco de la 33ª Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el 19 de octubre de 2005.

Dicha Declaración reconoce como antecedente a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

El proceso de formación de la primera se desarrolló durante los

años 2004 a 2005. El Comité Internacional de Bioética (CIB) elaboró un borrador que fue puesto a consideración de los Estados Miembros y de expertos gubernamentales hasta alcanzar la versión definitiva.

La delegación de la República Argentina desempeñó un rol participativo y realizó contribuciones sustantivas al texto, siempre desde su posición reflexiva respecto del respeto de la dignidad humana y los derechos del hombre en general. La Secretaría de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio de Justicia la Nación, postuló el carácter inescindible que exhiben los derechos humanos y la bioética³⁴.

Así destacaron que junto al espectacular avance de la investigación científico tecnológica, grandes sectores de la población mundial transitan su existencia en condiciones que lesionan gravemente la dignidad del ser humano en condiciones esenciales.

La pobreza que aqueja a casi el 50% de la población mundial no puede ser soslayada como un punto esencial de análisis de toda la problemática de la Bioética, como tampoco el hecho que al cuidado médico del 90% de la población mundial (pobre) se destinan el 10% de los fondos para investigación y desarrollo en materia de salud³⁵.

La Declaración es una muestra del estado de consenso alcanzado entre las distintas regiones del mundo para poder construir un texto común pero reflejando a la vez las particularidades de cada una de aquellas a fin de que se sientan comprendidas y representadas en la problemática que las aqueja.

Ha recogido algunos principios que hasta el momento no habían alcanzado el nivel de adhesión deseable; postula el respeto a los grupos vulnerables (se referencian entre ellos, los niños, las mujeres, los discapacitados, los desaventajados desde el punto de vista económico, social o cultural) y la diversidad cultural.

Se propugna la solidaridad y la protección de las generaciones

³⁴ “Bioética, el desafío de una Declaración Universal”, documento de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Seguridad y Derechos Humanos de la Nación”.

³⁵ Misma publicación.

futuras y se proclama el derecho a la salud (art. 14) en un aspecto amplísimo tomando en consideración diversos aspectos ambientales, sociales y culturales del desarrollo de la persona.

Descripto el contexto histórico y normativo en el que se desarrollan las investigaciones sobre el genoma cabe destacar que existen diferentes aspectos desde donde puede analizarse el daño genético: las pruebas y diagnósticos genéticos, la terapia génica, la investigación y experimentación genética, entre otros.

Romeo Casabona, citando a Harper, define consejo genético como “el proceso por el cual los pacientes o sus parientes con riesgo de una enfermedad de carácter hereditario son advertidos de las consecuencias de la enfermedad, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y los métodos posibles para evitarlas o mejorarlas”³⁶.

Existen diversos momentos de diagnóstico: preconceptivos, preimplantatorios, prenatales y posnatales.

Surgen algunos interrogantes éticos en orden a las decisiones que conllevan los resultados que revelan anomalías genéticas o cromosómicas. Cuando el diagnóstico es previo a la concepción, debemos interrogarnos si los pacientes han tenido información médica adecuada y acceso a medidas contraceptivas; al tratamiento de las patologías hereditarias o a técnicas de reproducción humana asistida heterólogo, si someterse a éstas fuera voluntad del o los progenitores.

Las técnicas de reproducción humana asistida extracorpóreas involucran la selección de los embriones más aptos. Para ello requieren transitar por diagnósticos preimplantatorios.

Dichas prácticas normalmente responden a cálculos estadísticos respecto de su viabilidad, definidos por su morfología y grado de desarrollo, más en algunos casos generan reservas cuando dichos criterios son reemplazados por otros de carácter eugenésico³⁷.

³⁶ Op. cit. p. 96.

³⁷ Suprema Corte de Mendoza, Sala 1ª., caso: “L., E.H. c/O.S.E.P. p/acción de amparo p/apelación s/incidente”, del 30 de julio de 2014.

En supuestos de diagnósticos prenatales el embarazo se produjo y en ciertas ocasiones, el alumbramiento se encuentra próximo. En el caso “B. s/ medidas provisionales respecto de El Salvador”, la Corte Interamericana ordenó al Estado que garantice de manera urgente que los médicos que trataban a la actora, quien padecía una enfermedad materna grave con riesgo de muerte, encontrándose en la semana veintiséis de embarazo presentando el embrión anencefalia, puedan adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes -en el caso, la terminación del proceso de gestación mediante un parto inmaduro por vía abdominal- para asegurar la debida protección de los derechos a la vida y a la integridad personal de la progenitora (arts. 4 y 5, CADH)³⁸.

En nuestro país existen precedentes en los que exámenes prenatales evidenciaron serias patologías en los embriones (anencefalia) que los tornaban inviables y motivaron pedidos judiciales de interrupción del embarazo³⁹.

La posibilidad de error en las mencionadas técnicas de diagnóstico ha dado lugar a numerosos cuestionamientos doctrinarios y algunos procesos judiciales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “Draon v. France” (GC; N° 1513/03, sentencia del 6/10/2005); declaró que la decisión judicial dictada por la Corte Administrativa de París, que limitó el alcance de la reparación reclamada por los padres de un niño cuya enfermedad hereditaria no fue detectada en los exámenes prenatales, implicaba una interferencia inaceptable respecto de los derechos esgrimidos por los actores, que vulneraba el justo equilibrio que debe

³⁸ Sentencia del 29/05/2013, en LA LEY 2013-D-469 con nota de Ricardo D. Monterisi. Cita on line: AR/JUR/18808/2013.

³⁹ C.S.J.N. in re “P., F. V.”, sentencia del 08/03/2005, LA LEY 17/06/2005, LA LEY 2005-C- 829, cita on line: AR/JUR/444/2005; causa “B., A”, LA LEY 2002-D- 574 con nota de Leopoldo Peralta Mariscal, cita on line: AR/JUR/488/2001; causa “T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 11/01/2001, LA LEY 2001-A- 189, cita on line: ; S.C.B.A., Ac. 91.478, “P.F.V. s/Amparo” sentencia de 05-V-2004; Ac. 85.566, “Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín s/Autorización”, sentencia del 25-VII-2002; Ac. 82.058, “B., A. s/Autorización judicial”, sentencia del 22-VI-/2001, entre otros.

mantenerse entre la protección del interés general y la del goce de los derechos individuales⁴⁰.

En el Código Civil y Comercial por su parte se incorporaron al Capítulo 3, del Título I (Persona Humana) del Libro I (Parte General), los derechos personalísimos. Allí se declara que la persona es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51).

El art. 58 dispone una serie de requisitos respecto de la investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente:

- a. describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;
- b. ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;
- c. contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;
- d. contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;
- e. estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;
- f. contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología.

⁴⁰ Contiene un análisis profundo del fallo el artículo de Lafferriere, Jorge Nicolás: “Tribunal de Justicia de Europa define embrión humano y lo protege frente a patentes biotecnológicas vinculadas con células madre”, en: Sup. Const. 2012 (febrero), 13/02/2012, 54 - LA LEY2012-A, 292; Fallo comentado: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala ~ 2011-10-18 ~ O. B. c. Greenpeace e.v. Cita Online: AR/DOC/392/2012).

logía de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;

g. no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

h. resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;

i. asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;

j. asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

El art. 59 define el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud como la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto de una serie de ítems tales como el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, entre otros⁴¹.

En ejercicio del poder de policía, la Ley 25.543 impone en el ámbito nacional, la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana a toda mujer embarazada (27/11/2001).

La terapia génica “se refiere a la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debidos a causas genéticas, actuando directamente en los genes mediante diversos procedimientos teóricos: la adición, modificación, sustitución o supresión de genes”. Dichos

⁴¹ En consonancia con los principios sentados en la Ley 26.529.

procedimientos involucran la introducción de células genéticamente modificadas en el organismo -mediante técnicas in vitro-⁴².

En los ámbitos ético y jurídico se ha cuestionado si resultan prácticas eugenésicas, dado que eliminan caracteres indeseables de la especie humana. No obstante no se puede soslayar que ofrecen esperanza de cura a una enorme cantidad de individuos con patologías seriamente incapacitantes, a quienes -habría que preguntarse- si legítimamente pueden ser privados de su expectativa de mejoría, so pretexto de conservar una condición original de la especie humana -aunque ciertamente indeseable-.

Desde la Declaración de Helsinki (2000) en adelante los documentos internacionales y las regulaciones locales de muchos países prohíben la intervención y experimentación en línea germinal. En idéntico sentido se pronuncia el art. 57 del Código Civil y Comercial.

A esta altura son pertinentes palabras destinadas a la investigación y experimentación genética y a las neurociencias.

En octubre de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falló en el marco de un procedimiento de anulación de una patente alemana, relativa a células progenitoras neuronales, a sus procedimientos de producción a partir de células madre embrionarias y a su utilización con fines terapéuticos, definiendo qué debe entenderse por “embrión humano” en el marco de la protección jurídica que le acuerda el art. 6, ap. 2, de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Allí sostuvo “todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis⁴³.

El fallo delegó a los jueces nacionales la determinación -conforme a la legislación local y al estadio de la ciencia- si una célula madre

⁴² Romeo Casabona, op. cit. p. 110.

⁴³ Gran Sala, sentencia del 18/10/2011, in re “O. B. c. Greenpeace e.V.”

obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito constituye un “embrión humano” en el marco de la citada normativa relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

Aclaró además que la exclusión de patentabilidad respecto del uso de embriones humanos con fines industriales o comerciales establecida en la Directiva mencionada, implica que sólo pueden ser objeto de patente aquellas prácticas que evidencien una finalidad terapéutica o diagnóstica cuya utilidad sea directa respecto del embrión.

Debemos poner el acento en decir que la norma excluye la posibilidad de solicitar patente cuando la información científica o técnica presentada se haya obtenido de prácticas que hubieran implicado la destrucción de embriones humanos o su utilización como materia prima.

En Estados Unidos los lineamientos fijados por los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos (National Institutes of Health -NIH-) “...sobre la investigación en células estaminales humanas (“Guidelines on Human Stem Cell Research”) aprobados el 7 de julio de 2009 remiten a la Sección 509 de la Omnibus Appropriations Act, 2009 (Pub. L. 111-8, 3/11/09, conocida como Dickey Amendment), que en su apartado (b) contiene una definición de embrión a los fines de dicha ley”⁴⁴. Dicha normativa considera “embrión o embriones humanos” a cualquier organismo, no protegido como un sujeto humano por el Código Federal de Regulaciones (45 CFR 46 - the Human Subject Protection regulations) que se deriva por fertilización, partenogénesis, clonación o por otros medios de uno o más gametos humanos (óvulo o espermatozoide) o de una célula humana diploide (células que tienen dos juegos de cromosomas, como las células somáticas. Aquella definición “amplia” de embrión humano, en Estados Unidos establece límites a la utilización de fondos federales destinados a la investigación genética.

En nuestro país el control estatal de la investigación médica o

⁴⁴ Lafferriere, Jorge Nicolás, op. cit.

científica sobre seres humanos es ejercido por la autoridad nacional y provincial en sus respectivas jurisdicciones. En ese marco, entre muchas otras, se dictaron las Leyes: 17.132 –Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de colaboración - 24/1/1967 – Dec. Reglamentario 6216 – 30/8/1967; 22.990 – Regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos – 28/11/1983 –Dec. Reglamentario 375 - 21/1989; 23.511 –Banco Nacional de Datos Genéticos -; 23.798 - Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) – 11/12/1995 – Dec-Reglamentario 1244 - 1/7/1991; 24.193 –Transplante de órganos y material anatómico humano – 24/3/1993; 26066 –Transplante de órganos y tejidos - 30/11/2005 (modifica ley 24.193); 24.540 –Régimen de Identificación de Recién Nacidos – 22/9/1995; 24.742 –Comités Hospitalarios de Ética – 27/11/1996; 25.326 – Protección de los Datos Personales – 4/10/2000; 25.392 -Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras – 30/11/2001; 25.673 –Programa Nacional de Salud Sexual y procreación Responsable– 30/10/2002.

En la provincia de Buenos Aires la Ley 11.044 regula las investigaciones en materia Salud. En dicha norma se aprecia un capítulo especial en resguardo de grupos vulnerables. Regula diversos tipos de investigación (médica, farmacológica,) sobre seres humanos y prevé la creación de comités internos en las Instituciones de Salud. La autoridad de aplicación es la Comisión Conjunta de Investigaciones en Salud (CCIS).

En la Ciudad de Buenos Aires, rige -desde el mes de febrero de 2010- la Ley 3301 sobre Protección de Derechos de Sujetos en Investigaciones en Salud. Recepta las principales Declaraciones Universales y Regionales en la Materia y los Principios Bioéticos que de aquellas emanan. Establece en el capítulo II, los principios para la protección de sujetos en investigaciones, fijando una serie de garantías en resguardo de la dignidad e integralidad de las personas.

Finalmente hemos de volver a destacar que el art. 57 del Código Civil y Comercial expresamente prohíbe toda “práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

La Bioética convoca a cuestionamientos infinitos y el Derecho no puede hallar todas las respuestas, al menos, con inmediatez y sin arbitrariedad. Los adelantos conseguidos a través de la investigación del genoma humano autorizan presumir hoy, con mayor fundamento que ayer, que la ciencia se halla a pocos pasos de lograr, quizás, la forma de evitar el degeneramiento celular y, con ello, de vencer definitivamente a la enfermedad. De conseguirse, ¿se pretenderá después intentar alcanzar la “vida eterna”? La posible respuesta, espanta y, claro está, sacude los cimientos del Derecho, de la Ética, de la Naturaleza y de la Religión, habituales fronteras amuralladas del conocimiento. Por intermedio de las neurociencias y, gracias a la globalización que impera, podrán elaborarse principios de carácter universal y tendientes a establecer la orientación ética de cualquier investigación científica y, eventualmente, garantizar en forma igualitaria el acceso al usufructo de sus beneficios para todas las personas.

VII.- Los derechos reproductivos.

Los derechos reproductivos integran la nómina de los derechos de tercera generación incluidos en la amplia noción del derecho a la salud. En el ámbito internacional se reconoció su trascendencia a partir de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) realizada en El Cairo en 1994.

Aquel documento definió el derecho a la salud como “estado general de bienestar físico, mental y social y no mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. Entraña además la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no esté legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y

los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos” (el subrayado nos pertenece, párr. 7.2.)

Partiendo de dicha definición la Conferencia aclaró que “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y las personas deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia (cf. párr. 7.3.)

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing, se adicionó a dichos principios: “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias ente la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual” (cf. párr. 96).

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) ha hecho recomendaciones en orden al derecho de niños, niñas y adolescentes a acceder a servicios de salud y orientación en materia de salud sexual y reproductiva. En materia de acceso a los procedimientos de esterilización

voluntaria, el Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó a Argentina eliminar los obstáculos que se oponen a su obtención⁴⁵.

La Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (ratificada por nuestro país, cf. art. 75, inc. 22, C.N.) dispone en su art. 16: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres ... e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales regula en su art. 10 los alcances de la protección a la salud y en el art. 15, el derecho a constituir libremente la familia.

Sostiene Alda Facio que las conferencias mundiales han ayudado a elaborar el marco jurídico y las metas de política para la aplicación del derecho a la salud reproductiva, pues “si bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, sí están dispersos en todos y sí hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva. Es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes”⁴⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a la vida impone obligaciones positivas a los gobiernos para prevenir y evitar situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas, como ocurre en el contexto de los derechos reproductivos

⁴⁵ Facio, Alda: “Los derechos reproductivos son derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2008, pág. 35.

⁴⁶ Op. cit. pág. 25.

de las mujeres que mueren por causas relacionadas con el embarazo, complicaciones de abortos clandestinos y víctimas de la violencia doméstica⁴⁷.

Enfatizamos que el derecho humano a conformar una familia, a procrear, a desarrollar un proyecto de vida autorreferencial, a beneficiarse de los avances de la ciencia, a la igualdad y a la no discriminación fueron aspectos cruciales reafirmados por la sentencia de la Corte en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” donde consignó “... el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”⁴⁸.

En virtud del control de constitucionalidad y convencionalidad que se impone dentro del sistema legal latinoamericano y de nuestro régimen normativo, no puede dejar de considerarse el mencionado caso, pues allí se estableció además de los alcances del goce del derecho individual a procrear y formar una familia, que la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión.

Resulta de suma trascendencia que la Corte Interamericana se

⁴⁷ Caso “Saúl Godínez Cruz c. Honduras”, informe N° 8097, citado por Alda Facio, op. cit. pág. 30.

⁴⁸ Mignon, María Belén: “La protección absoluta del embrión no implantado y el derecho a la salud reproductiva de las personas. Un antecedente judicial cuestionable a la luz de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pub. 24 /02/2015, www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF150186.

haya expedido sobre el estatus jurídico del embrión no implantado y respecto del derecho al acceso de las personas y las parejas a la reproducción humana asistida.

“Este derecho a procrear y hacerse de los avances de la ciencia, forma parte del cúmulo de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, los que Argentina ha ratificado. Sin lugar a dudas, pone fin a un debate de larga data y funda una nueva etapa en los Derechos sexuales y reproductivos que impacta inevitablemente en toda la región⁴⁹. Ello aún cuando la solución propiciada contraría las definiciones amplias de embrión mencionadas.

En nuestro país el artículo 19 de la Constitución Nacional regula el derecho a la intimidad y a la privacidad, marco donde corresponde imbricar los derechos individuales reproductivos.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta los lineamientos vertidos por la Corte Interamericana en el art. 19 donde define el comienzo de la existencia de la persona humana y en la sección donde regula específicamente las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A).

Los paradigmas que sustentaron la reforma del Código Civil en materia reproductiva se apartaron de otras modalidades de regulaciones encontraban justificativo en la afectación del derecho de salud (vgr. Ley 14.028, Decreto 564/11, Provincia de Buenos Aires)⁵⁰.

En los fundamentos del proyecto claramente se expuso la visión de un derecho civil constitucionalizado y la intención de garantizar el derecho de cada individuo de establecer libremente su modalidad de familia.

Así en la República Argentina a las filiaciones por naturaleza y adoptiva ahora se incorpora aquella que encuentra sustento en la

⁴⁹ Misma autora, op. cit.

⁵⁰ Ver en similar sentido Krasnow, Adriana N.: “Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Ley 26.862 y el Proyecto de Código.” Revista L.L. 03/10/13 Cita Omlne AR/DOC/3322/2013).

voluntad procreacional, independientemente de la existencia de una relación sexual entre los progenitores y de quien haya provisto el material genético (art. 562 y concs. Del Código Civil y Comercial de la Nación).

En la nueva legislación cobra enorme relevancia el consentimiento -que se califica como “libre, formal e informado” (art. 560)- de quienes decidieron someterse a las técnicas. Ello involucra indiscutiblemente el ejercicio del derecho individual reproductivo y encuentra marco referencial en una reforma cuyos pilares fueron “...el principio de igualdad y no discriminación, el principio de libertad e intimidad, el principio de realidad, el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, el derecho a vivir en familia, el principio de solidaridad familiar y todo ello, transversalizado por la protección del más débil y junto a ello, la obligada perspectiva de género...”⁵¹. Señalamos que puede ser revocado en cualquier momento, hasta el inicio de la inseminación o hasta la implantación del embrión. Dicha previsión que respeta la libertad de decidir ser padre y el momento para ello soluciona algún conflicto que se reflejó en la jurisprudencia nacional con anterioridad a la sanción del nuevo Código⁵². La sección que analizamos –a la fecha de elaboración del presente trabajo- aún no ha sido reglamentada, encontrándose aún en discusión los alcances que tendrá.

Algunos interrogantes surgen previo a la entrada en vigencia del Código, entre ellas determinar quién será el responsable de resguardar la información médica de quienes han participado de las técnicas (arts. 563, 564), el tiempo que se impondrá para conservar los embriones criopreservados y el destino de aquellos cuando sus progenitores no los reclamen, el alcance de los motivos (no médicos) que permitan revelar la identidad del donante en técnicas heterólogas, la posibilidad

⁵¹ Herrera, Marisa: “Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, pub. 2/10/2014, www.infojus.gov.ar, ID Infojus: DACF140723.

⁵² Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, causa “S., M. C. s. medida autosatisfactiva”. sent. del 07-08-2014, RC J 6303/14 ;C.N.Civ., Sala J, 2011.

de que uno de los miembros de la pareja revoque el consentimiento mas a pesar de ello se realice la práctica (responsabilidad de los profesionales), entre otras cuestiones.

Con relación a la confidencialidad del donante reconocida en nuestra legislación, la Corte Suprema de Alemania el 18 de enero de 2015 dictó -en consonancia con el respeto del derecho de dignidad e identidad de la persona- una sentencia que reconoce el derecho a los niños -de cualquier edad- a tener acceso a la información que identifica al donante anónimo de esperma con el que fueron concebidos. La legislación alemana en 2007 estableció que las clínicas de fertilidad debían mantener la confidencialidad del donante, imponiendo que los formularios relacionados con tal información se conserven durante 30 años. En 2013, dicha norma fue modificada permitiendo revelar el secreto médico si el menor -mayor de dieciséis años- reclamaba conocer su identidad. Este aspecto de la regulación fue ampliada por el máximo Tribunal afectando el ejercicio del derecho reproductivo de los receptores de la ovodonación como del donante, pero resguardando el derecho humano de todo niño a conocer su identidad biológica. En nuestro país dicho principio es claramente receptado en materia de adopción, pero no en relación a las TRHA heterólogas.

En cuanto a la perspectiva de la cobertura económica que proveen los servicios de salud a dichos procedimientos encontramos que la Ley 26.862 establece los límites de aquella en el ámbito nacional (cuatro procedimientos de baja complejidad y tres de alta complejidad, homólogas o heterólogas).

La Ley 14.208 que regula el tema en la provincia de Buenos Aires ofrece cobertura sólo respecto de técnicas homólogas. Aclaramos sin embargo que dicha limitación ha sido motivo de declaración de inconstitucionalidad ante un caso donde las demandantes -que denunciaron la vulneración de sus derechos individuales reproductivos- reclamaban la cobertura de un tratamiento de alta complejidad (ovodonación con sémenheterólogo). Se consideró que dicha técnica era la única que les permitiría superar la infertilidad que padecían las actoras y su consecuente imposibilidad de concepción⁵³.

El Superior Tribunal de Mendoza en otro precedente rechazó el pedido de una pareja que debía someterse a una técnica de alta complejidad que requería de Diagnóstico Preimplantatorio, sosteniendo una posición diversa a la expuesta por la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo*⁵⁴. La decisión se sustentó en la falta de regulación legal; en la experimentación sobre seres humanos que su práctica conlleva y en el descarte deliberado de embriones que pudiesen presentar patologías cromosómicas (no viables). Cuestionó el tribunal que la pareja no probara el destino de los embriones que se crioconserven y consideraron los jueces que la legitimidad del derecho que asistía a los accionantes no era absoluto y que en el caso concreto debía prevalecer el derecho “de otras vidas humanas no menos dignas de protección”⁵⁵.

La regulación tanto en la norma general como en aquellas que aluden a los prestadores de servicios de salud resultan de gran trascendencia en nuestro sistema legal en cuanto redundan en el efectivo ejercicio del derecho individual reproductivo como en el acceso a la prestación de salud sexual y reproductiva (arts. 14, 14 bis, 41.1 C.N.; 12, 38 inc. 8, C. Prov. Bs. As.) , del derecho a la igualdad y a la no discriminación (16, C.N.; art. 11, C. Prov. Bs. As.; 33, C.N., Convención contra Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 75, inc. 22, C.N.).

Otro aspecto del ejercicio del derecho individual reproductivo es el acceso al aborto no punible dentro de los límites autorizados por la legislación. Algunos casos paradigmáticos en relación al tema fueron: “A. M. A., Santa Fe, 2006; el caso de la “mujer víctima de trata de personas”, C.A.B.A., 2012; el caso “L.M.R.”, Buenos Aires, 2007. En relación a este último fallo el Comité de Derechos humanos (O.N.U.), en el año 2011 responsabilizó al Estado argentino por trato inhumano y

⁵³ Tribunal en lo Criminal N°4 del Departamento judicial de La Plata, causa 4431 “N.V.A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ Amparo”, sent. del 18/06/2014.

⁵⁴ Suprema Corte de Mendoza, Sala N° 1, in re “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.”, sent. del 30/07/2014, ya citado.

⁵⁵ Mignon, María Belén: op. cit.

degradante, violación al derecho a la intimidad de la menor y su derecho de tutela efectiva.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación abordó el análisis de los derechos a la salud, a la dignidad e intimidad de la mujer en el caso “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, del 13/03/2012, poniendo de relieve que varios organismos internacionales se pronunciaron censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales⁵⁶. Allí interpretó –en el supuesto de aborto no punible que regula el art. 86 inc. 2 del Código Penal- que el art. 2° de la Ley 23.849 -en cuanto declara que debe entenderse por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad- no constituye una reserva en los términos del art. 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del art. 75, inciso 22 de la Constitución. Esto –sostuvo- porque como surge del texto mismo de la ley, mientras el Estado argentino efectuó una reserva con relación al art. 21 de la Convención, respecto del art. 1 se limitó a plasmar una declaración interpretativa⁵⁷. Asimismo aclaró que “la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329: 3089), como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos” (considerando 1). Puntualizó, además, “que los principios de igualdad y de prohi-

⁵⁶ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente; considerando 12.

⁵⁷ Herrera, Marisa: “Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, pub. 2/10/2014, www.infojus.gov.ar, ID Infojus: DACF140723.

bición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2°; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2° y 7°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente arts. 2°, 3° y 5° y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2°; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, arts. 4.f y 6.a)” (considerando 15). En el considerando 30) el Máximo Tribunal instó al Estado nacional y a las provincias a adoptar acciones positivas tendientes a garantizar en casos análogos, la salud física, psíquica, sexual y reproductiva de las mujeres víctimas de violencia.

La Oficina Argentina de Amnistía Internacional ha denunciado que la mayoría de las mujeres que mueren por causas derivadas de su salud sexual o reproductiva son pobres y viven en países en desarrollo y que aún en los países ricos, hay más probabilidades de que las mujeres que mueren por dichos motivos procedan de comunidades marginadas y pobres.

Enfáticamente ha denunciado: “Esto es algo más que una simple emergencia de salud de alcance mundial: es un escándalo de derechos humanos. Las mujeres tienen derecho a la vida, pero mueren innecesariamente a causa de la pobreza, la injusticia y la discriminación de género. Las mujeres tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, pero para acceder a la atención a la salud se enfrentan a dificultades económicas y sociales. Las mujeres tienen derecho a decidir cuándo quedarse embarazadas, pero a muchas se

les niegan los métodos anticonceptivos y el control sobre su propio cuerpo. La asistencia especializada durante el parto y la atención obstétrica de emergencia son fundamentales para reducir la mortalidad materna. Pero en muchos lugares, los servicios de asistencia médica son de baja calidad o simplemente inaccesibles, sobre todo para las mujeres que viven en la pobreza y las que viven en zonas apartadas. Los gobiernos son los responsables de prestar esos servicios (...) La mortalidad materna es reflejo del ciclo de abusos contra los derechos humanos –privaciones, exclusión, inseguridad y carencia de voz– que define y perpetúa la pobreza”⁵⁸.

VIII.- ¿Cómo se dirimen los conflictos en materia de justicia distributiva?

Con una ineludible mención a Aristóteles⁵⁹, que ve a la Justicia como una de las virtudes fundamentales, Vidiella⁶⁰ realiza una introducción a este Capítulo que puede servirnos de basamento para exponer nuestra posición frente a tamaña encrucijada. Comenta que, siguiendo la clásica división realizada por el sucesor de Sócrates y Platón, la justicia podía ser: a) retributiva: la enderezada a fijar el trato que merecerán quienes infrinjan las normas; y b) distributiva: la cual determinará los criterios equitativos para repartir los bienes y servicios sociales entre los miembros de la comunidad y que le permita a ésta establecer condiciones dignas de vida (la salud sería uno de esos servicios).

Pero como el derecho a la salud es un derecho costoso que afecta la economía, no obstante ser considerado un derecho humano trascendente, no todos los integrantes de aquella comunidad podrán acceder, en igualdad, a un servicio de salud de excelencia, ya que los

⁵⁸ <http://amnistia.org.ar/nuestro-trabajo/temas/Salud-Sexual-y-Reproductiva>.

⁵⁹ Aristóteles: “Ética nicomaquea”, Losada, Buenos Aires, [350 a.C.] 2007, traducción de Patricio de Azcárate, Libro V: Teoría de la Justicia, capítulos III y IV, p. 163 y ss.

⁶⁰ Vidiella, Graciela: “La Justicia en la Salud”, en “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, de Florencia Luna y Arlenn L. F. Salles, ya citada, p. 393 y ss.

recursos no son suficientes para satisfacer todas las necesidades, siendo el desarrollo tecnológico el principal factor de incidencia en tal incremento. Para paliar esta circunstancia, la justicia distributiva propone teorías:

a) Teoría del justo título (Robert Nozick): Solamente un “estado mínimo” puede garantizar el pleno derecho a la salud. Se trata de un pensamiento basado en las reglas del libre mercado.

b) Teoría de la justicia como equidad (John Rawls): Intenta atenuar los efectos de la primera. La justicia no puede desatender la igualdad ni la cooperación social y, a través de ésta, intentar recompensar a los desiguales.

c) Teoría de la igualdad compleja (Michael Walzer): El igualitarismo que propone Rawls es muy abstracto y no presta atención a la historia ni a la cultura de las sociedades para distribuir con justicia, puesto que cada criterio de justicia distributiva es diferente para cada sociedad en particular.

Agrega la autora consultada que con respecto a la justicia y la atención de la salud, las teorías mencionadas han permitido tres propuestas:

a) La salud, la enfermedad y la lotería natural (Tristram Engelhardt): Desde aquí se afirma que no es posible proveer el mejor servicio de salud a todos porque los costos deben ser controlados. La enfermedad depende del azar, es un hecho infortunado. En este sentido, no hay justicia o injusticia, sino buena o mala suerte.

b) La salud y la justa igualdad de oportunidades (Norman Daniels): El acceso equitativo a la salud es difícil por cuanto desde el punto de vista económico no se pueden satisfacer todas las demandas. Propone una jerarquización de necesidades fijando prioridades. Su teoría permite distinguir las necesidades de las preferencias y atender los cuatro niveles en que clasifica al servicio de salud: a) la medicina preventiva; b) la medicina curativa y rehabilitadora; c) los servicios médicos tendientes a compensar discapacidades; d) los dedicados a cuidados especiales.

c) La esfera de la salud (Michael Walzer): La basa en tres principios: cada colectividad debe atender las necesidades de sus miembros; los bienes deben ser distribuidos en función a dichas necesidades; la distribución debe reconocer y sostener la igualdad de los ciudadanos. En una sociedad donde impera el criterio de libre empresa (Estados Unidos), la esfera dominante es la riqueza. Sin embargo, nada impide otorgar un trato digno al paciente que carece de ella.

Por nuestra parte, en sentido contrario a la proposición de Nozick, creemos que el estado debe robustecerse en la prestación de cualquier servicio, a fin de no descuidar el respeto por la igualdad que todos los seres humanos merecen frente al disfrute de sus derechos. La distribución de recursos a la hora de discutir una ley de presupuesto no debe descuidar que el sector sanitario existe y que es legítimo acreedor de cualquier incremento de partidas. Es cierto que, en algunas situaciones, será menester establecer prioridades, mas en nuestra materia, el hospital público debe ser el principal proveedor de salud, en cantidad y calidad. Beneficiarse con el tratamiento adecuado ya no será una cuestión de azar, sino el resultado de haber implementado idóneas políticas en materia de salud pública.

Respondiendo entonces el interrogante del Capítulo, diremos que los conflictos en materia de justicia distributiva se dirimen con mayor asignación de recursos y mejor reparto igualitario de partidas presupuestarias al sector.

IX.- Conclusiones de los autores.

No sólo la dignidad y la piedad son pautas demarcatorias de los avances tecnológicos en ámbitos abarcados por la Bioética y el Bioderecho. Una tercera consigna aparece para nutrir nuestros comentarios finales. Otra vez las palabras de Russell⁶¹ nos serán útiles para arribar a una conclusión que sirva para la reflexión de todos. El autor británico se refería a la política, pero su pensamiento, con vigencia

⁶¹ Russell, B.: op. cit. p. 221.

arrolladora, se impone y se traslada con naturalidad y sin esfuerzos a la materia que tratamos en este ensayo:

“... Cada avance en la técnica exige, si lo que se quiere es producir un aumento y no una disminución de felicidad humana, un aumento correlativo de cordura. Ha habido durante los últimos ciento cincuenta años un avance de la técnica sin precedentes, y no hay ninguna señal de que el ritmo de este avance esté disminuyendo. Pero, en cambio, la cordura no ha avanzado lo más mínimo ... La técnica sin cordura es la causa de nuestros problemas; si queremos que éstos se resuelvan, no se logrará por un mero aumento de la técnica, sino por el incremento de cordura que los tiempos exigen...”

Bibliografía:

Aizenberg, Marisa: “El Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en Argentina”, en Derecho Privado – Año 1 Número 1 Infojus. Directores: Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, edición de mayo de 2012.

Aristóteles: “Ética Nicomaquea”, Losada, Buenos Aires, [350 a.C.], 2007, traducción de Patricio de Azcárate.

Barbadilla, Antonio: “El proyecto genoma humano”; en “La investigación sobre el genoma humano”, mayo 2008, publicado por la Universidad Autónoma de Barcelona (<http://bioinformatica.uab.es/base/base3.asp?sitio=ensayosgenética&anar=pgh>)

Basso, Domingo M.: “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, Depalma, Buenos Aires, 1991.

Beauchamp, Tom y Childress, James: “Principles of Biomedical Ethics”, 1979.

Bergel, Salvador Darío: “Libertad de investigación y responsabili-

dad de los científicos en el campo de la genética humana”, en “Bioética y Genética”, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

Cantú, José María: “El genoma humano y la medicina del Siglo XXI”, en “Bioética y Genética”, cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

Casares, Mónica: “Los contratos de ensayos clínicos. El derecho a la salud. La investigación clínica. La ética en la investigación en seres humanos”, en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, N° 31, ejemplar del mes de noviembre de 2012.

de Montaigne, Miguel: “Ensayos”, Océano, Barcelona, [1580] 1999, traducción de Ezequiel Martínez Estrada.

Facio, Alda: “Los derechos reproductivos son derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2008.

Fanelli Evans, Guillermo E.: “El servicio público de salud”, en La Ley del 13 de abril de 1999.

Farías, Gisela: “Muerte voluntaria”, Astrea, Buenos Aires, 2007.

Galeano, Eduardo: “El arte de vivir” en “Mujeres”, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

Gherardi, Carlos R.: “Reflexiones sobre la futilidad médica”, en Revista “Perspectivas bioéticas en las Américas”, 1998, N° 6.

Herrera, Marisa: “Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, pub. 2/10/2014, www.infojus.gov.ar, ID Infojus: DACF140723.

Hooft. Pedro Federico: “Derechos individuales vs. Derechos colectivos en salud: Ética y Justicia”, en La Ley 2004-C-1320.

Jiménez de Asúa, Luis: “Libertad de amar y derecho a morir”, Depalma, Buenos Aires, [1928] 1984.

Krasnow, Adriana N.: “Técnicas de Reproducción Humana

Asistida. La Ley 26.862 y el Proyecto de Código.” Revista L.L. 03/10/13 Cita Online AR/DOC/3322/2013).

Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas”, en Jurisprudencia Argentina 1994-IV-735.

Lafferriere, Jorge Nicolás: “Tribunal de Justicia de Europa define embrión humano y lo protege frente a patentes biotecnológicas vinculadas con células madre”, en: Suplemento Const. 2012 (febrero), 13/02/2012, 54 - LA LEY2012-A, 292; Fallo comentado: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala ~ 2011-10-18 ~ O. B. c. Greenpeace e.v. Cita Online: AR/DOC/392/2012).

Luna, Florencia y Salles, Arleen L.F.: “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: “Bioderecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Mignon, María Belén: “La protección absoluta del embrión no implantado y el derecho a la salud reproductiva de las personas. Un antecedente judicial cuestionable a la luz de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pub. 24/02/2015, www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF150186.

Obiglio, Hugo O.M.: “Pensamientos sobre una ética para el hombre de nuestro tiempo: Una mirada sobre la Bioética”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año XII, N° 23, julio/septiembre de 1999.

Outomuro, Delia: “Manual de Fundamentos de Bioética”, Magister, Buenos Aires, 2004.

Pieper, Josef: “Las virtudes fundamentales”, Rial, Madrid, 1980.

Romeo Casabona, Carlos María: “Genética y derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2003.

Russell, Bertrand: “Sociedad humana: Ética y política”, Altaya, Barcelona, [1954] 1995, traducción de Beatriz Urquidi.

Sant'Ana Pedra, Adriano: “¿Qué tiene el bioderecho constitucional para decir sobre la donación de órganos anencefálicos?”, en Cuadernos de Bioética, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, N° 17, Año 10.

Terán Lomas, Roberto: “Delito y Pecado”, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1958, N° 96/97.

Van R. Potter: “Bridge to the Future”, 1971.

Vidiella, Graciela: “La Justicia en la Salud”, en “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, de Florencia Luna y Arlenn L. F. Salles.

EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY (ART. 7° DEL CCCN)

por Juan J. Formaro

§ 1. Introito

La cuestión de la aplicación de la ley en relación al tiempo constituye un tema central de la teoría general del derecho¹. Su estudio ha sido efectuado bajo denominaciones tales como “ámbito de aplicación temporal de las normas”, “derecho transitorio”, “derecho intertemporal” o simplemente “conflicto de las leyes en el tiempo”.

El Código Civil y Comercial regula el tópico, allí titulado “eficacia temporal”, en su art. 7°; norma que sigue en esencia el modelo del art. 3° del CC — texto según ley 17.711 —, con el agregado de la regulación que atañe al derecho del consumidor.

La natural importancia de la disposición (central al tratarse de la regla común para enlazar las leyes que se suceden), se exagera pues la vigencia de la ley 26.994 implica la sustitución total de los antiguos Códigos (Civil y de Comercio) y la modificación de otras leyes capita-

¹ Se ha llegado a decir que “no hay problema más difícil en la ciencia del derecho que éste”, que su dificultad “parece insoluble”, que los sistemas construidos a priori son “incapaces de ofrecer panaceas jurídicas”, que se trata de una de las “zonas de penumbra del derecho” y que aquí no pueden pedirse más que meras “aproximaciones” (conforme las citas de Bonnacase, Planiol, Demogue, de Castro y Bravo, De Page y Babiloni que efectúa Nieto Blanc, Retroactividad de la ley y daño moral, LL, 146-273).

² Véanse entre otros: Kemelmajer de Carlucci, El art. 7° del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme, LL, ejemplar del 22/4/15, p. 1; ídem, Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015, LL, ejemplar del 2/6/15, p. 1; Rivera, Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite, LL, ejemplar del 4/5/15, p. 1; ídem, Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite, LL, ejemplar del 17/6/15, p. 1; Junyent Bas, El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial, LL, ejemplar del 27/4/15, p. 1; Vítolo, Derecho transitorio aplicable a las sociedades, LL, ejemplar del 10/6/15, p. 1; Heredia, El derecho transitorio en materia contractual, LL, Online, AR/DOC/2137/2015; Iturbide - Pereira, Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios, LL, Online, AR/DOC/1423/2015.

les (como ser las leyes 17.801, 19.550 y 24.240). Por ello la temática ha ocupado rápidamente a la doctrina² y a la jurisprudencia³.

§ 2. Antecedentes

En su redacción originaria (ley 340), el Código Civil regulaba la aplicación de la ley en el tiempo haciendo pie, fundamentalmente, en la distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa.

Su art. 3º expresaba: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efectos retroactivos ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”.

A su vez, el art. 4044 decía: “Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores cuando sólo priven a los particulares de derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos”.

El Código, como se lee, fundaba su sistema de derecho transitorio en el principio de la intangibilidad de los derechos adquiridos.

Debatida la cuestión en el célebre “III Congreso Nacional de Derecho Civil” (antecedente de la reforma que se introdujera mediante la ley 17.711), se concluyó allí, sobre la base de la ponencia oficial de Borda, que la expresión aludida (“derechos adquiridos”) era imprecisa, no tanto en su noción estricta sino en su vinculación con el sistema de irretroactividad de la ley.

Según se expuso allí “es muy difícil en verdad que una nueva ley modifique otra anterior, sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquélla”, siendo ello inconciliable con la necesidad de hacer posible el progreso jurídico por medio de una reforma legislativa. Se trataba entonces de hallar una solución entre los dos

³ Véase la reseña jurisprudencial publicada bajo el título “Aplicación del Código Civil y Comercial en el tiempo”, LL, Online, AR/DOC/2739/2015. Cotéjense también los sumarios obrantes en la nota de Diegues, Efectos de la ley con relación al tiempo, LL, Online, AR/DOC/2945/2015.

extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos y el imperio, sin limitaciones, de la nueva ley.

La confusión de criterios existente sobre ese álgido tema fue en parte esclarecida a partir de los estudios de Roubier⁴, al precisar el concepto de retroactividad y distinguirlo de los efectos inmediatos de la ley (fincando en la diferencia entre situaciones agotadas y en curso).

La ley 17.711, a su turno y sobre la base de lo expuesto, derogó los arts. 3º, 4º, 5º, 4044 y 4045 del Código Civil original, sustituyendo el primero de aquéllos por el siguiente: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

El Código Civil y Comercial (art. 7º) sigue el modelo de la norma transcripta con sutiles modificaciones, pues la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto pensó inadecuado apartarse de un esquema normativo que, requiriendo las normales interpretaciones casuísticas, no generó mayores inconvenientes según se consideró.

§ 3. El ríspido conflicto sobre la vigencia intertemporal

Aun cuando, como expresáramos, la doctrina nacional pareció abreviar en las mismas fuentes para reformular las reglas positivas de la aplicación de la ley en el tiempo y con dicha base se dictara la legislación que modificara el sistema —ley 17.711—, el tema continuó siendo objeto de debate.

⁴ “Les conflits des lois dans le temps”, de 1929, obra reelaborada bajo el título *Le droit transitoire* en 1960.

El propio estudio de Roubier fue motivo de interpretaciones encontradas⁵, llegándose a admitir soluciones contrarias con la misma invocación de ese autor⁶.

Por ello también se aconsejó el dictado de disposiciones específicas donde el legislador indicara los criterios a seguir ante los diversos casos (derecho transitorio o de conflicto que concluyera las cuestiones interpretativas)⁷, reclamo que parte de la doctrina ha reeditado ante la sanción del Código Civil y Comercial diciendo: “La complejidad de las cuestiones planteadas y la carencia de respuestas certeras justifican la redacción de normas de aplicación temporaria, para evitar la inseguridad jurídica que puede producir la diversidad de soluciones que los jueces darán a cuestiones que no están definidas y que permiten interpretaciones diversas”⁸.

Diversidad de criterios que se evidenciaron ante las mutaciones que al derecho privado introdujera la ley 17.711 y que significaran múltiples resoluciones encontradas en materia de familia (divorcio, tenencia, sociedad conyugal, consentimiento), contratos (mora automática, resolución por incumplimiento, lesión subjetiva, locaciones), responsabilidad (factores objetivos, daño moral), simulación, medianería y prescripción, entre otras cuestiones reformadas⁹. Aunque algunas de ellas

⁵ Véase, como simple muestra, el arduo contrapunto al respecto entre Allende —Artículo 3° del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la Reforma y del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, LL, 1977-A-703— y Borda —Sobre el art. 3° del Código Civil (A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende), LL, 1977-B-737; ídem, Sobre el art. 3° del Código Civil (Punto final a una polémica), LL, 1977-C-755—.

⁶ Conforme reconoce el doctor Vernengo Prack en su voto en CNCiv., en pleno, 15/8/79, “Falland, Federico F. s/Suc”, LL, 1979-C-530.

⁷ Ponencia del doctor Carranza en el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, celebrado en Córdoba en el año 1969, Universidad Nacional de Córdoba, 1971, t. I, p. 220; Moisset de Espanés, La irretroactividad de la ley y el efecto inmediato, JA, Doctrina, 1972-814.

⁸ Medina, Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código, LL, 2012-E-1302. En el mismo sentido se expidió luego Rivera, Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite, LL, ejemplar del 4/5/15, p. 1.

⁹ Véase la excelente reseña de jurisprudencia sobre múltiples materias que efectuara Amadeo, Efectos de la ley con relación al tiempo, LL, 1976-D-592.

fueran resueltas por vía plenaria, las votaciones fueron ajustadas¹⁰, agregándose que la cuestión de la aplicación intertemporal de las leyes comunes escapa al conocimiento de la Corte Suprema al no constituir —por regla— materia federal¹¹.

De todos modos, la posición extendida es dejar librado al criterio judicial la delicada tarea de establecer cuándo una ley tiene efecto inmediato¹², sin hacer distinciones ni condicionar su aplicación, y así el exacto alcance de la reforma en esta parte ha de demandar una prolija labor por parte de la jurisprudencia y la doctrina que irá elaborándose sobre la base de los conflictos concretos que se produzcan¹³. Ello sin perjuicio de destacar el posible efecto práctico relativo de la cuestión cuando la legislación aparezca recogiendo, en lo sustancial, criterios ya aplicados por vía de interpretación (creación pretoriana) o declaración de inconstitucionalidad de la ley anterior.

§ 4. Situaciones y relaciones jurídicas. Sus fases.

Ante el texto que consagra el art. 7° del CCCN, refiriendo a las “relaciones y situaciones jurídicas”, es preciso analizar su alcance.

La “situación jurídica” es aquella organizada por la ley, de carácter permanente, igual para todos los que se encuentren en ella (por ejemplo, los derechos reales o de familia). La “relación jurídica”, en cambio, está organizada por la voluntad de las partes, es esencialmente modificable por éstas, varía de caso a caso (tales son las relaciones nacidas de los contratos)¹⁴. La diferencia, de todos modos, pierde sen-

¹⁰ Véase a modo de ejemplo: CNCiv., en pleno, 21/12/71, “Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A.”, ED, 40-448. Sobre ello advirtió Allende, Artículo 3° del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la Reforma y del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, LL, 1977-A-703.

¹¹ CSJN, 30/5/89, “Ayala Ganchegui, Juan C. I. c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, CSJN-Fallos, 312:764.

¹² Pardo, El art. 3° del Código Civil según la ley 17.711, LL, 135-1354.

¹³ Acuña Anzorena, Reflexiones sobre la ley 17.711 de reformas al Código Civil, LL, 130-1085.

tido práctico pues en ambos supuestos la solución del legislador es la misma¹⁵.

Lo importante, siguiendo la doctrina de Roubier, es distinguir las fases en que se encuentran aquellas al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. Para el profesor francés la fase dinámica corresponde a los momentos de constitución y extinción, y la fase estática a la que atrapa la producción de los efectos. Aunque pueda llevar a confusión (pues podría pensarse en distinguir justamente a la inversa -es decir, denominar estático al momento de constitución y al de extinción, y dinámico al correspondiente a los efectos-), en concreto se pretende lo siguiente: la constitución y la extinción de las relaciones y situaciones jurídicas se rigen por las leyes vigentes en el momento en que acaecen; y las consecuencias de aquellas relaciones y situaciones no agotadas (*in fieri*) que se producen durante la nueva ley quedan alcanzadas por esta (aunque las relaciones o situaciones de que deriven se encuentren constituidas con anterioridad).

§ 5. Aplicación inmediata.

La aplicación inmediata, lejos de ser una excepción, es el efecto propio y normal de la ley.

Es evidente que la nueva legislación se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro (es decir, a partir de la vigencia de la nueva ley). Pero también atrapa a las relaciones y situaciones que se encuentran en curso de constitución, y a aquellas ya constituidas y existentes en cuanto no estén agotadas.

El esquema puede sintetizarse del siguiente modo¹⁶:

¹⁴ Borda, Sobre el art. 3° del Código Civil (A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende), LL, 1977-B-737.

¹⁵ Clariá - Clariá (h.), Ámbito de aplicación temporal de la ley, ED, 56-785.

¹⁶ Véase Moisset de Espanés, La irretroactividad de la ley y el efecto diferido, JA, Doctrina, 1972-817.

a) Las situaciones o relaciones que ya se han agotado totalmente —por haber cubierto las etapas de constitución, modificación, consecuencias y extinción— se rigen por la ley antigua (es decir, la vigente en aquel momento).

b) Las situaciones o relaciones jurídicas en curso de constitución —mediante la producción de ciertos hechos aptos para comenzar su gestación que no se han consumado íntegramente— al momento de entrar en vigencia la nueva ley, son regidas por esta última.

c) Las consecuencias de una situación o relación ya constituida que se producen a partir de la vigencia de las nuevas normas, son atrapadas por éstas.

d) Las situaciones o relaciones que son íntegramente posteriores a la nueva ley, serán reguladas por ella en todos sus aspectos.

§ 6. Aplicación retroactiva.

La ley es retroactiva cuando su aplicación se proyecta temporalmente al pasado. Se trata de una suerte de ficción de preexistencia de la normativa, para atrapar estadios superados.

En torno a ello es preciso aclarar que la irretroactividad de las leyes no es un principio estrictamente constitucional, sino de índole legal. En efecto, a diferencia de lo que acontece en materia penal, en la que aquella irretroactividad está consagrada por la Constitución (art. 18), y a salvo el beneficio de la ley más benigna (art. 2°, CP), en materia civil es un principio legislativo³ antes normado en el art. 3° del CC y ahora replicado en el art. 7° del CCCN. Por eso la propia ley inferior permite al legislador disponer la aplicación retroactiva del nuevo ordenamiento (art. 7°, párr. 2°, CCCN).

La cuestión se halla enraizada con la Constitución sólo en la medida que la posible aplicación retroactiva importe en el caso el agravio efectivo de una garantía allí amparada. Si bien esa limitación (prohibi-

ción de violar garantías constitucionales) resulta obvia de la propia estructura del sistema normativo, la aclaración en el texto de la ley obedece a lo dictaminado por Orgaz en el ya citado “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, en orden a la función docente de la ley, para claridad y precisión de la doctrina. Es por ello que la disposición general de derecho transitorio no omite la mención expresa de ese límite que surge de la Ley Suprema¹⁷.

§ 7. Ultraactividad de las normas supletorias en materia contractual.

El principio general del efecto inmediato cesa en el caso de las normas supletorias (art. 7º, párr. 3º, CCCN), donde rige la ultraactividad de las vigentes al momento de celebrar los contratos que se hallan en curso de ejecución (con la excepción que se incorpora para las relaciones de consumo).

El fundamento de la regla de la sobrevida de la ley antigua¹⁸ es sencillo, pues siendo que las leyes supletorias son aquellas que tienen como misión suplir la voluntad de las partes cuando éstas no la han manifestado expresamente, en ese caso formarían parte del contrato. Los contratantes habrán callado porque la ley ya preveía lo que querían estipular, por consiguiente ante una reforma legislativa los contratos en curso deberían ser juzgados, en ese aspecto, por la vieja ley que forma parte de ellos, a efectos de respetar la voluntad de las partes.

El límite a la regla de la ultraactividad en materia de consumo (art. 7º, última parte, CCCN) es también congruente con los principios de la especialidad, donde rige la norma más favorable al contratante tutelado.

Cabe agregar, en torno a lo expuesto en este párrafo, que aún cuando parte de la doctrina pretendió distinguir entre leyes imperativas

¹⁷ Orgaz, Dictamen en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, t. I, p. 75.

¹⁸ Regla sostenida por Borda -en minoría- en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, que luego receptara la ley 17.711 y que mantiene el Código Civil y Comercial.

(frente a las cuales los particulares no pueden acordar un régimen distinto), dispositivas (desechables en el caso concreto pero creadas teniendo en miras el interés general) y supletorias (tocantes al mero interés del individuo porque sirven simplemente para suplir su falta de declaración), la mayoría de los autores y de la jurisprudencia no ingresó en aquella diferenciación. La excepción a la aplicación inmediata de la nueva ley fue aplicada a las normas supletorias y a las dispositivas, sin distinguir entre ellas. El Código Civil y Comercial tampoco ingresa en esa discusión¹⁹, incluso colocando un precepto para evaluar el carácter de las normas legales relativas a los contratos (art. 962, CCCN).

§ 8. Síntesis.

El esquema del llamado derecho transitorio queda establecido entonces (art. 7º, CCCN) del siguiente modo:

a) A partir de su entrada en vigencia, las nuevas leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

b) En principio, las leyes no tienen efecto retroactivo (es decir, no operan sobre las cuestiones que pertenecen enteramente al pasado).

c) La no retroactividad puede ser dejada de lado por el legislador en caso de que éste así lo disponga.

d) La retroactividad, posible en caso de ser expresamente dispuesta, no puede sin embargo afectar los derechos amparados por garantías constitucionales.

e) Las leyes supletorias quedan excluidas de la aplicación inmediata sobre los contratos en curso de ejecución (efecto prolongado, sobrevida o ultraactividad).

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 46.

f) La vigencia ultraactiva de la ley supletoria anterior no rige en las relaciones de consumo (y demás vínculos con sujetos tutelados, por efecto analógico), donde juega sin retaceos la aplicación inmediata (solución que de todos modos se impondría en la mayoría de los casos, al tratarse de preceptos básicamente imperativos).

g) Al tratarse el Código Civil y Comercial de una ley ordinaria, el legislador puede dejar de lado la solución general para consagrar otra diversa, del mismo modo que inciden los preceptos y principios de los respectivos derechos especiales para tallar sobre la norma que hace las veces -para las diversas ramas- de derecho “común”.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Derechos de los niños. Derecho a la salud.

Importante precedente jurisprudencial

La sentencia que publicamos aún a su riqueza conceptual y abundantes citas doctrinarias y jurisprudenciales, el respeto a ultranza de los derechos de personas vulnerables.

En el caso se suman dos intereses que la normativa nacional e internacional manda priorizar: los derechos de los niños y los de las personas con discapacidad, que esta sentencia resuelve de manera inobjetable.

Estimamos que el fallo será de gran utilidad para el magistrado que deba encarar ambos aspectos de la vulnerabilidad tanto en su encuadre procesal cuanto en el sustento constitucional de la cuestión. D.C.

Juzgado Correccional nro. 4.

Causa nro. 4609

Mar del Plata, 28 de marzo de 2016

AUTOS Y VISTOS:

Traídas a despacho las presentes actuaciones a fin de dictar sentencia;

CONSIDERANDO:

I.-Que a fs. 4/14 se presentó la Sra. B. en representación de su hijo menor de edad E. con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial María Silvina Barbieri, titular de la Unidad Funcional de Defensa Civil nro.1 Dptal., e interpusieron acción constitucional de amparo contra el Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA), a fin de que la mencionada obra social le brinde al niño E. -quien padece trastornos generalizados del desarrollo (TGD) conforme surge de la copia del certificado de dis-

capacidad que se adjunta a fs.18- la cobertura total (100%) del tratamiento de equinoterapia indicado por su médico tratante -tal como se desprende del resumen de historia clínica de fs. 23, dejando a salvo el Dr. Eduardo Alonso que se "...ha observado mejoría en su conducta y comunicación por lo que se aconseja continuar con las mismas."

De la presentación inicial -con sustento en precisa y pertinente fundamentación tanto jurídica como fáctica- se desprende que el niño Eluney de cuatro años de edad, se le diagnosticó "trastorno generalizado del desarrollo" sufriendo de retraso en el habla, trastorno de la conducta y dificultades para la integración con niños de su edad realizando actividades de terapia ocupacional y fonoaudiología, además de equinoterapia actividad esta que realiza desde el mes de septiembre de 2014 y en virtud de la cual se observa una mejoría en su conducta y comunicación.

La continuidad en el tratamiento de equinoterapia -dos veces por semana- en relación a los resultados obtenidos resulta fundamental para la evolución de E., pero implica una erogación económica mensual -de aproximadamente \$ 2.312 conforme presupuesto actual obrante a fs.106- que la accionante por su situación económica no puede afrontar.

En razón de ello, inició ante el IOMA el trámite de excepción pertinente recibiendo con fecha 07/07/2015 al respuesta de la demandada en el sentido que "...no se cuenta con respaldo científico que avale equinoterapia como prestación médica de rehabilitación..." (ver fs. 19). Ante una nueva solicitud, la demanda con fecha 02/10/2015, responde negativamente a la misma (ver fs. 35).

Dada la necesidad de continuar con el tratamiento de equinoterapia, en virtud de los resultados positivos alcanzados, interpuso esta acción constitucional de amparo, fundó su pretensión en los arts. 16, 19, 43, 75 inc.22 e inc.23 de la Constitución Nacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y demás tratados Internacionales, arts. 10, 12 inc.1, 20 ap. 2 y 36 inc.2 y 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 1/4, 15, 16, y 34 de la ley 13.928, Ley de derechos del paciente (26.529), ley 24.901, opinión consultiva CIDH nro.18.

Surge de las constancias de autos que la Defensoría Oficial

interviniente, con anterioridad a la promoción de la acción judicial, efectuó repetidas cuestiones extrajudiciales ante el IOMA, todas ellas con resultado negativo, y que culminaron con la denegación formal, por esa vía, de las prestaciones peticionadas.

II.- Que mediante resolución recaída a fs.40/41 se intimó al IOMA a que produzca el informe circunstanciado y se confirió vista de las actuaciones a la Asesoría de Menores e Incapaces, la que tomó intervención a fs. 42.

III.- Que a fs. 53/56 luce agregado el informe circunstanciado producido por la demandada a través del Dr. Luciano Piovani, en su carácter de apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, personería que acreditó a fs. 44/52.

En la mencionada presentación solicitó que se rechace esta acción de amparo con costas por considerar que la accionante no logró demostrar la ilegitimidad manifiesta del obrar del IOMA y solicitó que eventualmente el límite de lo que se fuera a imponer como obligación a cargo de su representada no supere lo establecido por el nomenclador nacional. Además señaló que no puede sostenerse que la obra social demandada deba sufragar todas las prestaciones posibles en tanto surjan indicadas por un profesional de la salud.

V.- Que a fs. 57 en atención al resguardo de los principios procesales de contradicción y bilateralidad, se le confirió vista a la Defensoría Oficial interviniente del informe circunstanciado de referencia, el que contestó a fs.58/62. Sostuvo entre otras cuestiones que la equinoterapia no es práctica experimental, y que ha sido autorizada en otras causas judiciales cuyas características se asemejan a la presente, citando los precedentes.

VI.- Que a fs. 82 se solicitó por intermedio de la Asesoría Pericial Dptal. la producción de un amplio informe pericial médico forense el que obra agregado a fs. 83/85.

Allí la perito oficial Dra. Amalfitani, luego de una minuciosa evaluación de los múltiples informes profesionales e institucionales incorporados al legajo por la Defensoría Oficial, específicamente respecto de la equinoterapia solicitada, se expide a favor de su procedencia y utilidad al dictaminar que "...La Equinoterapia, es un tratamiento, que complementa otros tratamientos nunca los sustituye, no se debe con-

siderar como una opción aislada, sino como parte de un conjunto de acciones terapéuticas dirigidas a neutralizar la discapacidad, aumentando el desarrollo de los potenciales residuales y generando nuevas capacidades...” (fs. 84).-

VII.-Que a fs. 94 se agregó un resumen de historia clínica actualizado producido por su médico pediatra tratante, Dr. Eduardo Alonso.

Y CONSIDERANDO:

I.-Que la presente acción de amparo llega a conocimiento del suscripto en virtud del correspondiente sorteo efectuado por la Receptoría General de Expedientes en el marco de la resolución de la SCBA 1359/2006. Podemos afirmar junto con Osvaldo A. Gozaini que puede conceptualizarse al amparo como “una institución del Derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, aportando un instrumento rápido y expedito que, sin ritualismos estériles, procura restablecer el derecho o la garantía vulnerados, como así también evitar el acto lesivo que se presenta bajo la forma de amenaza o acto de inminente producción” (cit. por Silvia Y. Tanzi y Juan M. Papillú, en Juicio de amparo en salud, Ed Hammurabi, Bs. As., 2013, p. 43; Augusto Mario Morello “El amparo, como técnica procesal principal de protección de la salud” -nota a fallo de este Juzgado publicado en LLBA 2002, 405; del mismo autor “Bioética y Amparo” publicado en “Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos”, Ed. Depalma, Bs. As., 1999, segunda parte III, libro de autoría del sentenciante).

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el señero caso “Kot” (CSJN, 5/9/58) sostuvo: “Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá a los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo”.

Es que el acceso a la jurisdicción es la base y justificación del amparo, y precisamente la reforma constitucional de 1994 es la que elevó la acción de amparo al mismo nivel de los derechos que preten-

de proteger, es decir que le otorgó a la tutela jerarquía constitucional (María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Acordada, 3ra. Edición ampliada y comentada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p.481).

II.-Que conforme documental acompañada a la presentación inicial de fs.04/14 -en especial el certificado de discapacidad de fs.18 otorgado por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires- se acredita fehacientemente que el niño E, padece de Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD). De ello se infiere que requiere atención especial brindada a través de un tratamiento multidisciplinario.

Ello así, el objeto del presente amparo aquí impetrado tiende a obtener el reconocimiento y tutela de derechos fundamentales como lo es la debida protección de las personas con discapacidad, el que resultó vulnerado por omisión de la accionada, toda vez que no solo solicitó que se rechace la acción impetrada sino que tal como se desprende de múltiples presentaciones de amparo que han tramitado por ante este Juzgado, el IOMA sistemáticamente no brinda cobertura -o lo hace a valores muy inferiores a los vigentes- de las distintas terapias y tratamientos indicados por los profesionales especializados a cargo de los mismo, habitualmente refrendados por perito forense de la Asesoría Pericial Dptal..

Cabe aquí puntualizar, que como bien señala Alfredo Jorge Kraut (puede verse: Salud Mental. Tutela jurídica, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, p. 21), al abordar la compleja problemática de la discapacidad, en su relación con el principio de igualdad, el lenguaje y la ley, a menudo “la denominación actúa, así, como valoración, y genera actitudes hacia la persona nombrada...”, lo cual suele a su vez originar una injusta descalificación social. De allí la importancia que tiene la denominación y definición de las “personas con discapacidad”, quienes ontológica y axiológicamente son siempre y en primer lugar “personas” más allá del tipo y grado de discapacidad que las afecta, puesto que de lo contrario -como señala también Kraut (op. cit., p. 22)- se corre el riesgo que el mismo concepto de “discapacidad”, transforme “una discapacidad”, y no identificar a la persona con un determinado tipo de “discapacidad” que le afecta.

A su vez, la preferente tutela constitucional de los principios,

normas y valores en juego, encuentra sustento normativo en el “bloque de constitucionalidad” en concordancia con el “derecho subconstitucional” tanto nacional como de la Provincia de Buenos Aires, atinentes a la asistencia y protección integral de personas con discapacidad.

Y al respecto, cabe señalar que una interpretación concordante de las normas atinentes a la materia, permite concluir que no se ha puesto exclusivamente en cabeza del Estado nacional o Provincial la obligación de brindar cobertura integral de las prestaciones médico-asistenciales que han de garantizarse a las personas con cualquier tipo de discapacidad. Tales prestaciones deben ser cubiertas, en primer lugar, por las instituciones médico asistenciales de las que resulten beneficiarias las personas con discapacidad y el deber del Estado sólo se fija para el caso de que la persona en cuestión no cuente con la cobertura médico asistencial alguna. En tal sentido, sin perjuicio de la responsabilidad que cabe de modo directo al Estado (sea provincial o nacional) en lo que respecta a la debida tutela del derecho a la salud de la población, en el caso de los beneficiarios de una obra social –en este caso el IOMA– la intervención estatal resulta indirecta a través de la regulación y contralor de tales entidades dentro del marco de las prestaciones que tales entes asumen frente a sus afiliados. En el ámbito legislativo de la provincia de Buenos Aires la ley 13.298 de “promoción y protección integral de los niños” ofrece un marco regulatorio de carácter general de interés para el caso aquí tratado, y las distintas disertaciones pronunciadas en la Primera Jornada de Reflexión a 10 años de la sanción de la Ley de Promoción y Protección integral de los derechos del niño de la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires (2015), publicada en el B.O. el 27/01/2005.

En tal sentido resulta de interés destacar la intervención de la Dra. Aida Kemelkmajer de Carlucci en su presentación titulada “Los Derechos del Niño en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”, con particular referencia a la Opinión Consultiva nro.17/2002 de la CIDH emitida a propuesta de la Argentina y referida a la “condición jurídica y a los derechos humanos del niño”, donde se enfatiza que los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional, destacando la reconocida jurista que en el contexto de la mencionada opinión consultiva, en el voto del Juez Sergio

García Ramírez, se menciona la absoluta equivalencia entre las voces “niño” y “menor”, aún cuando hoy por lo general prefiera utilizarse el vocablo “niño/niña”, sin que la utilización de la voz “menor” tenga ninguna connotación negativa (publicación citada ps.63).

En cuanto a los obligados frente a los derechos de los niños se puntualiza que lo son primero la familia, después el Estado y finalmente toda la sociedad, debiendo puntualizarse que en este caso, por ser IOMA una entidad de derecho público “cuasi estatal”, que conforme a su ley orgánica debe recibir a su vez aportes directos del estado provincial, en caso de resultar insuficiente sus propios recursos (lo cual presupone una correcta administración de los mismos), familia, Estado y sociedad se encuentran entrelazados, por las razones ya mencionadas y además, por contar la familia del niño con la cobertura médico-asistencial de la aquí demandada.

Por último de la exposición de la Dra. Kemelkmajer retomamos aquí que la interpretación de las normas (constitucionales, convencionales y legales) habrán de efectuarse en orden a las necesidades existentes al momento en que hay que tomar la decisión lo cual implica, ponderar no solamente los textos normativos sino en el contexto, las circunstancias particulares de cada caso (puede verse la disertación de Silvia Eugenia Fernández titulada “Especialidad y eficacia. Avances y desafíos en la operatividad del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, publicación citada ps. 33/48.

Constitución Nacional.

Así lo dispone claramente el art. 75 numeral 23 de la Constitución Nacional en cuanto habla de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato” y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

El art. 75 numeral 19 prescribe que corresponde al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social.

A todo ello se añade que entre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, de conformidad con lo preceptuado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, cabe destacar el art. 12.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 25.1 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. De todos modos, nuestra jurisprudencia ha entendido que “el derecho a la salud no se identifica simplemente con la ausencia de enfermedad, sino que se remite al concepto más amplio de bienestar psicofísico integral de la persona, es un corolario del derecho a la vida y se halla reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantías innominadas del art. 33 de la Constitución Nacional. Ello significa que toda violación al mismo queda descalificada como incondicional y merece por aplicación del mecanismo de revisión judicial o control judicial de constitucionalidad” (“Cámara Civil de Mar del Plata, sentencia del 30/11/99, in re “C.G.N s/amparo”).

Asimismo, “El derecho a la salud... debe entenderse en un doble aspecto: a) derecho a que la actividad estatal o privada no genere situaciones que pongan en peligro genérico la salud de los habitantes (art. 28 y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y b) el derecho a la medicina preventiva y a la asistencial y terapéutica con obligación para el Estado de sostener el hospital público y gratuito (art. 36 numeral 8). En este último aspecto, esta garantía obliga al Estado Provincial a mantener establecimientos públicos destinados a atender a cualquier habitante en caso de enfermedad, poniendo los medios técnicos y profesionales para que la asistencia se realice conforme las reglas de la ciencia y arte médicos. Los que la Constitución no dice es cómo el Estado deberá organizar este servicio, decisión ésta que entra en las facultades privativas del órgano administrador a través de los carriles institucionales que el ordenamiento establece” (CC San Miguel, sentencia del 24/06/1999 in re, “CC San Miguel, sen-

tencia del 24/06/1999 in re, “Sindicato de Empleados de San Miguel, Malvinas Argentinas y José C. Paz c/Departamento Ejecutivo de San Miguel y Presidencia del Consejo Deliberante de San Miguel s/amparo” Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, aunque siempre debe tomar operativa la manda constitucional.

Por su parte, la “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, aprobada por ley 26.378 (BO.9/06/2008) fortalece la protección jurisdiccional de derechos fundamentales aquí otorgada (puede verse además Pablo O. Rosales, “Un estudio de la Convención Internacional de las personas con discapacidad”, en J.A. 27/08/2008, ps. 2/17, JA-2008-III-fasc.9, Número Especial, Coord. Pablo O. Rosales)

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

El mismo criterio rector encuentra sustento claro y preciso en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que en su art. 15 garantiza la “tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia...”, manda constitucional que se integra en este caso con las previsiones del art. 20 numeral 2, en cuanto impone como facultad-deber del juez acelerar el trámite del amparo “mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada normas que deben ser interpretadas y aplicadas en forma congruente con las previsiones del art. 36 de la misma Carta Magna Provincial en cuanto consagra preferente tutela constitucional respecto de los niños y de las personas con discapacidad (art. 36 numeral 2 y 5), en concordancia con la supremacía constitucional dispuesta por el art. 55 de la misma Constitución, con relación al art. 31 de la Constitución Nacional. El artículo 36 numeral 5to y 8vo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Su art., 36 inc 8 prevé que: “La provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria...”.

Legislación nacional.

Las leyes nacionales 22.431 y 24.901 regulan la atención de las

personas con discapacidad, un sistema de prestaciones básicas de atención integral que comprenden acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, brindando así una cobertura integral disponiéndose la obligación de cobertura asistencial integral por parte de las obras sociales.

La legislación nacional propugnaba con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la protección integral de las personas con discapacidad. La ley 22.431 estableció un sistema tendiente a asegurarles atención médica, educación y seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas sin discapacidad.

La ley 24901 creó en forma concordante con directivas constitucionales y tratados con jerarquía equivalente, un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con discapacidad con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura total (arts. 1 y 2).

La referida ley 24.901 establece que “las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el art. 1 de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas” (art.2), aclarando el art. 3 que “El Estado, a través de sus organismos prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas...” una serie de servicios, y el artículo 4, que “Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado”

Legislación provincial

Por su parte, la ley 10.592 –que establece un régimen jurídico

básico e integral para las personas con discapacidad- asegura los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a los discapacitados en imposibilidad de obtenerlos, estableciendo que “El Estado Provincial brindará a los discapacitados, en la medida en que éstos, las personas de quienes dependan o los organismos de obra social a los que pertenezcan no posean los medios necesarios para procurárselos, los siguientes servicios, beneficios y prestaciones destinados a eliminar factores limitantes...”

III.- Protección a los menores de edad. Por lo demás, ha reiterado la Corte Suprema de Justicia su propia jurisprudencia anterior en el sentido que “...los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida la salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la los jueces y de la sociedad toda, pues la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, viene tanto a orientar como a acondicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de los casos.

Agregó la Corte Federal que es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (v. doctrina de Fallos 327:2127 que remitió al dictamen de la Procuración General y sus citas, CSJN, I. 248, XLI, “I., C.F. c/Provincia de Buenos Aires s/amparo”, 30/09/08).

En este caso, la CSJN, en concordancia con el dictamen de la Procuración, en el sentido que la allí accionada (IOMA) “no se ocupó de indicar, ni proponer como alternativa, a alguno de sus prestadores que puede proporcionar un tratamiento integral...” Los tiempos de la salud del paciente, no se compadecen con los tiempos de nuevos requerimientos burocráticos, circunstancia que obliga a efectuar una cuidadosa ponderación de la jerarquía de los derechos y valores en cuestión.

Ha sostenido también el Alto Tribunal, en sentencia del 23/11/2004, de los autos “Maldonado, Sergio A.”, por la que se destaca que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos que cuentan con particular tutela judicial” (ver J.A., del 29/03/2006, 2006-I, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “El derecho a la salud –según la Corte Suprema-, José L. Amadeo, p. 62/63) así como también tratándose de un niño con discapacidad, resulta aquí aplicable su doctrina en materia del alcance de la protección de la salud de personas con discapacidad, reiterada y ampliada en el fallo de fecha 16/05/2006, con remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador General, Felipe D. Obarrio, en los autos “R., N.N. c. INSSP s/Amparo”, publicado en revista El Derecho, 23/05/2006, p. 18).

En sentido análogo puede verse dictamen de la Procuración General de la Nación, que el Alto Tribunal hace suyo en autos “S.C. nro. 328, L. XLII”, sentencia de fecha 18/06/2008.

IV.- Principios y valores de raigambre constitucional. Especial protección a las personas más vulnerables.

Respecto de las situaciones particulares análogas a las del caso sometido a decisión, y en las que se expresa en grado sumo la “vulnerabilidad” del ser humano, Miguel Kottow habla de “susceptibilidades” y de “privaciones” (Miguel Kottow, “Autonomía y Protección bioética” en JA número especial “Bioética”, Bs.As., 28/09/2005, ps. 44/49 y del mismo autor, “Vulnerabilidad, Suceptibilidades y Bioética”, en revista jurídica “Lexis Nexis JA”, Número Especial Bioética”, Bs.As., 23/07/2003, ps. 23 y ss). Todo ello torna aplicable el “principio rawlsiano de diferencia” (medidas de acción positiva en nuestro lenguaje constitucional) y que por lo tanto exige algo más que una mera igualdad.

En tal sentido hago más las reflexiones de Carlos Cárcova cuando sostiene que “...un buen jurista o un buen profesional del derecho debe manejar la ley, pero además debe entender el papel que

cumple el derecho en las sociedades complejas del siglo XXI... la ley desnuda, la mera normatividad resulta incapaz para resolver los problemas jurídicos de este tiempo” (Carlos Cárcova coordinador, “Racionalidad formal o racionalidad hermeneútica para el derecho de las sociedades complejas”, en JA, Número Especial “Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje”, 28/05/2014, p.3; JA-2014-II-fasc.9). La “protección” y el “cuidado” de las personas afectadas por algún grado de discapacidad (advértase que siempre ha de hablarse de personas con discapacidad, y nunca de “discapacitados” por cuanto este último vocablo “cosifica” a la persona y la reduce a una circunstancia que afecta su plena “salud”, máxime tratándose de niños, que en el lenguaje de la CSJN “gozan de preferente protección constitucional”, tiende al mismo tiempo a ampliar, en la medida de lo factible y en el futuro su ámbito de autonomía personal e igualdad de oportunidades (puede verse Miguel Kottow, “autonomía y protección en bioética” en Número especial bioética, del 28/09/2005 (JA 2005-3 fasc.13).

En ese sentido, la mera “igualdad en sentido libertario” se muestra en situaciones como las aquí planteadas, como manifiestamente insuficiente para garantizar adecuadamente la “plena igualdad” inseparable de la “igualdad de oportunidades”, que ciertamente se ven seriamente limitadas a raíz del cuadro diagnosticado al menor E. (TGD). Ello torna aplicable el principio rawlseano de “diferencia”, que requiere brindar un “plus” respecto de una simple igualdad aritmética, en beneficio de las personas más desventajadas (Charles Rawls Teoría de la justicia” fondo de cultura económica México 1979, del mismo autor Political Liberalism, New York, Columbia University Press, 1993).

La “discapacidad”, especialmente en un niño, y con el grado severo aquí debidamente diagnosticado, coloca a quien lo padece en una situación de grave vulnerabilidad, que se “liga por ende a un defectuoso ejercicio de la recta autonomía”, y es por ello que la sociedad en su conjunto debe potenciar y extremar todas las medidas posibles que permitan superar, o al menos minimizar, las consecuencias negativas de esa situación de vulnerabilidad (puede aquí verse María Isabel Cornejo Plaza y Fernando Lolas Stepke en trabajo inédito titulado “Discapacidad, vulnerabilidad e investigación en psiquiatría.

Aspectos éticos y jurídicos.” de próxima publicación en número especial de JA.

V.- **Derecho a una adecuada salud integral.** Debe aquí hacerse especial mención a las consideraciones particulares que ha realizado el Dr. Eduardo Alonso, médico pediatra a cargo de la atención del niño E. por cuanto a fs. 94 señaló que en el caso particular la equinoterapia prescripta es parte del tratamiento que realiza en virtud del diagnóstico que presenta de trastorno generalizado del desarrollo, no reemplazando las otras terapias. Teniendo la prestación solicitada por esta acción de amparo, con efectos beneficiosos sobre la interacción social, a través del lenguaje verbal y no verbal, habiéndose observado una mejoría en la integración social con sus familiares y con sus compañeros, y además según el informe brindado por el terapeuta, se pudo observar como con el correr de las sesiones fue cambiando el vínculo con el equino.

Señaló también que el calor corporal del caballo y los estímulos rítmicos que le proporciona al niño durante las sesiones de equinoterapia podrían tener un efecto beneficioso sobre el sistema nervioso del niño con TGD, lo cual le permitiría mejorar la apertura frente a nuevos vínculos.

Esto último resulta acreditado por las manifestaciones espontáneas vertidas por los testigos que comparecieron en autos respecto del beneficio de litigar sin gastos, cuyas algunas declaraciones obran individualizadas a fs.103/104 y a través de las cuales dejaron en claro que conocen el pequeño E desde hace aproximadamente dos años -por verlo al momento en que concurren con sus familiares a terapia- advirtiendo de manera notoria los cambios favorables y avances del mismo.

Resulta además aquí aplicable lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 24/04/2013 en autos “M.,F.A c. OSECAC s/amparo” al sostener que “incurre en absurdo la sentencia que desestimó la acción de amparo por la cual se procura el otorgamiento de una cobertura integral”. También resolvió que “incurre en absurdo la sentencia que desestimó la acción de amparo por la cual se procura el otorgamiento de una cobertura integral de las prestaciones que requiere la salud de un menor que padece síndrome

de Down (DJ 11/09/2013, P. 55) al considerar no acreditado que los profesionales ofrecidos por la obra social fueran insuficientes y que lo mejoraría, inferencia que el Alto Tribunal desestimó.

Recordemos por lo demás que tratándose de una persona con discapacidad la misma goza de preferente tutela constitucional (arts. 75 inc. 23 CN, 36 numeral 5 de la Constitución Provincia de Buenos Aires, ley provincial 10.592 de Protección Integral de las Personas con Discapacidad). Decimos una vez más, que debe siempre hablarse de “personas con discapacidad” (“niños con discapacidad” en este caso) –terminología ésta habitualmente recogida en sentencia del suscripto-, por cuanto a nuestro entender el vocablo “discapacitado/a” implica de alguna manera una “calificación” incompatible con la “centralidad de la persona humana” y el principio “pro-homine” o “pro-persona”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de una resolución de fecha 30/09/2008 (DJ 2008-12-2439) citada en Fallos Corte 331:2135 (causa I.C.F. c/ Provincia de Buenos Aires) revocó la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por la que no se había hecho lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes en el marco de una acción de amparo interpuesta contra el IOMA para obtener la cobertura integral de la prestación educativa que recibía en una escuela especial una niña con discapacidad. Ello con sustento en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, aprobada por la ley 26.378 se aplicarán “a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones” y en claras normas locales, de rango constitucional (art. 36 Constitución Provincial) y legal (leyes locales 10.592 y 6982) dirigidas a garantizar a las personas con discapacidad su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales (ver también resolución CSJN en causa “P.L., J.M. c/IOMA – recurso de nulidad e inaplicabilidad de ley” del 19/03/2014 –cita online AR/JUR/3705/2014. Posteriormente la propia Suprema Corte de Justicia Provincial adhirió a la citada jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional en resolución dictada en causa “V.J.E. c/IOMA s/amparo. Recurso extraordinario de nulidad, de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley”, del 16/05/2012, publicado en DJ. 28/11/2012,

46, cita online AR/JUR/25371/2012) precedentes que ponderadas las circunstancias del caso, deben adquirir aquí plena operatividad.

VI.- Deber de cobertura asistencial de la obra social demanda. Régimen particular del IOMA.

Corresponde aquí destacar que en el caso que nos ocupa se impone como pauta interpretativa el objeto social de las obras sociales, empresas de medicina prepaga y demás entidades destinadas al cuidado de la salud, la prioridad de su compromiso social, y sin supe- ditar un derecho de salud a las fluctuaciones del mercado, ni a resolu- ciones administrativas de una obra social, menos aún “economizar” la salud de un paciente. A ello cabe añadir que el costo del tratamiento (\$ 2.390 mensuales según último presupuesto fs. 106) si bien implica un costo excesivo para la capacidad económica de la amparista Sra. B. (afiliada obligatoria al IOMA en razón de su condición de auxiliar de cocina en un establecimiento educativo provincial), no implica para la obra social demandada una erogación desmesurada, si tenemos en cuenta los costos habituales de muchos tratamientos de complejidad, obligatoriamente cubiertos por las obras sociales o entidades de medi- cina prepaga, de costo muy superior a la prestación aquí solicitada y denegada administrativamente por la accionada.

Además, en lo atinente al IOMA, la ley 6982, estableció como obligación expresa a su cargo la de realizar en la provincia de Buenos Aires “todos los fines del Estatuto en materia médico asistencia para sus agentes” (art. 1 y 22 inc. b).

La Excma. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo Departamental se ha expedido en igual forma: “Ello no implica desconocer que el IOMA pueda válidamente convenir las pres- taciones asistenciales y fijar los aranceles adecuados a su política prestacional, pues ello sería tanto como desconocer la propia letra de la ley 6.982 y su decreto reglamentario. Lo que quiero significar es que –en el caso- el IOMA pretende tornar legítima la cobertura otorgada –y que a todas luces dista de ser suficiente- amparándose en la previsión del art. 19 de la ley 10.592 que establece que la asistencia “...deberá ser prestada por el IOMA de conformidad con las disposiciones que rijan el funcionamiento de ese organismo...”. Pero resulta relevante

señalar que, acto seguido, la norma agrega “...en concordancia con los propósitos y fines de la ley”.

Estimo que una correcta interpretación de la norma en análisis, en armonía con los principios y fines que la inspiran, permite concluir que la finalidad del legislador fue asegurar que el IOMA otorgue la cobertura integral a la persona con discapacidad que la necesite, siempre dentro del cumplimiento de los fines médicos-asistenciales de la Institución. No resulta razonable pensar que el legislador haya per- mitido al IOMA cercenar -mediante disposiciones internas- la finalidad que con dicha ley se quiere lograr...” (Causa “Navarro”, sentencia del 15/05/2008).

La solución aquí brindada se ve ahora más fortalecida con la “constitucionalización” del derecho civil y la superación de la identi- ficación entre ley y derecho. Ello en orden a lo claramente dispuesto en el art.2 del nuevo Código Civil y Comercial, por cuanto establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tra- tados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” (ver “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” T.I., Director Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2014, ps.33 y sstes. Sobre la misma temática puede verse Julio César Rivera, “El derecho privado constitucional”, RDPyC, nro.7, p.27; Edgardo I. Saux “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 277; y de Rodolfo Vigo en Rivera y Medina “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p.38, cita 82; citas todas ellas efectuadas en el Dossier: Los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación, dirigida por el sentenciante, JA, 14/10/2015, JA 2015-IV-2).

Ello así, debe efectuarse una valoración armónica y razonable ponderación de todas y cada una de las constancias de autos, y de ello deviene en el caso concreto, la necesidad de brindar una cobertu- ra asistencial, oportuna y eficaz a la pretensión impetrada, en debido resguardo de derechos de raigambre constitucional (puede consultarse: Ricardo L. Lorenzetti, “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, en revista jurídica La Ley T. 1998-A,

Sec. Doctrina, ps. 1039 y ss; y del mismo autor, Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006).

Consecuentemente la actitud del IOMA plasmada en el informe circunstanciado agregado en autos, carece de motivación y fundamentación suficiente y así constituye una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima que hace encuadrar la situación traída a análisis jurisdiccional en la clase genérica contemplada por el art. 43 de la Constitución Nacional y sus similares 20 numeral 2 de la Constitución provincial y art. 1 de la ley de Amparo nº13.928.

La cobertura asistencial de equinoterapia aquí solicitada, es la solución que mejor se compadece con el respeto de la dignidad humana como valor, principio y norma fundamente, a la que se encuentra unida de manera indisoluble el respeto a la autonomía personal (puede verse Germán J. Bidart Campos y Daniel Herrendorf, Principios de derechos humanos y garantías, Ed. Ediar. Asimismo confr. Ricardo L. Lorenzetti, “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, en revista jurídica La Ley T-1998-A, Sec. Doctrina, ps. 1039 y ss. Y del mismo autor, Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006; puede asimismo consultarse: “El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, por Laura Clericó, en JA.-2010-II, fasc.7, p. 24). En los autos “I.C.F. c. Provincia de Buenos Aires s/amparo” –ya citado-, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, no hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los madres de una menor con discapacidad, a fin de que el IOMA brinde la cobertura asistencial integral de una prestación educativa en una determinada escuela, fundado en que no había verosimilitud en el derecho toda vez que el IOMA brindaba cobertura del 50 % lo que prima facie no resultaba arbitrario, y además que no se acreditaba el peligro en la demora toda vez que los amparistas no habían podido acreditar la insuficiencia económica. Recurrida dicha sentencia, la Corte Suprema de Justicia sostuvo: a) Declarar admisible el recurso extraordinario -pese a no ser un supuesto de sentencia definitiva-, por la magnitud del agravio y la posibilidad de frustración de derechos constitucionales que no se pueden reparar en forma posterior. b) Que el inferior soslayó la índole de los derechos en

juego y espíritu de la legislación. c) La preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarlas mediante acciones positivas. Con posterioridad la propia Suprema Corte provincial adecuó por jurisprudencia a los criterios sustentados por la Corte Federal, pudiendo verse: CSJN, “PL.J.M. c. IOMA”, 19/03/2014, La Ley online, AR/JUR/3705/2014, LLBA (noviembre), 1126 - La Ley 22/02/2011, 4 con nota de Adelina Loiano; Osvaldo Alfredo Gozaíni DJ 02/03/2011, 51 - La Ley 2011-A, 507.

VII.- Beneficio de litigar sin gastos. Costas En lo relativo al beneficio de litigar sin gastos, no obstante lo establecido por el art. 20 de la ley de amparo 13.928 por cuanto señala que la presente acción se encuentra exenta del pago de la Tasa por Servicios Judiciales, sellado y de todo otro impuesto o tributo, considera el suscripto que debe hacerse lugar al mismo.

Ello por cuanto de las declaraciones testimoniales incorporadas en autos a fs. 102/104, cuya audiencia ha sido debidamente notificada a la demandada conforme constancia de fs.101 sin concurrir representante alguno a la misma, se desprende que la accionante, Sra. B, quien se desempeña como auxiliar de cocina en el Jardín de Infantes Provincial es sostén de su familia con el sueldo que allí percibe -la que se encuentra formada por la actora y sus dos hijos-. Por otro lado los testimonios prestados por testigos aclararon que la amparista no posee bienes de fortuna.-Corresponde aquí mencionar que el beneficio de litigar sin gastos, tiene su fundamento en la garantía de defensa en juicio (CN 18), que “supone básicamente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, (resultando)obvio que tal posibilidad resulta frustrada cuando la ley priva de amparo a quienes (como en el caso)no se encuentran en condiciones económicas de requerir a los jueces una decisión sobre el derecho que estimen asistirles”(ver de la CC LM, 682 RSI-180-4 I 26/10/2004 en autos “Chuya Ruiz, Teresa s/ beneficio de litigar sin gastos, sumario B3400639 en juba scba.gov.ar).

Debe tenerse especialmente en cuenta que el pedido de otorgamiento de beneficio de litigar sin gastos se ha efectuado en el marco

de esta acción constitucional de amparo, que configura siempre una garantía para asegurar el efectivo acceso a la jurisdicción con el objeto de tutelar la vigencia de derechos constitucionales, posibilidad de acceso que no es sino una resultante del inviolable derecho constitucional de defensa en juicio, cuya aceptación hace a la función estatal de asegurar objetivamente la existencia de una instancia judicial oportuna y eficaz, es decir, apropiada o idónea, siguiendo los lineamientos preestablecidos para su ejercicio (arts. 15, 20.1 C.Pcial., 18, 43, 75 inc. 22 C.N., 8 y 9 de la DUDH, 18 y 25 de la DADH, 9 del PIDCyP y 25 de la CADH).

Respecto de la imposición de costas, siguiendo el criterio general que impera al respecto, deben ser soportadas por la vencida (art. 19 de la ley 13.928) (conf. art.68 segundo párrafo CPCcto).

Por todo lo expuesto, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales efectuadas, y particularmente lo normado por los arts. 33, 42, 43 y 75 incs.18, 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional; arts. 3, 10, 11, 12 inc.1, 20 numeral 2, 36 inc 2, 5 y 8 y 57 de la Constitución Provincial; arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; 4, 5 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –todos con rango constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-; arts. 1, 14 ley 13.928; FALLO: I.- Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por B, en representación de su hijo menor de edad E .contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) y disponer en consecuencia que el mencionado Instituto brinde total cobertura (100%) del tratamiento de equinoterapia dos veces por semana II.- CONCEDER EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS SOLICITADO por la accionante Sra. B, con el patrocinio letrado de la Dra. Silvina Barbieri Defensora Oficial Civil nro.1 Dptal. de conformidad con lo establecido por los arts. 78, 81, 82 y ccdtes. CPC; 20 y doc. art. 26 ley 7166; 15 Constitución de la Provincia de Buenos Aires y CN 18. III.- Imponer costas a la demandada art. 19 ley 13.928. REGISTRESE. NOTIFIQUESE con carácter de urgente y habilitación. Fdo. Dr. Pedro F. Hooft, Juez, Dra. Geraldin Picardi, Secretaria”.

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y DEBERES DEL ESTADO. ENFOQUE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

*Por Verónica Baldomé**

INTRODUCCIÓN:

Me he propuesto analizar el caso “Ximenes Lopes vs. República Federativa de Brasil” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹.

Han sido varios los motivos de esta elección, en primer término por ser el primer caso en que la Corte Interamericana se expide respecto de los derechos de las personas con discapacidad mental y los deberes del Estado en relación con ellas. El Estado Argentino suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos y se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, tribunal que invoca sistemáticamente en sus decisiones sus precedentes. Lo resuelto respecto a los deberes del Estado de Brasil y los derechos de las personas con discapacidad mental resultan directamente aplicables, en lo que a reconocimientos de derechos se refiere para las personas en iguales circunstancias bajo la jurisdicción del Estado argentino.

En segundo lugar, la muerte del Sr. Ximenes López en un hospital psiquiátrico fue disparadora para la reformulación y reorganización del sistema de salud de Brasil, con marcadas falencias y vulneraciones de derechos para las personas allí internadas.

La Investigación realizada por *Mental Disability Rights International* (MDRI) y el *Centro de Estudios Legales y Sociales*

* Secretaría de Medidas Especiales de Protección de Derechos de la Asesoría de Incapaces de San Isidro

¹ Corte I.D.H., sentencia del 04/07/2006 caso Ximenes Lopes vs. Brasil.

(CELS)² entre junio y diciembre de 2004, en junio de 2005, enero y septiembre de 2006, y julio de 2007— da cuenta de la situación de alguna de las instituciones psiquiátricas argentinas y documenta violaciones a los derechos humanos perpetrados contra las aproximadamente 25.000 personas que están detenidas en las instituciones psiquiátricas. Por ello creo relevante el análisis del caso y a la vez da la posibilidad de transpolar las circunstancias a nuestra realidad.

No me cabe duda de que debe operarse un cambio en la visión del juez y los auxiliares de la justicia respecto del derecho aplicable – en este caso a la vida e integridad física de las personas con discapacidad mental- internadas en hospitales psiquiátricos a la luz de las garantías y derechos reconocidos en los arts. 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegurando el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por el estado en el ámbito interamericano.

Dado la extensión del trabajo requerido abordaré el tema sólo desde estos dos puntos, no así los derechos de los familiares de la víctima reconocidos en la Convención, los que también fueron vulnerados.

DESARROLLO:

BREVE RESEÑA DEL CASO:

El 1 de octubre de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra la República Federativa de Brasil por violación a los derechos consagrados en los arts. 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con la obligación que establece el art. 1.1 de la misma.

No hubo controversia en cuanto a los siguientes hechos que fueron reconocidos por el Estado de Brasil: El sr. Damião Ximenes

² [Http:// www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

Lopes, desarrolló durante su juventud una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. Fue internado en el año 1995 en la Casa de Reposo Guararapes, durante dos meses, egresando posteriormente. El 1 de octubre de 1999 fue internado en el mismo lugar por su madre, en perfecto estado físico, ya que tenía problemas de nervios, no quería comer ni dormir, debía tomar medicinas pero en ese momento no las estaba tomando. Tenía 30 años de edad³.

El 3 de octubre tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado. Entró a un baño y se negaba a salir, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería y por otros dos pacientes. Sufrió una lesión en el rostro y fue sometido a contención física y el médico presente determinó que se le suministrara “haldol y fernagan intramuscular”.

El 4 de octubre la madre lo visitó y lo encontró sangrando, con hematomas, con la ropa sucia y oliendo a excrementos, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultades para respirar, agonizante y gritando y pidiendo auxilio a la policía. Seguía sometido a contención física desde la noche anterior, ya presentaba excoriaciones y heridas y se lo dejó caminar sin la adecuada contención.

La sra. Lopes pidió que lo bañaran y buscó un médico que atendiera a su hijo, éste sin practicarle examen físico le prescribió medicinas y se retiró del hospital. Falleció ese día a las 11:30 hs.

Brasil efectúa un reconocimiento parcial de su responsabilidad internacional y la Corte reconoció la violación por el Estado de los siguientes derechos al sr. Ximenes Lopez: a la vida (art. 4); a la integridad personal física, psíquica y moral (art. 5); al no sometimiento a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5); la obligación de los estados de respetar los derechos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a

³ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 112.

toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (art. 1.1).

Subsistiendo la controversia respecto de la violación por parte del estado del art. 25 (protección judicial) y 8 (garantía judiciales) en perjuicio de los familiares del sr. Ximenes Lopes.

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:

Abordaré en primer término los derechos que la Corte reconoce a las personas con discapacidad mental, los que son desglosados en los siguientes derechos: el derecho a la vida y a la integridad personal y el derecho a una atención médica eficaz. En este aspecto distingue los cuidados y condiciones mínimas de internación y el uso de la sujeción.

En un segundo término me abocaré a los deberes que atañen al estado en relación con las personas con discapacidad.

EL DERECHO A LA VIDA DIGNA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL:

Dice la Corte, siguiendo su doctrina de fallos anteriores, que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. Por su carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos.⁴

Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.⁵

⁴ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 124.

Nítidamente expresa la Corte que el derecho a la integridad personal es un bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además sitúa a dicha prohibición hoy día en el dominio del *ius cogens*.

El derecho a la integridad personal no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna.⁶

Considera que las características personales de la persona víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidos a ciertos tratamientos.⁷

EL DERECHO AL RESPETO A LA DIGNIDAD Y AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y A UNA ATENCIÓN MÉDICA EFICAZ:

La Corte reconoce el deber de los estados de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental, asegurando su acceso al sistema, promoviendo la salud mental con servicios que sean lo menos restrictivos posibles.⁸

Tiene en cuenta que las personas que padecen de discapacidad mental, debido a su condición psíquica y emocional, son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico por el desequilibrio de poder existente entre los

⁵ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 125.

⁶ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 126.

⁷ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 127.

⁸ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 128.

pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracteriza a los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.⁹

Asigna finalidad al tratamiento: el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano. Los principios orientadores del tratamiento psiquiátrico son el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas (aunque no es este principio absoluto).

Enfatiza que, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades.

Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.¹⁰

Cuidados mínimos y condiciones de internación dignas

Para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente debe analizarse la actuación a la luz de Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas (específicamente 1, 8, y 9) que establece las libertades fundamentales, derechos básicos, y las normas de la atención médica y del tratamiento a ser prestado a las personas con discapacidad mental.¹¹

EL USO DE LA SUJECION EN EL TRATAMIENTO:

La Corte define la sujeción como cualquier acción que interfiera

⁹ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 129.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 130.

¹¹ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 131.

con la capacidad de un paciente de tomar decisiones y que restringe su libertad de movimiento.

Resalta que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento, que es una de las medidas más agresivas.¹²

Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes.¹³

LOS DEBERES DEL ESTADO EN RELACION CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL:

La Corte señaló que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales, en el presente caso, se traducen en deberes de cuidar y de regular.

EL DEBER DE CUIDAR:

El estado tiene una posición especial de garante respecto de personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna. Esto se aplica de forma especial a las personas que se encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la

¹² Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 133 y 134.

¹³ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 134.

mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud.¹⁴

Estos cuidados alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas.¹⁵

EL DEBER DE REGULAR Y FISCALIZAR:

El deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones –públicas y privadas- que prestan servicio de salud, son medidas necesarias para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción.¹⁶

El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.¹⁷

EL DEBER DE INVESTIGAR:

Siguiendo la doctrina de sus precedentes, la Corte resalta la obligación del estado de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención. La que no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que

¹⁴ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 138 y 139.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 140.

¹⁶ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 141.

¹⁷ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 146.

asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁸

El Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.¹⁹

SITUACIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES EN NUESTRO PAIS:

Considero relevante destacar alguno de los puntos de la investigación realizada por *Mental Disability Rights International* (MDRI) y el *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS)²⁰, que da cuenta del estado de los servicios de salud psiquiátricos argentinos.

El sistema de salud es definido como complejo, fragmentado y descentralizado. Cada provincia tiene su propio ministerio o secretaría de salud, que controla la mayoría de las decisiones políticas en salud. La salud mental en Argentina es financiada principalmente a través de deducciones salariales. Para casi el 50 por ciento de la población son las “obras sociales sindicales”. Sin embargo, desde la última crisis económica, muchas personas han perdido su trabajo y los ingresos de estos programas han disminuido dramáticamente, a la vez que el porcentaje de la población sin ninguna cobertura de seguro se ha visto incrementado.

El trabajo de investigación refiere que hay sobrepoblación en todas las instituciones. Más de un ochenta por ciento de estas per-

¹⁸ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 147.

¹⁹ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 148.

²⁰ [Http:// www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

sonas son encerradas durante más de un año, y muchas lo son de por vida. Dos tercios de las camas psiquiátricas pertenecen al sistema público. A pesar de que en muchas partes del mundo se han clausurado los grandes asilos psiquiátricos, el setenta por ciento de las personas en el sistema argentino de salud mental público se encuentran detenidas en instalaciones de mil camas o más.

El informe da cuenta de: muertes que no son investigadas, privación de la libertad en las celdas de aislamiento, maltrato y abusos sexuales perpetrados por el personal y por gente ajena al nosocomio; falta de recepción de las denuncias de hechos de los que son víctimas los internos, falta de atención médica adecuada (gran cantidad de personas con heridas abiertas, infectándose, personas que tenían extremidades gangrenadas y en avanzado estado de descomposición); condiciones insalubres de alojamiento (los inodoros rebalsaban de excrementos, los pisos estaban inundados de orina, las llaves de las canillas estaban sueltas y no salía agua de las duchas, y en algunos lugares no había agua en los caños, terreno de la institución estaba cubierto de excremento y apestaba a hedor de orina y materia fecal, en algunas instituciones techos a medio derrumbarse, vidrios rotos, cables sueltos colgando de techos y paredes). Destacan asimismo que en visitas realizadas durante el año 2007 se constataron algunas mejoras edilicias en alguna de las instituciones.

También observaron la ausencia de rehabilitación, destacando que el principal problema que se pudo observar es la generalizada inactividad, marcada por un importante número de personas que se encontraban acostadas sobre sus camas o en el piso, completamente inactivas.

Funcionarios, trabajadores de la salud mental y personas internadas señalaron a los investigadores que los tratamientos son inadecuados, los medicamentos psicofarmacológicos son usados, con frecuencia, para castigar o sedar a los internos, y no con propósitos terapéuticos.

Se detectó también la práctica habitual e inadecuada de uso de las celdas de aislamiento, sin supervisión suficiente por parte del

personal, lo que representa un grave riesgo para el derecho a la vida y la integridad física de las personas.

De lo referido en los párrafos anteriores surge que el estado vulnera los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en la Convención Americana y con la aplicación en concreto que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los derechos de las personas con discapacidad mental internados en los centros de salud psiquiátrica.

El MDRI y CELS recomiendan que el Estado argentino realice una reforma profunda en los servicios de salud mental y tome acciones inmediatas para terminar con las condiciones de detención que violan los derechos humanos de las personas allí internadas.²¹

Asimismo, este informe compara las condiciones, el tratamiento y la legislación argentina en función de los estándares especializados adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, tales como los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental (Principios de Salud Mental), las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Normas Uniformes), así como los documentos sobre las políticas elaborados por la Organización Mundial de Salud -incluyendo la Declaración de Caracas y la Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual- y la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos

²¹ El Estado argentino debería tomar las siguientes medidas: Erradicar los ambientes peligrosos, sucios e inhumanos en los cuales son forzadas a vivir las personas institucionalizadas; garantizar alimentación, cuidado médico y personal adecuados y suficientes para proteger la salud y la seguridad de las personas institucionalizadas; investigar las muertes recientes y establecer un protocolo que asegure que se investigará a profundidad cualquier muerte futura; eliminar el uso de las celdas de aislamiento a largo plazo y la privación sensorial al interior de estas celdas y asegurar que el uso de la reclusión involuntaria y las restricciones físicas se adecue estrictamente a los estándares internacionales de derechos humanos; crear mecanismos de supervisión independientes que prevengan el abuso en las instituciones y que establezcan procedimientos que protejan a las personas institucionalizadas del abuso físico y sexual; adecuar el proceso de internación psiquiátrica a los estándares internacionales, contemplando el derecho a una revisión independiente de toda internación; adoptar leyes de salud mental en todo el país que sean consistentes con los estándares internacionales de derechos humanos.

Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental.

Concluye el informe dando recomendaciones al Poder Ejecutivo, especialmente al Ministerio de Salud, al Poder Legislativo, al Ministerio Público de la Defensa y a los gobiernos provinciales entre otros.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ARGENTINO:

El Estado argentino con la firma y ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica²² asumió a través de dicho convenio el compromiso de la protección de los derechos humanos reconocidos en dicho pacto a las personas bajo su jurisdicción, también ha aceptado someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“Cuando un estado manifiesta su consentimiento para obligarse por un tratado asume obligaciones tanto respecto de lo otros estados contratantes como respecto de las personas que viven en su territorio, ...los seres humanos son destinatarios directos y efectivos de los derechos consagrados en el texto convencional y los Estados deben garantizar una tutela judicial efectiva de tales derechos por parte de los jueces nacionales.”²³

La Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce a las personas el derecho a la vida (art.4), a la integridad personal, física, psíquica y moral (art. 5), a no ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5) y conse-

²² Vigente desde el 18 de julio de 1978 y ratificado el 5 de septiembre de 1984.

²³ GATTINONI de MUJIA Maria, “La responsabilidad internacional del Estado derivada del ejercicio de la función judicial”, en La Responsabilidad Judicial y sus Dimensiones, Tomo II, dirigido por Alfonso Santiago (h), Ed. Abaco de Rodolfo Deslama, Buenos Aires 2006 en, cuadernillo Universidad Austral. Marco Institucional del Poder Judicial. Clase 4 pag. 383

cuentemente pone en cabeza del estado la obligación de respetar estos derechos y garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (1.1).

El informe reseñado en el punto anterior da cuenta de la realidad de las condiciones de las personas internadas en los servicios de salud de nuestro país y la consecuente vulneración de los derechos reconocidos en la Convención Americana.

Destaco que estos derechos están también reconocidos en otros Tratados de Derechos Humanos - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que fueron incorporados, junto con la Convención Americana al texto constitucional en el art. 75 inc. 22 en la reforma de 1994, integrando según los dichos del Dr. Bidart Campos el bloque de constitucionalidad federal. Como así también por la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Convención Interamericana sobre Discapacidad) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y firmada por el gobierno argentino el 30 de marzo de 2007, (aún no ratificada).

Los supuestos de responsabilidad estatal por violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, pueden ser tanto las acciones como las omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estrado como la omisión del estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos²⁴.

Los tres órganos del estado argentino están obligados a efectivizar los derechos reconocidos en la Convención, son obligaciones internacionales que ha asumido el estado al firmar la Convención; el no hacerlo puede generarle responsabilidad internacional ante el reclamo de un damnificado, como le ocurriera a Brasil.

²⁴ Cfr. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, cit. § 86.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 111º período extraordinario de sesiones, el 4 de abril de 2001²⁵, recomienda a los Estados tomar medidas de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de otra índole para diseminar por medios apropiados y dinámicos los estándares internacionales y normas convencionales de derechos humanos que protegen las libertades fundamentales y derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad mental. Como así también a reformar o crear leyes que garanticen el respeto de las libertades fundamentales y los derechos humanos de las personas con discapacidad mental y sus familiares, incorporando estándares internacionales y las normas convencionales que protegen a las personas con discapacidad mental.

La Corte Interamericana en el caso Ximenes Lopes en la interpretación del derecho a la vida y a la integridad personal, indica que este derecho no puede ser suspendido y tiene en cuenta las particularidades de las personas con discapacidad mental para determinar si su integridad ha sido violentada. Reconoce el respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad y el derecho a una atención médica eficaz orientada al bienestar de la persona y a su dignidad, propiciando la reincorporación a su núcleo familiar.

Determina pautas de cuidados mínimos, los cuales en el informe comentado se encuentran totalmente vulnerados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza el uso de la sujeción, el informe si bien no refiere a este aspecto resalta como tratamiento usual el encierro en celdas de aislamiento, siendo esta práctica inadecuada.

La Corte establece especiales deberes del estado para con las personas con discapacidad mental, lo coloca en la posición de garante especial de las personas que se encuentran bajo su custodia, ello en razón de su particular vulnerabilidad. A su vez le asigna un deber de regular y fiscalizar las instituciones de atención médica de

²⁵ <http://www.cidh.org>

la salud. Del informe citado evidentemente este deber no se cumple o si se cumple es de manera insuficiente.

Otro deber en cabeza del estado es el de investigar la vulneración de derechos de estas personas; el informe sostiene la existencia de muertes sin investigar, delitos de índole sexual donde los pacientes son víctimas y malos tratos, sin que esto sea adecuadamente investigado, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció un fallo histórico en cuanto a las internaciones psiquiátricas civiles exigiendo que cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la libertad. Determinó en el caso “Tufano”²⁶ que los Principios de Salud Mental proveen derechos básicos y garantías procesales a personas “presuntamente afectadas por trastornos mentales”, e incluyen el derecho a “la designación de un defensor [...] y la obtención de un dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental”. También estimó que se habían violado garantías procesales fundamentales en aquellos casos donde no se concedió inmediatamente una audiencia con representación personal o de otro tipo.

Recientemente el superior tribunal nacional en el fallo R., M.J. s/ insania²⁷ señaló que la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales de por sí vulnerables a los abusos, crea verdaderos “grupos de riesgo” en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar; las internaciones psiquiátricas son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un “hospitalismo” evitable.

Reconoce que los pacientes cuando son excluidos coactivamen-

²⁶ C.S.J.N. 328:4832

²⁷ C.S.J.N. “R, M.J. s/ insania”, competencia causa 1195 XLII, del 19/2/08, en <http://www.csjn.gov.ar>

te, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales (vida, salud, defensa, respeto de la dignidad, libertad, debido proceso, entre otros) y que poseen un estatus particular por su situación de reclusión. Dice la Corte nacional que es vital promover el conocimiento y protección concretos de los derechos fundamentales genéricos previstos en nuestro sistema constitucional y derivar de ellos el índice de los respectivos derechos personales particularizados a través de, por ejemplo pronunciamientos judiciales.

El máximo tribunal cita el caso Ximenes Lopes resuelto por la Corte Interamericana en cuanto a que en él se detallan las normas aplicables para el tratamiento y las condiciones de vida dentro de las instituciones psiquiátricas y se prevén protecciones contra la detención arbitraria en dichas instituciones.

CONCLUSIÓN:

Considero que no basta con que los estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, como la discapacidad.

Es directo y significativo el vínculo que existe entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. Es imprescindible la existencia de políticas públicas adecuadas para abordar tal problemática. y esto exigible tanto al Poder Legislativo como al Poder Ejecutivo.

Debe resaltarse que también los operadores del poder judicial debemos accionar para lograr que los tribunales nacionales –especialmente en las instancias inferiores- utilicen las pautas interpretativas de los derechos humanos en sus decisiones, el principio pro homine, la interpretación expansiva o progresiva de los derechos, el principio de interacción o retroalimentación, el principio de promoción, universalidad e indivisibilidad deben ser el norte de las resolu-

ciones, más aún en supuestos de discapacidad donde la persona se encuentra en una situación de vulneración especial. Como señala el Dr. Sagüés²⁸ si bien estas directrices son relativamente nuevas y algunas no tienen una elaboración definitiva, ya han sido recepcionadas por órganos de jurisdicción internacional.

La Corte Suprema ha indicado el rumbo, corresponde a los tribunales inferiores la efectivización de derechos de las personas con discapacidad internadas en instituciones psiquiátricas, controlando la internación, la que debe estar orientada a la recuperación y en miras a un futuro egreso; y a su vez, requerir a los otros órganos del estado la implementación de políticas públicas adecuadas y condiciones de internación dignas, de acuerdo a los estándares internacionales.

Verónica Baldomé

BIBLIOGRAFÍA:

GATTINONI de MUJIA María, “*La responsabilidad internacional del Estado derivada del ejercicio de la función judicial*”, en *La Responsabilidad Judicial y sus Dimensiones*, Tomo II, dirigido por Alfonso Santiago (h), Ed. Abaco de Rodolfo Deslama, Buenos Aires 2006 en , cuadernillo Universidad Austral. Marco Institucional del Poder Judicial. Clase 4 pág. 383

SAGUES, Néstor Pedro, “*La Interpretación Judicial de la Constitución*”. Lexis Nexis. Segunda edición. Buenos Aires, junio de 2006

²⁸ SAGUES, Néstor Pedro, “*La Interpretación Judicial de la Constitución*”. Lexis Nexis. Segunda edición. Buenos Aires, junio de 2006

LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS. LA ACCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO AL AMBIENTE.

Por *Silvina Caorsi**

Resumen

En sus inicios la responsabilidad civil tuvo un tinte punitivo. Con la Revolución Industrial, la premisa de indemnizar pecuniariamente las consecuencias de un evento dañoso cambia su carácter netamente sancionatorio para el dañador, girando hacia la idea de reparación de la víctima de un daño injustamente sufrido.

La complejidad de las relaciones sociales y económicas, los cambios tecnológicos, la magnitud de ciertos daños y la influencia del derecho anglosajón han evidenciado, en los últimos tiempos, la insuficiencia de esa función reparadora como exclusiva finalidad del sistema. Se instaló así la discusión sobre las funciones del derecho de daños.

Dicho debate, que tuvo lugar tanto en doctrina como en jurisprudencia, se centró en cuáles otras funciones tenía o debía tener el derecho de daños. Fueron muchas las supuestas finalidades asignadas, entre las que se mencionan la preventiva, la punitiva, la distributiva, entre otras. La que tuvo mayor aceptación fue la función preventiva, ya que prácticamente todos los sistemas comparados poseían mecanismos y técnicas, de derecho sustantivo o de derecho procesal, dirigidos a la evitación de perjuicios probables o previsibles.

Se ha definido a la función preventiva del derecho de daños como aquella que tiene como objeto impedir, suspender, prohibir o hacer cesar la conducta ilícita, peligrosa y causante de una lesión actual o

* *Auxiliar Letrada del Juzgado Civil y Comercial n°11 de San Isidro.*

Trabajo presentado en el 38° Curso de Especialización en Derecho sobre Derecho de los Contratos y Daños, Universidad de Salamanca, enero 2016, con ayuda del sistema de becas del Colegio de Magistrados de San Isidro.

futura. En sociedades modernas en las que derechos valiosos (derecho a la imagen, derecho a la intimidad, derechos del medio ambiente, derecho del consumo, derecho a la salud), sufren un menoscabo importante es necesaria la creación de herramientas que posibiliten prevenir el ilícito, evitar su repetición e impedir que sus efectos se propaguen.

Los fundamentos para el reconocimiento de la función preventiva se hallan en la necesidad de respetar la tutela judicial efectiva, el deber general de no dañar (“alterum non laedere”), la eficiencia de la prevención desde el análisis económico del derecho; el reconocimiento de que el centro de atención en el derecho de daños ha estado, y continúa estando, focalizado en la protección de la víctima.

En el estadio actual de la evolución, de lo que se trata es de dar lugar a una tutela inhibitoria de carácter general orientada a prevenir cualquier daño amenazante mediante un instrumento genérico. Existen en los antecedentes comparados algunos ordenamientos jurídicos que la contemplan y la doctrina ha elaborado una completa teoría al respecto.

Recientemente el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina ha tomado posición respecto del debate señalado, incorporando la tutela inhibitoria general mediante la acción preventiva del daño. Regula entonces un sistema partiendo del deber de prevención del daño como mandato expreso. Define la acción preventiva, menciona sus presupuestos, y fija algunas reglas de orden procesal.

Mención aparte merece la prevención cuando ella se orienta a evitar daños a derechos de incidencia colectiva. Se afectan aquí intereses difusos, bienes indivisibles cuya titularidad es comunitaria. El daño al ambiente genera responsabilidad en los ordenamientos jurídicos comparados. La cuestión es determinar si existe acción para prevenir el daño al ambiente antes de que se produzca. Se entiende que existe argumentación para ello en la función preventiva ahora reconocida para el derecho de daños y en el principio preventivo como uno de los pilares constitutivos del derecho ambiental internacional.

Por último, se intenta reflexionar acerca de la acción preventiva

del daño al ambiente en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Se advierte que muchos de los presupuestos de la responsabilidad civil se ven modificados: 1) hay una ausencia de daño actual (es futuro con fuerte grado de certeza pero aún no ocurrido); 2) se trata de una amenaza de un daño que ya no es a un derecho individual sino a un derecho de incidencia colectiva; 3) la antijuridicidad parece estar anticipadamente cumplida con el deber de no dañar; y 4) el factor de atribución no se requiere.

Como conclusión, parece necesario elaborar una estructura propia de la acción preventiva del daño, diferente de los tradicionales presupuestos de la responsabilidad civil, que también se adecúe a la prevención de los daños a derechos de incidencia colectiva. Será determinante familiarizarse con el nuevo instrumento. Los contornos se irán perfilando con la actuación de los operadores jurídicos y, especialmente, con el uso de las potestades dadas a los jueces.

Índice de Contenidos

- 1. Introducción**
- 2. El debate sobre las funciones del derecho de daños**
- 3. La prevención en el derecho de daños**
- 4. Consagración de la acción preventiva del daño en Argentina**
- 5. La prevención en el daño al ambiente**
- 6. La acción preventiva del daño al ambiente en argentina**

1. Introducción

Grandes debates se han dado sobre lo que habitualmente se denomina como las “funciones de la responsabilidad civil”. Desde hace un tiempo, dicho debate se centra sobre las funciones resarcitoria, preventiva y punitiva. Este trabajo se concentrará en una de ellas,

la preventiva, para luego dar una especial mirada al derecho ambiental.

Previo ello es necesario contextualizar históricamente la evolución del tema.

Inicialmente la responsabilidad civil tuvo en los códigos decimonónicos un tinte punitivo.¹ Sin embargo, a partir de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el cambio de las circunstancias sociales y económicas producido por el impacto de la Revolución Industrial – concretamente, la aparición del accidente como contingencia inherente a las economías capitalistas- llevó a un replanteo de ese esquema represivo.²

Ese fue el primer embate contra la originaria concepción de la responsabilidad civil. Tras los cambios profundos que causó en el tejido social la irrupción de las máquinas y la asimetría entre los fuertes (dueños de las máquinas) y débiles (las víctimas de perjuicios respecto de los cuales era difícil demostrar la culpa en caso de que la hubiera), provocó la irrupción de la teoría del riesgo del sistema, dando nacimiento a un camino de objetivación de la responsabilidad que no ha tenido solución de continuidad hasta nuestros días.³

El sistema se orientó entonces a la reparación de los daños injustamente sufridos como única finalidad del sistema.⁴

Así, la premisa de indemnizar pecuniariamente las consecuencias de un evento dañoso tuvo en principio un carácter netamente sancio-

¹ PICASSO, Sebastián, *Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, publicado en RCyS 2015-IV, 5 disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-daños-por-Picasso.pdf> (última visita 14/05/16)

² PICASSO, op. cit.

³ SEGUÍ, Adela M., *La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino*, DEL 26.12.2012, SJA 2012/12/26-9 ; JA 2012-IV

⁴ PICASSO, op. cit.

⁵ SAGARNA, Fernando, *La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución*, La Ley 2000-D, 1000, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales T. I, p. 437.

natorio para el dañador, girando luego hacia la idea de reparación de la víctima de un daño injustamente sufrido.⁵

Como ya se señaló actualmente, se ha abierto el panorama para incluir la finalidad preventiva e, incluso, retornar a la idea punitiva o de castigo al autor.

Las razones de esta tendencia se hallan en la complejidad que caracteriza actualmente a las relaciones sociales y económicas que los sistemas jurídicos pretenden regular⁶, la denominada Revolución tecnológica y la magnitud de ciertos daños.⁷ Basta con mencionar algunos ejemplos de esos fenómenos heterogéneos: el daño por contaminación ambiental, los perjuicios con la utilización de Internet, la venta masiva de productos defectuosos, etc.⁸

Por otra parte, también se debe reconocer la influencia que el derecho anglosajón viene ejerciendo sobre los sistemas de origen romano-germánico y la correlativa introducción de criterios económicos en el pensamiento jurídico.⁹

Cabe, por último, realizar una precisión en cuanto a la categorización de los conceptos. En este sentido, si bien muchas veces se utiliza la expresión “derecho de daños” como sinónimo de “responsabilidad civil”, parece más acertada la propuesta de mantener entre ellas una relación de género y especie. Es decir, que la categoría de responsabilidad civil mantenga su referencia clásica a la obligación de reparar un perjuicio y que el género derecho de daños permita configurar un sistema más abarcador incluyendo allí el debate sobre las otras finalidades, como ser la preventiva o la punitiva.

2. El debate sobre las funciones del derecho de daños

Cuando se analizan las funciones de cierta rama del derecho, se

⁶ PICASSO, op. cit.

⁷ SEGUÍ, op. cit.

⁸ PICASSO, op. cit.

⁹ PICASSO, op. cit.

entiende que se trata de interpretar el conjunto de normas que esa rama engloba y explicar qué objetivos se busca alcanzar mediante su implementación.¹⁰

La finalidad primaria que parece tener el derecho de daños es la reparación. Ella es su función indiscutible y deriva del principio “alterum non laedere”. Así, la violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado.

Como se señalara anteriormente, el nivel de complejidad que han alcanzado las relaciones sociales y económicas que los ordenamientos jurídicos se orientan a regular ha dejado en evidencia que la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es actualmente insuficiente.¹¹

Se ha propiciado entonces la introducción de mecanismos y técnicas que desde el derecho de daños se dirijan a la evitación de perjuicios probables o previsibles e, incluso, a la sanción de aquellos agentes que tengan conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.¹²

Así las cosas, actualmente puede afirmarse que hay cierto consenso en que a aquella función clásica se le ha añadido la prevención, materializada sustancialmente por la vía de la denominada “tutela civil inhibitoria”. Ella comprende distintos medios por los cuales se obtiene una orden judicial que impide la ejecución de un hecho dañoso o hace cesar el que ya se está produciendo.¹³

En otras palabras, consiste en una serie de acciones – medidas cautelares, inhibitorias, injunctions, etc.- destinadas a actuar antes de que el daño se produzcan y su elemento activante es la posibilidad de

¹⁰ PICASSO, op. cit.

¹¹ LORENZETTI, Pablo, *La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf> (última visita 14/05/16)

¹² LORENZETTI, Pablo, op. cit.

¹³ PICASSO, op. cit.

un ilícito futuro. Tales acciones son reguladas por la mayor parte de los ordenamientos como supuestos típicos e inconexos.

Se ha dicho que la tutela inhibitoria modifica el elemento central de la responsabilidad, que está basada en el daño, para actuar anteriormente, ante la mera amenaza; por lo que importa reconstruir el principio “no hay responsabilidad sin daño”.¹⁴

Con menor consenso, hay quienes asignan al derecho de daños una función punitiva, que se manifestaría en institutos tales como las astreintes o la cláusula penal y, en particular en los llamados “daños punitivos”.

La función punitiva del derecho de daños está dirigida a reprochar o castigar comportamientos dañosos una vez que la lesión se ha producido. Tiene su origen en los denominados “punitive damages” del derecho anglosajón, consistentes en una indemnización mayor que la exclusivamente reparadora, especialmente utilizado en los casos en que el beneficio provecho obtenido por el dañador como consecuencia de la conducta lesiva supera ampliamente el mero importe en que se cifra la reparación del daño sufrido por la víctima.¹⁵

Asignar la punición como finalidad del derecho de daños e instituirlo con herramientas para ello, es una idea fuertemente discutida en todo el derecho comparado.

Tan es así que aún en Estados Unidos donde se prevé expresamente la concesión de los daños punitivos, los estados han adoptado técnicas legislativas para limitar el valor de la indemnización por dicho concepto.¹⁶

Señala Diez-Picasso que si bien la punición estuvo en los oríge-

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coord.): *Responsa Iurisperitorum Digesta* (volumen 4), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000.

¹⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*, en MORENO MARTÍN, J.A. (ed.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.

¹⁶ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

nes de las normas de responsabilidad civil extracontractual, tiene en la actualidad un sentido ajeno a ellas. Así, explica que toda la evolución del derecho europeo continental consistió en separar a las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido. Y concluye que en los derechos continentales europeos la función punitiva es cumplida únicamente por las normas penales y en casos por el derecho administrativo sancionador.¹⁷

Como observa Llamas Pombo, la función reparadora de la responsabilidad civil tiene, además del efecto resarcitorio principal, efectos de carácter de secundario que evidencian un tinte preventivo o disuasorio, un reproche o punición en el condenado como responsable, e incluso a veces un efecto redistribuidor de la riqueza.¹⁸

El debate jurídico que se generó ha llevado a algunos autores a asignarle una multifuncionalidad al derecho de daños.¹⁹ Es decir que más allá de la función meramente indemnizatoria, hay quienes además de la preventiva y la punitiva mencionan como función la demarcatoria (delimitación de las fronteras que separan los ámbitos de la libertad de actuación y los de protección a determinados bienes e intereses que por ello implican límites a la libertad), distributiva de la estimación económica del daño, de minimización de los costos sociales, admonitoria o satisfactiva (teoría de la función de satisfacción o desagravio derivada de la doctrina alemana de la Genungtungfunktion).²⁰

Para muchos es un exceso de funciones, impropias al derecho de daños.

Hay, en efecto, doctrina y jurisprudencia en derecho comparado que mantienen la visión de que la función de la responsabilidad civil es exclusivamente resarcitoria y reparadora del daño.²¹

¹⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 2011, t. V, p. 23/24.

¹⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Prevención...*, op. cit.

¹⁹ Término utilizado por LLAMAS POMBO en *Prevención...*, op. cit.

²⁰ PICASSO, op. cit. ; y LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op.cit.

²¹ LLAMAS POMBO, *Prevención...*,

Cabe nuevamente aquí destacar que los conceptos de derecho de daños y de responsabilidad civil no son sinónimos sino que interactúan como género y especie. Esta distinción esclarece poco los términos del debate.

Además, lo que parece necesario es acordar si el centro de atención del derecho de daños debe estar puesto en la víctima (función resarcitoria, función preventiva), sobre el autor (función punitiva), o puede aceptarse la flexibilidad de focalizar la mirada sobre ambos alternadamente.

Existen poderosos argumentos en favor y en contra de las pretendidas funciones que exceden la meramente reparadora. Analizar tales argumentos supera el objeto del presente trabajo, a excepción de lo atinente a la función preventiva. Por lo que basta aquí señalar que el expuesto es el estado de situación en cuanto a la falta de consenso respecto del tema en análisis, y que los debates jurídicos se siguen dando en todo el derecho comparado.

Lo que sigue es abordar la prevención en el derecho de daños, para luego cruzar la variable con el daño al ambiente, un supuesto de daño colectivo.

3. La prevención en el derecho de daños

De acuerdo a la evolución señalada, la reflexión que se ha venido desarrollando es si en la indemnización de la víctima de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial se agota la función del derecho de daños o si también es necesario idear soluciones para un estadio anterior al acaecimiento del perjuicio.²²

Se ha definido a la función preventiva del derecho de daños como aquella con el objeto de impedir, suspender, prohibir o hacer cesar la conducta ilícita, peligrosa y causante de una lesión actual o futura.²³

²² LORENZETTI, Pablo, *La función preventiva...*, op. cit.

²³ NICOLAU, Noemí, *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, LL 1996-A-245.

En sociedades modernas en las que derechos valiosos (derecho a la imagen, derecho a la intimidad, derechos del medio ambiente, derecho del consumo, derecho a la salud), sufren un menoscabo importante es necesaria la creación de herramientas que posibiliten prevenir el ilícito, evitar su repetición e impedir que sus efectos se propaguen.²⁴

El Estado social de Derecho impone un derecho civil sensible a los intereses generales y colectivos.²⁵ Se habla de una socialización del derecho civil, entendiendo tal su preocupación por los intereses sociales o colectivos y su adecuación a la protección de aquellos miembros de la sociedad más débiles (consumidores o usuarios, menores, incapaces, víctimas de daños y perjuicios) y de los valores colectivos imperantes (igualdad, protección del ambiente).²⁶

Ello ha llevado a que un importante sector de la doctrina en todo el derecho comparado reclame una función preventiva en el derecho de daños. Existen varios argumentos lógicos, sociológicos y económicos para ello.

En primer lugar, la noción de tutela preventiva se vincula e incluye dentro del concepto de tutela judicial efectiva, Se encuentra reconocido por los sistemas jurídicos comparados²⁷ y por distintos instrumentos internacionales.²⁸

La tutela judicial efectiva se presenta como una garantía de toda persona para poder recurrir a la jurisdicción y obtener de un juez un

²⁴ BARRERA, Mónica, *La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias instructorias de los jueces*, publicado en Infojus, Id. SAJ: DACF150372, 16/07/15, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/monica-barrera-funcion-preventiva-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-su-impacto-proceso-civil-facultades-condenatorias-instructorias-jueces-dacf150372-2015-07-16/123456789-0abc-defg2730-51fcanirtcod> (última visita 14/05/16).

²⁵ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

²⁶ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

²⁷ Constitución Española, artículo 24; Constitución Argentina, art. 18.

²⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2,3; Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 25; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6.1; entre otros.

pronunciamiento justo.²⁹ Comprende un triple enfoque: la libertad de acceso a la justicia, la obtención de una sentencia justa y la ejecutoriedad del fallo.

En segundo lugar, el deber general de no dañar (“alterum non laedere”) supone un deber general de abstención de los individuos. De este principio romanista cabe derivar no sólo la regla “el que daña debe reparar”, sino también el deber de adoptar las precauciones necesarias y razonables que eviten el daño.³⁰ En otras palabras, “no dañar” supone reparar el daño causado pero previamente no causar daños o, lo que es igual, evitar que se produzcan.³¹

En tercer lugar, desde el análisis económico del derecho resulta más eficiente y recomendable la eliminación de la fuente generadora de un daño socialmente intolerable. Es mejor prevenir que curar. Dicha alternativa es evidentemente preferible a que la víctima soporte los costos primarios; el victimario los costos secundarios y la sociedad solvente los costos que la liquidación y distribución de los perjuicios ocasiona; permitiendo una mejor asignación de los recursos con el consiguiente beneficio social.³²

Desde otro punto de vista, corresponde señalar que claramente el coste de la prevención no podrá ser superior al coste de las indemnizaciones, ya que en tal caso se produciría un incentivo económico negativo.

En cuarto lugar, no debe desconocerse el desplazamiento que se ha producido en el seno del derecho de daños en las últimas décadas, el cual no gira ya en torno al dañador sino en torno a la víctima.³³ Importa más ésta que quien va a afrontar la indemnización por ese daño. Así, queda expuesto el interés del derecho de daños en la vícti-

²⁹ BARRERA, op. cit.

³⁰ BARRERA, op. cit.

³¹ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

³² BARRERA, op. cit. referenciando a Diez Picazo, *El Derecho de Daños*, Madrid 2000, pág. 42.

³³ LLAMAS POMBO, *Prevención...* op. cit.

ma como protagonista, con la consiguiente aplicación del principio general formulado como “favor victimae” o “principio pro damnato”, orientado a la defensa del débil en sentido jurídico.³⁴ A la luz de la víctima, es también preferible prevenir que reparar.

La función preventiva puede manifestarse de dos formas: como prevención general o como remedio preventivo.³⁵ La primera se vincula, como en el derecho penal, a la intimidación psicológica que ejerce la condena sobre los miembros de la sociedad, quienes ante la amenaza de responder por causación de perjuicios procuran evitar conductas dañinas. La segunda es la condena que ordena ejecutar una conducta o abstenerse para evitar la realización de un perjuicio.³⁶ A su vez, hay quienes distinguen dos modalidades en el remedio preventivo: el que evita la producción del daño (es la reacción frente al daño eventual) y el que hace cesar el daño (habiéndose iniciado el daño este aún no se ha consumado, la violación del derecho ya comenzó pero no ha terminado, se trata de una actividad perjudicial continuada).³⁷ Así, mientras que la función de prevención general de la responsabilidad es ampliamente aceptada por la doctrina, sea como función principal o secundaria, no existe consenso sobre la inclusión del remedio preventivo dentro de la responsabilidad civil.³⁸

De lo que se trata es de dar lugar a lo que se denomina “tutela civil inhibitoria atípica”, es decir, la doctrina que propicia la prevención de cualquier daño amenazante mediante un instrumento genérico.³⁹

Entre los antecedentes comparados se encuentran algunos ordenamientos jurídicos que han desarrollado la acción preventiva o tutela inhibitoria como propia de la responsabilidad civil.

³⁴ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

³⁵ RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás, *El remedio preventivo en la responsabilidad civil*, Revista de Derecho Privado n° 14, 2008.

³⁶ RESTREPO RODRIGUEZ, op. cit.

³⁷ RESTREPO RODRIGUEZ, op. cit.

³⁸ RESTREPO RODRIGUEZ, op. cit.

³⁹ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

En efecto, la “quia timet injunction” del common law es una condena que pretende evitar la causación de un daño o la continuación de la vulneración ante la presencia de una amenaza que pueda generar un perjuicio irreparable pecuniariamente.⁴⁰ La orden está dirigida a un sujeto, capaz de evitar la consumación de un daño amenazante absteniéndose o adoptando determinada conducta.⁴¹ El contenido concreto y su procedencia dependen del arbitrio judicial, lo cual da amplio poder sustancial al juez para crear una regla jurídica.⁴²

También la jurisprudencia alemana reconoció la existencia de una acción preventiva de carácter general.⁴³ Desde principios del siglo XX por elaboración jurisprudencial se extendió la acción negatoria del propietario hacia toda amenaza de daño dando lugar a la acción inhibitoria (“unterlassungsklage”).⁴⁴

Por su parte, los códigos de las obligaciones suizo y polaco, y lo códigos civiles, portugués, húngaro y austríaco otorgan a la condena de responsabilidad civil un contenido preventivo.⁴⁵ En Francia la doctrina ha configurado un tipo de reparación del daño futuro.⁴⁶ Italia ha hecho lo propio con la formulación de una doctrina e tutela inhibitoria atípica.⁴⁷

En todo caso, puede advertirse que la prevención en el derecho de daños adquiere, en los ordenamientos que la incluyen, la modalidad y las características particulares que le asigna cada sistema jurídico. A continuación se analizará el caso argentino por el carácter novedoso de las recientes modificaciones introducidas por el nuevo Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁰ RESTREPO RODRIGUEZ, op. cit.

⁴¹ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit., p. 31.

⁴² Id.

⁴³ RESTREPO RODRIGUEZ, op. cit.

⁴⁴ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

⁴⁵ RESTREPO RODRIGUEZ, op. cit.

⁴⁶ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

⁴⁷ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

4. Consagración de la acción preventiva del daño en Argentina

La reciente unificación de los Códigos Civil y Comercial argentinos con sus modificaciones bajo la denominación de Código Civil y Comercial de la Nación, fue una oportunidad para la definición de los grandes paradigmas y principios del derecho privado.

Entre los fundamentos de los cambios introducidos expuestos por la comisión redactora, y los que interesan a los fines de este trabajo, se señala: la necesidad de propiciar una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado, conectando la Constitución Nacional con el derecho privado y así suavizar la tajante división tradicional entre el derecho privado y el público; el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva y su armonización con los derechos individuales, por oposición a los códigos que regulan únicamente estos últimos; la existencia de principios de sociabilidad en el ejercicio de los derechos (buena fe, abuso del derecho); el paradigma protectorio que tutela a los débiles con fundamento constitucional en la igualdad real; el reconocimiento de tres funciones (preventiva, disuasiva y resarcitoria) de la responsabilidad civil; entre otros.⁴⁸ Todo ello demuestra la dimensión axiológica que se reconoce en el derecho privado.

Particularmente respecto de la responsabilidad civil, los fundamentos del anteproyecto que dio lugar al nuevo cuerpo normativo señalan reconocer las discusiones existentes en el derecho comparado respecto de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad. La comisión entendió que era necesario que la ley argentina resolviera la controversia, razón por la cual propició la introducción de normas que dejen claramente expuesta la posición del legislador.

Reparó en que era notoria, tanto en Argentina como en muchos otros países, la prevalencia de la función resarcitoria, considerándola

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis – HIGHTON DE NOLASCO, Elena – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf> (última visita 14/05/16).

adecuada cuando el bien protegido es el patrimonio, es decir, cuando se trata de proteger bienes que tienen un precio o valor traducible en dinero y que posibilitan el resarcimiento con una indemnización.

Pero habiéndose consagrado en distintas áreas del nuevo cuerpo normativo no sólo la tutela el patrimonio sino también la de la persona y de los derechos de incidencia colectiva, se advierte que la función resarcitoria del derecho de daños ya no es la única finalidad de éste. Se añaden, coherentemente, otras herramientas para alcanzar las nuevas finalidades.

En particular, la prevención resulta una herramienta mucho más eficaz para proteger el honor, la privacidad, la identidad de la persona. Como el nuevo Código tiene como fin primordial la protección de la persona, la responsabilidad civil se estructura sobre la premisa de su protección centrando su mirada en el damnificado.⁴⁹

Lo propio ocurre con derechos de incidencia colectiva, donde la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente.

Tales fueron los argumentos expuestos por la comisión redactora y que llevó a idear un sistema más complejo de la responsabilidad.

Así fue como, luego del debate parlamentario, el Código Civil y Comercial plasmó su posición de la siguiente manera: *“Responsabilidad Civil. Disposiciones Generales. Art. 1708: Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.”*

Más allá de titularse “funciones de la responsabilidad civil” y no del derecho de daños y dejando a un lado el debate suscitado en torno a la función punitiva (sanción pecuniaria disuasiva) que fuera suprimida del esquema general, lo cierto es que en la actualidad la prevención constituye en el sistema jurídico argentino un instituto del derecho civil de carácter general.

⁴⁹ SAGARNA, op. cit.

Ya existían en el Código Civil de Vélez Sarsfield supuestos específicos donde la función preventiva del derecho de daños comenzaba a asomarse. Tales eran la acción de daño temido (art. 2499), las acciones por inmisiones en fundos vecinos (art. 2618), las acciones por invasión a la intimidad ajena (art. 1071 bis), o las acciones reales confesoria y denegatoria (arts. 2795 a 2804).⁵⁰

Asimismo, la prevención se hallaba legislada en ciertas leyes especiales como las de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557), General del Ambiente (Ley 25.675).

Desde su lanzamiento, el nuevo conjunto normativo ha pretendido incorporar y compatibilizar la doctrina y jurisprudencia imperante.⁵¹

En este sentido, el nuevo código parece adoptar la propuesta que la doctrina denominaba como “tutela civil inhibitoria atípica”, a la que anteriormente se hizo referencia. Es decir, una propuesta superadora de los casos específicos, tipificados, de tutela inhibitoria a través de la creación de un instrumento genérico. Un impulsor de ella fue Llamas Pombo, quien la define como “una orden o mandato dictado por autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca un agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado”.⁵² De allí se desprende que los requisitos de la tutela inhibitoria - definitivamente distintos a los de la tutela resarcitoria - entonces serían: un daño amenazante, un comportamiento antijurídico, la relación

⁵⁰ ECHEVESTI, Rosario, *Código Civil y Comercial de la Nación. Diez puntos básicos en responsabilidad*, 10/11/2015, www.infojus.gov.ar, Id. SAIJ: DACF150819, disponible en <http://www.saij.gob.ar/rosario-echevesti-codigo-civil-comercial-nacion-diez-puntos-basicos-responsabilidad-dacf150819-2015-11-10/123456789-0abc-defg9180-51fcanirtcod> (última visita 14/05/16).

⁵¹ El principio de prevención adquiere trascendencia en el derecho argentino a partir del precedente jurisprudencial “Santa Coloma” (CSJN Fallos 308:1160) del año 1986.

⁵² LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit., p. 31.

de causalidad entre la conducta y el daño, y la posibilidad material de evitar la causación del daño.⁵³

En la jurisprudencia Argentina, ha habido innumerables casos de sentencias con contenido preventivo protegiendo la salud de las personas (adjudicando medicamentos, tratamientos, cirugías, aparatos ortopédicos, etc.), o su indemnidad (por ejemplo, ordenando la construcción de un cerco que aisle las excavaciones inundadas por acumulación de lluvias en las que había fallecido ahogada una niña de 13 años, la colocación de carteles bien visibles que indiquen el peligro, y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en un lugar⁵⁴).

Es decir que la tutela inhibitoria del daño no es nueva en nuestra tradición jurídica para contados supuestos, pero se advirtió necesario reconstruirla en un tratamiento unitario para aplicarla específicamente a la prevención del daño con carácter atípico y general.⁵⁵

En ese orden de ideas el artículo 52 del nuevo Código Civil y Comercial dispone: “*Afectaciones a la dignidad. 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, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.*” Hace entonces una clara remisión a las normas referidas a las funciones de la responsabilidad civil que a continuación se analizan.

A la prevención se dedican hoy los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial argentino, contenidos bajo el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1. Conforme a ellos la prevención se basa en tres

⁵³ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit., p. 41

⁵⁴ CFed. La Plata, sala III, 8/8/88, “G., D. y otra C. Gobierno nacional”. El doctor Schiffrin fundó su voto en un significativo fallo del juez de primera instancia en lo Civil y Comercial de Morón, doctor Héctor P. Iribarne, dictado el 8 de julio de 1986 “in re”, Altamirano, Elsa R. c. Cerámica Martín, S. A. y otros”.

⁵⁵ LLAMAS POMBO, *Prevención...*, op. cit.

grandes pilares: la consagración expresa del deber general de no dañar; la precisión de que existe un correlativo deber general de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; y la creación de una acción judicial genérica.⁵⁶

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

Se trata de un mandato legal expreso dirigido a todas las personas para que obren de buena fe y dirijan sus actos evitando causar daños injustos.⁵⁷

El contenido del deber se integra por la exigencia de evitar el daño (lo cual incluye tanto al daño que aún no ha ocurrido como a aquel que ha comenzado a producir sus efectos, siendo previsible su continuación), disminuir la magnitud del daño y no agravar el daño ya producido.⁵⁸

La tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de prevención de la dañosidad. Por lo demás las medidas requeridas para adecuar el comportamiento a la buena fe requieren entregar (dar), realizar (hacer) o abstenerse (no hacer).⁵⁹

Cabe destacar que en Argentina el principio “alterum non laede-

re” tiene raíz constitucional (art. 19 Constitución Nacional) y recepción en el Código Civil. Lo que se ha denominado la constitucionalización del derecho privado nacional ha colocado al principio de no dañar a otro como un norte a seguirse.⁶⁰

El mandato de no agravar el daño si éste ya se produjo debe distinguirse del deber de evitar el daño o de disminuir su magnitud. Es un criterio delimitador del resarcimiento. Este llamado “daño agravado por el acreedor” se encuentra también en el derecho comparado bajo distintas denominaciones: “deber de mitigar el daño por el acreedor” (derecho iberoamericano), “duty to mitigate” (derecho anglosajón), “schadenminderungspflicht” (derecho alemán), o “minimisation du dommage” (derecho francés).⁶¹

Se trata de determinar si el acreedor –víctima de un incumplimiento contractual o de un acto ilícito– debe evitar la extensión de su propio daño adoptando todos los recaudos posibles a fin de mitigar su agravamiento; lo que está en juego es la extensión del resarcimiento exigible al deudor.⁶²

El derecho anglosajón es el que viene desarrollando este criterio y lo distingue de la denominada “contributory negligence” (culpa concurrente o culpa concausal de la víctima). Mientras en esta última existe un comportamiento culpable de la víctima que, concurrentemente con la culpa del dañador, produce un hecho ilícito, los porcentajes de responsabilidad son equivalentes a los de participación. Diferentemente, en el “duty to mitigate” el acreedor tiene la carga de evitar el agravamiento del daño, si no la cumple se exculpa al dañador de todo lo que haya agravado el daño; es un acontecer causal distinto al que origina el daño.⁶³

⁵⁶ PICASSO, op. cit.

⁵⁷ PAPILLÚ, Juan M, *La Estructura de la Responsabilidad Civil en el nuevo Código Civil y Comercial*, del 18.08.2015 disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/La-estructura-de-la-responsabilidad-civil-en-el-nuevo-Código-Civil-y-Comercial-por-Papillú.pdf> (última visita 14/05/16)

⁵⁸ SEGUÍ, op. cit.

⁵⁹ LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano C., *Deber de prevención del daño: acción preventiva: cau-*

alidad, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/deber-prevencion-dano-accion-preventiva.pdf> (última visita 14/05/16)

⁶⁰ SAGARNA, op. cit.

⁶¹ LAMANNA GUIÑAZÚ, op. cit.

⁶² LAMANNA GUIÑAZÚ, op. cit.

⁶³ LAMANNA GUIÑAZÚ, op. cit. Hay precedentes jurisprudenciales tanto en Inglaterra

El art. 1711 estatuye: “*Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*”.

Esta acción intenta estar disponible en las distintas etapas de ejecución del daño proponiendo detener su producción donde sea factible (nacimiento, continuación o ejecución, agravamiento) y exige la previsibilidad del daño.

La antijuridicidad de la conducta, hace referencia a una conducta ilícita, no justificada, sea por acción u omisión. Piénsese que se trata de actos u omisiones aún no llevados a cabo.

Cabe preguntarse si el requisito ha de ser entendido de modo tradicional (antijuridicidad subjetiva y formal) o se tiene por cumplido con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el artículo 1710.⁶⁴ Parece tener más sentido que la antijuridicidad sea valorada de manera sustancial y no meramente formal.

El elemento que activa esta tutela es la posibilidad de un ilícito futuro, la amenaza de violación, la cual lleva a prescindir de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular siendo suficiente la amenaza.⁶⁵ Se ha dicho que el test de probabilidad que deberá sortear el derecho invocado como amenazado o lesionado no es una nota menor en el examen de la función preventiva dado que la función jurisdiccional resarcitoria puede llegar en tiempo inoportuno o tornarse inoficiosa.⁶⁶

Por otra parte, la idea del factor de atribución es ajena, ya que no puede imputarse ningún comportamiento subjetivo u objetivo al agen-

(“British Westinghouse Electric and Manufacturing Co, Ltd. Vs. Underground Electric Railways Co. London Ltd.” de 1912) como en Estados Unidos (Saner vs. Mc Clintic-Marshall Construction Co” Corte Suprema de Michigan 1914) y Canadá (“Janiak vs. Ippolito”, 16 DLR 4th 1 SCC de 1985)

⁶⁴ LORENZETTI, Pablo, *La función preventiva...*, op. cit.

⁶⁵ BARRERA, op. cit.

⁶⁶ BARRERA, op. cit.

te por un daño que todavía no se causó pero puede producirse en el futuro.⁶⁷

Continúa el art. 1712 disponiendo: “*Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.*”

Finalmente el art. 1713 establece: “*Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.*”

Se exige al juez ordenar las medidas con máxima prudencia y con un criterio de proporcionalidad y razonabilidad (principio de menor restricción posible). Una función preventiva excedida avanzaría indebidamente sobre otros derechos esenciales, por lo que deberán ponderarse equilibradamente las situaciones y evitar caer en ejercicios abusivos de los derechos.⁶⁸

Se incorpora entonces la denominada tutela preventiva de oficio, recogiendo la opinión de cierta jurisprudencia y de reconocidos autores.⁶⁹ La norma adopta el modelo del juez activo y director del proceso, comprometido con la prevención de los daños, concediéndole un significativo margen de acción para actuar conforme a las circunstancias complejas y diversas de cada caso.⁷⁰

Son variados los casos en los que la acción preventiva podrá aplicarse. A modo de ejemplo están: el retiro de productos defectuosos del mercado; el restablecimiento de servicios médicos injustamente suspendidos o negados; la rectificación de noticias inexactas o agra-

⁶⁷ LORENZETTI, Pablo, *La función preventiva...*, op. cit.

⁶⁸ BARRERA, op. cit.

⁶⁹ SCBA, 30/3/2005, “Carrizo, Carlos A. y ot. C/ Tejeda, Gustavo y ot. s/ Daños y Perjuicios”, Supl. Especial La Ley, Cuestiones Procesales Modernas, Octubre 2005, p. 151. // Zavala de González, Peyrano y Morello.

⁷⁰ PAPILLÚ, op. cit.

viantes o de publicidad ilícita; la supresión de cláusulas abusivas; el cese de terapias rechazadas por el paciente; la prohibición de publicación injuriosa o ilícita; entre otras.⁷¹

Por lo demás, el desarrollo que tenga la ponderación habrá de observarse paulatinamente con la aplicación jurisprudencial de la acción.

5. La prevención en el daño al ambiente

Cuando la prevención del daño se orienta a evitar la lesión de bienes colectivos, la temática parece revestir cualidades especiales que la llevan a ser un interesante objeto para la reflexión.

Los bienes colectivos son bienes indivisibles, cuya titularidad es comunitaria. A modo de ejemplo son tales el ambiente, las relaciones de consumo, las relaciones de competencia, etc. Cuando los bienes colectivos se ven afectados se dice que hay un daño de incidencia colectiva.

Los derechos de incidencia colectiva son aquellos que representan intereses plurales, homogéneos o supraindividuales; desde el punto de vista subjetivo son difusos en la titularidad, compartidos de manera fungible, impersonal o indiferenciada por grupos sociales, sectores, clases, categorías, la sociedad, colectividad o comunidad en su conjunto y tienen por objeto bienes colectivos, o bienes comunes.⁷²

La distinción que habitualmente hace la doctrina respecto de las clases de interés puede ser confusa. En rigor de verdad, existen intereses particulares (de un individuo) o intereses supraindividuales (de un grupo). Estos últimos pueden clasificarse a su vez en intereses colec-

⁷¹ LAMANNA GUIÑAZÚ, op. cit.

⁷² CAFFERATA, Néstor A., *Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273, AR/DOC/3833/2014, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Derecho-ambiental-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.-Por-Nestor-A-Cafferatta.pdf> (última visita 14/05/16).

tivos (intereses individuales homogéneos con base en derechos subjetivos individuales) o intereses difusos (son intereses referidos a bienes comunes, no hay titularidad pero pertenecen a los sujetos como miembros de una colectividad). La lesión de los intereses colectivos causarían daños colectivos propiamente dichos, mientras que la lesión de intereses difusos causaría daños difusos.⁷³

En muchos casos se hace referencia a los intereses colectivos queriendo referirse a los intereses difusos. A los fines de este trabajo, lo que interesa es distinguirlos del interés individual. Este último refleja una relación directa del titular con el bien, mientras que en los primeros no media un vínculo directo.⁷⁴

A modo de ejemplo la competencia desleal da lugar al resarcimiento de los daños causados por lesión a un derecho subjetivo individual (por publicidad comparativa, por divulgación de información confidencial, por informaciones inexactas), pero también puede causar un daño a la competencia como tal, que es un bien de incidencia colectiva.⁷⁵

Como los bienes colectivos son bienes indivisibles y su titularidad comunitaria, las indemnizaciones que hubiere no son adjudicadas al reclamante sino a satisfacer la finalidad comunitaria que proveía el bien afectado.⁷⁶ Es decir que cuando se lesionan bienes colectivos los habilitados para reclamar sólo tienen legitimación y no un derecho subjetivo.⁷⁷ Esa legitimación es difusa en cabeza de uno de los sujetos del grupo (interés difuso), o de una asociación con representatividad en el tema (interés colectivo), o del Estado (interés público).⁷⁸

En el caso del daño al ambiente, la distinción debe tenerse pre-

⁷³ La clasificación es tomada de LLAMAS POMBO, Eugenio, *Acciones colectivas contra daños en Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 60, 2008.

⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones...*, op. cit.

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones...*, op. cit.

⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones...*, op. cit.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones...*, op. cit.

⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones...*, op. cit.

sente respecto del daño que pueden sufrir los individuos a través del ambiente. Se trata de un daño al medio ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente.⁷⁹ En muchos casos, ambas categorías de daño coexisten.

El daño al ambiente -también denominado “daño ambiental colectivo”, “daño ambiental per se”, o “daño ambiental de incidencia colectiva”- es definido en varias legislaciones latinoamericanas.

En Argentina consiste en toda alteración relevante que modifique negativamente al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (art. 27 Ley General del Ambiente n° 25.675).

En Uruguay es toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente (art. 3 Ley General de Protección del Medio Ambiente n° 17.283).

En Chile es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes (art. 2 C Ley Bases Generales del Medio Ambiente n° 19.300 mod. Por 20.173/07).

En Venezuela es toda alteración que ocasione pérdida, disminución, degradación, deterioro, detrimento, menoscabo o perjuicio al ambiente o a alguno de sus elementos, considerando los daños ocasionados al ambiente como daños al patrimonio público (arts. 3 y 4 Ley Orgánica del Ambiente).

En Colombia (art. 42 c. Ley 99/93 de Medio Ambiente) y Ecuador (Ley de Gestión Ambiental) diferencian el daño social - el ocasionado a la salud humana, al paisaje, al sosiego público y a los bienes públicos o privados, directamente afectados por actividad contaminante -

⁷⁹ SABSAY, Daniel Alberto y DI PAOLA, María Eugenia, *El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente*, Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo, Año 2003, n° 17, Buenos Aires, La Le.y

del daño ambiental- el que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes -.

Otras legislaciones como las de Costa Rica, Brasil, Bolivia, Panamá y México hacen referencia al daño ambiental pero no lo definen expresamente sino que se infiere su reconocimiento de la normativa.

Es decir que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos comparados de Latinoamérica el daño al ambiente genera responsabilidad una vez producido.

La pregunta es si se puede y cómo hacer efectiva a su respecto una acción que lo prevenga antes de que suceda. Existen argumentos de distinta índole para que se habiliten en tales ordenamientos herramientas de protección del ambiente de forma preventiva.

Es interesante el planteo de De Lorenzo⁸⁰ sobre la necesidad de precisar quién es en estos casos “el otro” del principio de no dañar. Será, señala, que existen nuevos otros: las generaciones futuras, la naturaleza, los animales, las comunidades indígenas, etc. El jurista se ve entonces obligado a replantearse los viejos institutos del sistema a la luz de los nuevos paradigmas.⁸¹

Cabe recordar que precisamente en materia ambiental existe el principio de prevención, que tiene arraigado reconocimiento internacional. Más aún, es uno de los pilares básicos que conforman el orden jurídico ambiental internacional.

Son relevantes las funciones de los principios del derecho internacional ambiental puesto que dan un marco de negociación e implementación de los acuerdos internacionales en dicha materia; aportan reglas para resolver conflictos transfronterizos; y, en lo que aquí interesa, pueden ser la base para la introducción de instrumentos o normativa ambiental en el orden nacional.⁸²

⁸⁰ DE LORENZO, Miguel F., *El principio de no dañar al “otro”*, LL 2014-E-1350.

⁸¹ En los textos constitucionales de Ecuador y Bolivia se considera a la naturaleza como sujeto de derecho.

⁸² HUNTER, David, *Comparative Environmental Law*, American University, 2008, Vol. 2, p. 131

El principio preventivo refleja que la protección del ambiente es mejor alcanzada si se previene el daño ambiental antes que los remedios o compensaciones posteriores del daño ya ocurrido; es generalmente menos costoso.⁸³ Se orienta a que las causas y fuentes de los problemas ambientales se atiendan en forma prioritaria; requiere que se tome acción en una etapa temprana.

Generalmente este principio preventivo se aplica en el diseño de políticas de gestión orientadas a reducir o eliminar el riesgo de daño ambiental, tales como la evaluación de impacto ambiental, las auditorías ambientales, compromisos voluntarios sobre normas ambientales, requerimiento de autorizaciones administrativas, etc.⁸⁴

Por otra parte, es también la responsabilidad de los Estados no causar daño ambiental a otros Estados o a áreas más allá de la jurisdicción nacional. Es decir, un Estado puede verse obligado a prevenir daño ambiental dentro del ámbito de su jurisdicción cuando aquél tiene carácter de transfronterizo. Su incumplimiento, entonces, puede generar responsabilidad internacional del Estado.⁸⁵

Considerando que la preocupación colectiva por el daño ambiental no sólo es local sino que alcanza niveles internacionales, resulta necesaria la existencia de herramientas legales, concretamente acciones judiciales preventivas, acordes con la urgencia del caso.

La acción de cesación prevista en el ordenamiento jurídico español, si bien se refiere al ámbito del derecho del consumidor, es un ejemplo de tutela inhibitoria de carácter colectivo.⁸⁶

⁸³ HUNTER, op. cit.

⁸⁴ Tratados que han acogido el principio: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 194.1); Convención sobre Cambio Climático (art. 2); Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios (art. 5 y Anexo II); Convenio sobre Diversidad Biológica (preámbulo y art. 1); Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (art. 1).

⁸⁵ Ello se vio en el caso Trail Smelter sobre responsabilidad internacional por daño ambiental transfronterizo (contaminación), entre Estados Unidos y Canadá (laudos arbitrales de 1935 y 1941).

⁸⁶ LLAMAS POMBO, *Acciones...*, op. cit.

Es interesante la propuesta planteada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁸⁷ en su Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (año 2004). En el Capítulo II trata de los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva. El Código se preocupa preeminentemente por la efectividad del proceso colectivo, que debe conducir a una respuesta jurisdiccional realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Así, el artículo 5 regula la Tutela Jurisdiccional Anticipada de la siguiente manera: *El juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o II - esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. Par. 1º. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante. Par. 2º. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. Par. 3º. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada. Par. 4º. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda.*

A continuación se intentarán unir los conceptos e ideas esbozados hasta aquí para invitar a reflexionar acerca de la acción preventiva del daño al ambiente en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.

⁸⁷ Es una asociación con más de cien miembros académicos de los países de la Península Ibérica y de América Latina, cuya tarea es fomentar y fortalecer el Derecho Procesal en todas sus ramas. Tiene como fin primordial el progreso de la ciencia jurídica, en general y la afirmación del proceso como garantía de los derechos fundamentales de la persona humana.

6. La acción preventiva del daño al ambiente en Argentina

Como se señalara precedentemente, el nuevo ordenamiento civil y comercial propone alcanzar el equilibrio y compatibilización entre la esfera pública y privada, fijando límites y espacios entre la libertad personal y ausencia de intervención estatal por un lado y regulaciones de lo colectivo y de la vulnerabilidad en los vínculos privados a través de normativa de orden público por el otro.⁸⁸

Ya preliminarmente impone un condicionamiento al ejercicio de los derechos individuales referido a la afectación del ambiente o de otros derechos de incidencia colectiva. En efecto, el artículo 14 señala que el Código reconoce derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, y que 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.

Por otra parte, el artículo 240 señala los límites al ejercicio de los derechos individuales, el cual debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Establece que ha de conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Esta codificación de los derechos de incidencia colectiva es una expresión de la constitucionalización del derecho privado en Argentina, dado que recepta lo ya previsto por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional.⁸⁹

Así, al momento de definir el daño el nuevo código ha optado por

⁸⁸ LORENZETTI, Pablo, *Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual*, en el *Código Civil y Comercial de la Nación*, del 15.04.2016 SJA 2015/09/30-3; JA 2015-III, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Compatibilización-entre-la-esfera-pública-y-la-privada-y-entre-el-ámbito-colectivo-y-el-individual-en-el-CCyCN-por-Pablo-Lorenzetti.pdf> (última visita 14/05/16).

⁸⁹ LORENZETTI, Pablo, *Compatibilización...*, op. cit.

la postura de la jurisprudencia mayoritaria y las modernas tendencias señalando que se trata de una lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737). Recoge, en algún punto aunque no con exactitud, la doctrina de la Corte Suprema de la Nación sobre las categorías de derechos.⁹⁰

El daño, caracterizado por la lesión de derechos o intereses, no es ya únicamente el perjuicio a una persona o su patrimonio sino también al derecho de incidencia colectiva, tal el de los consumidores o el causado al ambiente.

La contundencia de las normas beneficia la defensa del ambiente.

Uniendo lo hasta aquí expuesto, puede advertirse que el deber de prevención y la acción preventiva de daños recientemente incorporados de modo general al ordenamiento privado, tendrán un fuerte impacto en el área de los derechos de incidencia colectiva.

La acción preventiva aplicada al daño ambiental es perfectamente compatible con la normativa previamente existente de la Ley General del Ambiente n° 25.675. En efecto, la función preventiva se halla contemplada en su artículo 32 que dispone: "...El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general...En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte."

Aún así, las normas que dicha ley contiene en relación al procedimiento colectivo ambiental no llegan a constituir un diseño adecuado y completo. En este sentido desde el derecho procesal son clave la legi-

⁹⁰ CSJN, "Halabi, Ernesto c/PEN s/ amparo", 24/02/2009, Fallos:332:111. Aquí sentó que había tres categorías de derechos: los individuales, los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

timación y su representatividad, las reglas de desarrollo del proceso y los efectos de la sentencia.⁹¹

Es entonces que aquí la acción preventiva del daño recientemente incorporada por el Código Civil y Comercial, que contiene varias directivas procesales, puede venir a definir aspectos prácticos de la pretensión preventiva ambiental.

Sin perjuicio de ello se advierten cuestiones que deberán ir definiéndose. Concretamente, por ejemplo, respecto de la antijuridicidad de la conducta.

Nótese que la acción preventiva del Código Civil y Comercial requiere la misma -que proviene de la violación del deber genérico de prevención de daños injustamente sufridos-. Luego el mismo ordenamiento señala que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada (art. 1717). Es decir, se trata de una antijuridicidad material: si la conducta conculca el principio general de indemnidad y si el daño que genera no posee justificación alguna (regula expresamente como causa de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho, la asunción de riesgos, el consentimiento del damnificado).⁹²

Por su parte, el artículo 27 de la Ley General del Ambiente activa el sistema de responsabilidad por daños también como reacción hacia conductas de carácter lícito.⁹³

⁹¹ TOLOSA, Pamela y GONZALEZ RODRÍGUEZ, Lorena, *La protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial*, del 10.08.2015 disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/La-protección-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-el-nuevo-Código-Civil-y-Comercial-por-Tolosa-y-González-Rodríguez.pdf> (última visita 14/05/16).

⁹² Arts. 1717 a 1720 y 1757 Código Civil y Comercial de la Nación.

⁹³ LORENZETTI, Pablo, *Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Revista de Derecho Ambiental N° 43 Julio/Septiembre 2015, Abeledo Perrot, p. 23, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Antijuridicidad-como-presupuesto-de-la-responsabilidad-civil-por-daño-ambiental-por-Pablo-Lorenzetti.pdf> (última visita 14/05/16).

Particularmente en materia ambiental, es usual que los daños masivos se generen por conductas que en principio no resultan violatorias de norma alguna. El punto de inflexión para la aplicación de la acción preventiva ante un daño ambiental será ese instante en el que exista una amenaza cierta de afectación al bien colectivo mas aún no producida la lesión.

Entonces el panorama actual es complejo: por un lado, se amplió la función del derecho de daños de manera expresa legislándose la acción preventiva y, por el otro, se amplió la noción del daño incluyendo la lesión a un derecho de incidencia colectiva. El entrecruzamiento de ambas variables (acción preventiva del daño y daño a un derecho de incidencia colectiva) causa cierta alarma o incomodidad en las estructuras clásicas. Ello, además, puede verse incrementado si advertimos que la antijuridicidad ha recibido también modificaciones.

Puede afirmarse que en la acción preventiva aplicada a los daños a derechos de incidencia colectiva, como lo es el daño al ambiente, muchos de los presupuestos de la responsabilidad civil se ven puestos en jaque. En efecto: 1) hay una ausencia de daño actual (es futuro con fuerte grado de certeza pero aún no ocurrido); 2) se trata de una amenaza de un daño que ya no es a un derecho individual sino a un derecho de incidencia colectiva; 3) la antijuridicidad parece estar anticipadamente cumplida con el deber de no dañar; y 4) el factor de atribución no se requiere.

Parece que en estos casos resulta conveniente abandonar como referencia los tradicionales presupuestos de la responsabilidad civil, precisamente también por encontrarse la función preventiva del daño fuera de aquella estructura tradicional.

Esto puede causar cierta incertidumbre pero en este estadio inicial del instrumento preventivo general es positivo cuestionar, analizar, pensar y repensar situaciones para elaborar soluciones satisfactorias a los interrogantes que se planteen. Los nuevos desafíos lo valen.

Conclusiones

En la actualidad puede considerarse generalmente aceptada la afirmación de que una de las finalidades que tiene el derecho de daños es la de prevenirlos.

Los modos en que los distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado introducen la prevención del daño son variados. Están quienes lo hacen mediante tutelas inhibitorias típicas, con herramientas específicas para casos puntuales y concretos, y están quienes incorporan la función preventiva mediante acciones de carácter general.

Otro agregado de los tiempos actuales es el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y, por ende, la protección del ordenamiento frente al daño de intereses difusos. Uno de los casos es el daño al ambiente.

El derecho ambiental tiene, coincidentemente, como principio constitutivo, tanto en los órdenes locales como a nivel internacional, el principio de prevención. Se dice habitualmente que el ambiente sufre la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos. Con mayor razón deben retirarse los obstáculos legales orientados a su protección de manera preventiva.

Este es el escenario común en el derecho comparado, con las particularidades que cada ordenamiento jurídico aporta.

Lo nuevo en el derecho argentino es la introducción y regulación de la acción preventiva del daño sumado al reconocimiento expreso de que el daño puede consistir en la lesión a un derecho de incidencia colectiva.

Ambas incorporaciones son aplaudidas precisamente por ser el reflejo del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los últimos años.

El desafío actual es dejar a un lado las estructuras clásicas elaboradas para la responsabilidad civil resarcitoria, definir los presupuestos de la procedencia de la acción preventiva del daño dejando gran parte de dicha tarea en manos del Juez.

Se avizora que el mayor impacto lo causarán las acciones preventivas dirigidas a evitar daños a derechos de incidencia colectiva, en virtud de la relevancia de los bienes protegidos.

Será determinante familiarizarse con el nuevo instrumento. Los contornos se irán perfilando con la actuación de los operadores jurídicos y, especialmente, con el uso de las potestades dadas a los jueces.

Las cartas están dadas; a jugar.

Bibliografía

BARRERA, Mónica, *La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias instructorias de los jueces*, publicado en Infojus, Id. SAIJ: DACF150372, 16/07/15. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/monica-barrera-funcion-preventiva-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-su-impacto-proceso-civil-facultades-condenatorias-instructorias-jueces-dacf150372-2015-07-16/123456789-0abc-defg2730-51fcanirtcod> (última visita 14/05/16).

CAFFERATA, Néstor A., *Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273, AR/DOC/3833/2014, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Derecho-ambiental-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.-Por-Nestor-A-Cafferatta.pdf> (última visita 14/05/16).

DE LORENZO, Miguel F., *El principio de no dañar al “otro”*, LL 2014-E-1350.

ECHEVESTI, Rosario, *Código Civil y Comercial de la Nación. Diez puntos básicos en responsabilidad*, 10/11/2015, www.infojus.gov.ar, Id. SAIJ: DACF150819, disponible en <http://www.saij.gob.ar/rosario-echevesti-codigo-civil-comercial-nacion-diez-puntos-basicos-responsabilidad-dacf150819-2015->

11-10/123456789-0abc-defg9180-51fcanirtcod (última visita 14/05/16).

HUNTER, David, *Comparative Environmental Law*, American University, 2008.

LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano C., *Deber de prevención del daño: acción preventiva: causalidad*, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/deber-prevencion-dano-accion-preventiva.pdf> (última visita 14/05/16)

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Acciones colectivas contra daños en Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 60, 2008.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*, en MORENO MARTÍN, J.A. (ed.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.

LORENZETTI, Pablo, *Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, *Revista de Derecho Ambiental* N° 43 Julio/Septiembre 2015, Abeledo Perrot, p. 23, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Antijuridicidad-como-presupuesto-de-la-responsabilidad-civil-por-daño-ambiental-por-Pablo-Lorenzetti.pdf> (última visita 14/05/16).

LORENZETTI, Pablo, *La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf> (última visita 14/05/16).

LORENZETTI, Pablo, *Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación*, del 15.04.2016 SJA 2015/09/30-3; JA 2015-III, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-con->

tent/uploads/2016/04/Compatibilización-entre-la-esfera-pública-y-la-privada-y-entre-el-ámbito-colectivo-y-el-individual-en-el-CCyCN-por-Pablo-Lorenzetti.pdf (última visita 14/05/16).

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coord.): *Responsa Iurisperitorum Digesta* (volumen 4), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis – HIGHTON DE NOLASCO, Elena – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf> (última visita 14/05/16).

NICOLAU, Noemí, *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, LL 1996-A-245.

PAPILLÚ, Juan M, *La Estructura de la Responsabilidad Civil en el nuevo Código Civil y Comercial*, del 18.08.2015 disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/La-estructura-de-la-responsabilidad-civil-en-el-nuevo-Código-Civil-y-Comercial-por-Papillú.pdf> (última visita 14/05/16)

PICASSO, Sebastián, *Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, publicado en RCyS 2015-IV, 5 disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-daños-por-Picasso.pdf> (última visita 14/05/16)

RESTREPO RODRIGUEZ, Tomás, *El remedio preventivo en la responsabilidad civil*, *Revista de Derecho Privado* n° 14, 2008.

SABSAY, Daniel Alberto y DI PAOLA, María Eugenia, *El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente*, *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo*, Año 2003, n° 17, Buenos Aires, La Ley.

SAGARNA, Fernando, *La responsabilidad civil en el último año del siglo*

XX. Síntesis de una evolución, La Ley 2000-D, 1000, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales.

TOLOSA, Pamela y GONZALEZ RODRÍGUEZ, Lorena, *La protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial*, del 10.08.2015 disponible en <http://www.nuevocodigo-civil.com/wp-content/uploads/2015/08/La-protección-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-el-nuevo-Código-Civil-y-Comercial-por-Tolosa-y-González-Rodríguez.pdf> (última visita 14/05/16).

LAS RECOMPENSAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Sandra F. Veloso*

Sumario: La precisión del vocablo; 2. Cargas de la comunidad; 3. Obligaciones personales; 4. Casos de recompensas; 5. De la prueba; 6. Monto de la recompensa y su valuación; 7. Las cuentas finales.

1. La precisión del vocablo.

El Código Civil no tenía ninguna norma expresa que recogiera este vocablo, sino diversos ejemplos que hacían referencia a tal concepto. El art. 1259, aludía a lo que “la sociedad adeudare a la mujer”; el art. 1260, “el crédito que tenga la mujer contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal”; el art. 1280, “los abonos que deba hacer el marido a la sociedad conyugal o la sociedad al marido”; y finalmente el art. 1316 bis referido a la oportunidad de su determinación decía “los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución”.

Disposiciones éstas que, luego de la readecuación efectuada por el art. 42 de la ley 26.618 de matrimonio civil, resultaron aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo, otorgándoseles a los integrantes de dichas familias los mismos derechos y obligaciones.

Dentro del Libro II de las relaciones de familia, Título II, donde se desarrolla el régimen patrimonial del matrimonio, Capítulo 2, referido al Régimen de Comunidad, Sección séptima del Código Civil y Comercial se despliega el proceso de liquidación de la comunidad. Y allí se enuncia con precisión a las “recompensas”.

* Jueza del Juzgado de Familia n°1 de Tigre, Depto. Judicial de San Isidro

ARTICULO 488. Recompensas. *Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.*

Se denomina recompensas, a aquellos créditos que existen entre uno de los cónyuges y la comunidad –antes sociedad conyugal–, que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales, durante la vigencia de aquélla. Su propósito es establecer con exactitud la masa que ha de entrar en la partición, restableciendo la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse el régimen y los que fueron adicionándose o sustrayéndose después. La determinación de las recompensas procura evitar que el haber propio de cada cónyuge aumente a expensas del común o disminuya en beneficio de la masa ganancial, en la forma dispuesta en el art. 495 del Código¹.

Estos créditos deben ser saldados con anterioridad a la partición de los bienes ya que al constituir aquellos una forma de corregir el desplazamiento patrimonial producido a favor de la masa propia o ganancial o en perjuicio de otra y otras, el derecho sólo se puede hacer valer en la etapa de liquidación².

No se trata de créditos ejecutables sino de créditos contables entre la masa propia y la ganancial de uno de los cónyuges que se resuelven en las operaciones de liquidación, se trata de relaciones internas entre el patrimonio propio y el ganancial de uno de los cónyuges.

En todo aquello que refiera a bienes adquiridos, deudas contraídas y pagos que no involucre los bienes ni cargas gananciales, se registrarán por los principios que tutelan otros institutos del derecho privado.

¹ BELLUSCIO, Augusto, César “Manual de Derecho de Familia”, novena edición p. 404., Abeledo Perrot. (Se adecua la definición a la terminología actual, reemplazándose sociedad conyugal por régimen de comunidad).

² SAMBRIZZI, “Régimen de bienes en el matrimonio” T II p 333.

En suma, se busca evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges en detrimento del patrimonio del otro³. Su finalidad es impedir la ruptura del equilibrio entre los patrimonios y evitar un enriquecimiento sin causa⁴.

El ámbito propio en que operan las compensaciones nos la muestra como créditos y obligaciones, respectivamente, debidos entre los cónyuges- y no entre los patrimonios-, a causa de su participación en la comunidad de gananciales⁵.

La acción para obtener el reconocimiento de la recompensa es personal, está sujeta a prescripción y no goza de privilegio alguno. El plazo será de cinco años conforme a lo normado por el art. 2560 del CCC, en tanto quedan comprendidos en la prescripción quinquenal los supuestos que quedaban subsumidos en el derogado 4023 CC que establecía la *prescripción ordinaria o de derecho común* de diez años.

La admisión del derecho a recompensa no se resuelve en un pago a realizarse entre los esposos sino a través de su cómputo en la cuenta de división de la comunidad.

2. Cargas de la comunidad.

ARTÍCULO 489. Cargas de la comunidad. *Son a cargo de la comunidad:*

a) las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente;

b) el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar;

c) las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comu-

³ FASSI- BOSSERT “Sociedad conyugal”, p. 259 Astrea Bs. As. 1978.

⁴ ver CN Civ., Sala E, 24-8-1984, JA, 1985-I-661; CN Civ., Sala A, 6-6-1979, ED, 84-478; CN Civ., Sala C, 11-2-1977, ED, 73-517; CN Civ., Sala F, 28-12-1984, ED, 114-360.

⁵ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, t. 1, p. 767/768, Astrea, Bs. As. 1998).

nes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación;

d) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.

Cuando se habla de cargas de la comunidad resulta de interés distinguir que tal concepto se corresponde con el aspecto interno de la obligación, también llamado cuestión de la contribución, o pasivo definitivo (denominación utilizada en la doctrina francesa), consistente en determinar si la obligación debe pesar en definitiva sobre la masa ganancial o bien sobre los bienes propios o la porción de gananciales que corresponde en la partición del cónyuge deudor. En el primer caso, la deuda se denomina común, y en el segundo, personal. Rige las relaciones de los esposos entre sí, sin trascender a terceros. Distinguiéndose de la llamada cuestión de la obligación, referida al aspecto externo, que consiste en la determinación de los bienes sobre los cuales podrá ejercerse el derecho de persecución de los acreedores cuando la deuda sea contraída por uno o ambos cónyuges, también llamado *pasivo provisorio*, (conforme lo denomina la doctrina francesa) ⁶.

Siguiendo este concepto siempre que una deuda personal sea pagada con fondos gananciales habrá en la liquidación de la comunidad derecho a recompensa a favor de ésta contra el cónyuge deudor, y siempre que una deuda común es pagada con fondos propios, habrá derecho a recompensa a favor del cónyuge que la solventó contra la comunidad. Conforme lo prevé expresamente el art. 468 del CCC.

El artículo sigue los lineamientos del art. 1275 del CC acerca de cuáles eran las obligaciones que debía solventar la sociedad conyugal. Incluía dentro de ellas: la manutención de la familia y de los hijos de uno de los cónyuges y los comunes, y aquellos que cada uno está obligado a dar a sus ascendientes; los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges; todas

⁶ BELLUSCIO, Augusto Cesar op. Cit. p. 114; FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A- ROVEDA, E, "Régimen de bienes del matrimonio" p.127. La Ley. Bs. As. 2001.

las deudas y obligaciones que cualquiera de los cónyuges contrajera durante el matrimonio; lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos; lo perdido por hechos fortuitos, como lotería juego, apuestas etc.

Son a cargo de la comunidad:

las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente.

Mientras que la redacción anterior incluía como cargas a todas aquellas deudas y obligaciones que cualquiera de los cónyuges contrajera durante el matrimonio, esta nueva formulación enuncia una limitación, exceptuando como cargas de la comunidad a aquellas que estén indicadas en el artículo siguiente, que las anuncia como obligaciones personales.

el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar.

Este punto se mantiene como en la anterior norma, pero con una redacción más correcta y actualizada, comprende todos los gastos ordinarios de aquél, el de los cónyuges e hijos. En definitiva todos lo necesario para la manutención de la familia como asistencia médica, comestibles, ropa, y gastos de vacaciones, entre otros.

las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aún la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación.

Mientras que en el antiguo Código se incluía todo lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos, esta nueva fórmula alude a las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos si tienen tal destino. En definitiva, no cambia el concepto base, puesto que incluye todas aquellas erogaciones que estén relacionadas con la educación de los hijos, en sentido amplio.

d) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.

La calificación que enuncia el inciso resulta de toda lógica debido a que los frutos de los bienes propios y gananciales son de carácter

ganancial. Una redacción más completa que la anterior en tanto incluye a los bienes gananciales, que entendían incluidos, no lo estaba en la letra de la norma. No deben confundirse, de todas maneras, los reparos con las mejoras. Los primeros son necesarios para conservar la cosa en buen estado, como la pintura, el arreglo de caños etc., y los segundos son los que agregan valor al bien⁷.

A su vez los actos conservatorios no son solo aquellos que se refieren a la conservación física de la cosa, sino también los referidos a su conservación jurídica, por ello se incluirán en este rubro aquellos gastos u honorarios devengados en juicios vinculados a la conservación de bienes propios y gananciales y también las primas de los contratos de seguros que protejan a la propiedad contra incendios, accidentes, robo etc.

Al respecto se ha juzgado que cuando se reconoce a favor del cónyuge no ocupante la fijación de un canon locativo, puede afirmarse que éste también goza de la compensación por el uso exclusivo del inmueble por la contraparte, circunstancia que justifica durante este tiempo en el que ambos obtienen algún beneficio, uno con el uso del inmueble y otro con la compensación correspondiente, que los pagos de impuestos, tasas y expensas durante ese lapso deben ser compartidos. Pero al mismo tiempo se juzga razonable que el demandado soporte la totalidad de los gastos por impuestos y expensas correspondientes al tiempo anterior a aquel desde el cual rige el canon locativo, por entender que resulta más equitativo establecer que debe cargar durante el período en que el actor se vio privado de todo provecho proveniente del inmueble⁸.

⁷ FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel- ROVEDA, Eduardo G. “Régimen de bienes del matrimonio”, op. cit. p. 134. La Ley. Bs. As. 2001.

⁸ Expte. N°92.803/2005 - “G. J. E. c/ P. E. s/ separación de bienes” – CNCIV - SALA F - 03/06/2011; CNCiv. Sala F, mayo 29/2008, “N., M. A. c. B., A. M.”, La Ley Online AR/JUR/3939/2008; Juz. Flia N°6 S.I. – S, A. C C/ S. M. R S/ liquidación de sociedad conyugal” . Expte N°: 47374 13-10-2014. (sentencia firme, inédita).

3. Las obligaciones personales.

ARTÍCULO 490. Obligaciones personales. Son obligaciones personales de los cónyuges:

a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad;

b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges;

c) las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios;

d) las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial;

e) las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales.

Se incluyen, con acierto, en este artículo aquellas deudas consideradas personales de cada uno de los cónyuges, a los efectos de que sean solventadas con dinero propio, o con la porción que reciba luego de la liquidación de los bienes gananciales. En el Código Civil las deudas personales no estaban enunciadas, solo resultaban a *contrario sensu* de la interpretación que se hacía del art. 1275, en especial de su inc. 3.

En relación a las deudas contraídas antes del comienzo de la comunidad por cualquiera de los contrayentes no hay duda que deberán ser solventadas con su dinero propio, o con la hijuela que le corresponda al momento de liquidación respectiva.

Asimismo, se resolvió que reviste el carácter de personal la deuda contraída por el demandado con el acreedor laboral, a raíz de su despido injustificado; aunque haya sido originada durante la vigencia del matrimonio habido con la actora, no tiene carácter de “deuda ganancial” o “carga de la sociedad conyugal” que genere a su favor una recompensa frente a la sociedad conyugal (hoy comunidad). Al contrario, se trata de una deuda que es consecuencia directa de la responsabilidad que se le ha atribuido al demandado en los términos de la legislación laboral. Siendo ello así, debe de pesar en definitiva, sobre su patri-

monio propio o sobre la porción que perciba en la división de ganancias⁹.

4. Casos de recompensas.

ARTÍCULO 491. Casos de recompensas. *La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.*

Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad.

Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.

Después de establecer el principio general que enuncia el primer apartado se dedica la norma a desarrollar dos supuestos típicos de recompensas que han sido bastante discutidos doctrinariamente y también encontraron soluciones distintas en los precedentes jurisprudenciales.

Primer párrafo.

Un ejemplo de lo que enuncia el primer párrafo de este artículo lo constituye también la redacción del *art. 468 del CCC. Recompensa. El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad.*

La norma si bien se encuentra incluida en el mismo capítulo, lo está dentro de la Sección tercera referida a las deudas de los cónyuges.

⁹ WWW.SCJBA.gov.ar . CC0003 LZ 4385 254 S 23/12/2013 Juez ALTIERI (SD) Carátula: Duran, A. E c/ Vazza, A s/ liquidación de sociedad conyugal”.

Tal remisión significa que nacerá un derecho de recompensa, que se evaluará al momento de la liquidación de la comunidad, siempre que una deuda propia sea solventada con dinero ganancial o una deuda ganancial sea solventada con dinero propio¹⁰.

Segundo párrafo.

La presunción que enuncia en cuanto a la enajenación de los bienes propios sin reinversión reconoce el derecho de recompensa al cónyuge enajenante de un bien propio durante la vigencia de la comunidad y cuyo precio no se reinvertió, con sólo acreditar que los fondos han sido ingresados durante la vigencia del régimen patrimonial. Por lo que si no se ha acreditado la inversión de los fondos en beneficio exclusivo del cónyuge, rige el principio favorable a la recompensa.

De ahí que se haya juzgado que el consumo total de un bien propio sin reinversión hace nacer un crédito contra la comunidad y a favor de los bienes propios por el total del valor consumido pues lo normal es que los gastos realizados durante el matrimonio estén a cargo de ella.

Si bien no se discutía la admisibilidad del derecho al reintegro en tales situaciones, el problema radicaba en estipular quién de los cón-

¹⁰ Un interesante precedente de la Sala B, con voto del Dr. Mizrahi, anterior a la reforma, sostuvo que “En lo que interesa a la presente causa, es oportuno destacar que las recompensas o compensaciones entre los cónyuges no solo han de jugar cuando son satisfechas cargas de la sociedad conyugal con fondos propios típicos, o así calificados en estricto sentido, sino también en los supuestos que las sumas mediante las cuales se afrontan aquellas cargas han tenido origen a partir del quiebre de la convivencia, ya que en estos casos - estaremos ante el pago de deudas de la comunidad solventadas -si se quiere- con un haber ganancial anómalo. Esto significa que a los fines de la liquidación y partición esos fondos deben computarse como propios, ya que no estarán alcanzados por el principio de división en partes iguales previsto en el art. 1315 del Código Civil (ver CA Apel.CC Morón, 30-5-1972, JA, 1972-15-574). A esta conclusión arribo tras una adecuada interpretación del Plenario de nuestra Cámara antes citado (29-9-99, ED, 185-375 y JA, 2000-I-557) y, además, por responder a un elemental criterio de equidad; pues nada justifica que un cónyuge pueda tener atingencia respecto a los fondos que se procuró el otro cuando ya no existe la comunidad de vida ni la colaboración recíproca propia de la unión conyugal”. CNCiv. Sala B “E. C/ F. M. S/liquidación de la sociedad conyugal” 14/08/08). En la actualidad el efecto retroactivo de la sentencia tiene un alcance mayor que el antiguo art. 1306 del CC, conforme lo indica el nuevo art. 480 del CCC.

yuges tenía la carga de la prueba y en su caso qué era lo que debía probarse. El Código recepta el criterio mayoritario formulado en doctrina, y jurisprudencia en cuanto a la suficiencia de la prueba por parte de aquél que reclama la recompensa, quien deberá acreditar la venta del bien y la recepción del precio para que se presuma *iuris tantum* que el dinero lo aplicó a la satisfacción de gastos que se encuentran a cargo de la comunidad, correspondiendo, en consecuencia, al otro cónyuge, justificar que los fondos no fueron realmente empleados en beneficio de aquélla, sea porque se reinvirtieron en la compra de otro bien propio, o se gastaron en beneficio exclusivo del enajenante, o bien, se destinaron a actos extraños a la comunidad. Claro está que dicha circunstancia solo constituye una presunción *iuris tantum* y por lo tanto puede ser rebatida por otras pruebas que lleven a la convicción del juzgador de una solución diferente.

La opinión minoritaria sostenía que el enajenante es quien debía probar que dichos fondos habían sido destinados a gastos de la sociedad conyugal para tener el correspondiente derecho al crédito, por encontrarse en mejores condiciones para hacerlo ¹¹.

¹¹ Mazzinghi sostiene la postura. Entiende que si uno de los cónyuges enajena un bien propio y desaparece el rastro sobre el destino de los fondos obtenidos en la venta, no surge el derecho a recompensa a favor del enajenante. En primer lugar, porque no hay norma legal que exija que la enajenación del bien propio, aunque no conste la reinversión del precio obtenido, genere un derecho de recompensa a favor del cónyuge enajenante. Por otra parte, las consecuencias, que en los hechos, puede acarrear su aplicación son negativas. Bastaría que uno de los cónyuges probara haber vendido un bien propio y haber percibido el precio, para que naciera en su favor derecho a la recompensa. Ahora bien, cabe pensar que el enajenante tanto pudo haber vendido el bien para pagar la operación de un hijo, como para jugar a las carreras, o para invertir su precio en una cuenta en el exterior, desconocida por el otro cónyuge. Y si así fuera, es decir, si hubiese dilapidado el importe o si lo conservara en condiciones inalcanzables para el otro cónyuge, el enajenante cobraría dos veces el precio del bien vendido: la primera del comprador, y la segunda de la masa de gananciales a partir. Por ello, la enajenación de un bien propio no genera recompensa alguna, salvo que se acredite que el precio se ha aplicado a alguna inversión —y no a gastos— subsistentes a la hora de liquidar la sociedad conyugal. Ver en MAZZINGHI, Jorge Adolfo, “Derecho de Familia”, t. 2, p. 628 y sigtes., Ed. Abaco, 1996 y También Borda es de este parecer. Considera que el principio general es que no hay compensación, a menos que se pruebe que la inversión se hizo en beneficio de la comunidad. Se pregunta el autor si no sería preferible la inversión de esta regla: que se haga lugar a la compensación a menos que se pruebe que el dinero se invirtió en gastos personales o se dilapidó. Todas estas

Tercer párrafo.

La interpretación acerca del carácter de la capitalización de utilidades ha estado siempre dividida. No coincidimos con la solución dada en el Código.

En primer lugar, el mayor valor que adquieran las acciones, sea por causa ajena a la sociedad o por decisión de ésta, beneficia al propietario de las acciones y mantienen el carácter de bien propio que tenían. Por iguales argumentos, las pérdidas por desvalorización que sufran las acciones afectarán al cónyuge titular de las acciones propias, y en nada influirán en la comunidad.

Coincidimos con quienes afirman que el mayor valor que adquirieran las acciones propias, por retención de las utilidades no generará — al momento de disolverse el régimen de comunidad — derecho de recompensa alguno a favor del cónyuge no socio, porque el mayor valor adquirido por tales acciones no se originó en la reinversión o disposición de bienes gananciales, sino de bienes que nunca ingresaron al patrimonio del cónyuge/socio¹².

La utilidad es de la sociedad anónima, persona absolutamente distinta a la de los socios, de modo que mientras las utilidades no se pongan a disposición de los accionistas, convertidas en dividendos, no les pertenecen. El aumento que tales reservas, constituidas durante el matrimonio, determinen en el precio de las acciones propias no cuenta para descalificarlas¹³.

desarrolladas en un completo trabajo de Solari, Néstor E: LA LEY2007-A, 106 - DJ2007-I, 308 “El derecho a recompensa por la enajenación de un bien propio durante el matrimonio”.

¹² ROCA, Eduardo A., “Carácter propio o ganancial de la utilidad o aumento de las participaciones en sociedades comerciales”, D Familia, N° 32, noviembre/diciembre 2005, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, p. 131. (“La plusvalía mantiene la calificación del bien que la experimenta, aun cuando las circunstancias que la determinen fueran posteriores al comienzo de la sociedad”). En igual sentido FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo A., Sociedad Conyugal, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 254 (“El aumento de valor de las acciones de la sociedad anónima no es un bien ganancial de la sociedad conyugal cuando las acciones son bienes propios”); DUPRAT, Diego Dividendos y sociedad conyugal. Carácter propio o ganancial del dividendo DFyP 2010 (junio), 01/06/2010, 12.En contra GAGLIARDO, Mariano, Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales, 2ª Ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 204.

Es necesario definir términos técnicos dado por los especialistas para poder comprender con precisión el tema. No es lo mismo utilidad que dividendo. Utilidad es la ganancia que ha realizado la sociedad a través de su giro, durante el ejercicio computable. La utilidad, como tal, pertenece a la sociedad, no a los accionistas. Cuando la asamblea dispone aprobar y distribuir a los accionistas las ganancias realizadas y líquidas de acuerdo al balance del ejercicio, se perfecciona para ellos el derecho al dividendo. Se trata de un crédito que nace a partir del momento en que la asamblea aprueba la distribución de dividendos. Es decir, no constituye un derecho adquirido antes de la aprobación del balance respectivo. Es incorrecto, por ende, considerar a los dividendos como devengándose día a día, o proporcionalmente, durante el ejercicio¹⁴.

De manera que el concepto de utilidad es diferente al de dividendo. Aquél se refiere a las ganancias realizadas y líquidas de la sociedad que resultan del balance del ejercicio. Los dividendos son “la parte de esos beneficios puesta a disposición de los socios”¹⁵.

El mayor valor que, durante la vigencia de la comunidad han adquirido las acciones propias es también propio. Que, en definitiva, no es sino el de que las cosas acrecen y perecen para su dueño.

Ese mayor valor puede deberse al empleo de utilidades devengadas en ejercicios cerrados durante la vigencia de la sociedad conyugal. Así, por ejemplo, la sociedad resolvió reinvertir utilidades en bienes de capital que han valorizado el patrimonio social o mejoras que, obviamente, se traducen en un mayor valor del capital accionario. Tales reinversiones han implicado sustraer las utilidades de la distribución de dividendos, los que nunca han ingresado al patrimonio del socio. En consecuencia, sería incorrecto sostener que se está ante un caso de un mayor valor que genera un derecho de recompensa a favor del

¹³ Roca, Eduardo, A op.cit.

¹⁴ Roca, Eduardo A. “Transmisión sucesoria del dividendo en acciones” cit., lug. citado, p. 75 y cita de Verón, Alberto V., “Sociedades comerciales”, t. I, 1983, Ed. Astrea, p. 68.; Zannoni, Eduardo A. Transmisión sucesoria de acciones sociales y sus dividendos” JA2001-IV-966.

¹⁵ ZANNONI, Eduardo op cit.

cónyuge del accionista al tiempo de la disolución de la sociedad. El mayor valor del patrimonio social en razón de la inversión de utilidades no distribuidas como dividendos no proviene del empleo de fondos gananciales. Buena prueba de lo que decimos es que si la sociedad resuelve revaluar su activo y emitir acciones en virtud del revalúo, las acciones emitidas que corresponden a cada accionista en proporción a su tenencia accionaria serán también propias, porque no representan sino el mayor valor de un bien propio¹⁶.

Aun cuando pudiera determinarse que la actividad del socio fue la causa directa y exclusiva del aumento patrimonial de la sociedad, deberá tenerse en cuenta que los fondos reinvertidos o aplicados a negocios corporativos, siempre fueron fondos de la sociedad que nunca se transfirieron a sus socios y que la eventual gestión “exitosa” del cónyuge socio dentro de la sociedad pudo haber sido debidamente remunerada a través del pago de salarios u honorarios, los cuales sí tienen carácter ganancial.

Consideramos que el mayor valor adquirido por las acciones propias, durante la vigencia de la sociedad conyugal, seguirá teniendo el carácter de propio, ya sea por revalorizaciones de los activos o por capitalizaciones que no impliquen desembolsos por parte de los accionistas, no genera, a nuestro criterio, derecho de recompensa alguno por no haberse utilizado, en ningún momento, fondos gananciales, ni siquiera fondos propiedad del accionista. Por eso no coincidimos con la solución dada.

Coincidimos por lo tanto con quienes entienden que la norma no da respuesta al cuestionamiento que realiza la doctrina autorizada respecto a que el derecho al dividendo del que hablamos se concreta con la decisión de la asamblea que resuelve su distribución, antes de esta decisión, como lo anticipáramos no hay crédito alguno, por lo que el accionista tampoco tiene derecho al reparto periódico de dividendos, consecuentemente el cónyuge del socio no podría tener mejor derecho

¹⁶ ZANNONI, Eduardo A. Transmisión sucesoria de acciones sociales y sus dividendos.JA2001-IV-966.

que el propio accionista. La asamblea es quien se encuentra facultada a retener en todo o en parte las utilidades del ejercicio, esta retención deberá estar fundada en el interés social y será legítima siempre que la decisión no resulte irrazonable¹⁷.

5. De la prueba.

ARTICULO 492. Prueba. *La prueba del derecho de recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.*

Recepta la norma el principio general de la prueba y además el reconocimiento doctrinario y jurisprudencial mayoritario que existía en tal sentido¹⁸.

El art. 1260 del Código Civil, enunciaba que la mujer podía probar el crédito que tenga contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido, cuando concurren otros acreedores.

Sabido es que la carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión¹⁹.

Generalizando este principio indica la norma que la recompensa puede ser acreditada por todos los medios de prueba, con excepción de la confesión del cónyuge deudor si es a favor de la comunidad, o del no deudor si es a favor de un cónyuge, cuando existan acreedores de aquel cuya confesión pretenda invocarse que puedan verse afectados por el reconocimiento del crédito.

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A- HERRERA, M, LLOVERAS, NORA Directoras “Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014 T I p. 493.

¹⁸ SCBA LP C 100290 S 26/08/2009 J; SCBA LP Ac 60346 S 08/07/1997 entre otras; “M., S. C. v. G., F. C.” CNCiv, sala K; entre otros tantos pronunciamientos.

¹⁹ PEYRANO, Jorge W “La carga de la prueba”. La Ley 19-12-2013 F, 1205.

Resulta de interés la forma en que ha de armonizarse esta disposición con las que forman parte del Capítulo I del Título VIII del Código Civil y Comercial que contiene las disposiciones generales referidas al Proceso de Familia. En efecto los artículos 709 y 710 del CCC, que establecen los principios relativos a la prueba aluden a los principio de oficiosidad; libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba.

En los procesos de familia el impulso procesal, se indica, está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso, sin embargo, no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces. Y aquí la frase que –en apariencia- colisiona con aquel que dice que “La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

Por un lado el principio general que alude a las “cargas probatorias dinámicas” que sintéticamente significa que quien esté en mejores condiciones de probar determinados hechos, tiene la carga de hacerlo. Lo que es posible exigirle por imperio de la buena fe procesal. Y la norma específica de que la carga la tiene quien invoca la recompensa.

El art. 705 del CCC resulta esclarecedor en tanto delimita el ámbito de aplicación de las disposiciones del título a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos. Por ello siendo que aquí la norma expresamente indica a cargo de quien recae la prueba ha de prevalecer la norma especial por sobre la general.

La vigencia del principio dispositivo requerirá que la aportación de la prueba se confíe en la iniciativa de las partes aunque se admite de forma concurrente la facultad de los jueces en el sentido de complementar o integrar por propia iniciativa el material probatorio adecuado a la prueba de los hechos invocados²⁰.

Tal como lo menciona el artículo la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca; es decir, al cónyuge acreedor o sus

²⁰ SBAR, Claudia “Verdad objetiva y sentencia justa. Facultades instructorias del juez en el proceso civil”.

sucesores si se trata de recompensa a su favor, y al cónyuge no deudor o sus sucesores si se trata de recompensa a favor de la comunidad.

Sin embargo la circunstancia de ubicarse una de las partes en mejor posición de aportar la prueba no indica, necesariamente, que la otra no pueda producirla.

Finalmente será función de los jueces con competencia en la causa la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso y, en la tarea de razonamiento, indagar el sentido que corresponde acordar a las normas y atender a las consecuencias que normalmente derivan. Lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia²¹.

6. Monto de la recompensa y su valuación.

*ARTICULO 493. **Monto.** El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.*

La redacción del artículo pretende poner un tope máximo en relación al monto que debe abonarse por la recompensa. Esta, según el enunciado, deberá ser equivalente al monto de lo que se invirtió, si éste es menor al beneficio que aquella inversión produjo, o en el supuesto que de dicha erogación no derivara beneficio alguno para el cónyuge o para la comunidad, se tomara en cuenta el valor de aquélla.

*ARTICULO 494. **Valuación de las recompensas.** Los bienes que*

²¹ GUZMAN, Leandro “La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial” en Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (junio).

originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.

Art. 1316 bis del Código Civil, introducido por la ley 17.711 hacía referencia a los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de esta, se determinarían reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso.

Delegaba al juez la apreciación de la medida del reajuste allí previsto, quien debía analizar las circunstancias del caso, y entre ellas la depreciación o desvalorización de la moneda, su relación con la moneda extranjera en que suelen llevarse a cabo varias de las operaciones referidas a los bienes, la valoración de las mejoras, su desvalorización con el correr del tiempo, entre otras.

Esta nueva redacción permite una mejor forma de valoración. Resulta de toda lógica que si las recompensas se determinan después de la disolución del régimen de comunidad que su valuación sea realizada al tiempo de la liquidación, lo que por otra parte elimina todo problema de desvalorización, de la mejora, o el cambio del poder adquisitivo de la moneda.

7. Las cuentas finales.

*ARTICULO 495. **Liquidación.** Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común.*

En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

Si la recompensa es de la comunidad contra el cónyuge, su valor se adiciona al haber ganancial y se imputa a la porción del cónyuge deudor; y si la recompensa es del cónyuge contra la comunidad, su valor se debita del haber ganancial, y al cónyuge acreedor se le atribuye

ye, además de la mitad del haber ganancial líquido, el importe de la recompensa. Sólo habrá lugar a pagos de uno de los cónyuges al otro cuando el haber común sea insuficiente para cubrir los derechos del cónyuge no deudor, o en su caso subsistirá el crédito.

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES Y CONVIVIENTES

Por Sandra F. Veloso*

Sumario: 1. Introducción, características y ubicación legal. 2. Alcance del art. 722 del Código Civil y Comercial. 3. Fijación de un plazo. 4. Revisión. 5. Medidas protectorias en la separación judicial de bienes y en la etapa de indivisión postcomunitaria. 6. Consideraciones finales.

1. Introducción, características y ubicación legal.

El Código Civil y Comercial en Libro II referido a las relaciones de familia, Título VIII de los Procesos de familia, dedica el Capítulo 4 a las medidas provisionales relativas a las personas (art. 721) y a los bienes (art. 722) que pueden ser solicitadas por cualquiera de los cónyuges deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes, en caso de urgencia.

Ambas normas, resultan también aplicables –en cuanto sea pertinente- a las uniones convivenciales (art. 723).

Mientras la primera de ellas *faculta* al juez a tomar las medidas provisionales, aún de oficio, necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges e hijos durante el proceso, la segunda, siempre a pedido de parte, obliga al magistrado a disponer medidas de seguridad para evitar que la administración y disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro.

Si bien algunas de las providencias que regulan las relaciones personales, poseen contenido económico, tales como establecer una renta por el uso exclusivo de la vivienda, la fijación de un régimen ali-

* Jueza del Juzgado de Familia n°1 de Tigre, Depto. Judicial de San Isidro

mentario, o bien la orden de entrega de ciertos objetos del inmueble de uso personal; su principal finalidad no es asegurar el cumplimiento de una sentencia dictada a consecuencia del proceso cognitivo posterior, como ocurre en las patrimoniales, sino en esencia ordenar la vida familiar que se encuentra conmovida por el quiebre de la unión matrimonial o convivencial, ello, mientras dure el trámite de los procesos de divorcio, de nulidad de matrimonio o los derivados de la ruptura de la convivencia, procurando tutelar las necesidades que se presentan como más urgentes con alternativas variables y en algunos casos complejas.

Se perfila en este primer caso un modelo de juez “activista” que se desenvuelve dentro de la denominada “justicia auxiliatoria”, “de colaboración” o de “acompañamiento”, misión que asume con apoyo y colaboración de las partes, e incluso con el auxilio de los equipos técnicos¹, procurando el logro de una tutela jurisdiccional efectiva (art. 75 inc. 23CN)².

En el campo de las medidas cautelares de carácter personal el juez puede desarrollar su amplio poder oficioso (art. 709 CCC), mientras que en las medidas patrimoniales su potestad se ve reducida a la posibilidad de acogimiento de la providencia pretendida, o bien, a la de disponer una medida distinta, teniendo en cuenta el derecho a proteger, y procurando causar el menor daño posible en la persona y en los bienes del demandado. Sólo podrá rechazarla cuando ésta fuere manifiestamente improcedente o no esté redactada de forma clara.

Las medidas cautelares patrimoniales reguladas en el art. 722 del Código Civil y Comercial se erigirán en el centro de nuestra mirada.

Estas providencias si bien comparten características que son comunes a las restantes cautelares genéricas, asumen otras que le son propias.

¹ En la Provincia de Buenos Aires cada juzgado de familia cuenta con un grupo interdisciplinario dentro del equipo del juzgado compuesto por un psiquiatra, dos psicólogos y dos asistentes sociales. Pudiendo variar, según el criterio del juez, el profesional que se repite, mientras que sumen un total de cinco.

² Acerca de la tutela judicial efectiva ver más en BERIZONCE, Roberto O. *El proceso civil en transformación*. La Plata, 2008, p. 40.

Se decretan mediante un conocimiento sumario, superficial o periférico encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad; *inaudita parte*, esto es, sin sustanciación previa con el afectado³; tienen contenido económico, y no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante cuyo análisis se desarrollará en plenitud en el proceso cognitivo pertinente. Hay acuerdo en que estos intereses no pueden quedar librados a la abertura temporal del proceso de conocimiento, cuya excesiva prolongación pueden convertirla en un derecho abstracto que imposibilite la más efectiva protección patrimonial para el supuesto de conflicto entre los esposos.

Son meramente preventivas y se establecen bajo la responsabilidad del que las pide; tramitan generalmente en expediente por separado, donde permanecen reservadas hasta tanto se ejecuten la totalidad de las medidas pedidas.

Son accesorias, provisionales, y fungibles y aún ante la exigencia de la fijación de un plazo, en cualquier momento puede disponerse su sustitución, modificación o levantamiento.

No pueden ser decretadas con un *alcance abusivo* de los derechos⁴, o con el propósito de hostilizar al cónyuge, o para trabar sus actividades, ni causar perjuicios innecesarios. Deben ser ordenadas sólo en la medida indispensable y en modo tal que no signifiquen una extorsión o imposibiliten el normal desenvolvimiento de la parte afectada por ellas o constituya una desviación del objetivo cautelar.

En el ámbito propio de las medidas cautelares existe una referen-

³ Si bien ello no es una cualidad necesaria de las medidas cautelares, se justifica por la existencia de riesgo de insolvencia del demandado o de frustración palmario de un derecho, lo que no siempre sucede con aquellas medidas que coinciden en general con el fondo y que merecen sustanciarse previamente. Entendemos que corresponde dar traslado a la contraria en el caso que se requiera la designación del otro cónyuge o la de un tercero como administrador de la masa de bienes –gananciales- que el otro consorte administra, prevista por el art. 483 del CCC para el proceso de indivisión postcomunitaria.

⁴ Lo que resulta concordante con lo normado por el art. 10 del Código Civil y Comercial en cuanto a que 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.

cia al abuso del derecho en el art. 208 del Código Procesal PCC de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires que establece que, *salvo en el caso de los artículos 209 inciso 1 y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiera solicitado*, y esta resulta de aplicación también en el proveimiento de medidas cautelares solicitadas en el juicio de divorcio⁵.

Como el resto de las medidas cautelares el escrito debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular a la medida requerida, de conformidad con el art. 195 CPCC de Nación y de Provincia de Buenos Aires, el primero a su vez agrega que los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, compromete, o distraiga su destino.

Están regidas prioritariamente por la legislación de fondo o sustantiva, lo que implica que se vean sometidas a presupuestos propios.

En este sentido la verosimilitud del derecho, queda acreditada con la respectiva partida de matrimonio o con la constancia de anotación de la unión convivencial en el registro correspondiente (art. 512 CCC).

Distinto es el caso de la unión convivencial no registrada, puesto que aquí a fin de lograr la correspondiente certeza deberá valerse de cualquier medio de prueba, en forma previa.

En cuanto al peligro en la demora solo deberá ser acreditado si son iniciadas con anterioridad a los respectivos procesos, ya que la sola promoción de la demanda que solicita la disolución del vínculo hace presumir su existencia.

De acuerdo al objeto que persigan y a la necesidad impostergable de su proveimiento las medidas pueden exhibir diversas formas de

⁵ Ver para mayor estudio del tema a KIELMANOVICH, Jorge, *El abuso del derecho en las medidas cautelares*. LA LEY, 2012-E, 1218.

expresión. La urgencia y las circunstancias particulares de la situación jurídica a preservar, son determinantes tanto para evaluar su procedencia como para la determinación de cuál o cuáles de ellas son las que deben tener debida acogida, aunque predomina, en general, un criterio amplio.

Esto es así porque se reconoce la influencia que tienen las cuestiones de índole económica cuando se desarrollan en un clima de presunta armonía, unión, confianza y afecto entre los cónyuges pendientes cada uno de ellos de la buena fe del otro. Todo lo cual se enmarca dentro de las normas propias del régimen patrimonial del matrimonio. Criterio que también ha de aplicárseles a las uniones convivenciales.

Respecto de la prestación de una contracautela real o personal, por parte de quien solicita la medida, es un principio generalmente aceptado que en los procesos de familia ésta no resulta exigible como requisito para la ejecutabilidad de las cautelares. Es así porque cuando ellas afectan la persona de los cónyuges o de los hijos, no hay intereses económicos en juego, y cuando son adoptadas para resguardar la integridad de los bienes gananciales, ambos cónyuges están interesados, y la garantía por los posibles perjuicios surge de la porción de gananciales que le corresponderá al peticionante de la medida en la liquidación de la *sociedad conyugal*⁶, resultando suficiente para que sean acordadas la demostración del peligro o daño inminente a las personas o a los bienes⁷.

Sin perjuicio de ello, bajo determinadas condiciones la contracautela puede ser ordenada. En este sentido se resolvió que configura un supuesto excepcional, que habilita la procedencia del pedido de contracautela, formulado por el accionado, cuando se presenta factible la traba de medidas cautelares sobre bienes que verosímelmente revisten carácter de propios del otro cónyuge y no tiene una finalidad claramen-

⁶ CCiv. SN 11171 I 27/03/2014; “Nardoni, Mariana Elisabet c/ Pavor, Martin s/ Medidas Precautorias”, en WWW.SCJBA.gov.ar.

⁷ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 219 y doctrina y jurisprudencia allí citada.; FERRER- MEDINA- MENDEZ COSTA, (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Bs. As. 2014, Tomo I, p. 403.

te esbozada, compatible con el régimen de bienes del matrimonio y los créditos y compensaciones que de él pueden derivarse. A lo que se suma que la peticionaria carecería de bienes en el país, posee domicilio en el extranjero y actúa en la jurisdicción a través de un apoderado⁸.

En cuanto a si opera o no el plazo de caducidad previsto en el art. 207 del Código Procesal, que otorga diez días, a partir de la traba de la medida, para que se interponga la demanda y en caso de que no lo hiciera no podría volver a proponerse por la misma causa y como previa a aquella, sin perjuicio del pago de las costas y daños y perjuicios causados, no hubo coincidencia en la doctrina. Para algunos autores la caducidad no resulta aplicable a las medidas cautelares derivadas del divorcio⁹; para otros, aquella debe ser aplicada como a cualquier otra medida cautelar¹⁰.

2. Alcance del art. 722 del Código Civil y Comercial

Art. 722. Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

⁸ CNCiv. Sala B “S. P. c. M. A. N. s/ Art. 250 C.P.C. Incidente familia”, 30/08/2013, en Revista DFyP 2014 (enero), 77 con nota de Fabián E. FARAONI; Susana SQUIZZATO • DJ 26/02/2014, 92, LA LEY online: AR/JUR/68675/2013.

⁹ FASSI y BOSSERT, *Sociedad conyugal*, T II, com. art. 1295, núm. 11, p. 148), KIELMANOVICH, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, T I, com. art. 207, p. 492 y trabajo cit.; MEDINA, Graciela, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Divorcio y Proceso de divorcio*, T I. p. 1032.

¹⁰ BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de Familia*, T III, p. 484, núm. 819; ZANNONI, Eduardo *Derecho de Familia*, T I, p. 701, núm. 456 y en *Caducidad de las medidas precautorias en el juicio de divorcio*, ED 84-408; MAZZINGHI, *Derecho de familia*, T II, p. 510, núm. 340; SAMBRIZZI, Eduardo A., cit. T II, p. 39 y CNCiv. Sala K 26448/2012 Bs As 2-2-2014.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración

La finalidad de las medidas precautorias que autorizaba el artículo 1295 del Código Civil radicaba en asegurar los derechos del cónyuge que las solicita a las resultas de la sentencia de divorcio que fuera dictada, preservando hasta el momento de la liquidación de la sociedad conyugal la parte que le corresponde en ese acervo. Disposición que resultaba concordante con el art. 233 del Código citado en cuanto ambas preveían medidas cautelares durante los respectivos procesos, separación personal o divorcio vincular. El objeto principal lo constituía la protección de los derechos en expectativa. Pues la gestión separada de los bienes de titularidad de cada cónyuge, podía poner en riesgo la división por mitades que para los bienes gananciales correspondía conforme al art. 1315 del derogado Código; riesgo que también alcanzaba a los bienes propios en la medida que éstos pudieran hacer posible recompensas en la etapa de liquidación de la llamada sociedad conyugal.

En este contexto se sostuvo que las cautelares resultan procedentes tanto sobre los bienes gananciales como también respecto de los propios de los cónyuges, en este último caso solo cuando aquellos resultaran –*prima facie*– insuficientes para cubrir los créditos existentes contra la *sociedad conyugal*, ahora comunidad; provenientes de recompensas, de lo que se deriva en una mayor restricción en la evaluación de la medida cuando se pretenda afectar los bienes propios¹¹, criterio que resulta de toda vigencia.

Si bien estas prácticas conjuraban en buena parte la posibilidad de fraude en la disposición o en la desaparición de los bienes y la

¹¹ CNCiv. Sala I. “Y., M. A. c. V., L. A. s/ liquidación de la sociedad conyugal” 14/05/2015 LA LEY Cita online: AR/JUR/17763/2015; CNCiv. Sala B “C., J. c. C., A”. 14/03/2013, LA LEY cita online AR/JUR/18234/2013, entre otras y SAMBRIZZI, Eduardo A., *Separación Personal y Divorcio*, T. II., ps. 447 y 448.

eventual insolvencia del cónyuge deudor de los bienes comunes, como también hoy se pretende, dicha eventualidad no puede excluirse totalmente en tanto el demandado puede consumir la venta de ciertos bienes declarando que es soltero, tal como sucede con frecuencia con los formularios que se completan en el registro del automotor, o bien emplear cualquier otro artilugio para obtener su fin.

El nuevo art. 722 del CCC también continúa con el amparo que otorgaban las normas descritas, en cuanto posibilita la disposición de medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, lo hace con un alcance mucho mayor.

Se incluye, ahora, en la protección cautelar, la acción de nulidad de matrimonio que no estaba contemplada en la anterior legislación, así como también los derechos sobre los bienes de los cónyuges en vías del divorcio sea cual fuere el régimen patrimonial matrimonial que se encuentre vigente, es decir tanto rija el régimen de comunidad (antes de carácter legal, único, inmutable de orden público y obligatorio; hoy supletorio y mutable anualmente), cuanto el régimen de separación de bienes (antes aplicado solo como régimen extraordinario, hoy aceptado como régimen convencional).

Esta protección también resulta extensiva, en cuanto sea pertinente, a la unión convivencial (art. 723 CCC), siempre y cuando la convivencia no sea inferior a dos años, (art. 510 CCC).

Recordemos que el art. 518 del CCC establece que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión convivencial se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia, y a falta de pacto cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

Otro punto a tener en cuenta a la hora de resolver acerca de las medidas de protección patrimoniales lo constituye la posibilidad que tienen los consortes y los convivientes del reclamo de una prestación

compensatoria por el desequilibrio económico manifiesto ocasionado por la ruptura del vínculo (arts. 441 y 524 del CCC).

Y en virtud de dicha posibilidad nos hacemos el siguiente planteo ¿Podría pedir el cónyuge o el conviviente que alberga la posibilidad de reclamar una prestación compensatoria una medida cautelar para resguardar los bienes que le garanticen su futuro cobro, en la hipótesis de que se acceda a dicho reclamo? Como respuesta al interrogante y como consecuencia del criterio amplio que se aplica en relación a toda medida de protección a los intereses patrimoniales, que enuncia la norma deben ser resguardados, decimos que sí. Sin embargo el juez de la causa será quien analice, en el caso concreto, las peculiaridades que presenta cada situación, así como el grado de verosimilitud que el reclamo que se formula exhibe.

En cuanto a lo expuesto en el segundo apartado de la norma, igual que lo enunciaba el antiguo art. 233 del C.C. la facultad de ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares, busca asegurar a las partes la posibilidad de realizar sus planteos de la forma más precisa y eficaz, la comprobación de ciertas circunstancias cuyo conocimiento es imprescindible, manifiestamente ventajoso o útil, desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar una pretensión en juicio.

Y finalmente, incorpora la norma, la obligación de fijar un plazo junto a la decisión que acoge estas medidas, punto sobre el que profundizaremos en el siguiente subtítulo.

3. Fijación de un plazo.

Conforme expresamente lo enuncia el art. 722 del CCC la decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

Este límite constituye una novedad jurídica, y un aporte adecuado y eficaz para evitar no solo la ordinarización de las medidas cautelares sino todo tipo de excesos o abuso de quien la solicita, - que el juez se ve muchas veces imposibilitado de controlar-, e impulsa, además, al

peticionante a no prolongar indefinidamente la decisión cognitiva de fondo.

Lo cautelar, si bien es siempre por definición urgente, supone en todo caso la anticipación provisional de la tutela pretendida en el proceso, sea que aquélla coincida o no con el objeto mediato de la pretensión o petición de fondo, por lo que el carácter esencial de lo cautelar es la “provisionalidad”¹².

Repárese que el abuso del proceso puede resultar sobreviniente cuando no se configura por el tipo o la naturaleza de la medida cautelar “per se” solicitada, sino por su excesiva prolongación en el tiempo, con lo que el derecho, que en sus comienzos fue regularmente ejercido, se ve desvirtuado de los propósitos y fines para los que fue concebido, ocasionando de esta forma un daño procesal a una de las partes que interviene en el pleito, verificándose de tal suerte un supuesto de antifuncionalidad que no encuadra estrictamente en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho¹³.

Por otro lado, existe necesidad de evitar que una de las partes pueda presionar a la otra utilizando el poder jurisdiccional en violación al principio de igualdad.

Si bien la fijación de un plazo para la vigencia de la medida cautelar que concretamente se disponga no era exigido en la legislación anterior, se ha considerado, desde tiempo atrás, razonable su fijación, sea ello ordenado al inicio de las actuaciones o con posterioridad a que la medida esté trabada, en aquellos supuestos en los que el objeto de aquélla coincida materialmente con el de la pretensión de fondo¹⁴, doctrina reconocida también por la propia Corte.

El Superior Tribunal sostuvo: que la esencia de las medidas cau-

¹²KIELMANOVICH, Jorge, en *Medidas cautelares*, CARBONE, Carlos A; KIELMANOVICH, Jorge L. PEYRANO, Jorge, LA LEY 29/11/2012, 3- F 1166. Cita On line: AR/DOC/5819/2012.

¹³ KIELMANOVICH, Jorge. *El abuso del derecho en las medidas cautelares*. Cit.

¹⁴ KIELMANOVICH, Jorge, *Provisionalidad de las medidas cautelares*, LA LEY 26/06/2012, 5 • LA LEY 2012-D, 120 en referencia a la CNFed. Civ. y Com., Sala II, 28/9/2011, “Syngenta Participations AG c. Atar Semillas Híbridas S.A. s. incidente de apelación”.

telares es su provisionalidad. Lo que significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo. Se trata de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. Afirmación, que está ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia dominantes, tienden a ordinarse, a caer ellas mismas presas del fenómeno que procuran remediar, esto es, que el paso del tiempo convierta en tardía e inútil la decisión cognitiva haciendo desaparecer su provisionalidad, lo que impulsa al peticionante a prolongar indefinidamente, y por todos los medios procesales su alcance, y la decisión de fondo llega cuando carece de toda importancia (confr. Fallos: 334:259 cit.).

El reemplazo del derecho de fondo al que se llega por la vía de una cognición plasmada en sentencia firme, por un derecho precario establecido en función de medidas cautelares, constituye una lesión al objetivo de afianzar la justicia señalado en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional. Que en definitiva, es deber de las partes y del juez solucionar el conflicto de modo definitivo en un tiempo razonable y no buscar soluciones provisorias que se transforman en definitivas.

Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia, es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisorio de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente este, no es menos cierto que en otros casos es este el efecto que provoca¹⁵.

El plazo que fije el juez para la duración de la medida cautelar tendiente a resguardar los derechos patrimoniales del cónyuge debe ser razonable¹⁶, y por tanto compatible con los tiempos que insume la vía procesal intentada.

¹⁵ CSJ “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) en la causa Grupo Clarín .A. otros s/ medidas cautelares”. G 589. 22-5-2012.

¹⁶ En un interesante trabajo de CASSAGNE, Ezequiel; *El plazo y otras restricciones a las medi-*

Tanto para la definición de la o de las medidas cautelares que se dispongan, cuanto para su plazo deberá atenderse a distintas circunstancias que están necesariamente ligadas a las particulares que cada supuesto presenta.

Pautas a tener en cuenta: a) En primer lugar la protección a la participación en los bienes de quienes se encuentren vinculados matrimonialmente, objeto principal de la norma; b) la consideración del relato del peticionante, en especial, respecto a la posibilidad concreta de investigación de la existencia de bienes gananciales desconocidos por la peticionante. Tal es el caso en que se solicite la inhibición general de bienes por temor a la enajenación de patrimonio del que la parte actora no supiese o no pudiese tener conocimiento-; c) la prueba ofrecida, d) valoración de la urgencia y el peligro en la demora; e) el gravamen que la medida pueda causar en la esfera patrimonial del afectado¹⁷, y/o de terceras personas ajenas al conflicto, es decir, tener en cuenta la consideración de la pauta costo-beneficio¹⁸.

La medida, en definitiva, debe actuar como remedio sin ocasionar nuevo conflicto. Por ello, como toda normativa procedimental, debe estar regulada en orden a lograr —y lo antes posible— la terminación del proceso, al efecto de procurar como se ha dicho el “aquietamiento de las pasiones enardecidas”¹⁹. Les incumbe a las partes ser dili-

das cautelares. A propósito de la ley 26854, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013, 55; realiza una comparativa de lo que entienden distintos autores por razonable así sostiene que para Linares Quintana, “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”. Bidart Campos, que “no cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptualizar, qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión sea sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar al razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad”.

¹⁷ CNCiv. Sala G, del 02/03/2005, en autos “M., M. L. c. L., J. H”, Publicado en: DJ 2005-2, 730, LA LEY Online: AR/JUR/670/2005.

¹⁸ CNCiv. Sala J. Publicado en: DJ 23/04/2014, 93, LA LEY online: AR/JUR/84125/2013, 1; CNCiv. Sala G. “M. J.A. c/ B. M. E. s/ medidas precautorias”. Recurso N° C082384/2014/CA001. CJJ, entre otras.

gentes y activas en la producción de las pruebas de certeza, ya sea para el acceso a la jurisdicción cuanto para la solicitud de levantamiento o modificación de la cautela ordenada.

Al momento de disponerse las medidas deberá fijarse entonces un tiempo para que prudentemente pueda ser cumplida la tramitación del proceso cautelar, todo sin perjuicio de la extensión, la modificación o el levantamiento que pudiese requerirse con posterioridad, ya que la precaria provisionalidad es parte de la esencia de las cautelares.

La idea de que los procesos sean resueltos dentro de un espacio temporal justo, arreglado o racional, forma parte hoy de las garantías y derechos inalienables mínimos a la dignidad del ser humano, pues si el ciudadano delega en el Estado el poder-deber de resolver los conflictos de forma civilizada, resulta lógico como contrapartida, que desde el estado existan herramientas procedimentales idóneas para intervenir con eficacia y prontitud ante dicho requerimiento²⁰.

Por ello de acuerdo a las circunstancias que presente cada asunto en especial el juez fijará al plazo que considere apropiado.

A continuación exponemos dos ejemplos donde, luego de haberse apreciado las circunstancias particulares de cada proceso, se estimó como adecuado la fijación del plazo de seis meses y el de un año, respectivamente.

El primero de los fallos entendió que si merced a la inhibición general de bienes, al menos un inmueble, de considerable valor, estaría registrado a nombre del accionado como bien propio y habría quedado cautelado como garantía generosa y tangible de la expectativa que la esposa podría eventualmente abrigar por defecto de la disolución de la sociedad conyugal, es procedente fijar un plazo de seis meses dentro del cual aquélla deberá agotar las diligencias orientadas

¹⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, 2003, p. 261.

²⁰ TORRES TRABA, Jose M., *La tutela de urgencia y el plazo razonable*; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (abril), 9 Cita Online: AR/DOC/1272/2012.

a la individualización de los bienes gananciales y proveer a su cautela puntual a través del embargo²¹

El otro precedente, más reciente, dictado con posterioridad a la reforma, otorgó el plazo de duración de la medida de un año, aproximadamente, ello teniendo en cuenta que estableció que la medida durara hasta el día 15 de noviembre de 2016 y el fallo fue dictado el 12 de noviembre 2015. Se sostuvo que el art. 722 del Código Civil y Comercial establece el deber de fijar un plazo de vigencia de las medidas precautorias admitidas, lo cual puede llevar a situaciones de desequilibrio inverso o injusticia provocadas por excesos o abuso de quien la solicita e imposibilidad del juez de controlar, y que corresponde cumplir con esa normativa y fijar un plazo de duración del embargo decretado sobre los bienes del cónyuge —en el caso, el 50% de una indemnización por despido y fondos en cuentas bancarias—, teniendo en cuenta la naturaleza del litigio, el tiempo que razonablemente insu- mirá la tramitación del proceso hasta la liquidación y la ausencia de información sobre el dinero que efectivamente se encuentra indisponible por la cautelar, todo sin perjuicio de que se pueda pedir la extensión o el levantamiento en caso de que corresponda²².

4. Revisión y modificación

La vigencia de la medida cautelar por su característica de flexibilidad o mutabilidad siempre puede ser revisada. Tanto en lo concerniente al plazo que se ha fijado en el despacho inicial, cuanto a su extensión, alcance, y sustitución.

El requirente podrá pedir su ampliación probando que ella no cumple acabadamente con su función de garantía.

El afectado podrá solicitar: a) el reemplazo de los bienes cautelados por otros del mismo valor, en cuyo caso será necesario que la cau-

²¹ CNCiv. Sala B, “ S. P. c. M. A. N. s/ Art. 250 C.P.C. – Incidente familia” 30/08/2013, CIJ.

²² CCiv. y Com. de Mar del Plata, Sala III., “B., A. N. c. A., G. E. s/ medidas precautorias (cuadernillo art. 250 CPCC”, 12/11/2015. En WWW.SCJBA.gov.ar.

tela propuesta represente igual garantía y seguridad que la trabada, encontrándose a cargo de éste la demostración de la suficiencia de la sustitución propuesta, el valor de los bienes y su libre disponibilidad²³; b) la reducción del monto y c) su levantamiento.

Así, por ejemplo, se ha resuelto levantar el embargo trabado sobre el 50% de la cuenta sueldo del cónyuge, al no haberse acreditado la insuficiencia de los bienes gananciales para cubrir los créditos existentes a la fecha de la liquidación de la — entonces llamada- *sociedad conyugal* provenientes de recompensas, o bien para cubrir la parte de los gananciales que hubieran desaparecido en forma fraudulenta del patrimonio o para garantizar los créditos de carácter propio del otro cónyuge²⁴.

En otro caso, luego de haberse dispuesto el embargo sobre cuentas bancarias para garantizar los derechos patrimoniales que le pudieran corresponder al cónyuge hasta la liquidación de los bienes del acervo conyugal, se ordenó el levantamiento, por entender que la medida devino en ineficaz a los efectos perseguidos, ya que las entidades bancarias en las que se abrieron dichas cuentas informaron que carecen de fondos para retener. Por la circunstancia apuntada calificó verosímil el perjuicio que el demandado señalaba en sus agravios, en tanto se veía perjudicada su persona e indirectamente la accionante por la imposibilidad de operar con las tarjetas de crédito, de abonar las expensas sobre el inmueble del que refirió tener un juicio de expensas, de cumplir con un préstamo que aún debía y que como consecuencia de estar en el Veraz el impedimento a que le otorguen créditos y tarjetas en otros bancos²⁵.

El juez para evitar perjuicios innecesarios al interesado, siempre puede disponer una medida distinta de la solicitada, o bien limitarla,

²³ CCiv. 1 LP A 41691 RSD-68-91 S 12/06/1991, “M. de C., A. s/Divorcio” CC0201 LP y 112389 RSI-85-10 I 01/06/2010, “Belén, Viviana R c/Pagano, Jorge A. I s/Daños y perjuicios- incumplimiento contractual”. en WWW.SCJBA.gov.ar.

²⁴ Cám.2a de Apel.Civ.Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza. “M., M. G. c. P., H. M. • 28/07/2010. LA LEY Online AR/JUR/43251/2010.

²⁵ CNCiv., Sala J., DJ 23/04/2014, 93, cita online: AR/JUR/84125/2013 1

teniendo en cuenta la importancia del derecho que se pretende proteger.

En un segundo momento cobra actualidad la reevaluación de la verosimilitud del reclamo a la luz del resultado de las principales medidas ya trabadas, puesto que el juzgamiento de los efectos de las medidas no resulta estático sino dinámico, acorde a las características de los supuestos que se van develando a medida en que se conocen los efectos de las decisiones dictadas y se plantean las impugnaciones que abren un debate que, liminarmente, al tiempo de disponerse las cautelas, había quedado postergado a raíz de derecho de fondo que llegará por la vía de una cognición plasmada en la sentencia firme.

El examen de verosimilitud del derecho que es realizado en una etapa posterior a la que da inicio al proceso cautelar debe comprender, dentro del marco de provisionalidad propio de este tipo de trámites, el examen de si los derechos en expectativa cuya garantía se persigue no se encuentran suficientemente afianzados con las medidas ya adoptadas. Y en ese contexto, si existe suficiente verosimilitud como para extender por más tiempo la medida cuestionada²⁶.

También será relevante a la hora de merituar la extensión del plazo de vigencia de la cautelar la evaluación de la conducta desplegada por la actora, en cuanto a si su participación en la sustanciación de las pruebas que procuran demostrar su pretensión de certeza, ha sido activa, o si por el contrario, ha sido inactiva.

Repárese en otro supuesto hipotético en el que superado el término normal de tramitación de la pretensión de fondo, solicite la actora una prórroga de vigencia de la medida cautelar a raíz del proceder oclusivo y obstruccionista de la demandada. No debe perderse de vista de que en tal hipótesis se registraría un caso de “abuso procesal”, que no puede reportar ventajas al abusador y desventajas a la parte abusada²⁷.

²⁶ CNCiv, Sala B “C.,J.c.C.,A”, 14/03/2013, LA LEY on line AR/JUR/18234/2013.

²⁷ PEYRANO, Jorge W., *Apuntes sobre el abuso procesal*, en *Problemas y soluciones procesales*, p. 56.

Ello es así porque, en virtud de las características comunes a toda petición cautelar, donde no puede pretenderse al inicio del proceso un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino sólo un periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho que se reclama y se pretende asegurar por medio de la medida propuesta²⁸.

5. Medidas protectorias en la separación judicial de bienes y en el proceso de indivisión postcomunitaria.

En el Libro II del Código Civil y Comercial, referido a las relaciones de familia, Título 2. De Régimen Patrimonial del matrimonio, Capítulo 2 que trata el Régimen de Comunidad, en la Sección quinta titulada Extinción de la comunidad y la Sección sexta que lleva el nombre de indivisión postcomunitaria se insertan los artículos 479 y 483 del Código Civil y Comercial, respectivamente.

Art. 479. Medidas cautelares. En la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el art. 483.

Art. 483 CCC Medidas protectorias. En caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales las siguientes:

a) La autorización para realizar por si sólo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada;

b) su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro; su desempeño se rige por las facultades y obligaciones de la administración de herencia.

La primera de las normas remite al art. 483 del CCC que reglamenta las medidas protectorias que pueden ser requeridas en la etapa de la indivisión postcomunitaria.

²⁸ FENOCHIETTO-ARAZI, *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t I, p. 655; PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, I. p. 330.

Este último artículo nos envía en primer lugar a las normas que prevean los procedimientos locales, para luego enunciar en dos incisos aquellas medidas que expresamente pueden ser pedidas.

Entendemos que en lo atinente a la gama de medidas que se podrían solicitar hubiera sido preferible la remisión al art. 722 del Código Civil y Comercial que regula todas las medidas cautelares que se pueden solicitar en el marco de la acción de estado, y no solamente a las medidas previstas en los ordenamientos locales, lo que hubiera evitado que pueda producirse una interpretación taxativa del artículo que restrinja la posibilidad de cautelar ciertos bienes de los cónyuges²⁹.

Respecto al apartado a) resulta concordante con el art. 458, ubicada dentro de la sección tercera - disposiciones comunes a todos los regímenes, del Capítulo 1. Disposiciones generales del Título II referido al Régimen patrimonial del matrimonio que permite a los cónyuges requerir autorización judicial para otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si este está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. Registra además su antecedente en el artículo 1277 del antiguo Código Civil.

En cuanto al apartado b) la posibilidad de designar a un tercero como administrador de la masa, estaba prevista en el viejo artículo 74 de la ley 2393 en cuanto establecía que si durante el juicio de divorcio la conducta del marido hiciera temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podría pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se ponga a otro administrador a cargo, no así en la redacción del Código Civil con las posteriores modificaciones, y la sanción de la ley 23515. Y si bien la mayoría de la doctrina y también la justicia admitió esta posibilidad, algunos autores la rechazaban³⁰. Aunque con carácter excepcional y cuando la

²⁹ MEDINA, Graciela en KEMELMAJER DE CARLUCCI, - HERRERA -LLOVERAS, (Dir), *Tratado de Derecho de Familia*, T1, 2014. p.483. En igual sentido: HOLLWECK, Mariana, en RIVERA-MEDINA (Dir), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As. 2014, p. 206.

³⁰ VIDAL TAQUINI, Carlos H se había pronunciado contra la posibilidad de remover al cónyuge a quien por ley le corresponde la administración, alegando que la ley 23515 no había contem-

plado esa medida, por lo que no era voluntad del legislador mantenerla. *Matrimonio Civil ley 23515*, p.810.

conducta sea considerada malévola, no solo imprudente y fundarse en la prueba de hechos graves que la justificasen³¹, o bien, en casos extremos y siempre que existieren riesgos evidentes ya sea en las enajenaciones fraudulentas, de disipación de los bienes del matrimonio o de otros hechos similares que hagan inciertos los derechos del otro esposo al cobro de parte de sus gananciales³².

Sin embargo a diferencia de las restantes medidas cautelares, dada su excepcionalidad y en virtud de la magnitud, importancia y consecuencias que el cambio de administración puede acarrear, resulta conveniente que del pedido se confiera un traslado a la contraria, o bien en virtud de las facultades que el Código Procesal otorga al magistrado éste convoque a las partes a una audiencia a los efectos de procurar una solución consensuada.

Sin perjuicio de las salvedades señaladas entendemos que resulta valiosa su incorporación, porque aún excepcional, resulta una medida adecuada e idónea para resolver determinados casos.

6. Consideraciones finales.

La protección de los derechos patrimoniales de cónyuges y convivientes requiere sin dudas la activación de procedimientos cautelares urgentes, y de la toma de medidas conservatorias innovativas, conjugado y armonizado con la directiva de procurar imprimir la mayor economía procesal a la tramitación de la causa. Concepto que se une al principio de la tutela oportuna, que prevé el art. 706 del CCC.

Creemos que las modificaciones introducidas en el nuevo cuerpo normativo, en lo referente a las medidas cautelares patrimoniales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio, así como la extensión que se enuncia en cuanto a su aplicación para las uniones

plado esa medida, por lo que no era voluntad del legislador mantenerla. *Matrimonio Civil ley 23515*, p.810.

³¹ BELLUSCIO, Augusto, cit. p 488.

³² SAMBRIZZI, Eduardo A., cit.p.412.

convivenciales logran alcanzar el adecuado equilibrio entre el resguardo de los intereses económicos de los sujetos involucrados y la no desnaturalización del objeto cautelar.

La ampliación efectuada en cuanto a los nuevos sujetos activos de la pretensión tutelar, importa un reconocimiento a una necesidad creciente de resguardar los derechos patrimoniales no solo de quienes se encuentran unidos en matrimonio, en el caso, cualquiera haya sido el régimen patrimonial matrimonial que se encuentre vigente, sino también de aquellos otros que viven en unión convivencial, en los términos que el nuevo Código Civil y Comercial les reconoce en el Libro 2 Título 3.

La dinámica que asumirán estas medidas cautelares irá creciendo a medida que también lo hagan los nuevos reconocimientos que el Código Civil y Comercial anuncia, tal como la posibilidad del reclamo de una prestación compensatoria, que conforme entendemos puede requerir el auxilio de estas providencias anticipatorias.

El límite temporal que el Código enuncia al exigir la fijación de un plazo, al momento del proveimiento de las medidas que se soliciten, resulta sin lugar a dudas, uno de los cambios más certeros y adecuados para permitir que la anticipación provisional de la tutela pretendida en el proceso no se vea desnaturalizada con el alongamiento del proceso cautelar.

El conocimiento periférico o superficial que se tiene al inicio, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad, ligado a la necesidad impostergable del proveimiento de medidas urgentes ocasionaba muchas veces consecuencias no deseadas y perjuicios innecesarios al sujeto pasivo del reclamo que no tiene por qué tolerar.

La exigencia de un plazo para que prudentemente pueda ser cumplida la tramitación del proceso cautelar, sin perjuicio de la extensión, la modificación o el levantamiento que pudiere requerirse con posterioridad, ayuda a evitar la desnaturalización de la esencia de las cautelares.

La idea de que los procesos sean resueltos dentro de un espacio

temporal justo, arreglado o racional, forma parte hoy de las garantías y derechos inalienables mínimos y provoca la necesidad de una posterior reevaluación de la verosimilitud del reclamo a la luz del resultado de las principales medidas ya trabadas. Momento en que será analizado si los derechos en expectativa, cuya garantía se persigue, no se encuentran suficientemente afianzados con las medidas ya adoptadas, y a su vez, si existe suficiente verosimilitud como para extender por más tiempo aquellas tomadas, todo ello acorde a las características de los supuestos que se van develando a medida en que se conocen los efectos de las decisiones dictadas

De esta manera se consigue disminuir las situaciones de desequilibrio inverso o injusticia provocadas por excesos o abusos de quien solicitaba las medidas de protección, y además impulsa a que se inicie con mayor prontitud el proceso tendiente a obtener la decisión cognitiva de fondo.

Que en definitiva, es deber de las partes y del juez solucionar el conflicto de modo definitivo en un tiempo razonable y no buscar soluciones provisorias que se transforman en definitivas. Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso.

LA CONSIGNACIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Por Guillermo Daniel Ottaviano*

Los fundamentos relativos a las normas que regulan el pago (Capítulo 4° del Título I del Libro Tercero “Derechos Personales”) señalan como novedad la figura de la consignación privada o extrajudicial, apuntando al respecto, como antecedente, el del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1993 que ya había introducido la mentada figura fundándose en la consignación cambiaria prevista en el art. 45 del decreto ley 4965/63 (*sic*, siendo dicho plexo normativo, en rigor, el n° 5965/63). Se añade en los indicados fundamentos que se regula el instituto detalladamente y en la inteligencia de que será un instrumento útil para disminuir la litigiosidad.

Cabe destacar, sin embargo, que el art. 45 del decreto ley 5965/63 contempla una consignación judicial y no privada, al establecer que si el portador del título no lo presenta al pago en la oportunidad debida, cualquier deudor tiene la facultad de depositar su importe en poder de la autoridad competente, a costa, riesgo y peligro del portador del título. Se trata, pues, de una facultad de los deudores cartulares para depositar judicialmente el importe de la prestación debida, ante la negligencia del portador –*mora creditoris*–, que no presentó el título para su pago en la oportunidad prevista por la ley. Se ha dicho sobre el particular que se trata de un procedimiento no contencioso y más simple que el consagrado por el art. 757 inc. 4° del Código Civil, no siendo menester que se haya ofrecido el pago en forma previa y extrajudicial (cfr. Escuti, “Títulos de Crédito”, 5ª ed., Ed. Astrea, pág. 165/166; Cámara, “Letra de Cambio y Vale o Pagaré”, Ediar, T° II, págs. 471/474, 483/484).

Hecha la salvedad, cuadra subrayar que la consignación extrajudicial constituye entonces una opción para el deudor de obligaciones

* *Secretario de la Sala IIª de la Excm. Cámara Civil y Comercial de San Isidro*

de dar sumas de dinero (solamente para ellas, desde que no comprende las obligaciones de dar cosas ciertas ni inciertas). Así, el deudor deposita ante un escribano la suma adeudada a su acreedor, a quien previamente debe notificarle de modo fehaciente el lugar y fecha en que efectuará el depósito. Éste, a su vez, según lo establece el art. 910 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), debe integrarse con los intereses que correspondan hasta el día en que se concrete. A su turno el escribano deberá dentro de las 48 horas hábiles de realizado el depósito, notificar fehacientemente al acreedor de dicha circunstancia; y si tal notificación le es imposible practicarla, el deudor debe consignar judicialmente (art. 910 CCyC).

Hasta aquí se tiene que el deudor debe cargar con el gasto de una notificación al acreedor que, en caso que éste se hallare en mora –en los escuetos términos a que se refiere el segundo párrafo del art. 886 del CCyC–, no se entiende qué utilidad reportaría la primera comunicación, ya que bastaría con la que el notario curse al acreedor. Puesto que lo relevante, mediando buena fe (arts. 9, 729 del CCyC), es el conocimiento del acreedor de que su deudor tiene el ánimo de saldar la deuda y entonces, una vez que el obligado exteriorizó dicha voluntad, elige un escribano para pagarla.

Además, si el acreedor estuviera en mora (arts. 886, 904 inc. “a” del CCyC), no deberían integrarse al depósito de la suma adeudada en concepto de capital, ningún tipo de intereses (o cuanto menos moratorios y punitivos –arts. 768, 769 del CCyC–), porque la mora *accipiendo* suspende el curso de los réditos, desde que justamente por culpa del acreedor, por rehusarse injustificadamente a recibir el pago, u obstaculizarlo o no prestar la colaboración debida para que tal acto suceda, el deudor no tendría que integrar accesorios, siendo su justo derecho el de buscar liberarse, desobligarse oportunamente, toda vez que la mora del acreedor excluye la del deudor. Mas esta circunstancia no es aclarada por el nuevo ordenamiento. Con lo cual podría interpretarse que si no se depositan intereses habría que descartar de plano la consignación privada, solución que tornaría a la figura en carente de utilidad para una gran cantidad de casos, habida cuenta que quedaría limitada a los supuestos de deudores en mora (ver art. 908 del CCyC).

Sin embargo, el art. 912 del CCyC sí contempla la mora del acreedor cuando se refiere a las facultades que le asisten y decide retirar el depósito. Por consiguiente, habría sido conveniente, a fin de brindar un marco de seguridad legal al deudor cuya intención sea cancelar la obligación, que la norma aprehendiera la viabilidad del depósito del capital sin intereses; por ejemplo prescribiendo: “Efectuar el depósito de la suma debida, con más los intereses devengados hasta el día del depósito, si ellos correspondieran o fueran pertinentes”.

Y esto al margen de las dificultades que plantea –para la consignación privada– la segunda parte del art. 765 del CCyC, en cuanto puntualiza que si la obligación se pactó en moneda extranjera (algo muy habitual en la práctica negocial), aquella debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Por otra parte, el plazo otorgado al escribano para notificar del depósito al acreedor –de 48 horas hábiles– podría considerarse un tanto breve para la expectativa del deudor (no así para el notario que tiene que custodiar el dinero), puesto que la norma no especifica qué ocurre si esa notificación no puede llevarse a cabo en ese plazo y por caso la comunicación se concreta excediéndose mínimamente de él. Todo parecería indicar que de no concretarse la noticia en dicho lapso, la consignación se frustra, sin perjuicio también de la imposibilidad de dar noticia del depósito por parte del escribano al acreedor; siendo que en este aspecto tal imposibilidad (más allá del caso fortuito) quedaría librada, acaso, a la discrecionalidad del escribano, aunque la disposición legal tampoco lo define con claridad.

Otro elemento a tener en cuenta en relación a la falta o imposibilidad de practicar la mencionada notificación, es que el deudor debe entonces consignar judicialmente. Lo cual puede entenderse como que ya no procede ensayar otro intento de consignación extrajudicial, toda vez que el art. 910 prescribe que el deudor, en dicho supuesto, debe (y no ya que puede) consignar judicialmente. Y a todo esto es dable agregar que si el escribano no pudo o le fue imposible notificar lo depositado al acreedor, el deudor deberá soportar los gastos y honorarios de aquél, extremo que no determina la norma y tampoco

contempla el art. 911 del CCyC. Sin contar que la notificación previa y fehaciente que pudo haber realizado el deudor antes de efectuar el depósito frente al escribano, constituirá un reconocimiento de la deuda por parte de él e interrumpirá la prescripción de la acción con que cuenta el acreedor (arts. 2544, 2545 del CCyC); situación que también se daría frente al supuesto previsto por el art. 911 inc. “c”. Todo lo cual hace que la figura pueda no ser atractiva para el deudor.

Por su lado, el art. 911 del CCyC dispone qué conductas puede asumir el acreedor dentro del quinto día hábil de notificado por el escribano del depósito efectuado por el deudor:

-Si acepta el procedimiento y retira el depósito, el deudor debe pagar los gastos y honorarios del notario (inc. “a”); solución ésta que llamativamente desalentaría a cualquier deudor a acudir a la consignación privada si el acreedor se hallara en mora, ya que tendrá que pagar la deuda, soportar íntegramente los gastos de las notificaciones, del procedimiento y los honorarios del escribano. En tal caso, dichas erogaciones se generarían no por la actividad del deudor, sino por la conducta morosa del acreedor. Salvando las distancias, a partir de lo que disponía el art. 760 del Código Civil, tanto la jurisprudencia como la doctrina contemplaron un régimen abierto en materia de gastos y costas para la consignación judicial, que atendía a la equidad y demás circunstancias del caso (conf. Llambías, “Obligaciones”, II-B, nº 1584; Ameal, en Belluscio-Zannoni, “Código...”, III, 564; causas 46.114 del 25-2-88, 97.057 del 15-2-05 RSD 3/2005, D3488-0 del 8/5/2014 RSD 65/2014, D-1188-04 del 12-8-2014 RSD 111/2014 Sala IIª de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro).

-Si el acreedor opta por rechazar el procedimiento y retirar el depósito, el inc. “b” del art. 911, pone a su cargo el pago de los gastos y honorarios del escribano, solución que también desalentaría al acreedor a aceptar el instituto de que se trata, si es que su deudor estaba incurso en mora. Y ello es así pues el acreedor podría necesitar, aunque más no sea y por razones de liquidez, la aceptación de un pago parcial; por más que el art. 912 del CCyC le permita posteriormente reclamar por el cauce judicial un importe superior al que retiró y/o repetir los gastos y honorarios del notario. Aunque debe tenerse en

cuenta en este sentido que el acreedor tendrá que hacer reserva de su derecho en el recibo que se le extienda, y para demandar tendrá un término de caducidad de 30 días contados desde la extensión del recibo con reserva (ya que sin ella, el pago será liberatorio desde el día del depósito). Dicho plazo, para el acreedor que no está en mora (porque la oferta de pago resulta insuficiente, y sea su deudor el que ostenta morosidad), luce como reducido, ya que la prescripción de su acción, sea por cumplimiento o resolución (art. 913 del CCyC), mutará hacia un plazo de caducidad. Pese a que el propósito de la norma es loable, ya que persigue finalizar el conflicto con rapidez.

-Finalmente, de acuerdo al inc. “c” del art. 911, el acreedor puede rechazar el procedimiento y el depósito, o bien no expedirse. Y en ambos supuestos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente.

Esta última opción tampoco aparece como cautivante o seductora para el deudor, porque el dispositivo legal no le asigna ninguna consecuencia a la pasividad del acreedor, ni siquiera a su silencio (art. 263 del CCyC), aun cuando el acreedor estuviera moroso, pudiendo de allí colegirse que no hay obligación legal de explicarse. Sin embargo, el silencio en esta materia es paradigmático: nótese que la consignación judicial no impugnada por el acreedor, extingue la deuda desde que la demanda es notificada (art. 907 del CCyC).

Además, aunque la norma no lo diga expresamente, es obvio que será el deudor quien en este caso tenga que abonar los gastos y honorarios del escribano, por haber reclamado sus servicios (aun cuando podría inferirse, a partir del concepto de costas contenido en el art. 77 del CPCC, la posibilidad de repetirlos en sede judicial; repetición que el art. 912 del CCyC autoriza al acreedor que retira el el depósito). No obstante, sería aliciente para el deudor en este supuesto que al acreedor se lo tuviera eventualmente por constituido en mora, al menos para su evaluación en instancia judicial, siguiendo para ello la conjugación normativa que se desprende de lo dispuesto en el art. 886 del CCyC (esto es, una oferta de pago rehusada injustificadamente) y lo prescrito por el art. 867 del CCyC, es decir, que el depósito que se ponga a disposición del acreedor reúna todos los recaudos del pago y por ende

sea susceptible de ser eficazmente cancelatorio. Aunque ello, sin duda, generaría por la letra de la ley, dificultades en cuanto al alcance de la solución que se propicia; porque parecería que al inciso “c” del art. 911 le da lo mismo que el acreedor se expida a que no lo haga en absoluto, sin ningún tipo de consecuencias. Con lo cual, desde este vértice la figura tampoco resultaría fructífera.

Por lo demás, a diferencia de lo previsto en el art. 910 inc. “b” –en que si al escribano le es imposible notificar el depósito dentro de las 48 hábiles de realizado, y entonces el deudor “debe” consignar judicialmente-, aquí el art. 911 inc. “c” prescribe que el deudor “puede” disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente. De ahí que podría interpretarse que no es dable descartar un nuevo intento de consignación privada cuando el acreedor se muestre totalmente desinteresado, silencioso e intransigente.

Desde otra arista, puede estimarse que la practicada consignación extrajudicial, según hayan sido las características de su infructuoso procedimiento (o de su parcial éxito), no deberían tornar ulteriormente como exigible el mecanismo de mediación previa obligatoria a la consignación judicial (sino solamente como optativo), ello con el propósito de no dilatar la solución de un conflicto que ya transitó por el andarivel extrajudicial.

De cuanto se lleva dicho, y contrariamente a los fundamentos normativos, concluyo en que es claro que la consignación extrajudicial no ha sido regulada detalladamente, ni considero -por ahora- que sea un instrumento apto para disminuir la litigiosidad.

EL DELITO DE LESIONES EN EL DEPORTE

Por Diego Fernández Schaeffer*

I. Introducción:

Las lesiones han estado y estarán siempre presentes en el mundo del deporte, tanto en aquellos que se pueden estimar como más violentos como en los que no tienen esa consideración.

¿Quién no se ha indignado al ver cómo un futbolista o rugbier, con total intencionalidad, lesiona a otro de gravedad y juega el partido siguiente, sin más sanción que la que pudiere corresponder en materia disciplinaria deportiva, expresada generalmente en partidos sin jugar? Parece claro que, si un deportista agrede a otro, aunque se enmarque dentro de una competición reglada, causándole lesiones, y las mismas se encuentran tipificadas como delito por el Código Penal, debería ser merecedor del reproche penal.

No son pocos los ejemplos de deportistas que, escudándose en el juego, agreden a otros jugadores, en un claro desprecio por las más elementales normas de deportividad y del concepto de “fair play”, tan difundido por las autoridades y reglamentos internacionales, pero que en definitiva no protegen a los participantes ante estas situaciones.

Por otra parte, pocas son las veces en que los deportistas acuden a la jurisdicción penal para ejercitar las acciones que pudieran derivarse de un posible delito de lesiones. La vía puramente deportiva suele ser la más utilizada, pero ello no resulta que los dos posibles caminos a seguir sean excluyentes, esto es, el deportista lesionado por otro puede, siempre que se den las circunstancias de tipicidad y antijuridicidad que la legislación del país prevea, acudir a los Tribunales de justicia tanto civiles como penales, además de la jurisdicción deportiva.

La práctica de deportes, y más particularmente los de competición amateur, plantean importantes problemas de responsabilidad

* *Secretaría de Jurisprudencia de la Presidencia de la Cámara Penal.*

dentro del derecho penal, aunque en estas líneas trataré de acercarme en forma genérica a tales hipótesis.

El tema, se pone mucho más interesante cuando hablamos de actividades deportivas como las artes marciales, box, rugby, lucha, etc., que necesitan la aplicación de una violencia controlada, y ésta produce necesariamente lesiones, que pueden ser desde leves a muy graves, e incluso producir la muerte. Por ejemplo, si boxeando, quiero vencer a mi rival y lo golpeo con el propósito de noquearlo o lastimarlo, con un golpe lícito aplicado con los nudillos, por arriba de la cintura y en la parte frontal del cuerpo, y le provocho una lesión. En tales condiciones, puede hablarse de delito, sea doloso o culposo?

Sobre la necesaria vinculación del deporte al derecho, existen voces críticas que consideran que el deporte debería quedar completamente al margen del derecho penal, pues señalan que determinadas prácticas deportivas desaparecerían si se persiguiese penalmente cualquier infracción tipificada; por el contrario debe recordarse que el derecho penal es un sistema de control social de conductas, que se manifiesta a través de normas que protegen las condiciones elementales mínimas para la convivencia, motivando al mismo tiempo, a las personas a abstenerse de lesionar el equilibrio ético de convivencia social. Esta doble perspectiva de protección y motivación de las normas penales no pueden quedar al margen de una actividad deportiva, sea profesional o amateur.

Es que en principio, compartiendo con Albin Eser, desde el momento que una lesión causada durante el juego o espectáculo deportivo puede afectar bienes jurídicos fundamentales como la integridad física o incluso la vida, su protección no puede limitarse a lo que podría denominarse un “mecanismo de autorregulación”, y por tanto la intervención de los organismos judiciales es, además de deseable, necesaria, siempre que se cumplan ciertos presupuestos. Ello, por supuesto, no implica que se supriman las decisiones de las autoridades deportivas o que se limite su validez, sino que es el Estado al que corresponde la decisión última en estos casos y que, además, la existencia de una sanción disciplinaria no tiene por qué excluir la posibilidad de una sanción penal.

Será este abanico de posturas en que habré de moverme, entre la ausencia del control estatal por la sola intervención de los reglamentos y controles disciplinarios deportivos, hasta la intervención total del Estado como agente de control de una actividad deportiva, a fin de concluir en una posición adecuada y equilibrada entre la tutela de bienes jurídicos y el desarrollo de actividades deportivas.

Un poco de historia:

En el derecho romano existían algunos textos, como la L.7, párrafo 4, Dig. IX, 2, en la que se declaraba no proceder a la acción civil contra los púgiles que causaren una muerte, llegándose incluso a negar la acción penal para las lesiones producidas en el juego (L. 3, párrafo 3, Dig. XLVIII, 10). Entre los glosadores, Baldo de Ubaldi se apoyaba en la Lex Aquilia y en la Lex Cornelia para afirmar la extinción de pena en determinadas situaciones. Por su parte, Gometius de Amescua consideraba no punible el homicidio acaecido en el juego, en virtud de la costumbre que lo permitía. En España, Godofredo, comentando un pasaje de las Partidas (Ley V, Título VIII, Partida VII) y remontándose a Baldo, también mantuvo la exención de responsabilidad en un supuesto de fractura de una pierna como consecuencia del juego.

En la Novísima Compilación y en la Pragmática del Rey Carlos I, dada en 1528 no se regulaban tales supuestos, conteniéndose únicamente un catálogo de juegos permitidos y prohibidos.

En la doctrina clásica los argumentos invocados para destacar la irrelevancia penal de estos hechos han sido muchos y dispares. Arturo Rocco expuso en su tesis la licitud jurídica excepcional de las lesiones deportivas, entendiendo que constituían una excepción a la norma prohibitiva de la ley penal.

Por otra parte –Garreud, Peco, Cecchi, entre otros–, había quienes veían en tales hechos lesivos una ausencia de antijuridicidad y, por lo tanto, una verdadera causa de justificación, siempre que se hubieran respetado las reglas esenciales del juego, que no se pudiera reprochar imprudencia ni negligencia alguna, y que existiese un consentimiento válido de sufrir riesgos en el deporte.

Por su parte, von Liszt, justificaba la existencia de las lesiones en el deporte ya que este es un fin aceptado por el Estado. Mayer apeló a las normas culturales que forman parte del acervo de los pueblos civilizados para justificar las lesiones producidas en el juego, sin necesidad de llegar hasta la culpabilidad.

Interesante es lo sostenido por Antolisei, quien afirmaba que si las lesiones o muertes provocadas eran el resultado de la violación a las reglas de juego surgía la responsabilidad por dolo, culpa o preterintencionalidad.

Más cerca, Jiménez de Asúa, sostenía que el deporte se admite y reglamenta porque persigue un objetivo salutar y de belleza corporal, superior a las meras violencias y golpes que jalonan su ejercicio. Así, en la medida en que comporta la realización de actos conducentes a un fin reconocido por el Estado, las lesiones deportivas deben quedar justificadas, y para ello sólo se exige que se hayan respetado las reglas del juego.

II. El delito de Lesiones y categorías deportivas:

Cuando hablamos del delito de lesiones, estamos diciendo que el derecho positivo argentino –Libro Segundo, Título I, Capítulo II del C.P.–, protege al ser humano en forma integral, siendo el objeto de su protección no sólo el aspecto anatómico, sino también el fisiológico; es decir que existe una tutela respecto de la salud física, como la psíquica. Podemos afirmar entonces que, sin perjuicio de las diversas teorías que definen “salud” o “bienestar psico-físico”, la ley intenta resguardar el estado de salud e integridad corporal que posee un individuo en forma concreta, en un momento determinado.

En ese sentido, el Dr. Donna trae como ejemplo un fallo del Reichsgericht cuando sentencia que el “maltrato corporal indica en un sentido amplio y general toda lesión infligida en el organismo directa y físicamente, que sea capaz de causar sensación de dolor, malestar corporal y molestias en el bienestar del otro”.

Desde una perspectiva más cercana, podemos decir que la tutela

del bien jurídico del cual venimos hablando posee rango constitucional, desde que el artículo 5º, inc. 1º, del Pacto de San José de Costa Rica indica que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

Así, la configuración de la acción típica, en nuestro derecho, es el producto de toda alteración en la estructura física del organismo, pudiendo tratarse de lesiones internas –un golpe que lastime algún órgano, fracturas, etc.–, externas –cortes, marcas, deformaciones estéticas, etc.–; o bien toda alteración en el funcionamiento del organismo de la persona, es decir su aspecto fisiológico.

Ahora bien, cuando un boxeador golpea a su contrincante en la cara, produciéndole un profundo corte en la nariz; o un jugador de rugby, a fin de evitar un “try” de su adversario, “tacklea” al cuello impidiendo la acción, y provoca en su oponente una lesión cervical; o cuando dos jugadores de fútbol traban con sus piernas la pelota, pero a uno de ellos se le rompen los ligamentos; ¿Se puede decir que estas conductas, que provocan serias lesiones, pertenecen al ámbito del derecho penal?

Pero, para continuar, debemos primero distinguir tres grupos principales en que se desarrolla la actividad deportiva:

A) En el primero de ellos la violencia física que se ejerce es total –como karate, box, judo, etc.–, y en otras circunstancias u otros deportes, daría lugar al injusto por lesiones. Sin embargo podría decirse, por ejemplo, que a pesar de un duro combate de box, si alguno de ellos, poseído por alguna desbordante emoción, muerde la oreja de su contrincante dicha conducta daría lugar a las acciones legales por esta última lesión, y no por los golpes recibidos.

B) Otro grupo lo constituyen los deportes en los que la medida de la violencia depende del desarrollo mismo del juego, y aquella se encuentra reglamentada, consentida por el Estado, y socialmente aceptada. Además, no es menor el dato de que en este segmento, la mayoría de las competencias se desarrollen en equipo, por lo que los componentes psicológico y emocional de cada jugador, resultan factores fundamentales. Por otra parte, existe una clara influencia del

espectador, la que puede ser preponderante ante el desarrollo del juego. La suma de los factores mencionados, hace de “caldo de cultivo”, propicio para abusos o excesos de la fuerza a emplear.

Aquí, no nos encontramos con una violencia total como en el primer grupo, pero sí ante el uso necesario y controlado de ella para lograr un objetivo. Este es el grupo donde pondremos al hockey, rugby, fútbol, etc. Dentro de este segmento, el estricto cumplimiento de las reglas del juego toman una importancia particular; así un jugador de rugby para defender su “in goal” podrá, dentro de las reglas, derribar con “fuerte contacto” a su adversario aunque éste resulte lastimado, o recuperar la pelota de un jugador “tackleado” mediante un “ruck”, aunque se “pise” alguna parte del cuerpo.

Sin embargo, toda lesión que se produzca a un contrincante, en forma intencional y excediendo las reglas del juego, sin perjuicio de la sanción disciplinaria, podría llegar a dar lugar a la acción penal por el delito de lesiones –lo que sería el caso del jugador de rugby que es tackleado al cuello y sufre una lesión–.

C) Por último, están los deportes donde casi se prescinde de la violencia, como por ejemplo el tenis, golf, squash, natación, etc. En este tipo de deportes una agresión física de entidad, podría dar lugar en forma inmediata a una acción penal por el delito de lesiones –v.g. un esquiador que por negligencia se lleva por delante a otro y lo lastima–. Esto, pues en este estadio, la previsibilidad de un hecho violento sobre un deportista es mínimo, y en consecuencia el consentimiento del riesgo sería mínimo o nulo, por lo que una conducta negligente, en principio, daría pie a la acción penal, y ni que decir de una dolosa.

Recuérdese que estamos hablando de un delito de resultado material, donde el daño se produce en el cuerpo de la víctima o en su salud, y no de un disvalor de acción. Por ello, cabe aclarar, para evitar algunas confusiones, que las actividades deportivas se encuentran reglamentadas, y es posible que un competidor viole dolosamente el límite de violencia que se deba ejercer para una jugada o una acción, sin la concreción de lesión alguna.

En ese sentido el Dr. Zaffaroni explica que “la intención de violar

el reglamento no es igual a la intención de lesionar. La conducta transgresora del reglamento, es violatoria de un deber de cuidado en forma antijurídica, pues el reglamento es el límite del riesgo que se asume con el consentimiento”.

Señala Levene, respecto de los resultados dañosos de la práctica deportiva, que “si se comprueba la existencia de la voluntad –de intervenir en un juego– y el cumplimiento de las normas reglamentarias, y si al mismo tiempo nada induce a pensar que ha habido dolo o culpa, o sea, imprudencia, negligencia o inobservancia de las reglas, entonces el hecho es lícito”.

Pero el tema es mucho más complejo y no puede simplificarse con las citas mencionadas, puesto que se ha demostrado que no existe una solución única que comprenda el fenómeno del deporte, las acciones que se despliegan durante su desarrollo y las consecuencias disvaliosas que puedan existir.

III. Teorías en favor de la sanción penal:

Según este sector doctrinario el acto deportivo que produce las lesiones o la muerte no puede salir de la órbita del Derecho Penal, por lo tanto serían actos que constituyen delito. Según esta perspectiva no se concibe que los actos de estos agentes puedan estar justificados en el ordenamiento penal, y por lo mismo no podrían escapar a las sanciones legales.

Esta sanción del resultado sería a título de dolo, culpa o preterintención, según el caso.

a) Teoría positiva que niega la justificación de la conducta deportiva.

Queda claro que para los defensores de esta teoría, resulta vedada la posibilidad de justificar penalmente las conductas antijurídicas, permaneciendo el injusto.

Existe como común denominador, en este sector doctrinario, el rechazo de la justificación, lo que no puede tener otra consecuencia

que la penalidad del resultado deportivo. Se entiende que los partícipes de esta teoría se refieren a las consecuencias graves para la integridad o la vida, incluso la salud del deportista, consecuencia de la infracción de las reglas de juego. Deducción que resulta luego de evaluar que ningún reglamento deportivo contempla la muerte o lesión grave como parte de juego.

b) Teoría de la determinación de penas graves.

Hay también quienes postulan la determinación de severas penas para los casos de resultados graves en ocasiones deportivas. La base de esta teoría estaría en el aprovechamiento que hace el delincuente de la ocasión deportiva para cometer delitos contra la vida o la integridad de los demás miembros de la sociedad. Como el deporte es un bien que le corresponde a la sociedad, sería un delito agravado en razón de afectar los bienes protegidos por el Estado. Las penas serían elevadas en razón de la ofensa simultánea al hombre y a su costumbre. Jiménez de Asúa, al comentar sobre esta teoría, sostiene “debemos hacer constar que algunos autores, sin ver claro el asunto y tomando en conjunto las violencias accidentales y las normales, exigen penas severas para las lesiones producidas en los juegos”.

c) Teoría radical del ingreso ineludible al Derecho Penal.

Esta postura sostiene que toda conducta que cause lesión ingresa inevitablemente al contexto deportivo, donde debe ser castigado según la gravedad. El autor de la teoría radical es Giuseppe del Vecchio, quien además de mostrarse indiferente a una justificación de las actividades deportivas, desde una perspectiva criminológica, y ubicándola en la antropología criminal, clasifica a los deportistas en dos importantes grupos: los deportistas delincuentes natos; y los deportistas de ocasión o conscientes.

Como podemos notar, se hace una clasificación en base a la criminología común, en este caso aplicada al deporte, de donde destacamos la inclusión del delincuente deportista nato, criterio muy difundido por la teoría general del estudioso italiano César Lombroso dentro de la concepción tríptica de la etiología del delito, es decir el delincuente nato (atavismo), el delincuente loco moral, y el delincuente con

base epiléptica. Resulta entonces posible la equiparación de ciertas tipologías antropológicas del deportista a la del delincuente común.

Esta teoría concibe al delincuente nato, con ciertas diferencias a las que le agrega otros elementos de la antropología criminal, como la carencia de valores en el delincuente que desprecia la vida, en el vanidoso, los crueles y los que lo hacen más por dinero. Esta última concepción equivaldría al loco moral propuesto por el mismo Lombroso, con la diferencia de incorporarlos al contexto deportivo. Es concebida la locura moral como entidad en que estaría alterado el sentido moral e intacta o casi intacta la inteligencia. Los invulnerables o analgésicos pertenecerían al tipo atávico.

El planteamiento de la teoría, se basa en equiparar la concepción del delincuente nato y el loco moral, al ámbito deportivo, donde las consecuencias no tendrían ninguna diferencia a nivel de un análisis jurídico penal. El delito sería cometido por el deportista con tal similitud que en un contexto social no deportivo.

d) Teoría del delito deportivo de Penso.

El penalista italiano Penso creó la noción del delito deportivo para referirse a los sucesos con resultado grave en ocasión de un deporte. Se concibe entonces desde esta perspectiva la aparición en la doctrina de una conducta típica y antijurídica en las prácticas deportivas como modalidad muy particular y autónoma de delito.

El propio Penso, cuando se discutió el Código Penal italiano, propuso que se incluyese en él, el delito deportivo, como figura autónoma. La teoría impulsa la penalidad de las consecuencias lesivas, pero con un trato privilegiado, pues considera que existe diferencia en considerar un delito de lesiones en la calle, a uno ocurrido en ocasión deportiva.

Entre los seguidores de esta teoría tenemos a Agustín Martínez, L. Severino, Lorenzo Carnelli, G. Fragola, y Jiménez de Asúa, que coinciden con el planteamiento y la denominación. El estudioso argentino Ricardo Levene, al comentar el alcance legislativo de la teoría en el Código Penal cubano, dice “así, pues este Código trata de abarcar

todas las posibilidades relacionadas con un hecho ilícito penal cometido en un campo de juego, por cualquiera de los individuos que en él intervienen”. Denota que el legislador cubano ha tratado de abarcar todas las posibilidades en un artículo dedicado al delito deportivo, lo que significa una materialización de la teoría del delito deportivo.

IV. Otras construcciones doctrinales.

a) Construcción de la teoría alemana del consentimiento:

En los diversos deportes donde la violencia, en mayor o menor grado, es un medio necesario para el desarrollo mismo del juego, las lesiones se encontrarían perfectamente justificadas por el consentimiento dado, porque poseerían una entera representación del riesgo que se asume y de la violencia necesaria para el normal desarrollo del juego. Dicho riesgo, y en consecuencia su consentimiento, guarda íntima relación con el límite que demarca el reglamento de tal actividad. Así cuando uno de los participantes sobrepasa el marco de aquél, como el consentimiento y riesgo socialmente asumido por los jugadores, ya no cabe continuar considerando a la conducta como justificada por el consentimiento, naciendo así el injusto.

Como se ha señalado, en las tres categorías de actividades deportivas, siempre se actúa con parámetros de “riesgo socialmente aceptado” y “consentimiento de los participantes”, porque el alcance del consentimiento implica la proporción a la renuncia de la tutela penal del bien jurídico protegido; por lo que, para algunos de los casos citados, podría quedar automáticamente excluido el resultado dañoso como ilícito.

Esta teoría, la del consentimiento, predominante en Alemania hasta fines de los años sesenta, tenía, principalmente, dos problemas. El primero de ellos consistía en la diferencia entre las lesiones producidas dentro de un marco estrictamente reglamentario y las lesiones consecuencia de actos antirreglamentarios. Parece claro que el deportista, cuando entra a un campo de fútbol, básquet, hockey, etc., entiende que pueden producirse lesiones dentro de lo que se conside-

ra juego normal, esto es, sin mala fe del contrario, por causas fortuitas o meros lances del juego.

Para estos supuestos, la teoría del consentimiento era válida. Sin embargo, en aquellos casos en que la lesión por parte de un contrario venía precedida de una actitud dolosa, con mala fe o conocimiento del peligro potencial de lesión que entraña la jugada en cuestión, la teoría mostraba sus carencias, ya que el jugador no consiente en ningún momento en ser lesionado de forma antirreglamentaria. Sería el ejemplo de una entrada alevosa por detrás en fútbol, de un golpe con el bastón en hockey levantándolo a la altura de la cabeza cuando el jugador contrario está próximo, etc.

El segundo problema de esta teoría radicaba en la diferencia entre deportes considerados violentos o peligrosos y deportes no violentos. En los primeros, aparentemente, el deportista consentía en la posibilidad de lesionarse en mayor medida que en los segundos. Así, en un rally, en el boxeo, lucha, esquí, etc., la existencia de lesiones quedaba prácticamente despenalizada por considerarse que el consentimiento sobre las mismas existía en mayor medida, cuando realmente no era así.

Otro problema lo representan los deportes incluidos en el punto C), el consentimiento es presunto y el riesgo mínimo, donde un tenista puede recibir un pelotazo que le produzca una lesión o un nadador puede recibir un manotazo de quien compite a su par, los peligros son propios de este tipo de deportes, donde el grado de violencia es mínimo y en realidad no se encuentra ejercido sobre un contrincante, sino sobre los medios empleados –ej. un saque fuerte para lograr un “ace”, que sin embargo pega en el adversario–.

La esencia de todos estos deportes es la sujeción a un reglamento estricto y a unas normas de obligado cumplimiento, fuera de las cuales toda intervención que causase una lesión debiera estar igualmente perseguida que en el resto de los deportes considerados como no violentos.

Todo lo que no fuera así creaba una situación de inseguridad jurídica y de discriminación de los practicantes de deportes considerados violentos respecto de los que no se entienden como tales.

Parece muy acertada en relación con este tema la conclusión que plantea Albin Eser -“Lesiones deportivas y Derecho Penal...”- de que la teoría confundía el consentimiento en el riesgo con el consentimiento en la lesión, y que la asunción de uno no tenía que implicar necesariamente la aceptación del otro. Es decir, entro en la competencia con consentimiento del riesgo que asumo ante el desarrollo del juego, pero no consiento ser lesionado, sobre todo de manera antirreglamentaria.

El límite del consentimiento se encuentra allí donde acaba el poder de disposición del lesionado. Este es el caso cuando la aceptación de determinados riesgos y lesiones atenta, incluso con el consentimiento del afectado, contra las buenas costumbres. Lo que en principio se dará cuando, por ejemplo, estemos ante riesgos mortales o pérdida de órganos vitales, lesiones con deformación permanente, etc.

Además, en crítica a esta teoría, puede decirse que el consentimiento en la realización de la actividad deportiva es absolutamente irrelevante, ya que el deporte es prácticamente siempre voluntario, y los casos en que es obligatorio estarían cubiertos por otro tipo de responsabilidad (en caso de deporte escolar); que el consentimiento, para operar, debería ser exteriorizado expresamente, cosa que no se produce prácticamente nunca en el deporte y que, por tanto, difícilmente podría argumentarse como causa de exención de la responsabilidad penal; que en cualquier caso, el consentimiento del deportista sería asumir los riesgos derivados de una práctica deportiva reglamentaria, esto es, que pudiese llevar a accidentes fortuitos, pero nunca un consentimiento a ser lesionado.

Posteriormente y ya en la década de los setenta comienza a tener mayor aceptación la llamada teoría de la adecuación social.

b) Teorías de la Adecuación Social, y como causa de justificación.

Esta teoría apela al clamor social por la práctica de ciertos deportes -un obrar correcto, a veces hasta un mandato social- donde el consentimiento de los participantes para ejercer violencia, dentro de las reglas de juego, excluye la tipicidad.

El concepto de la “adecuación social” fue acuñado por Welzel y pretende desplazar del Derecho Penal aquellos comportamientos que pueden considerarse socialmente adecuados por moverse en el marco del orden social normal de un concreto momento histórico. Así, en el ámbito deportivo, resultarían penalmente atípicas aquellas acciones lesivas socialmente correctas.

En el mismo sentido, también se entiende que serían socialmente adecuadas las lesiones que se producen respetando las normas como las que proceden de faltas deportivas que sean levemente imprudentes. Sin embargo, otro sector doctrinal aumenta el ámbito de actuación de la adecuación social ya que por un lado, al hablar de los deportes de confrontación que no tienen el carácter de intencionalmente lesivos, se observarían lesiones socialmente adecuadas tanto en las acciones lesivas sin infracción reglamentaria, como las debidas a faltas deportivas, imprudentes o dolosas, siempre que, no siendo graves, obedezcan a la obtención de ventaja en el juego y no al objetivo de causar un daño. Así, queda fuera de alcance de la teoría de la adecuación social ejemplos como el del jugador que le propina un puñetazo a la víctima sin que haya juego de por medio; pero sí estaría incluido el caso del defensor que intenta interceptar a un delantero para que no consiga marcar un gol, encontrándose éste en la esfera de la adecuación social pues se incluiría dentro del conjunto de las faltas deportivas, sean imprudentes o dolosas.

A pesar de aceptar a la adecuación social como una teoría en la que se admite cualquier tipo de actuación siempre que la conducta del deportista se encuentre dentro de un marco permitido, no todo hecho quedaría impune. La limitación de la protección penal de los bienes jurídicos viene determinada por la confianza que depositan los deportistas en el comportamiento de sus adversarios, según los cánones de la actividad deportiva que realizan; esta situación es por la que se llega a apuntar un novedoso bien jurídico en este ámbito, basado en la seguridad o en la certeza de que el deportista no va a quebrantar las reglas del juego. Este objeto jurídico de protección sería la “confianza en el ordenamiento jurídico”, entendiéndose que ésta sería una parte del bien jurídico que protegemos, como la vida o la integridad física

que en el ámbito del Derecho Penal, aplicado a la actividad deportiva, sirve para delimitar las participaciones en este tipo de competiciones.

Podemos decir que, para esta postura, la inobservancia del deber objetivo de cuidado o de las normas reglamentarias se aumentan las probabilidades de daño, la acción se torna intolerable y los daños serán ilícitos.

Dos son las críticas que se efectuaron a esta teoría; la primera, es referente a la vaguedad del criterio de “adecuación social”, pues nada indica qué se puede entender como tal y, por tanto, qué tipo de acciones estarían permitidas sin ser punibles penalmente y cuáles no. Además es necesario tomar en cuenta los cambios de las costumbres sociales, su incidencia socio temporal, y los cambios que se requieran en el desarrollo del juego. La segunda, es relativa al hecho de que, aparentemente, las conductas socialmente adecuadas sólo incluirían aquéllas que estuviesen dentro del reglamento deportivo en cuestión, siendo por tanto punibles todas las conductas que no se ajustasen a él, aunque hubiese mediado imprudencia, fuerza mayor o cualquier atenuante o incluso eximente.

La evolución de la jurisprudencia alemana prosiguió por una línea similar a la teoría de la adecuación social, pero con ciertos matices que mejoraban la teoría anterior, y que culminó con el concepto del “riesgo permitido”.

Así, la sentencia del “Basketball Fall” (BHG VersR 1976, 776/6) declaraba procedente en un partido de básquet el contacto físico consistente en empujones y conductas similares cuando el ataque fuera dirigido al balón y no al jugador. Es decir, se asumía un riesgo de lesión incluso por ciertas conductas antirreglamentarias que el contrario debería permitir por el mero hecho de practicar ese deporte, que de por sí implica contacto físico, pero no se asumía cualquier tipo de lesión producida, por ejemplo, por un ataque directo a la integridad física sin ánimo o posibilidad de jugar el balón.

Por otra parte, están los que sostienen la tesis de la causa de justificación, quienes señalan que las lesiones cometidas por un sujeto en la persona de otro durante la práctica de algún deporte no pueden

considerarse antijurídicas, es decir, contrarias al Derecho, y por ende no pueden conllevar en modo alguno la responsabilidad penal de quien ha inferido la lesión, en el entendimiento de que las lesiones deportivas quedan amparadas por una causa de justificación, como lo es el ejercicio legítimo de un derecho (siendo ejercido en este caso el derecho de toda persona a realizar la actividad deportiva de su preferencia).

Estos autores llegan a esa conclusión, en primer lugar, puesto que encuentran obstáculos para ver una causa de exclusión de la tipicidad y, en segundo término, porque presenta la ventaja de no tener que buscar una causa de justificación “extra legem” ya regulada en el Código Penal; además, salva los problemas de distinción entre el deporte profesional y aficionado; igualmente, los partidarios de esta tesis se cuidan de precisar que si el sujeto activo no observa el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte, el ejercicio del derecho o profesión no será legítimo. En esta línea de pensamiento se admite que, en todos los casos de ejercicio legítimo, para que exista exclusión de la responsabilidad penal se necesitaría la observancia de las normas de cuidado, generales y especiales; por ello la conducta, a los efectos penales, dejaría de ser negligente.

De este modo se sostiene por lo general que si, por ejemplo, un individuo golpea fuertemente en el rostro a otro ocasionándole una grave contusión en el curso de un combate de boxeo, tal conducta estará justificada al encontrarse amparada por el ejercicio legítimo de un derecho (practicar el boxeo).

Para Campoy Benasayag, como otros, en algunas circunstancias estaríamos ante un hecho típico, cometido durante un juego deportivo y que no resulta antijurídico porque existe una causa de justificación amparada en un precepto permisivo, que son las autorizaciones legales para la práctica deportiva. Dice “...en los deportes en general (con exclusión del boxeo), el consentimiento tiene eficacia justificante en lo que se refiere a resultados lesivos que tengan lugar culposamente dentro de la práctica reglamentaria. Esto es que la actividad deportiva autorizada y consentida por la víctima, practicada con arreglo a las leyes que le son propias, constituye causa de justificación de las lesiones sufridas por...”.

Nótese la estrecha relación con el cumplimiento de reglamentos o normas generales y especiales en lo que hace al desarrollo del deporte, puesto que la causal de impunidad se encuentra recostada sobre el estricto cumplimiento de aquéllas, pero qué pasa cuando se practica deporte amateur? Cuando se violan normas sin intención de quebrarlas? Cuando existen lesiones por un mínimo descuido en el cumplimiento de la norma?

Como dijéramos, para esta posición existe una causa de justificación, y no una exclusión de la tipicidad de la conducta, pero recordemos que aquella "...es precepto permisivo que surge cuando el orden jurídico se resigna a que en una situación conflictiva un sujeto realice una conducta abarcada por la norma prohibitiva, pero que el derecho fomenta" –Dr. Zaffaroni, Tratado, T.III-, por lo que la teoría antes señalada sería, al menos, problemática para un prolijo análisis de la teoría del delito.

Justamente una causa de justificación clara, ante una conducta antirreglamentaria, resulta cuando, por ejemplo, un jugador de rugby, para zafar el "tackle" al cuello impone un "codazo"; o cuando un jugador propina un puñetazo y "otro se defiende"; o cuando un futbolista va con "sus taponos de punta" a los pies de su adversario, éste salta y sin querer termina pisando el cuerpo del agresor, lesionándolo finalmente.

La verdad es que dicha consideración tradicional de las lesiones deportivas como comportamientos justificados es insostenible en la actualidad, sobre todo con la difusión y aceptación ciertamente mayoritaria o dominante de la denominada teoría de la imputación objetiva, la cual ha estado en el centro de la discusión de los penalistas en las últimas décadas, y la que luego veremos.

c) Doctrina francesa

La antigua directriz, en el derecho penal francés, es que el deportista es penalmente responsable de sus actos y no se beneficia de inmunidad alguna.

El doctrinario Lasalle, critica la teoría exoneradora del consentimiento y expresa la necesidad de acomodar la conducta al ejercicio legal de un derecho a la práctica deportiva, y que ésta se encuentre permitida por el Estado.

Si bien la regla es la que mencionara en el primer párrafo en el derecho penal francés para los casos que estamos viendo, la tendencia de los tribunales es de manifestarse en favor de ciertas indulgencias, no solamente en el quantum de la sanción, sino también en cuanto la calificación que aplican, a condición de que los hechos se hayan desarrollado durante una acción propia del juego; pero los « règlements de comptes » en algunas competencias no justifican indulgencia particular alguna. Así, resulta culpable de « violences volontaires » el jugador de fútbol que golpea violentamente con su cabeza a un adversario, mientras el juego se encontraba detenido por el árbitro, que venía de sancionar una irregularidad en el juego (Cour de Cassation, Crim. 28 févr. 1989, no 87-91.285).

Los franceses hacen hincapié en lo que se denomina "Regla de la buena conducta", esto es que la responsabilidad penal puede ser prescindida a condición que las reglas de buena conducta hayan sido respetadas. Ahora bien, pregunta obvia, qué es regla de buena conducta y quién la fija. La respuesta es sencilla, las federaciones deportivas dictan las reglas de conducta y los reglamentos generales, así los órganos disciplinarios son los que califican la falta y la sancionan. La falta a la regla deportiva queda de lado ante la infracción penalmente caracterizada.

Por su parte, si la violencia ejercida, sin ser el objeto en sí del deporte, es inherente a su práctica, es decir que implica un contacto físico entre adversarios, la responsabilidad penal del autor será excusable si el daño resulta de una conducta no contraria a las reglas del juego y cometido en forma inadvertida "non contraire aux règles du jeu et accompli par inadvertance ».

Estas son las circunstancias de la infracción que van a caracterizar el grado de intención de la falta; así para una traba de piernas reglamentaria, durante un partido de fútbol, que llega a calificarse de

ruda por los testigos del proceso -al punto que causa una doble fractura en la pierna de la víctima-, la Cour de Cassation, entendió que había ausencia de irregularidad en la forma de poner la pierna de costado, y la ausencia de intención de atacar deliberadamente las piernas de su adversario (Crim. 8 juin 1994, no 93-83.379, Dr. pénal 1994, no 230). A contrario, comete un acto de violencia voluntario, aquél jugador que patea al adversario desde “atrás” con un pie levantado del suelo, ya que su acción tenía por objetivo el de provocar la caída de la víctima (TGI Annecy, 9 oct. 1991, D. 1991. Somm. 337, obs. J. Mouly).

Por otra parte, existe una tendencia jurisprudencial a no perseguir penalmente toda acción dañosa cometida en violación a las reglas de juego, salvo cuando el jugador haya actuado en forma desleal o haya creado un riesgo “anormal”. Es el caso por una lesión en un partido de rugby, donde el tribunal de gran instancia –TGI- de Toulouse, juzgó el 20 de enero de 1977 (JCP1978. II. 18788, note L. Remplon), afirmó que toda infracción a la regla de juego debe encontrar una sanción normal en la concesión por el árbitro de una ventaja a favor del equipo contrario –por ejemplo penal y expulsión-, la aplicación de sanciones por parte del derecho común sólo se encuentran justificadas cuando esa infracción cause un daño corporal “anormal” a uno de los jugadores, originario de una conducta imprudente, o de la simple brutalidad voluntaria.

d) Doctrina española.

En España están por un lado, quienes adhieren a la teoría de la “autopuesta en peligro”, señalando que las lesiones causadas en el deporte sólo quedarán impunes si, además del consentimiento libre y válido sobre el riesgo de las mismas, son causadas ateniéndose a las normas reglamentarias o, en caso de no existir o ser poco claras, a criterios de adecuación social. Esta postura, sostenida por Muñoz Conde, sin duda con raíces en la doctrina alemana, viene a representar un extracto o mezcla de las teorías de dicho país.

De otra parte se encuentran quienes apoyan la teoría del ejercicio de un derecho, oficio o cargo, señalando que el deportista que actúa en deportes violentos lo hace ejerciendo un derecho, oficio o cargo y

por tanto está legitimado para causar dichas lesiones sin responsabilidad penal.

Otros siguen aún manteniendo la primacía del consentimiento, contando con el cual las lesiones deportivas quedarían impunes siempre que, además, se produzcan de acuerdo con los usos y costumbres socialmente aceptados y en el ejercicio legítimo de un derecho.

Algunos autores prefieren distinguir entre lesiones causadas en deportes violentos y deportes no violentos. En el primer caso, las lesiones estarían justificadas ya que “no solamente son previsibles, sino que son queridas, es decir, existe intención de lesionar”. La justificación vendría por el ejercicio de un derecho, cargo u oficio antes mencionada siempre que se trate de un juego limpio y que se hayan observado las reglas del deporte de que se trate, y siendo indiferente la intencionalidad o no del deportista de causar la lesión, pues se presupone la misma (casos de boxeo o deporte de combate). Por el contrario, en el caso de los deportes esencialmente no violentos, se castigaría ante todo la intencionalidad de lesionar, mientras que quedaría impune la lesión causada de forma fortuita y en un plano intermedio la causada por culpa como consecuencia de una inobservancia de las reglas del juego.

Por último menciono a Mir Puig, partidario de la adecuación social, quien añade el principio de insignificancia y el consentimiento de la víctima.

e) Punto de partida hacia una posible solución.

En este punto me referiré a una teoría que si bien no soluciona el problema que venimos planteando, sí ayudará de plataforma para desarrollar una construcción, que en base a las teorías vistas, en conjunto y en forma armónica, se presente como algo superador de lo que hemos visto.

Primeramente, cabe recordar que la teoría de la imputación objetiva excede la cuestión de la relación entre la acción y el resultado, y se extiende a todos los ámbitos de la teoría del delito. Es que la atri-

bución de resultado a una acción determinada está dada por un juicio objetivo de imputación realizado por consideraciones “jurídicas”.

Lo primero que debe decirse es que la doctrina de la imputación objetiva ha venido a sacudir la categoría de la tipicidad en la teoría del delito, entendiendo que cuando el legislador penal describe una conducta como delictiva (esto es, la tipifica) es porque considera que tal conducta resulta intolerable o indeseable y es justamente por ello que amenaza su comisión con una pena. De esta manera, gracias a la doctrina de la imputación objetiva hoy es conocido que la simple producción de un resultado o de un daño, aunque en apariencia cumpla con la descripción de la norma penal (en términos técnicos, con el tipo objetivo), no puede implicar en cualquier caso la confirmación de una acción típica, es decir, que no puede conducir a afirmar que el individuo, por casualidad o por causalidad, ha provocado el resultado del tipo.

En lo que atañe a la imputación objetiva, se afirma, con razón, que existe una constelación de supuestos excluyentes, es decir, de casos en los que, o bien la persona que ha puesto una condición para que se verifique el resultado no ha creado un riesgo jurídicamente relevante o bien el peligro creado por la persona no se ha realizado en el resultado concreto. Un ejemplo más para aclarar la tesis; si un individuo lesiona a otro levemente con una navaja, y éste se dirige al hospital para ser atendido, y muere en el camino al suscitarse un accidente automovilístico, es claro que de no ser por la lesión inicial la víctima no habría tenido que dirigirse al hospital y por ende no habría sufrido el terrible accidente, pero la muerte en definitiva no es posible que sea definida como cristalización del peligro creado por el inicial agresor (así, la cortada inferida no se ha materializado en el resultado concreto, que en este ejemplo es la muerte).

Con todo esto, lo que sin duda quiere evitarse es el establecimiento de responsabilidades objetivas por el resultado, advirtiéndose que la aparición de éste puede ser en muchos casos circunstancial, accidental o meramente fortuita, lo que impide que se cargue responsabilidad al individuo que ha “desencadenado” los eventos desafortunados acaecidos.

La consecuencia de excluir la imputación objetiva, cabe aclarar, no es otra que la de afirmar la atipicidad de la conducta realizada, es decir, la negación de una acción típica, con lo que por supuesto se elimina la necesidad de continuar con el análisis de los restantes elementos del delito: antijuridicidad y culpabilidad; determinando a su vez que se trate de una conducta que no se puede ubicar en el conjunto de comportamientos con relevancia penal y que se desean evitar bajo la conminación de una pena.

Dicho esto entonces, hay que observar que uno de los supuestos excluyentes de la imputación objetiva, que es ampliamente reconocido por los partidarios de esta teoría, es el del denominado riesgo permitido.

Cuando se habla de riesgo permitido se quiere significar todos aquellos comportamientos que, por no considerarse indeseables o intolerables, no puede entenderse que se encuentren abarcados por los tipos penales. Así, por ejemplo, la operaciones quirúrgicas no pueden considerarse penalmente prohibidas, aunque de ellas puedan derivarse lesiones o daños a las personas; lo mismo puede decirse en relación con el desplazamiento vehicular, que en modo alguno puede considerarse penalmente prohibido, y es bien sabido todas las lesiones y muertes que se producen en el mismo.

Precisamente, algunas de las lesiones ocasionadas en actividades deportivas entran en la categoría del riesgo permitido, y en tal virtud deben considerarse atípicas, lo que conlleva negar el que en estos casos se trata de conductas típicas pero justificadas, como alguna doctrina lo ha entendido

Por supuesto, el riesgo permitido tiene fronteras, de modo que no siempre va a servir a los efectos de excluir la imputación objetiva; para ello será necesario en todos los casos que la persona haya respetado las denominadas reglas de conducta. En el caso de los deportes, entonces, si se cumple con los reglamentos deportivos pertinentes, aunque se haya ocasionado una lesión, incluso una sumamente grave, ello será un infortunio o un accidente, pero nunca un delito, al no tratarse de un comportamiento penalmente prohibido -valga decir, típico.

Por eso, es que no se puede presentar como justificada la conducta del deportista que se excede, desarrollando un juego brusco y violento; entonces el axioma es: el consentimiento no puede ser invocado para legitimar una acción que no es normal al juego, cuando lo anormal es la violación de las reglas, aumentando el peligro más allá del límite permitido.

Por ello entiendo que, la normalidad de las conductas, no pueden ser consideradas típicas en razón de la imposibilidad de ser antinormativas, ya que no llegan a desvirtuar el bien jurídicamente tutelado.

No podría llegar a ser típica una conducta cuando ella se encuentra prevista y hasta alentada por otras normas; más cuando existe un acuerdo entre los participantes, que asumen el riesgo del que venimos hablando.

En todo esto que se viene diciendo es obvio que el reglamento de la actividad correspondiente juega un papel clave, pues entre todas las cuestiones que mira, hay una finalidad protectora. Es decir que si el participante se atiene a la medida de cuidado materializada a través de las reglas de juego comúnmente aceptadas, entonces quedará eliminada la responsabilidad de las consecuencias derivadas de su actuación por falta de la infracción objetiva de un deber, y ello ya en el ámbito del tipo.

Tampoco puede deducirse que toda infracción reglamentaria con resultado lesivo sea siempre y obligatoriamente punible, pues deberá analizarse la posibilidad de la causal de justificación y aún en la culpabilidad, ver hasta qué punto se podía predecir subjetivamente la lesión llevada a cabo y, por otra parte, si el lesionado hubiese podido actuar de otra manera, dentro de la exaltación común del juego.

VI. Una construcción integral y compleja.

En este punto, y luego del abanico de posturas y teorías que hemos repasado, quisiera abordar la construcción final de lo que entiendo es el mosaico que debe tenerse presente para afrontar la problemática de las lesiones deportivas y la posible responsabilidad penal que surja.

En mi opinión, ninguna de las teorías mencionadas en forma autónoma soluciona de forma adecuada el problema de las lesiones deportivas, y ello es, en primer lugar, por el desconocimiento de la realidad del mundo del deporte y, en segundo término, por el hecho de dejar zonas “oscuras” o intermedias en la resolución de los problemas causados en este ámbito.

A su vez, podríamos decir que el derecho penal no está para regular el contacto físico dentro de los deportes, sino que su papel es advertir y castigar los abusos más flagrantes.

Por ello, y partiendo de los principios de la imputación objetiva antes señalados, entiendo que la piedra basal debe ser la teoría del riesgo permitido para intentar eximir de responsabilidad penal al causante de una lesión deportiva; sin embargo, y como ya se ha mencionado al hablar de la teoría del consentimiento que se suma a este rompecabezas, el riesgo que el deportista asume o permite se circunscribe en principio a las acciones reglamentarias, ya que nadie asume un riesgo derivado de conductas impropias del contrario.

Por su parte, la teoría de la adecuación social hace un aporte secundario, tomando lo que dice Jescheck cuando afirma que el deporte en sus más variadas formas de manifestación, es una actividad socialmente útil que, pese a entrañar riesgos, no infringe ninguna norma prohibitiva jurídico penal si en su práctica se observa el cuidado debido, ni siquiera en el caso de que produzcan resultados lesivos típicos que con arreglo a la experiencia no puedan excluirse por completo. Concluye que si, pese a la realización cuidadosa de tales acciones, se produce una lesión faltará lo injusto de la acción típica de la correspondiente figura del delito.

La mayoría de los deportes se encuentran sometidos a estrictas reglas de juego, por lo tanto podríamos decir que la prueba de ese cumplimiento estricto, conduce necesariamente a un veredicto de ausencia de falta y que, por el contrario, toda violación dolosa de las mismas elevan el riesgo, y si el resultado es la lesión, se daría lugar a algún tipo de responsabilidad.

Entonces, habrá que ver primeramente el cumplimiento de las

reglas del juego, en forma particular la naturaleza del hecho, de las circunstancias que lo rodearon, el grado de violencia utilizada –suficiente o abusiva–, la naturaleza de las lesiones, la transgresión o no de las reglas del juego, la actitud y conducta de la víctima. En este sentido, resulta viable comparar la conducta lesiva a un modelo abstracto de un deportista que efectúa la misma acción, dentro de los parámetros de la prudencia y diligencia, y en las mismas circunstancias del juego.

También, y en segunda instancia quedarían exentos de responsabilidad penal, aquellos casos fortuitos, donde la lesión puede producirse por quebrar el reglamento, con o sin intención, pero nunca con la intención de lesionar.

Los golpes del boxeador, los tackles en el rugby, los contactos en el fútbol, por severas lesiones que provoquen, no constituirán ilícitos penales. Ello porque no puede desvalorarse una acción que resulta conforme con el ejercicio de un derecho, aunque exista un claro desvalor de resultado.

Por otra parte, y como se señalara, en esta amalgama es importante tener en cuenta que el deporte es un derecho de los ciudadanos y es el mismo Estado que promueve y protege la existencia, desarrollo y práctica de actividades deportivas, dando un marco de protección legítima de un derecho, y que a su vez la sociedad admite en el desarrollo de aquéllas, una serie de comportamientos riesgosos, legitimándolos y aceptando resultados lesivos en cuanto el juego se desenvuelva dentro de los patrones de comportamiento fijados para que la carga de riesgo no sobrepase los límites tolerados.

Podemos a su vez decir que en la actividad deportiva, donde se crea el peligro, el consentimiento social y la asunción del riesgo por parte de los participantes es un verdadero acuerdo de partes, que elimina la tipicidad de la conducta respectiva con el debido respeto reglamentario.

Empero, la violación intencional al reglamento destruye el normal desarrollo del acuerdo, y con ello la posibilidad de materializar un daño por el aumento del riesgo permitido.

El comportamiento del deportista que a sí mismo y de manera consciente se somete a una actividad violenta y por ella arriesgada, es decir a riesgo propio, es considerado un riesgo normal, tanto por el reglamento como por la sociedad. Por ejemplo, en un encuentro de fútbol, rugby o boxeo, admitimos como válidos los golpes y violencias mientras no cause una lesión grave y que evidentemente sea una infracción a las reglas de juego. Esta tolerancia del individuo como un autorriesgo, está de acuerdo al contexto social donde se desarrolla, es decir en un encuentro deportivo, lo cual es de trascendencia histórica, pues desde Grecia se han legitimado las actividades deportivas mientras no contravengan el reglamento y causen consecuencias graves al deportista lesionado.

Por lo tanto no son comportamientos que se justifican; sino que en el fondo no encuadrarían en el tipo penal al no realizar ninguna descripción típica. Dicho de otra manera: no hay tipo penal que se aproxime a una lesión a otro que actuó a riesgo propio, considerado socialmente normal; ya que en el delito de lesiones y del homicidio no se asume la actuación en contra de la voluntad de la víctima.

Retomando, el aspecto para la atipicidad corre por el lado de la actividad misma, deportiva, aceptada y reglamentada. Por el lado del deportista autor (aunque en el fondo ambos son autores como en el box, karate, rugby y otros), podría afirmarse que las consecuencias son asunto de ellos mismos, pues se han comportado conforme al rol asignado, por lo que inevitablemente también resulta ser una causa de exclusión de la tipicidad. Con ello se concluye que sería un riesgo propio jurídicamente aprobado, y por ello una conducta atípica.

A esto último hay que sumarle la dificultad de poder demostrar el dolo en ocasión de un deporte; pues el deportista actúa cumpliendo su rol de deportista y es algo que pertenece a un tema de la fijación final de los objetivos del autor, cuyo contenido es evidentemente muy subjetivo y pertenece al fuero interno del deportista, lo que nos devuelve a los criterios objetivos de imputación al tipo objetivo, donde lo normativo y lo empírico se complementan.

Resumiendo un poco, podría decir que son requisitos esenciales

de la exención de responsabilidad penal, el ejercicio de una actividad fomentada por el Estado y el desarrollo de la misma dentro de las reglas fijadas para ese arte, que se manifiesta en el respeto de las normas del juego o al cuidado debido, desde el punto de vista objetivo, y la intención de ejercitar ese derecho sobre la no causación del mal, desde un punto de vista subjetivo. Sin perjuicio de ello, se muestra como necesario el consentimiento del riesgo por parte de los jugadores, puesto que si bien no es un elemento autónomo y esencial, se integra en la observancia de las reglas del juego.

En el ámbito nacional lo expuesto queda claro en el voto del Dr. Bueres en la sentencia dictada por la Sala D, de la C.N.Civ., en diciembre de 1982, en causa “Cotroneo, Ricardo D. S/ Club Atlético Banfield y otros” cuando afirma que “el deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos: a) cuando existe una acción excesiva que viole grosera o abiertamente el reglamento del juego y b) cuando existe intención provocar el resultado dañoso...”.

Por otra parte, en los supuestos de actuación dolosa, fuera de las reglas de juego, con lesiones extra deportivas no habría inconveniente en imputar responsabilidad puesto que hubo conciencia y voluntad de lesionar –directa o eventual-, un ejemplo de esto puede ser tomado del boxeador Kid Sullivan que puso en sus guantes tintura de belladona y cegó a su contrincante. En casos de imprudencia, negligencia o mismo dependiendo de la entidad de la lesión, aún existiendo violación reglamentaria, podría invocarse el criterio de la insignificancia, basado en la adecuación social, el riesgo permitido y el principio de intervención mínima, dado que la sanción penal de estos comportamientos implicaría la desaparición de ciertos deportes.

Como corolario de lo dicho, considero que a la hora de sancionar o no la lesión deportiva ha de ser la intención del causante de la misma, de forma que las fortuitas y las culposas queden impunes, y sólo las dolosas –directa o eventual- sean castigadas, entendiendo como dolo la intención de lesionar violando las reglas, la buena fe y las buenas costumbres del arte deportiva. De este modo, se podrían sancionar en boxeo, si el árbitro no para el combate, las lesiones causadas por el ensañamiento con un contrario que se sabe positivamente

que está con sus capacidades psíquicas y físicas alteradas a consecuencia de los golpes previos, pero que desea seguir en pie o, en fútbol, la entrada con los botines de punta aunque sea con la intención de disputar el balón a un contrario. En deporte amateur, pasaría lo mismo, por ejemplo en el rugby.

Quedarían impunes, entre otras, todas las causadas por la poca pericia del deportista, por ejemplo, el caso del jugador de tenis que, en un partido de dobles, al sacar, golpea con la pelota a su compañero por su inexperiencia o falta de destreza, causándole lesiones; un remero que golpea con el remo a su compañero; o un jugador de baloncesto que, al intentar robarle el balón al contrario, lo golpea en la cara rompiéndole un diente.

VII. La pena en el deporte.

Como último punto, quisiera abordar sin pretensión de solución, lo que a mi entender es una cuestión de hecho, que sucede, pero en la que no existe una posición franca al respecto.

Se ha visto que en el desarrollo de la actividad deportiva se producen lesiones que en la vida cotidiana serían pasibles, sin duda, de una persecución penal; sin embargo en el ámbito del deporte estamos hablando de atipicidad de ciertas acciones dañosas por todos los principios que hemos desarrollado anteriormente. Ahora bien, me pregunto, es justo o útil aplicar los mismos principios, en cuanto la naturaleza y fin de la pena, a un individuo que lesiona a otro en un accidente, dentro de un determinado contexto de conducta social, que a un deportista en un juego de contacto, donde el contexto legal y social es otro?

Sin entrar a discurrir por cada teoría de la pena, obviamente surge que la aplicación para uno y otro caso debe ser diferente. Para las lesiones que se producen dentro de la vida social diaria, la pena como sanción con un fin principal de resocialización no se pone en duda, pero no parece que el mismo fin sea el primordial en la sanción penal frente a un ilícito producido en el desarrollo deportivo.

En primer lugar, y partiendo del contexto socio legal, es importante tener en cuenta que el juego debidamente reglamentado por el Estado, se desarrolla en un marco de impacto social mucho más amplio que los simples hechos de la vida cotidiana. Por ello, la repercusión social de un hecho lesivo sobrepasa el ámbito de lo privado o de lo cercano, despertando una reacción social de magnitud trascendental. De hecho, algunas veces ciertos actos lesivos en el deporte trascienden su entorno y es visto por millares de personas, que además toman postura de lo sucedido.

Por otra parte, al aceptar que el deporte es una herramienta de formación e integración social, toda anormalidad en su desarrollo hace temblar los valores de ese juego para sanear el sacrilegio cometido.

Luego de lo que se ha desarrollado, para el análisis de la punibilidad y el fin de la misma en los casos que corresponda, he de decir que parto desde una perspectiva ex post, sin dejar de lado una valoración ex ante de la conducta lesiva. De esta manera se cuela como base en el análisis dogmático del delito el principio de lesividad, pasando la infracción de la norma de conducta en condición de imputación del daño para el bien jurídico tutelado. Es que si no concurre este desvalor de resultado típico, no estaríamos ante un hecho que importe a la persecución penal.

Entiendo que el Estado debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, y de las actividades fundamentales que en ella se desarrollen, por lo que ha de tender a la prevención de delitos, entendidos como aquellas conductas que los ciudadanos estimen dañosas para sus bienes jurídicos –siguiendo a Mir Puig, cuando habla de bienes, no lo es en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales-, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos. Por ello, y en ese sentido, el derecho penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Dicho derecho penal habrá de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio jurídico de la sociedad, así la prevención general se equilibra con dos aspectos, el

de la prevención intimidatoria –prevención especial- y el otro de la prevención general estabilizadora – prevención general positiva-.

Además, el derecho penal de un Estado democrático, debe asegurar la protección efectiva de los ciudadanos en sus actividades sociales, lo que le atribuye una función de prevención en la medida de lo necesario para cumplir esa protección.

Por su parte, Stratenwerth advierte sobre el vicio de definir la conducta criminal como el “comportamiento en tanto esté conminado con una pena”, ya que para avanzar sobre el tema es preciso que la conducta presente cualidades que expresen el fundamento por el cual dicho comportamiento resulta punible. Este autor ha señalado que la teoría tradicional ha definido el crimen haciendo hincapié en la contradicción de la conducta con las normas ético-sociales, lo que resulta insuficiente, toda vez que puede haber conductas que sean reprochables en esa esfera, pero que no perjudiquen bienes jurídicos que se encuentran tutelados.

Por ello, opina que el Derecho Penal no puede tutelar un orden moral, tradicional o conservador, retardado de todo avance social o tecnológico, debiendo sí poder influir en forma activa sobre el orden social, para lo cual necesita, como punto de partida, asentarse sobre dos premisas. La primera a tener en cuenta, surge del mismo objeto del ius puniendi, que debe ser la protección de bienes jurídicos, y aunque este concepto siga siendo discutido, sí resulta necesario tomarlo como una “relación de referencias cambiantes”, entendiéndose que sus contenidos y límites no deben surgir exclusivamente de la ley, sino su aplicación a la realidad social.

El segundo pilar para una descripción de una conducta criminal, consiste en “investigar las condiciones de la vida humana en común y la posibilidad de asegurarlas mediante normas jurídico-penales, independientemente de la teoría del bien jurídico”, lo que conjuga las legítimas necesidades e intereses tanto del individuo, como de la sociedad dentro de un marco histórico determinado. Ello implica que, describir una conducta como criminal, sólo es posible dentro de un marco referencial previamente consensuado, lo que conlleva un debate en el

seno de la sociedad respecto de si criminalizar determinadas conductas contribuyen realmente a la paz social.

Por otra parte, no debe olvidarse que la pena se encuentra limitada a una serie de límites normativos o principios que hoy en día no se discuten y que se encuentran incorporados en la Constitución Nacional. A saber, el principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y no actos considerados inmorales; el principio de culpabilidad por el hecho; el principio de proporcionalidad; y el principio de resocialización, hoy muy debatido, pero que obliga al Estado a orientar las penas.

Resumiendo, la legitimación del ius puniendi que deba aplicarse a los casos que venimos viendo se fundamenta sobre todo en el derecho de defensa de una actividad social legítima y reglamentada, como sus bienes jurídicos –como el valor salud del jugador-, con la limitación en su forma y medida por el respeto a la dignidad del ser humano y por la prohibición de sobrepasar una retribución justa. Esto significa que ni las posturas absolutas o utilitarias pueden actuar en forma autónoma y con carácter total, sino que deben conjugarse y contribuir en la misma medida a la realización del sentido y fin de la pena para el normal desarrollo y cuidado del deportista, como de la actividad misma.

Bibliografía:

- Alain Lacabarats, Magistrat Collaborateur du Centre de droit et d'économie du sport de Limoges Sports et activités physique, Editions Dalloz, 2010.

- Albin Eser y Bjorn Burkhardt. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Ed. Colex, 1995.

- Albin Eser. Lesiones Deportivas y Derecho Penal. Revista Jurídica La Ley, Año XI número 2499, Madrid, 1990.

- Antonio J. Monroy Antón. El delito de lesiones en el deporte: evolución y diferencias entre la legislación alemana y la española. X

Congreso de Historia del Deporte, Sevilla, 2005.

- Claus Roxin, Derecho Penal Parte General T.I, Editorial Civitas.S.A. Madrid, 1997.

-Edgardo A. Donna, Derecho Penal, Parte Especial, T.I, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2003.

- Eugenio Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal. Parte General, T.III, Editorial Ediar, Bs. As. 1981.

- Fidel A. Cadena Serrano. El derecho penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y al dopaje. Publicación de la Universidad de Santiago de Compostela, 2007.

-Jimenez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tercera Edic. Buenos Aires, Edit Losada, 1956.

-Jean Luis Baudouin. Aperçu sommaire de la responsabilité pénale et civile en matière de sport en droit du Québec. XXVIIème Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises, Caire, 2000.

-Muñoz Conde, F.y García Aran, M. "Derecho Penal. Parte General. 6 Edición Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2004.

-Robert Marchi, Le droit criminel canadien et le sport, un aperçu sommaire. XXVIIème Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises, Caire, 2000.

-Ricardo Levene (h), El delito de homicidio, Editorial Depalma, Seg. Ed., Bs. As., 1970.

-Ricardo Cristian Loayza Gamboa. El delito y las causas de justificación en las lesiones y violencias deportivas. Editorial FECAT EIRL, Lima, Perú, 2011.

- Santiago Mir Puig. Estado, pena y delito. Editorial BdeF, 2006.

- Victorina R. Campoy Benasayag, Perspectiva Legal de las Lesiones en el Deporte en Revista de Derecho Penal y Criminología, año 2, número 4, Ed. jurídicas cuyo, 2002.

1. Introducción

La criminología mediática es un discurso criminal surgido de los medios de comunicación que, en ocasiones, condiciona la opinión de los ciudadanos respecto de un tema en particular. Instauremores y genera conceptos que se repiten, muchas veces, sin un análisis adecuado por parte de aquél a quien se dirige.

En este trabajo se pretende demostrar que si bien la criminología mediática es un fenómeno actual que se convirtió, desde mediados de los años 90, en uno de los principales temas de la agenda mediática de nuestro país, no es un fenómeno nuevo sino que afectó al hombre desde tiempo remotos, valiéndose de la técnica comunicacional propia de cada época.

En primer término intentaré definir qué se entiende por criminología mediática y cómo afectó al hombre en las distintas épocas. En segundo término, como sus conceptos resultan generadores de opiniones, que en ocasiones son utilizados por la política en provecho de sus intereses y en detrimento de las garantías constitucionales de los ciudadanos. Finalmente, y en tercer lugar, cómo contrarrestar este discurso mediático. El camino es la criminología cautelar?

2. Concepto. Su variación en las distintas épocas de la historia según la tecnología de su tiempo

La Criminología mediática responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basan en una etiología criminal simplista asentada en la causalidad mágica¹.

* *Auxiliar Letrada de la Sala IIª de la Excma. Cámara Penal de San Isidro*

¹Zaffaroni, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos. Conferencia de criminología cautelar. Ediar. Buenos Aires, 2011, pág. 365.

Como lo sostiene el Dr. Eugenio Zaffaroni, siempre ha habido criminologías mediáticas *vindicativas* y apelaron a una *causalidad mágica*. Lo mágico no es la venganza, sino la especial idea de la causalidad que se usa para canalizar la venganza contra determinados grupos humanos, lo que en términos de la tesis de René Girard hace a esos grupos humanos *chivos expiatorios*.

Las criminologías mediáticas variaron mucho en el tiempo, entre otras cosas en razón de la tecnología comunicacional propia de cada época, pero siempre se construyeron en base a una causalidad mágica, como la que manejaba la medicina en tiempos en que untaba el arma lesionante para curar al lesionado. En algunos momentos coincidieron argumentalmente con la criminología académica, pero eso sucedió cuando esta última también cayó en una causalidad distorsionada. Tal lo ocurrido durante la época de la caza de brujas, en que su supervivencia se basó en la ignorancia del pueblo, o sea en la desinformación de la criminología mediática de su tiempo cuyo medio de comunicación era el púlpito y la plaza, mientras que la criminología académica -la de los teóricos de la inquisición- hacían lo mismo².

La caza de brujas fue la primera persecución en Europa que usó propaganda multimedia con el fin de generar una psicosis de masas entre la población. Una de las primeras tareas de la imprenta fue alertar al público sobre los peligros que suponían las brujas, a través de panfletos que publicitaban los juicios más famosos y los detalles de sus hechos más atroces. Para este trabajo se reclutaron artistas, entre ellos, el alemán Hans Bandung, a quien se debe algunos de los retratos de brujas más mordaces³.

A fines del siglo XIX el poder de los diarios y de su construcción de la realidad alcanzó límites hasta entonces sin precedentes, en particular en Francia con el caso Dreyfus, lo que impresionó mucho a

²Ibidem.

³Federici, Silvia. Caliban y la bruja. Pág. 229. (Publicación aportada como material de estudio por el Dr. Matías Bailone en la materia Criminología dictada en la carrera de Especialización en Derecho Penal del C.A.S.I. (UBA) en el segundo semestre del año 2014).

Gabriel Tarde, que en 1898 advertía sobre el enorme peligro que implicaba. “Desgraciadamente -escribió- la prensa es beneficiaria de una enorme impunidad legal o ilegal y puede predicar el asesinato, el incendio, la expoliación, la guerra civil, organizar un gran chantaje, aumentar la difamación y la pornografía a la altura de dos instituciones intangibles. La prensa es el poder soberano de los nuevos tiempos”. En 1900 Tarde volvió sobre el tema afirmando que “en el presente, el arte de gobernar se ha convertido en gran medida en la habilidad de servirse de los diarios”. Se percató claramente de la fuerza extorsiva de los medios masivos (en su tiempo los diarios), de la gran dificultad para neutralizar los efectos de una difamación periodística y de la explotación de la credulidad pública. Pero Tarde fue más lejos en sus advertencias, destacó el poder del silencio cómplice: cerrar los ojos y la boca ante ciertos hechos como la dilapidación de Panamá o las masacres de Armenia, los accidentes ferroviarios o los suicidios en las casas de juego de Mónaco⁴.

La criminología mediática actual tiene características propias. A decir del Dr. Zaffaroni, no es otro que el neopunitivismo de los Estados Unidos, que se expande por el mundo globalizado. Su característica central la proporciona el medio técnico empleado: la televisión. Su discurso se impone mediante imágenes. Hace mención el Dr. Zaffaroni, entre otros, a la tesis de Sartori quien sostenía que una comunicación por imágenes necesariamente se refería siempre a cosas concretas, pues eso es lo único que pueden mostrar las imágenes y, en consecuencia, el receptor de esa comunicación está constantemente instado al pensamiento concreto, lo que en lugar de ejercer y fortalecer su pensamiento abstracto, más bien lo debilita.

La comunicación de imágenes no logra ser atractiva provocando pensamiento, por lo que debe impactar en la esfera emocional mediante lo concreto. La mayoría de las veces los medios informativos parecen síntesis de catástrofes que impresionan pero no dan lugar a reflexión. También hay imágenes que ni siquiera necesitan sonido, tal como

⁴Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. pág. 366.

ocurrió con la imagen del 11 de septiembre donde sólo estaba la interpretación del comentarista señalando al destinatario indefenso lo que está viendo⁵.

Sostiene el Dr. Zaffaroni "...Como la comunicación social es lo que más se ha globalizado, el discurso del autoritarismo norteamericano es el más difundido en el mundo. Su simplismo se imita en todo el planeta por comunicadores ávidos de rating, aunque en América Latina es donde tiene mayor éxito, dado su precariedad institucional. Su difusión mundial es favorecida por la brevedad y el impacto afectivo del discurso vindicativo, que resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y que el espectador no suele estar muy dispuesto a pensar⁶.

Para David Garland el punitivismo contemporáneo no puede ser explicado asignando a los medios de comunicación un rol exclusivo en la manipulación y la construcción de mitos fundantes de la pasión por el castigo. Acude a otras herramientas interpretativas basadas en procesos políticos y culturales: "En todo caso, una forma cultural determinada actúa sobre la política penal sólo mediante un proceso de lucha, compromiso y alianza con un conjunto de formas culturales contendientes, y tiende a ser adaptada en su contexto de uso para que encaje con los patrones institucionales de la esfera penal. Por lo tanto, aunque sea fácil mostrar en términos generales la influencia de un determinado conocimiento, sistema de valores o formas culturales en la política penal, resulta mucho más difícil especificar el derrotero real en el que uno influye en el otro, así como la naturaleza precisa de esa influencia". O sea, que las políticas penales se basan siempre en procesos culturales instalados en la sociedad. Sin embargo, reconocerá la posibilidad o el intento, en determinadas coyunturas políticas, de manipulación al "público en general" que en la sociedad moderna "suele estar muy dividido", "diferenciando sus variados sectores en la receptividad a determinadas formas de retórica". "Las políticas excluyentes, los estilos de representación y los lenguajes del castigo apela-

⁵Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. pág. 369.

⁶Zaffaroni, Eugenio Raúl. Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool. Equipo Federal de Trabajo. Publicación Edición nro. 43-Derechos Humanos, publicado el 04/12/2008

rán a distintos sectores, y los modernos estadistas suelen ser muy diestros para manipular el simbolismo de "la ley y el orden" a fin de relacionarlo con los temores, la inseguridad y los prejuicios del público..."⁷

En nuestro país, desde la criminología mediática hay quienes sostienen que los reclamos por mayor seguridad comenzaron en 2004 con la participación de Juan Carlos Blumberg. Aún cuando ya ningún medio continúa brindándole cobertura a sus reclamos y ningún periodista de la criminología mediática desea referirse al efecto de las reformas legislativas por él impulsadas, su nombre continúa siendo un ícono de referencia en este ámbito. Recurrir a su nombre y reclamo es emblemático. Y, en la década del 90, el caso de un ingeniero que persiguió y mató a dos hombres por haberle robado el estereo de su automóvil fue tomado como emblema por la criminología mediática de esa época. Estos fueron dos casos representativos del tema que se plantea en este trabajo, donde al menos en el caso Blumberg los medios de comunicación lo colocaron en el centro de la escena mediática ante la desgracia vivida y los legisladores se inclinaron a las consignas de la poderosa criminología mediática encarnada en la supervíctima héroe⁸.

También al respecto se sostuvo que: "...las movilizaciones que rodearon al padre tuvieron en los medios acompañamiento y estímulo, aprovechado para sostener posturas punitivas que transformaron el código penal, intentando incidir en otros planos de la realidad política más allá de 'la seguridad', 'amplificando estados de conmoción social'. También hay que recordar el importante papel que tuvieron los medios al solicitar el esclarecimiento y justicia por el asesinato de José Luis Cabezas". Así, la actuación de los medios como constructores de

⁷Isla, Alejandro. La representación de la violencia y los delitos. El rol de los medios de comunicación. Publicación en Revista Tram(p)as de la comunicación y la cultura. N°72 septiembre-octubre 2012.

⁸Nicolás, Maximiliano E. Criminalización mediática y su impacto en el derecho penal actual. Publicación en Revista de Derecho Penal y Criminología Año III Número 4 Mayo 2013. La Ley, pág. 109/110.

la realidad está hoy ampliamente aceptada. Son una referencia clave en la construcción de sentido de los fenómenos sociales”.⁹

3. La criminología mediática y la creación de una masa criminal de diferentes. Consecuencias que se generan en la sociedad y afectación de garantías constitucionales

La criminología mediática crea la realidad de un mundo de *personas decentes* frente a una masa de *criminales* identificada a través de estereotipos, que configuran un *ellos* separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de *diferentes y malos*. Los *ellos* de la criminología mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, *ensucian* en todos lados y por eso deben ser separados de la sociedad, para dejarnos vivir tranquilos, sin miedos, *para resolver todos nuestros problemas*. Para eso es necesario que la policía nos proteja de sus acechanzas sin ningún obstáculo ni límite, porque *nosotros* somos limpios, puros, inmaculados¹⁰.

Este *ellos* se construye por *semejanzas*, para lo cual la televisión es el medio ideal. El *ellos* no se compone de delincuentes, no se trata del conjunto relativamente pequeño de criminales violentos, sino del mundo más amplio de estereotipados que no cometieron ningún delito y que nunca lo han de cometer. Para eso la criminología mediática juega con imágenes, seleccionando las que muestran a los pocos estereotipados que delinquen y de inmediato a los que no delinquieron o que sólo incurren en infracciones menores pero, son parecidos. No necesita verbalizar para comunicar que en cualquier momento los *parecidos* harán lo mismo que el criminal¹¹.

De este modo se genera en el ciudadano común un sentimiento de temor que origina la creencia de que el *parecido* debe ser separa-

⁹Nicolás, Maximiliano E. Publ. Cit.

¹⁰Zaffaroni, Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. Pág. 369.

¹¹Zaffaroni, Eugenio R Zaffaroni. Ob. Cit. Pág. 370.

do de la sociedad, ya que seguramente cometerá el mismo acto criminal de aquél que ya lo ejecutó. El miedo no permite pensar con claridad y se acrecienta a partir de la aparición en los medios de comunicación de nuevos hechos delictivos generados por esa parte de la sociedad con características propias perfectamente definidas por esos mismos medios.

Se selecciona cuidadosamente los delitos de los estereotipados más o menos cargados de perversidad o violencia gratuita, los otros se minimizan o se presentan de modo diferente, porque no sirven para mostrar que cualquier estereotipado habrá de cometer una atrocidad semejante. El mensaje es que el adolescente de un barrio precario que fuma marihuana o toma cerveza en una esquina mañana hará lo mismo que el *parecido* que mató a una anciana a la salida de un banco y, por ende, hay que separar de la sociedad a todos ellos¹².

La criminología mediática construye un concepto de *seguridad* del todo particular: abarca sólo la prevención de la violencia del robo. Cuando un homicidio fue por celos, pasión, enemistad, pelea entre socios o lo que fuere, para los medios no se trata de una cuestión de *seguridad*, lo que también suelen afirmar las propias autoridades en declaraciones públicas y en tono de alivio. El homicidio de la mujer a golpes dentro del *santo hogar familiar* no produce pánico moral, no es ningún riesgo visible. Más aún: casi los ignoran y si alguno de estos homicidios tiene amplia cobertura periodística es por sus ribetes de morbosidad sexual¹³.

Stanley Cohen publicó en 1972, entre otros trabajos importantes, *Folk Devils and Moral Panics: the making of the mods and rockers*, en Londres, y por la editorial MacGibbon and Kee. Este libro, reeditado en 2002, ha sido considerado el libro más importante del campo criminológico de los últimos cuarenta años. Crea allí el término “pánico moral”. Tras estudiar las reacciones sociales ante las bandas juveniles británicas de los sesenta (denominadas “mods” o “rockers” de acuerdo a la

¹²Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ibid.

¹³Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Página 371.

moda o gustos musicales, y que estuvieron muy presentes en los años 1964, cuando el autor hacía su tesis) señala que el pánico moral es una reacción a un grupo de personas basada en la percepción falsa o exagerada de algún comportamiento cultural o de grupo, frecuentemente de un grupo minoritario o de una subcultura, que es “visto” como peligrosamente desviado y que representa una amenaza para la sociedad. Su naturaleza se presenta de una forma estilizada y estereotipada por los medios de comunicación. Son los “demonios populares”, especialmente creados por los propios medios que generan alarma¹⁴.

Las noticias emanadas de los medios de comunicación generan reacciones sociales, y cuando lo que está en juego es la seguridad de los ciudadanos, esa reacción social se acrecienta ante el conocimiento de sucesos delictivos que pueden afectar a cualquiera en cualquier momento. El ciudadano trata de defender tanto su vida como la de los seres queridos, a la par de sus bienes personales, por lo que todo aquello que los proteja será bien visto por la sociedad ante el temor de lo que pueda suceder. Desaparece la capacidad de pensar racionalmente.

Gabriel Ignacio Anitua, en el artículo mencionado párrafos precedentes (Stanley Cohen (1942-2013): la mirada crítica. Revista de Derecho Penal y Criminología del año III, 1 febrero 2013, pág. 132) sostuvo que el propio Cohen señaló en una entrevista que: “Los pánicos morales son expresiones de desaprobación, condena o crítica que se plantean de vez en cuando debido a fenómenos que podrían definirse como ‘anormales’. El ejemplo que tomé fue el del mal comportamiento percibido -lo que ahora llamaríamos ‘comportamiento anti-social’- de adolescentes, el cual era muy exagerado, y fuera de proporción con respecto a lo que realmente ocurría. La parte moral es la condena y la desaprobación social, y el pánico es el elemento de la histeria y la exageración. Lo cual puede ser aplicado posteriormente a todo tipo de olas de fenómenos. Es en gran parte creado por la prensa. La regla general es: sin prensa, no hay pánico moral. Los medios son platafor-

¹⁴Anitua, Gabriel Ignacio. Stanley Cohen (1942-2013): la mirada crítica. Publicación en Revista de Derecho Penal y Criminología. Año III, Número I, Febrero 2013. La Ley. Pág. 132.

mas de pánicos morales, los cuales o los inician ellos mismos o llevan el mensaje de otros grupos. Vemos cosas sobre madres solteras, escuelas en decadencia, la crisis actual sobre los niños huérfanos. Estos son todos morales distinguibles”.

Sostiene Carlos Elbert que: “los medios, concentrándose en lo espectacular del delito, dejan casi siempre de lado los contextos sociales y las biografías de los participantes. Transmiten un esquema unilateral de la realidad que remite todas las responsabilidades a un desconocido que pertenece al bando réprobo que desafía a la ley, justificando que la reacción en su contra sea fuertemente vengativa¹⁵”

La inseguridad y la sensación de alarma, debidamente aprovechadas, han sido identificadas como la fuente de la inflación penal verificada en los últimos años. Pavarini señala que la inflación punitiva es un signo de la crisis de la democracia representativa y del advenimiento de una democracia plebiscitaria o de opinión, basada fundamentalmente en el miedo. De esa forma, el lenguaje expresivo de los medios, y de la comunidad, podría tener consecuencias más lesivas que la profesionalización y la ocultación de las violencias. En el sentido contrario, Mathiesen señala que los temores sociales son alentados por las élites profesionalizadas que de ese modo se aseguran el poder. No obstante, también este autor analiza críticamente al lenguaje televisivo, que sería uno de los medios utilizados -no el único- para facilitar esa inflación de castigos, tanto por la transmisión de miedo como por la corrosión de los principios jurídicos de legalidad o de humanidad. El espacio de discusión pública capaz de contrarrestar el poder punitivo surgirá, según el noruego, en contra de la televisión. Los principios morales de movimientos sociales e intelectuales, deberían imponerse entre la superficialidad del lenguaje televisivo. Además de facilitar el aumento de la represión penal, se señala, asimismo, que los medios de comunicación amplifican el efecto de los delitos y, al hacerlos pasar por las reglas de la dramatización, provocan el alarmismo social¹⁶.

¹⁵Anitua, Gabriel Ignacio. Medios de Comunicación y criminología. Publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología. Año I Número 2 Octubre 2011, La ley pág. 66.

¹⁶Anitua, Gabriel Ignacio. Publ. Cit. Página 68.

La violencia delictiva y la inseguridad, se convirtieron, desde mediados de los 90, en uno de los principales temas de la agenda mediática. A pesar de esa actual visibilidad, el delito no es un contenido nuevo en los medios. La “crónica roja” o los relatos de crímenes fueron géneros privilegiados cuando los medios se establecieron como empresas periodísticas, con afán de distribución masiva. Este contenido se prolongó también en la llamada “prensa seria”, combinando influencias de la literatura, la criminología y hasta el cine (Abril, 1997; Caimari, 2007). Lo que modifica el estilo de tematización presente es que esas noticias dejaron de ser meros relatos de crímenes en rincones de los diarios ‘serios’, y en las primeras páginas de los amarillos, para convertirse en tema de agenda política que interpela la capacidad del Estado para resolver la inseguridad, exagerando la vinculación de esos hechos con la marginalidad y la pobreza. Con este nuevo marco valorativo-interpretativo, las noticias sobre el delito han ganado espacio en los medios, utilizando *clichés* propios del sentido común de los sectores medios de las grandes ciudades, que asocia pobreza con delito. Muchos abordajes de la representación del delito han señalado la difusión de relatos estereotipados, superficiales, poco matizados, que espectacularizan los acontecimientos, creando “olas” de violencia y delitos que desaparecen tan rápido como se convierten en noticia. Los medios tendrían así, un efecto directo en la producción de la *sensación de inseguridad* que se constata en la mayoría de los centros urbanos, y que supera las mediciones de victimización de esa misma población¹⁷.

Es una meta para la justicia penal lidiar críticamente con las cuestionadas sociedades de la información o del conocimiento. La inmediatez y aceleración de la difusión de mensajes y contenidos a través de los medios masivos de comunicación, no pueden hacer descender la voluntad jurídica de preservar los derechos humanos fundamentales, ni presupone asumir una actitud pasiva ante el hegemonismo que la información genera. De ahí la necesidad de aumentar la capacidad de resistencia y del sentido crítico cuando se laceran principios, garantías

¹⁷Isla, Alejandro. Publ. Cit.

y derechos a efectos de que prevalezcan sobre todo, las sociedades digitales de la dignidad, de la solidaridad y de la justicia.

El espacio real de la comunicación a través de los medios en lo relativo a los hechos penales, se ha enmarcado en tratados internacionales, en las constituciones y en leyes positivas y procedimentales, y en menor medida, por la deontología periodística, cuestión que indica una mirada atenta del sistema de justicia penal y a los medios de comunicación de cara al exceso y sobredimensión que en ocasiones se pone de manifiesto por quienes tienen el deber de orientar, ilustrar y concientizar con la información de la sociedad.

Ciertamente existe la necesidad de que los fenómenos y acontecimientos delictivos de relevancia se hagan públicos y se garantice la publicidad de los actos judiciales, en cuyo caso juegan un papel importante los medios masivos de comunicación, sin embargo existen ciertas circunstancias que hacen que la información tenga que darse de un modo atenuado de manera que no melle los derechos fundamentales de las personas y los propios objetivos que se deben perseguir con la divulgación de una noticia en la sociedad¹⁸

En dicho sentido, es necesario tener presente que más allá de la necesidad de que los ciudadanos se encuentren informados de los acontecimientos que se desarrollan en la sociedad, también existe la necesidad de garantizar los derechos de aquéllos a quienes se les imputa un delito, ello con base en el principio de inocencia.

Presumir la inocencia de una persona que se encuentra bajo sospecha de haber cometido una conducta delictiva, infiere válidamente que antes de que sobre su persona recaiga una sentencia condenatoria, ninguna autoridad pública puede presentarla oficialmente como culpable o brindar información a los medios de comunicación social, cuyo contenido evidencie un juicio anticipado de culpabilidad de

¹⁸Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva. Pág. 175/176. (Publicación aportada como material de estudio por el Dr. Matías Bailone en el curso dictado en la carrera de Especialización en Derecho Penal en el C.A.S.I. (UBA) año 2014).

quien, aún y con el mejor de los deseos, divulga los hechos y los presuntos culpables. Por ello Catacora, afirma “que la presunción de inocencia no opera o no debe operar en el proceso, sino fuera de él, dirigido así a quienes tienen que comentar, informar, o conocer los hechos que son objeto de una causa penal”.

De ahí que el atávico principio de presunción de inocencia, en el marco de las propuestas que hacemos en este trabajo, operaría no sólo como un derecho de los ciudadanos frente al estado sino como un baluarte que se enfrenta a quienes disponen de medios capaces de estigmatizar a una persona o indiscutiblemente sobre la decisión que deben tomar los órganos encargados de impartir justicia.¹⁹

En los Estados modernos, la libertad de prensa juega un papel valioso que lleva implícito el derecho a recibir información. El problema se plantea cuando la libertad de prensa colisiona con otros derechos de raigambre constitucional, provocando un conflicto de valores, produciéndose de esta manera una superposición de derechos con jerarquía constitucional que al momento de decidir determinadas situaciones obliga a discernir cual prevalece en el caso concreto.

Como criterio general la libertad de pensamiento y de expresión no pueden estar sujetas a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben ser expresamente fijadas por la ley.

La libertad de expresión y de crítica, termina allí donde comienza el derecho de las demás personas individuales o jurídicas a defender su honorabilidad, dignidad, prestigio, virtudes o dote²⁰.

Muy vinculado a la garantía de presunción de inocencia o estado de inocencia, aparece la libertad de expresión y de prensa. Existe una libertad de prensa y la misma es concomitante con el derecho de informarse, pero sobre el pretexto de estos derechos no se puede exponer a un sujeto particular a la degradante situación del escarnio público, vulnerando de manera patente su garantía de inocencia, que encontra-

¹⁹Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Página 177.

²⁰Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Págs. 180/181.

mos consagrada como un derecho fundamental de orden constitucional o procedimental.

Parte de la doctrina estima que la información de prensa a través de los medios de alcance masivo, se muestra como vía insustituible para que la sociedad conozca y a la vez controle la actividad de los órganos de seguridad y las decisiones judiciales²¹.

Binder considera que: “el periodista no puede convertirse en un cómplice de una justicia que quiere quedar al margen de la crítica social. No tiene que aceptar las tendencias centripetas de una justicia que busca legitimarse por ocultamiento. No puede prestarse al juego de no informar para que la justicia actúe de un modo oculto”²².

Las potencialidades de acceso amplio y masivo de la información son casi infinitas, pero ello no significa que se traduzca en más calidad de esa información, ni que se preserve adecuadamente, ni que pueda localizarse y contextualizarse de forma sencilla. Hoy dada la amplitud y alcance de los medios masivos de comunicación, es posible destruir la vida de una persona con un manejo inadecuado de los datos y la información disponible en las redes.

La superabundancia de información facilita la labor de suplantadores de identidades o manipuladores de todo tipo. El uso no responsable de los datos y la información y el carácter global de las redes, le dan al tema connotaciones éticas muy complejas. Más bien pareciera que esta explosión de la información y el acceso, ha convertido este espacio en un terreno altamente minado.

Muchas veces los medios de comunicación en su legítimo afán de informar, amplían la dimensión y la gravedad del conflicto llegando a lesionar la presunción de inocencia de una persona, así como a ejercer una decisiva influencia sobre el mundo del delito ante un conglomerado social que se conmueve al leer o escuchar notas informativas sobre la culpabilidad de los imputados en un proceso penal.

²¹Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Pág. 182.

²²Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Págs. 182/183.

Al menos en América Latina, es frecuente luego de la captura o detención de una persona involucrada en un delito, que las autoridades policíacas y judiciales faciliten a las fuentes periodísticas y televisivas condiciones propicias para captar imágenes y hacer interrogatorios públicos sin reparar que miles de personas, se forman una opinión sin el debido cuidado de respetar las garantías personales y jurídicas del indiciado.

La falta de responsabilidad ética de los periodistas en el manejo de información judicial, puede alcanzar situaciones que son comprometedoras para el proceso penal. En ocasiones, se convierten en juzgadores de casos, abandonando su única misión de presentar los hechos. En otras exponen sus inconformidades con la investigación o los fallos e influyen en la conciencia ciudadana en contra del respeto que merecen las autoridades encomendadas para realizar la investigación y los jueces encargados de juzgar los hechos²³.

La actividad de los medios de comunicación en un régimen democrático, trasciende a la impartición de justicia y ello obliga a la determinación de aquellos aspectos del periodismo y la divulgación, que pueden afectar la imparcialidad de los jueces, ejerciendo presión a través de los llamados “juicios paralelos”, en los que se logra movilizar la simpatía de la opinión pública para que el Estado endurezca las penas.

A la par de prohibirse la indefensión del acusado y garantizar la independencia judicial en los actos judiciales, se erige también el principio de presunción de inocencia como protector de las libertades democráticas que busca afianzar entre otros asuntos del entramado social, un periodismo responsable y comprometido con los derechos humanos²⁴.

De lo expuesto se desprende claramente que, una vez que la noticia alcanza estado público y los medios de comunicación difunden los datos personales del presunto autor del hecho delictivo, la sociedad en su conjunto juzga su accionar y lo condena, sin perjuicio de que en el

²³Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Pág. 183.

²⁴Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Pág. 184.

ámbito penal luego se demuestre la inocencia del sujeto. Éste estará definitivamente estigmatizado por la ciudadanía; de allí la importancia de que se concientice a la sociedad sobre la necesidad de respetar el principio de inocencia, más allá de la gravedad del hecho acaecido en el entendimiento de que ello garantiza los derechos de todos los que conformamos esta sociedad.

En ese sentido, la política -en ocasiones- utiliza la opinión que genera, los propios medios de comunicación en los ciudadanos para su propio provecho, sin analizar cómo afecta las garantías constitucionales de los restantes conciudadanos.

Cualquier política de comunicación en las sociedades modernas debería estructurarse sobre la base de los principios de respeto a la dignidad y de responsabilidad de la comunicación.

Refiriéndose a estos principios, Elizalde (citado por Ramos Mejía) ha planteado “que la comunicación forma parte del núcleo de la dignidad de las personas que el Estado está obligado a proteger. La dignidad está asociada con derechos fundamentales que la salvaguardan, entre ellos el de producir y asegurar un acceso abierto a la información, al conocimiento y a la cultura y fomentar redes de personas e instituciones que en libertad, luchen por el decoro de los seres humanos y que alinean sus recursos y fuerzas para el mejoramiento, en condiciones de equidad, de la existencia digna de todos sus integrantes”²⁵.

También explicó, que, “como servicio público, la comunicación social deberá ser prestada con responsabilidad para lograr el empleo más justo de este sistema de interés de la mayor suma de bien social, lo cual contempla la posibilidad de la existencia de mecanismos institucionales que arbitren los intereses de diferentes sectores involucrados en el proceso comunicativo”, siendo así que en lo referente a la información sobre asuntos penales algunos mecanismos, han sido decretados por la judicatura y otros por los propios códigos controladores del trabajo periodístico...”²⁶.

²⁵Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Ibid.

²⁶Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Pág. 185.

En ese marco, es que entiendo necesario que el respeto a la presunción de inocencia debe operar como límite a la información que se está dando al resto de la población. Es necesario aclarar que ello no implica desinformar respecto de los acontecimientos que ocurran en la sociedad, sino que funcionen las garantías contempladas en nuestra constitución en el entendimiento de que, lo contrario, nos afecta a todos. Nadie puede garantizar no verse involucrado en una situación donde necesitemos imperiosamente el cumplimiento de estas garantías, por lo que la sociedad en su conjunto debe entender que no es un privilegio para algunos sino un resguardo para todos.

Al respecto Fleming y López Viñals refirieron: (citado por A. Rodríguez) “no puede negarse que la magnitud de la publicidad que supone la propagación del proceso por los medios de comunicación, genera efectos para los sujetos que en él intervienen en los derechos de la intimidad y al honor, por solo mencionar los más evidentes. En este sentido es lógico pensar en la necesidad de preservar al imputado que en juicio sigue siendo amparado por la presunción de inocencia de no quedar marcado por una primera impresión de la sociedad que más allá de las resultas del proceso seguirá viéndolo como el acusado...”²⁷

En la pretensión de lograr una armonía entre las funciones que deben cumplir los medios de comunicación y la justicia penal, los primeros deben informar sobre cuántos procesos puedan resultar de relevancia e interés público, y la justicia penal debe asegurar el respeto a los derechos esenciales en el proceso, tales como el de defensa, imparcialidad e independencia de los jueces y tribunales y la presunción de inocencia, mientras que no se dicte una sentencia absolutoria.

Al informar sobre asuntos sub iudice, se asume el riesgo de que los medios puedan inducir en la opinión pública un veredicto anticipado sobre la culpabilidad de una persona con grave menoscabo de sus derechos fundamentales. Es por tanto negativa, la influencia que el *juicio paralelo* puede ejercer sobre la investigación judicial en curso y

²⁷ Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Publ. Cit. Pág. 187/188.

sobre la independencia e imparcialidad de los jueces profesionales o de los jurados, de ahí que la regla debe ser la publicidad de los actos y no de la responsabilidad de los autores.

Otro tanto ocurre con la participación de los medios en las vistas orales. La doctrina parte del principio general de la licitud del acceso de los medios de comunicación a los juicios orales, como aplicación del aludido principio general de publicidad de los actos procesales, por cuya razón los que no asisten tienen el derecho a seguir los debates a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, varios son los peligros que asume la justicia penal con la presencia física de los medios de comunicación en los juicios orales. Las fotografías y la televisión pueden llevar a cabo una divulgación de la imagen de los acusados haciendo más profunda la lesión del honor del condenado y lograr que en el futuro este reconquiste su integración social sin prejuicios. De igual forma la manipulación de las deposiciones realizadas en la vista oral, también pueden provocar la celebración en los medios de comunicación de los ya mencionados juicios o procesos paralelos, cuya incidencia podría llegar a constituir una violación manifiesta de la presunción de inocencia, un obstáculo para la independencia judicial y para la limpieza del proceso, provocada artificialmente por una prensa y una televisión con tintes amarillos o sensacionalistas.

Si los ciudadanos tienen una opinión pública deformada o exagerada sobre la criminalidad o sobre las posibilidades personales de victimización, esas actitudes repercuten sin duda en la formación de la política criminal gubernativa

Los profesionales de la información tampoco ignoran la trascendencia constitucional de estas tensiones. Buena prueba de ello es la proliferación de códigos éticos y la autorregulación de mecanismos de autocontrol, encargados de velar por el respeto a los principios que deben inspirar la actividad de los medios²⁸.

²⁸ Ibid, página 188/189.

4.) La criminología cautelar como límite a la criminología mediática

La criminología cautelar del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni aparece como firme candidato del contra-discurso mediático²⁹.

En criminología, es de muy reciente data su teoría de la criminología cautelar, un ulterior estadio de la crítica criminológica que reclama precaución y cautela a los operadores públicos de justicia y a los formadores de opinión a la hora de abordar la cuestión criminal. Dicha teoría requiere incorporar como objeto de estudio criminológico a los crímenes estatales de victimización masiva (genocidio, masacres y crímenes de lesa humanidad), que hasta la fecha no habían sido puestos en cuestión por el poder académico.

La criminología cautelar agrega a su acervo investigativo todas las pretensiones discursivas de los medios masivos de comunicación sobre el crimen y la penalidad (criminología mediática en terminología de Zaffaroni, “newamaking criminology” de acuerdo a Greg Barak) y analiza la forma en que esa influencia mediática determina las políticas públicas de seguridad y la instalación de pánicos morales y chivos expiatorios en una sociedad determinada. Tomando la realidad de los medios (construcción mediática de la realidad) y la constatación de cadáveres silentes (las muertes anunciadas de las masacres estatales), la criminología cautelar elabora prudentes discursos para influir en la *realpolitik*

de la cuestión criminal, incluso para ser difundidos por las propias tecnologías mediáticas. Podríamos decir que la instancia zaffaroniana de la criminología cautelar no es más que otro intento de pensar en clave abolicionista, de utilizar los instrumentos técnicos de diversas tradiciones criminológicas críticas (etiquetamiento, técnicas de neutralización, metodología del observador participante, estados de negación, etc.) para lograr instaurar la lógica anticriminológica que pueda

²⁹Nicolás Maximiliano E. Criminalización mediática y su impacto en el derecho penal actual. Revista de Derecho Penal y Criminología. Año III. Número 4. Mayo 2013. La Ley. Pág. 111.

tener aplicación práctica e inmediata. Es decir, una cantidad sensata y realizable de abolicionismo penal³⁰.

Hasta llegar a las muertes producidas por masacres estatales hay un tramo por recorrer. Inicialmente, los límites al poder punitivo estatal son repudiados en la medida en que representan *la carta magna del delincuente*. Se genera una suerte de dilema moral: ¿Debe defenderse a un homicida, un violador, etc.? La idea que subyace detrás de este cuestionamiento es que hay personas que no merecen ser defendidas, personas que a raíz de su conducta deben perder su condición de seres humanos. Así, en el imaginario colectivo, se establece una tajante división entre “malvivientes” y “bienvivientes” -como si nuestra existencia transcurriera en negro y blanco.

En este contexto, quien se considere a sí mismo “bienviviente” y haya sido víctima de un hecho delictivo, no tendrá en cuenta los medios que el Estado utilice para encontrar y castigar al responsable. Su único interés será llegar a ese destino final, para sentirse compensado (material o moralmente según sea el caso). Los medios de comunicación, claro está, son el motor de este tipo de pensamientos y con su prédica diaria alientan esta postura.

Tratándose de delitos graves -agresiones sexuales, homicidios, secuestros seguidos de muerte, etc-, la víctima o familiares pedirán un castigo ejemplar e inmediato, sin contemplaciones. Ese es el concepto de justicia que predomina dentro de esta lógica. Ese es el criterio que por estos días nos lleva a cuestionar el alcance de los derechos humanos, identificándolos peyorativamente como “*derechos humanos de los delincuentes*”.

Siguiendo esta idea, los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso penal son percibidos como meras dilaciones que impiden *hacer justicia*, excusas absurdas de las que pretenden valerse los “*malvivientes*” para evitar la pena estatal. Esta manera de pensar no es nueva e incluso como remarqué, receptada a nivel legislativo, ha

³⁰Bailone, Matías. En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico. Pág. 107/108.

sido el motor de numerosas reformas penales implementadas desde hace más de veinte años. Nuevos delitos, penas más duras y procedimientos más breves, han ido en detrimento del sistema de principios, derechos y garantías, diseñado a partir de nuestra Constitución Nacional junto a diversos instrumentos internacionales. Y más allá de este último período en el cual se han acentuado, la distinción entre “buenos” y “malos” ha estado presente en diversos momentos de nuestra historia. Así durante la última dictadura militar se pretendía llevar cierta calma al grupo social, señalando respecto de aquellos que eran sometidos a tan desbocado e ilegal poder estatal: *“Algo habrán hecho...”*³¹. Presentado de una forma sencilla, podríamos decir que para reducir los niveles de injusticia conteniendo al máximo el poder punitivo estatal, se les brinda a las personas una especie de escudo protector conformado por derechos y garantías. Con mayor precisión, podría afirmarse que dicho escudo se encuentra presente -aunque oculto- en cada uno de nosotros. Al formularse una imputación contra determinado individuo, los derechos y garantías que portaba de modo latente, se activan y se tornan visibles. Así, cada uno de nosotros deberá asumir la posibilidad de formar parte en algún momento de la cifra de injusticia. De ello se desprende, en parte, la necesidad de contar con un escudo protector; y ello explica, a su vez, por qué los derechos humanos son patrimonio de todos los individuos en tanto potenciales afectados por el poder punitivo³².

Para recordar el significado de los derechos humanos -tanto a nivel local como en otras latitudes-, debiéramos tener presentes las consecuencias vividas a raíz del Holocausto a nivel mundial, o la cantidad de ejecuciones extrajudiciales ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar³³.

El problema es que la opinión pública no asocia los acontecimientos señalados con el aumento de las facultades punitivas del Estado y el consecuente retroceso de los derechos y garantías de las personas.

³¹Nicolás Maximiliano E. Publ. Cit. Páginas 111/112.

³²Nicolás Maximiliano E. Publ. Cit. Páginas 112/113.

³³Nicolás Maximiliano E. Publ. Cit. Página 114.

Así, sucesos diferenciables cuantitativamente pero no así cualitativamente, parecen distantes entre sí. La situación de un joven que fallece al ser obligado por las fuerzas de seguridad a arrojarlo a un río, no se asimila a la de tantas personas que fueron asesinadas y arrojadas a ese mismo río, décadas atrás. Dejando de lado que el contexto institucional es diferente -gobierno democrático en un caso y gobierno de facto en otro-, en ambos casos se trata de la vulneración de derechos de una o más personas por parte de la fuerza de seguridad.

Nuestra seguridad no sólo se ve afectada por aquel que nos arremete y pretende adueñarse de nuestra propiedad privada -o incluso nuestra vida-. Nuestra seguridad también pelagra cuando desde el Congreso de la Nación -paradójicamente presionado por nuestra sensación de inseguridad- se dictan leyes que restringen, en forma abiertamente inconstitucional, nuestras libertades individuales. Nuestra seguridad pelagra cada vez que nuestros tribunales convalidan detenciones ilegales y procedimientos irregulares. Nuestra seguridad pelagra cuando dejan de preocuparnos los medios que se emplean para preservarla. Si tales consecuencias tuvieran la misma difusión mediática que los delitos contra la propiedad, la balanza se equilibraría un poco³⁴.

Al presentar el informe estadístico de 2011 -producido por el Instituto de Investigaciones de la C.S.J.N.-, Zaffaroni remarcó el hecho de que si bien la República Argentina ha pasado por situaciones gravísimas de violencia institucional y social, actualmente no registra cifras alarmantes de criminalidad en relación con las de la región.

Sumado a ello, las tareas de investigación criminológica de campo reseñadas han permitido derribar la mayor parte de las generalizaciones que los medios masivos de comunicación desprenden de hechos particulares.

En lo que hace a los homicidios dolosos consumados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la investigación e informes de los años 2010 y 2011 permitió identificar las características y causas del

³⁴Nicolás Maximiliano E. Publ. Cit. Página 114/115.

delito, y de la violencia social -reflejando inclusive hacia el último semestre del año 2011 la eficacia de las políticas tendientes a reducir las cifras³⁵.

Ahora bien, por muy loable que resulte la idea de comenzar a ocuparnos del daño *real* del delito, de las causas de la violencia social en general -conociéndolos a partir de la investigación criminológica de campo-, lo cierto es que para ello debemos delinear una estrategia tendiente a visibilizarlos. Si a simple vista ni los dirigentes políticos ni el grueso de la población pueden conocer el verdadero origen de aquellos conflictos, de poco habrán servido los inquietantes resultados obtenidos con el método científico.

La futura implementación de políticas preventivas eficaces (sostenidas en el tiempo) dependerá inexorablemente de la voluntad política. Esta última aparecerá como fluctuante de acuerdo a quién ejerza el poder de turno, pero si se lograra concientizar a la población, difícilmente un político alentaría una reforma coyuntural sin consenso popular.

En nuestros días, las investigaciones como las realizadas y políticas públicas preventivas no tienen chance frente a la mera reforma de leyes penales -fomentada por los medios masivos de comunicación-. Si se trata de la plataforma de dos candidatos (uno que promete aumentar las penas y eliminar egresos anticipados y otro que promete realizar estudios criminológicos para identificar las causas del delito y sobre esta base diseñar e implementar políticas preventivas) no hay duda de que ganará el primero. Poco importará si el aspecto preventivo resulta más eficaz para evitar o disminuir la frecuencia de los hechos, porque nadie puede verlo.

Paralelamente, la historia demuestra que también las políticas preventivas se han llevado a cabo del mismo modo que las reformas penales: coyuntural. Esto se debe en gran medida a que -tal como indica Zaffaroni en la citada presentación del informe-, el lugar que dejó vacío el escasísimo o nulo desarrollo de la criminología de campo fue ocupado por los medios de comunicación social y, por ende, los órga-

³⁵Nicolás Maximiliano E. Publ. Cit. Página 116.

nos políticos competentes desde hace largo rato “(n)o motivan sus decisiones conforme a indicadores de frecuencia, vulnerabilidad victimizante y criminalizante, condicionados por la impresión pública generada por la comunicación masiva y por los intereses sectoriales de las propias agencias ejecutivas del sistema penal”.

Se suele decir que la política depende de los políticos como el tiempo depende de los astrónomos. La clave, en cambio, pasa por acceder al gran público con la misma efectividad con que lo logran los medios de comunicación masiva³⁶.

En particular, la televisión es el medio más poderoso en cuanto a difusión, pero posee su propia dinámica: sólo recibe y transmite el pensamiento concreto. Precisamente, las investigaciones realizadas constituyen un *mazazo* de pensamiento concreto y hasta podrían haberse transmitido con las imágenes de los gráficos confeccionados en los informes. Aquella correspondiente al año 2011 no sólo amplió las variables de análisis cuantitativas y cualitativas, sino que además sumó dos áreas geográficas de la Provincia de Buenos Aires: el Departamento Judicial La Plata y el Departamento Judicial San Martín -sirviendo para ilustrar acerca de la conflictividad en lugares de alta estigmatización mediática-. En tal sentido, no hay duda de que “*La investigación llevada a cabo por el equipo del Instituto de Investigaciones sirve para demostrar prejuicios y preconcepciones instalados desde los medios de comunicación y arraigados en la sociedad*”. Más no servirá para derribar estereotipos si no es difundida con la misma espectacularidad, simpleza, elocuencia y efectividad con que las *mass media* transmiten actualmente cada asunto penal³⁷.

5.) Conclusiones finales

Hemos definido qué se entiende por criminología mediática, y en ese marco sostuvimos que responde a una creación de la realidad a

³⁶Nicolás, Maximiliano E. Publ. Cit. Págs. 116/117.

³⁷Nicolás, Maximiliano E. Publ. Cit. Pág. 117.

través de la información, subinformación y desinformación mediática. También que el hecho de que esos medios tengan potencialidad de llegada a una gran cantidad de personas, así como de que su discurso sea fraguado por muy pocas hace que todo lo que se produzca y se difunda a través de ellos, sea en principio susceptible de ser potencialmente peligroso para el bienestar general.

Como sostiene Zaffaroni, la criminología mediática no es un fenómeno nuevo. La característica central de la versión actual de esta criminología la proporciona la televisión. Por eso se habla del mensaje que se impone mediante imágenes. Muchas veces esa imagen ni siquiera necesita sonido. La imagen no habla, habla el intérprete. Por otra parte, tampoco se informa mucho, porque la televisión hace suceder imágenes sin contextualización.

Lo que interesa a la criminología mediática es crear un grupo de personas, a los que se titula un “ellos” que abarque a todos los que presentan caracteres estereotipados análogos en contraposición a “nosotros”, que, en el pensamiento mágico, sean la causa del delito. La guerra contra “ellos” choca con un obstáculo, que son los jueces, blanco preferido de la criminología mediática, que se exalta cuando un excarcelado o liberado transitorio comete un delito. Los jueces blandos son un obstáculo para una eficaz lucha contra “ellos”, en el entendimiento de que las garantías penales y procesales son sólo para “nosotros” pues “ellos” no respetan los derechos de nadie.

Los políticos oportunistas se someten a la criminología mediática y aprueban las leyes disparatadas que surgen en la sociedad y que son informadas por éstos. Su fin es el rédito político y por ello envían los mensajes que la sociedad desea escuchar. Ello ante el temor que en los ciudadanos provoca la comisión de ciertos hechos delictivos difundidos masivamente por los propios medios de comunicación.

No importan los derechos y garantías de los imputados, los que - por otra parte- vienen contemplados en la constitución nacional. Y ello, porque “nosotros” nunca estaremos en ese lugar. Nadie puede imaginar, siquiera, que eso ocurra. A su vez, se oculta el efecto potenciador del control y reductor del espacio de la libertad social. Se potencia de tal manera el miedo que, ante la necesidad de protección, se pierde de

vista el valor de la intimidad y la importancia de nuestra libertad. Y, por otro lado, se juega con la víctima héroe. Se la usa en tanto es funcional al sistema, y cuando no puede mostrarse por disfuncional, se la deja de lado sin importar lo que se generó a nivel psicológico.

Al decir de Zaffaroni, la criminología cautelar es aquella que proporciona la información necesaria y alerta acerca del desborde del poder punitivo susceptible de derivar en una masacre. Es una criminología de la prudencia, de la cautela.

La criminología mediática insiste en destacar una modalidad criminal violenta. Será la criminología cautelar la encargada de limitarla. Ciertamente es que no puede negarse la realidad de los acontecimientos que ocurren pero sí puede entablarse un diálogo con las agencias mediáticas, jamás por la vía de la censura sino del autocontrol ético sobre base científica. La tarea no será fácil. Son muchos los intereses en juego pero la sociedad en su conjunto reclama soluciones a la ola violenta que se vive. No se trata de discutir si hay o no sensación de inseguridad, ésta existe y se palpa en cada una de las víctimas. No importa qué cantidad sean, el perjuicio ocasionado a uno solo de sus ciudadanos es causal suficiente para poner en marcha tareas y estudios a los fines de impedir la repetición de hechos similares. Fomentar la educación y el trabajo es clave para mermar la violencia. El Estado tiene el deber de garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías estipuladas en la Constitución Nacional para todos sus habitantes; nada justifica la pérdida de éstos. Mientras tanto, la criminología cautelar será una pieza clave para controlar la criminología mediática.

Bibliografía Consultada:

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Ediar. Buenos Aires, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Ediar. Buenos Aires, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática Jurídico-Penal*. Ediar. Buenos Aires 1989.

• Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool*. Equipo Federal de Trabajo. Publicación Edición n° 43- Derechos Humanos, publicado el 04/12/2008.

• Federici, Silvia. *Caliban y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva*. Autonomedia. Madrid, 2004.

• Nicolás, Maximiliano E. *Criminalización mediática y su impacto en el derecho penal actual*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Año III. Número 4. Mayo 2013. Ed. La Ley.

• Anitua, Gabriel Ignacio. *Medios de Comunicación y criminología*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Año I. Número 2. Octubre 2011. Ed. La Ley.

• Anitua, Gabriel Ignacio. *Stanley Cohen (1942-2013): la mirada crítica*. Publicación de Derecho Penal y Criminología. Año III, Número I, Febrero 2013. La Ley.

• Elbert, Carlos Alberto. *Criminología Latinoamericana. Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1996.

• Isla, Alejandro. *La representación de la violencia y los delitos. El rol de los medios de comunicación*. Revista Tram(p)as de la comunicación y la cultura. Número 72/ septiembre-octubre de 2012.

• Zaffaroni, Eugenio Raúl- Bailone, Matías. *Delito y Espectáculo. La criminología de los medios de comunicación* (Material aportado por el Dr. Matías Bailone en el Curso dictado en la carrera de Especialización de Derecho Penal en el C.A.S.I. (UBA) año 2014).

• Bailone, Matías. *En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico* (Material aportado por el Dr. Matías Bailone en el Curso dictado en la carrera de Especialización de Derecho Penal en el C.A.S.I. (UBA) año 2014).

• Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. *La presunción de inocencia y los medios de comunicación masiva* (Material aportado por el Dr. Matías Bailone en el Curso dictado en la carrera de Especialización de Derecho Penal en el C.A.S.I. (UBA) año 2014).

EL COACHING ORGANIZACIONAL COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN EN EL PODER JUDICIAL¹

Por Nicolás R. Ceballos, Andrea López y Valeria Schiavo

*La técnica y la tecnología son importantes,
pero incorporar la confianza es la cuestión clave de la época.*

Tom Peters

1. Introducción

La función esencial del Poder Judicial, como parte de la organización del poder del Estado, es la de resolver conflictos en forma definitiva. Ese norte solo puede cumplirse transitando un proceso al cual se pueda acceder fácilmente, participar activamente y obtener decisiones en tiempo oportuno.

En efecto, cuando el estado decide asumir la función jurisdiccional, como correlato le concede a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial continua y efectiva, y lo garantiza a través de procedimientos que permitan el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, advertimos que este mandato jurídico necesariamente debe tener un correlato fáctico, para evitar que quede en propuestas teóricas vacías de contenido.

Esto nos lleva a pensar que existe una necesidad de organizar la oficina judicial pensando en estos postulados como norte, y lograr que la Constitución Nacional tenga un sentido operativo en cada uno de los pasos del camino dirigido a la decisión de conflictos. Así, creemos necesario que la luz constitucional no solamente ilumine las sentencias que resuelvan un caso, como tradicionalmente se entiende, sino que pretendemos que también alcance los métodos mediante los cuales se

¹ Ponencia presentada en el VII Congreso Iberoamericano sobre Cooperación Judicial “Desafíos actuales del Poder Judicial como garantía del Estado Constitucional de Derecho”, 26 a 28 de noviembre de 2013, Buenos Aires, Argentina

organiza una oficina judicial, para que su funcionamiento garantice un “trato constitucional”².

A estos fines, proponemos el uso del coaching organizacional como una herramienta idónea para alcanzar este “trato constitucional” que merece todo justiciable que participa de un proceso.

Como adelantamos, el Estado aporta herramientas para concretar estas máximas (acceso, participación, información, etc.) pero a la luz de estas premisas, será al juez, como última instancia, a quien le toca utilizar todos los medios a su alcance para garantizar a los justiciables este debido proceso.

El juez solo no puede cumplir esta obligación. La realidad indica que no puede desarrollarla sin un equipo que lo asista. La cantidad de casos que demanda el sistema judicial, impiden pensar sólo en un juez como intermediario directo del justiciable con estos axiomas relacionados con el acceso, la información, la participación y decisiones en tiempo oportuno.

De aquí nace la necesidad de organizarse: que cada oficina judicial pueda responder al mandato constitucional de la tutela judicial efectiva, con un juez como responsable de esta misión y un equipo de trabajo que le de el apoyo necesario para ese fin, y así poder concretar el “trato constitucional” que pregonamos.

A la luz de estas ideas, podemos concluir que necesariamente la tarea de los jueces no quedará satisfecha con brillantes juristas, con decisiones judiciales motivadas y fundadas en el derecho vigente, si esta decisión no está acompañada de la posibilidad de que las personas accedan a un reclamo judicial, ejerciten sus derechos, sean informados de todo aquello que necesiten para esos fines, como así también, que esta decisión sea en tiempo oportuno; es decir, reciban un “trato constitucional” que torne operativo los mandatos de nuestra Carta Magna.

² Por oposición, podemos pensar que un “trato inconstitucional” puede ser aquel en el cual no se atiende las necesidades de los operadores del sistema judicial, brindando informaciones incorrectas, obligando a las partes a trámites engorrosos, burocráticos, o carentes de sentido.

Como adelantamos, para cumplir esa finalidad, necesariamente el juez debe valerse de su equipo que lo acompaña en la oficina judicial. Este equipo, a su vez, debe tener en claro la posición en la cual se encuentra dentro de este “proceso decisorio”³ y que su funcionamiento organizado, va a permitir cumplir con el servicio de justicia.

Ni el juez, ni el secretario, ni los empleados son individualmente importantes, sino que depende que los esfuerzos estén coordinados en un sentido común, y lograr un “trato constitucional” al usuario de nuestro sistema judicial. Ya no se puede dar por sentado que un equipo será eficaz si se reúne un grupo de personas suficientemente talentosas para realizar una tarea común, aún cuando los objetivos sean claros.

Los reglamentos y leyes que regulan el funcionamiento del Poder Judicial no establecen como organizar una oficina. Es decir, no existe ninguna reglamentación concreta que permita a estos funcionarios saber qué hacer para organizarse y aumentar la productividad de la oficina judicial⁴, para que su trabajo se vuelva eficaz. Frente a esta falencia, creemos que es importante recurrir a otras disciplinas que tienen por objeto el estudio de las organizaciones, que ya han sido largamente aplicadas en el ámbito privado. Entre estas disciplinas se encuentra el Coaching Organizacional.

2. Aportes del Coaching Organizacional a la organización de la Oficina Judicial

Conforme lo señalado, la misión de las Oficinas Judiciales es el cumplimiento del mandato constitucional de la tutela judicial efectiva. Su alcance excede ampliamente el dictado de una sentencia judicial.

³ Llamamos “proceso decisorio” a todo aquello que abarca desde la información de mesa de entradas, el ingreso de las peticiones, el proyecto para resolución, la resolución en sí, su registración, y su comunicación

⁴ Es importante aclarar que cuando hablamos de productividad no estamos hablando solo de rapidez en las resoluciones, sino que también incluimos la calidad del producto, como así también, la prioridad en las urgencias

Implica garantizar la efectividad de todo el “proceso decisorio”: la información de mesa de entradas, el ingreso de las peticiones, la producción de la prueba, el proyecto para resolución, la resolución, su registración, y su comunicación.

¿Pueden el Juez o el Secretario por sí solos, en forma individual, cumplir el mandato constitucional?

A nuestro juicio, no. *Todos y cada uno de los integrantes de la Oficina Judicial son responsables directos de garantizar el acceso a la justicia a los miembros de la comunidad.*

¿Es suficiente para garantizar la efectividad del servicio de justicia que todos y cada uno de los integrantes de la oficina judicial cumplan eficientemente su tarea individual? Una oficina judicial integrada por excelentes profesionales del derecho y empleados administrativos, ¿garantiza la excelencia del proceso decisorio?

A nuestro juicio, no.

En toda organización se presentan dos dimensiones del trabajo (Echeverría, 2011):

- Tareas individuales. Son las que se le asignan a cada individuo y sobre las que le cabe responsabilidad personal directa y exclusiva. Por ejemplo, el empleado de mesa de entradas tiene a su cargo recibir escritos, ponerles cargo y atender al público en general; el Juez es el responsable de dictar sentencias.
- Actividades de coordinación. El trabajo en una Oficina Judicial no es la simple sumatoria de tareas individuales. Las tareas individuales a cargo de los integrantes de la organización se articulan en procesos. La efectividad del proceso decisorio en su conjunto depende de la efectividad de las tareas individuales que lo componen y también de la efectividad de las actividades de coordinación que las articulan.

Sin lugar a dudas, es requisito para garantizar el buen servicio de justicia la efectividad en la realización *de todas y cada una* de las tareas individuales involucradas en el proceso decisorio. Todas las tareas,

por sencillas que parezcan, contribuyen a la efectividad de la Oficina Judicial. Imaginemos cuáles serían las consecuencias de no agregar un oficio, una cédula o un escrito al expediente. ¿Qué pasaría si se omite colocar el cargo de recepción en un escrito? ¿Y si se demora el pase a despacho en un escrito de pedido de libertad por agotamiento de pena? Posiblemente en algunos casos, por la omisión o ineficacia de las tareas que puedan considerarse más sencillas, hasta llegue a quedar comprometida la libertad de las personas.

Pero personas muy efectivas en sus tareas individuales pueden generar procesos inefectivos si son incompetentes en la coordinación de acciones.

Ahora bien, ¿cómo coordinamos acciones? A través de conversaciones. Toda organización es una red de conversaciones. A través de declaraciones, opiniones, pedidos, ofertas y promesas, las personas coordinan acciones, hacen que las cosas sucedan y crean la realidad en las organizaciones.

Covey (2008) señala a la confianza como un elemento esencial en la coordinación de acciones. La confianza existente entre los miembros de una organización determina dos resultados: la rapidez de los procesos y los costos. A mayor confianza, mayor rapidez y menores costos. A menor confianza, menor rapidez y mayores costos. La confianza imperante en una organización es un activo de la misma e incidirá directamente en la lealtad y compromiso de todos sus integrantes y en su productividad.

Para que la organización cumpla efectivamente su misión es necesario que todos sus integrantes tengan dos tipos de competencias:

- Competencias técnicas. En el caso de las Oficinas Judiciales, conocer técnicamente las leyes, el proceso decisorio y cada una de las tareas individuales que lo componen. Específicamente, en el caso de los Jueces, Secretarios y demás funcionarios, contar con una sólida formación jurídica.
- Competencias genéricas. Son aquellas que tienen que ver con lo

esencialmente humano, la inteligencia emocional, la comunicación y la relación con los demás. Entre ellas, destacamos la proactividad, el manejo de la diversidad, el liderazgo, la capacidad de trabajo en equipo, y las competencias conversacionales.

En la Facultad de Derecho se enseñan las competencias técnicas, pero no las genéricas. Y este es este uno de los objetivos del Coaching Organizacional: el desarrollo de las competencias genéricas de las personas en las Organizaciones. Se trata de una disciplina que trabaja con las *personas* en las organizaciones para generar cambios en su forma de actuar, de relacionarse y comunicarse, *promoviendo la confianza*. Estos cambios generan fluidez y efectividad en los *procesos*, logrando mejores *resultados* organizacionales y mejor calidad de relaciones y de vida de las personas que integran la organización.

Analicemos algunas de las áreas de intervención del Coaching Organizacional para contribuir al desarrollo de las personas en las organizaciones.

2.1 Responsabilidad Individual

Una premisa básica del Coaching es que, más allá de las condiciones externas, cada persona tiene el poder de elegir sus acciones. Cada uno de nosotros tiene en sus manos la decisión de actuar como víctima de las circunstancias o como protagonista en la creación de su vida. Quien elija actuar como víctima relatará las cosas que le suceden como si fueran ajenas a ella y referenciará sus resultados como el producto de eventos externos. No se hará responsable de sus problemas, y por ende, no tendrá en sus manos el poder de resolverlos. En una primera instancia lo invadirá la tranquilidad de la irresponsabilidad, pero pronto lo envolverá la frustración y la impotencia por no ser dueño de sus decisiones.

Quien, en cambio, actúe como protagonista, asumirá la responsabilidad por sus acciones y elecciones, aprenderá de sus errores, y se reconocerá como el creador de sus resultados. El Coaching Organizacional consolida la responsabilidad individual y la proactividad de las personas como base de la efectividad individual y organizacional.

2.2 Manejo de la Diversidad

Otra premisa básica desde la que opera el Coaching es que cada persona es un observador único y diferente de la realidad. Cada uno de nosotros tiene su propia mirada de la realidad, dependiendo de diversos factores, como su biología, su historia personal y social, y su posición. Frente a una determinada situación, además, cada uno de nosotros puede tener distinta información, distintos intereses u objetivos. Integrando todas las miradas, valoraremos las diferencias como enriquecedoras de un resultado superador. A través del juego de la indagación y de la exposición productiva, se genera una conversación efectiva, donde todos se escuchan con interés y respeto, y desde el convencimiento de que todos aportarán valor al resultado final. El Coaching Organizacional aporta técnicas de indagación, exposición y fundamentación que permiten sintetizar lo valioso y enriquecedor de la diversidad en la creación de soluciones superadoras.

2.3 Competencias Conversacionales

Son la clave de la productividad del trabajador no manual (Echeverría, 2010). A través de conversaciones se crea la realidad individual y organizacional. Entre las competencias conversacionales destacamos especialmente la importancia de la escucha efectiva. ¿Qué esperar de un líder que no escucha a sus colaboradores o a sus clientes?

Son igualmente importantes las competencias para fundar opiniones, hacer pedidos y ofertas, dar y recibir feedback. ¿Qué esperar de un equipo de trabajo donde sus integrantes no saben hacer pedidos claros y efectivos o no pueden diferenciar sus propias opiniones de los hechos de la realidad? ¿Cómo puede aprender un equipo de trabajo en los que sus integrantes no pueden dar y recibir feedback?

La calidad de la comunicación entre los miembros de una organización determinará en forma directa la *confianza* entre ellos. Entre las incompetencias comunicacionales que generan el deterioro de la calidad de las relaciones, a pesar de existir buena fe y objetivos compartidos, podemos mencionar:

- No escuchar atenta y efectivamente.
- Hacer inferencias que involucran a otros sin constatar su veracidad.
- No expresar asertivamente lo que pensamos. Frente a situaciones difíciles, a veces callamos lo que pensamos. Otras veces lo decimos en forma agresiva. En ambos casos, se dañan las relaciones y se afecta la calidad de la tarea.
- Confundir nuestras opiniones con los hechos de la realidad, considerando que nuestra opinión es la única verdad posible.
- Hacer pedidos y ofertas en forma inefectiva. No saber pedir u ofertar con claridad y precisión puede provocar muchas veces que esperemos de la otra persona acciones o resultados, sin que ella siquiera se entere. O entendemos que la otra persona no ha cumplido nuestros pedidos, mientras que ella entiende haberlo hecho en tiempo y forma. El enojo y el deterioro de la confianza son consecuencias habituales de estas situaciones equívocas.
- No cumplir las promesas asumidas, ni renegociar su cumplimiento cuando advertimos que no podremos cumplirlas.

Más allá de la capacitación de los integrantes de la Oficina Judicial en el desarrollo de las competencias genéricas, ¿de qué manera los líderes de una organización pueden contribuir para generar una *cultura organizacional* en la que todos los integrantes se comprometan genuinamente en mejorar la calidad del servicio de justicia, y en la que impere el espíritu de cooperación y confianza mutua?

2.4 Cultura Organizacional

La cultura de una organización refleja las normas prevalecientes, los valores, las creencias y suposiciones que determinan cómo los integrantes de una organización se relacionan unos con otros y con su propio trabajo. Las culturas se mantienen mediante los mensajes que se envían y reciben sobre qué comportamientos se esperan de las personas. Estos mensajes son en su mayoría no verbales, y provienen principalmente *del comportamiento de los líderes*. La cultura refleja lo que realmente importa y se valora, y se manifiesta a través de lo que las

personas hacen, más que por lo que dicen. Cuando lo *hecho* difiere de lo *dicho*, lo *hecho* modela la cultura.

La gestión de la cultura se relaciona con la gestión de los mensajes. Cambiando los mensajes, es posible cambiar la cultura. *Y sólo pueden cambiarse los mensajes con el compromiso activo de los líderes en tal sentido.*

2.5 Liderazgo

Un proyecto de investigación sobre efectividad organizacional desarrollado por la empresa Gallup en las décadas del '80 y '90, la cual se centró en una única pregunta: ¿qué necesitan los empleados más talentosos de las empresas donde trabajan? Fueron entrevistadas más de 1 millón de personas de diversas industrias y países. La conclusión de la investigación fue que *"... el tipo de relación que la persona tenga con su supervisor inmediato será lo que determine cuánto tiempo permanecerá en esa compañía y cuál será su nivel de productividad en ese período"*.

De la encuesta surgió también que lo que los empleados valoran de sus organizaciones es: a) la posibilidad de desarrollo y crecimiento, b) sentirse valorado y reconocido, y c) otorgar sentido a su tarea diaria.

El resultado obtenido es concordante con el paradigma de la persona completa (Covey, 2010), que considera que una persona, para sentirse enteramente comprometida con su organización, requiere una retribución justa, la valoración hacia su aporte intelectual, un buen trato, y otorgarle sentido a la tarea que realiza.

3. Conclusiones

Se puede concluir entonces, que para lograr la mayor efectividad en la Oficina Judicial, alcanzando un verdadero "trato constitucional" al justiciable, se requiere:

3.1 Efectividad de todos y cada uno de los integrantes de la Oficina en la realización de las tareas individuales a su cargo.

3.2 Efectividad de todos y cada uno de los integrantes de la Oficina en la coordinación de acciones.

3.3 Compromiso auténtico y genuino del Juez y del Secretario en la generación de una cultura organizacional de compromiso y confianza, expresado a través de:

- Mensajes claros, a través de su comportamiento, sobre el valor que se otorga en la organización a las personas, a las relaciones y a la misión de garantizar justicia.
- Escuchar a todos y cada uno de los integrantes de la Oficina Judicial, valorando sus aportes intelectuales y personales, y promoviendo su desarrollo personal y profesional.

4. Recomendaciones

Promover acciones tendientes a desarrollar y fortalecer en el ámbito del Poder Judicial una cultura organizacional fundada en la confianza y en la efectividad en la coordinación de acciones. Para ello se propone impulsar la capacitación de todo el personal judicial, y especialmente de los líderes de cada oficina judicial, en las competencias conversacionales, liderazgo y trabajo en equipo.

Bibliografía

- Covey, S. *El factor confianza: El valor que lo cambia todo*. Buenos Aires: Paidós. 2008.
- Covey, S. *El 8º hábito: De la efectividad a la grandeza*. Buenos Aires: Paidós. 2010.
- Echeverría, R *Fuenteovejuna o el secreto de los equipos de alto desempeño*. Paper Newfield Consulting. 2004.
- Echeverría, R. *Ontología del lenguaje*. Chile: Granica. 2005.
- Echeverría, R. *La empresa emergente: La confianza y los desafíos de la transformación*. Buenos Aires: Granica. 2011.

• Golemann, D., Boyatzis, R. & McKee, A. *El líder resonante crea más*. Buenos Aires: Debolsillo. 2009.

• Labrada, P. *El Factor humano en los organismos judiciales*. Rubinzal-Culzoni, Ed. 2004.

• Taylor, C. *La cultura del ejemplo: Una nueva manera de hacer negocios*. Buenos Aires: Aguilar. 2006.

LA AUTOPSIA MÉDICO LEGAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Por Manuel Ignacio Islas¹

La autopsia puede caracterizarse en una primera aproximación como el procedimiento médico que se realiza sobre un cadáver con el fin de determinar la causa, el mecanismo, la manera y la data de la muerte.

Existen dos clases relevantes de autopsias, la **Autopsia médico-legal, judicial o forense** que realiza un médico oficialmente designado por disposición del órgano investigador de acuerdo a los códigos procesales penales con el fin de establecer la causa, mecanismo y manera de la muerte; y la **autopsia anatomoclínica o académica** que se realiza en el ámbito asistencial para determinar la causa de la muerte y su correlación con los diagnósticos clínicos y el tratamiento instituido. También puede tener un innegable valor en el ámbito de la enseñanza de la clínica médica.

El artículo 251 del Código procesal penal de Buenos Aires dispone “*Autopsia necesaria.- Se ordenará la autopsia en caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad.*”

Si bien la norma no es clara en determinar quién ordenará tal medida de prueba, entiendo que el único funcionario con competencia legal para ordenar tal pericia es el director exclusivo y excluyente de la investigación penal, esto es, el Agente Fiscal², con lo cual ni el comi-

¹.-Abogado UNLP, Auxiliar Letrado de la Fiscalía General de Trenque Lauquen. El presente es una síntesis del trabajo final del Posgrado en Ciencias Forenses de la Facultad de Medicina UNLP primera cohorte que obtuvo máxima calificación: Excelente 10.-.

².- Cfr. Código procesal Penal art 56°.- *Funciones, facultades y poderes. El Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y art. 59: Agente Fiscal: El Agente Fiscal tendrá las siguientes facultades:1.- Dirigirá, practicará y hará practicar la investigación penal preparatoria actuando con la colaboración de la Policía en función judicial, solicitando las medidas que considere necesarias, ante los Jueces o ante cualquier otra autoridad*

sario, ni los familiares del occiso³, ni el juez de garantías, ni siquiera el médico legista pueden ordenar esta operación de autopsia, aunque puedan pedirla o sugerirla.

Desde un punto de vista semántico la redacción del precepto adolece de vaguedad, ambigüedad e imprecisión significativa, es decir, no presenta márgenes normativos claros, precisos y concretos lo que puede generar situaciones de incertidumbre ante casos difusos, al menos en la fórmula *muerte sospechosa de criminalidad*, ¿qué es sospechosa de criminalidad? ¿Quién lo determina y en base a qué criterio?

Además, la construcción técnica-legal resulta defectuosa y puede inducir a error porque se utiliza el nexo disyuntivo “o” que puede hacer creer al intérprete que son dos supuestos distintos que tornarían procedente la autopsia forense -muerte violenta o sospechosa de criminalidad-, cuando en realidad en mi opinión hay una relación de género a especie, siendo la muerte violenta una especie de muerte sospechosa de criminalidad, la diferencia quizá sería que en la muerte violenta los indicios de criminalidad, es decir, de la acción criminal que provocó ese resultado son externamente perceptibles sin demasiado esfuerzo y a simple vista, en cambio en las muertes sospechosas de criminalidad se encuentran solapados u ocultos tales indicios, es decir, imponiendo una indagación más profunda y minuciosa para detectarlos y determinar la verdad de los sucedido. Consecuentemente la diferencia no es cualitativa, sino de apariencia exterior perceptible.-

Al comentar el precepto Carlos Hortel señala “...el artículo está redactado en imperativo, de manera que en los casos a que se refiere es obligatoria la realización de la autopsia, única manera cierta de determinar las causas de la muerte”.⁴ Tal opinión resulta en cierto modo concordante con el criterio de Héctor Granillo Fernández quien al comentar el art 251 del rito dice que “el precepto impone –como

³.- Canosa Víctor María y Rubio Roberto Eduardo: *Manual Para el instructor judicial y el investigador Criminal*, ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, p. 267

⁴.-Hortel Eduardo Carlos: *Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, Ley 11.922, comentarios, doctrina jurisprudencial y legislación complementaria*, décima edición actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 387

regla- para el investigador la realización de la pericia de autopsia. Representa una directiva del legislador al encargado de la persecución penal a fin de que no se deje de realizar ese acto que tiene efectos esenciales en la investigación de delitos vinculado con la muerte de personas.”⁵

Discrepo con las opiniones de tan eminentes juristas, porque si bien el precepto está redactado en términos imperativos al decir “se ordenará”, al supeditarse y condicionarse la valoración del presupuesto fáctico de la orden al criterio interpretativo del fiscal interviniente respecto de lo que él considere que es una *muerte violenta o sospechosa de criminalidad*, resulta indubitable que esa presunta imperatividad de la que hablan los autores citados al comentar el artículo no es tal, porque como toda medida de investigación resulta una facultad discrecional del Fiscal que ponderará el supuesto fáctico y ordenará o no la medida que corresponda en base a su criterio y pueden existir tantos criterios como fiscales haya, justamente por la extensión e imprecisión significativa de la fórmula empleada por el legislador.-

Precisamente por este motivo propongo en este trabajo como recomendación para los fiscales de Buenos Aires un criterio amplio en la ponderación de la expresión *muerte sospechosa de criminalidad* que torne procedente la autopsia porque es preferible ordenar una pericia de más y eventualmente no verificar delictuosidad cuyo resultado será posiblemente un archivo de la causa⁶ y no una autopsia de menos con posibles pérdidas de información para reconstruir un delito, cuyo resultado indeseado será impunidad, y además tal vez accesoriamente como efecto reflejo pueda traer aparejado alguna consecuencia negativa para ese funcionario judicial por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones⁷.

⁵.-Granillo Fernández Héctor y Herbel Gustavo: *Código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado*, ed. La Ley, primera edición, Bs.As, 2005, p 524

⁶.- Cfr. art. 268 o desestimación del art 290 segundo párrafo del CPP.-

⁷.-Causal de jury para removerlo del cargo.

Génesis del artículo 251 del Código Procesal Penal

El actual art 251 del Código procesal penal reformado mediante ley provincial 11.922 del año 1998 encuentra su génesis en el antiguo código procesal conocido como Jofré en honor a su célebre codificador.

El codificador anterior don Tomás Jofré⁸ señalaba en su código comentado que “...la autopsia es una medida que por el nuevo código pueden decretar los comisarios instructores, sin necesidad de que el juez los autorice para ello. El art. 105 establece que cuando por la percepción exterior no aparezca de manera manifiesta e inequívoca la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver por el médico de tribunales o por el de policía, o por ambos conjuntamente cuando el juez lo repute necesario.....evidentemente la necesidad de proceder a la autopsia no se confía sólo al instructor, sino principalmente a los peritos médicos, quienes interrogados sobre la causa de la muerte de un individuo, si no encuentran al simple examen externo elementos suficientes para contestar, deben aconsejar que se practique la autopsia”

Entonces bajo la normativa del código anterior que rigió hasta 1998 quien disponía la autopsia era el comisario instructor que generalmente se guiaba por la opinión de los médicos incluso aun sin autorización del juez de instrucción, empero hoy el único que puede ordenar la autopsia es el Agente Fiscal, esto creo que es un avance significativo.

Incluso el mismo Jofré⁹ al comentar el art. 105 de su antiguo código procesal en la nota al pie identificada con el nro. 10 dice citando jurisprudencia que la autopsia *sólo es necesaria cuando la percepción exterior no demuestre manifiesta e inequívocamente la causa de la*

⁸ .-Jofré Tomas: *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires comentado*, segunda edición actualizada con la jurisprudencia y legislación por Pío Jofre, reimpresión inalterada, ediciones Depalma, 1966, Buenos Aires, p 86 ss, y 99 comentarios art 92, 102 y 105

⁹.-Jofré Tomas: ob. cit, p 86 ss, y 99 comentarios art 92, 102 y 105

*muerte*¹⁰ o si el informe terminantemente asertivo hizo innecesaria dicha diligencia¹¹

Si esa jurisprudencia restrictiva que invoca Jofré era la dominante en los tribunales provinciales cabe preguntarnos con mucha preocupación cuántas pericias de autopsias necesarias no se practicaron, cuántas muertes habrán quedado sin investigar correctamente, cómo hacia el médico para decir sólo mediante la observación externa que no era una muerte sospechosa de criminalidad. Pienso, por ejemplo, uno de los homicidios calificados como el que castiga causar la muerte de otro empleando veneno¹² y otro procedimiento insidioso que es una forma donde el agresor utiliza un medio para matar oculto como el veneno, es imposible que el médico mediante observación externa pueda descartar fehacientemente que esa persona haya sido envenenada.

Más allá del criterio médico quienes en ciertos casos -basados en su experiencia- no consideran necesaria la autopsia, en mi opinión el riesgo de no practicar la mencionada pericia con la consiguiente posible pérdida de material probatorio relevante para el caso, es un riesgo inadmisibles para los Fiscales. Para evitar ese riesgo justamente propongo en este trabajo que ante la mínima sospecha, necesaria e ineludiblemente debe practicarse la autopsia.

Hoy frente a la hipótesis de *muerte violenta o sospechosa de criminalidad* necesariamente debe hacerse la autopsia a diferencia del código Jofré que establecía la innecesaridad cuando de la inspección exterior del cadáver resultare evidente, manifiesta e inequívoca, la causa de la muerte, a pesar de que la misma haya sido violenta o sospechosa de criminalidad.

Para evitar errores judiciales es que participo y defiendo un criterio de interpretación amplia y extensiva de la fórmula legal del 251 del rito al menos hasta que modifique el precepto legislativamente.

¹⁰.- SC 9-V-233; LL 71-770 y DJ 40-719; CSJN JA 24-354 Cam. Fed. Bahía Blanca LL 9-127.-

¹¹.- SC 10-I-285 .-

¹² . Previsto en el art. 80 inciso 2 del Código Penal Argentino.

A modo de conclusión resaltó que el único funcionario judicial en la provincia de Buenos Aires autorizado para ordenar la autopsia médico legal es el Agente Fiscal en los términos del art. 251 del código Procesal Penal.

En el ejercicio de esta facultad legal discrecional el Agente Fiscal debe trabajar con un criterio prudente y sensatamente amplio porque es preferible hacer una autopsia de mas - para determinar o descartar delictuosidad de esa muerte-, y no un criterio restrictivo que puede eventualmente acarrear trastornos y provocar sensibles pérdidas de información relevantes para la investigación muchas veces irreversibles.

La actual redacción del art. 251 es vaga, ambigua e imprecisa debiendo ser modificada en una futura reforma legislativa.

Considero oportuno y conveniente modificar el art. 251 del CPP permitiéndome proponer la siguiente fórmula legal *“El agente fiscal ordenará la autopsia médico forense cuando existan motivos razonables para creer que la muerte haya sido causada por la comisión de un delito, sea doloso o culposo.”*

IN MEMORIAM

Este año el mundo ha sufrido la pérdida de personas trascendentes y que han dejado huella tanto en el deporte, como en el cine o el teatro, en la música y en la literatura y que de alguna manera han marcado momentos de nuestras vidas. Destacaremos a dos personalidades del último de los ámbitos y que han tenido amplia repercusión internacional en el terreno del relato culto y entretenido.

Dejamos pues breve constancia de nuestro recuerdo imborrable en estas páginas.

UMBERTO ECO (Italia, 1932-2016):

“...Porque lo que vi más tarde en la abadía (como diré en su momento) me ha llevado a pensar que a menudo son los propios inquisidores los que crean a los herejes. Y no sólo en el sentido de que los imaginan donde no existen, sino también porque reprimen con tal vehemencia la corrupción herética que al hacerlo impulsan a muchos a mezclarse en ella, por odio hacia quienes la fustigan. En verdad, un círculo imaginado por el demonio, ¡que Dios nos proteja!...” (**“El nombre de la rosa”, Lumen, Barcelona, undécima edición de 1985 [1980], traducción de Ricardo Pochtar, p. 65).**

HARPER LEE (Estados Unidos, 1926-2016):

“...Me puse un poco nerviosa. Atticus parecía saber lo que estaba haciendo, pero se me antojó que iba a tientas. Nunca jamás en un interrogatorio hagas una pregunta a un testigo sin conocer de antemano la respuesta; he ahí un axioma que yo había asimilado junto con los alimentos de mi niñez. Si la haces, a menudo obtendrás una respuesta

que no esperas, una respuesta que puede echar a perder tu argumentación...” (“**Matar a un rruiseñor**”, Zeta, Barcelona, tercera reimpresión de 2011 [1960], traducción de Baldomero Porta, p. 257).

Para terminar, queremos dejar la enseñanza de alguien que fue ajeno a la literatura a pesar de haber escrito algún libro, y que, en lo suyo, tal vez haya sido el mejor:

“ ‘Imposible’ es sólo una palabra que utilizan los débiles que encuentran más fácil vivir en el mundo que les han dado que explorar el poder que tienen para cambiarlo. ‘Imposible’ no es un hecho. Es una opinión. ‘Imposible’ no es una declaración. Es un desafío. ‘Imposible’ es potencial. ‘Imposible’ es temporal. Nada es ‘imposible’” (Muhammad Alí, Estados Unidos, 1942-2016).

La Dirección

NECOCHEA, el lugar en donde nace el viento.

Por Marcelo Rodríguez Jordán

¿Qué puedo contar o decir que no se haya contado o dicho antes? Lo esencial, sólo eso. Hasta hace pocos años, una geografía inexistente para la práctica de deportes. El que puede, cuatro días... con sus noches. El que puede, regresa.

Entre idas, vueltas y estadías, se recorren unos mil cien kilómetros. ¿Mucha distancia? Depende. Créeme..., no te la pasás manejando. Una delegación de más de ochenta personas. La primera vez, sólo fueron dos. Interesante.

Las prácticas deportivas comienzan un jueves, terminan un domingo y se coronan con la entrega de premios, unas palabras alusivas, una cena contundente, un baile arrollador y una despedida oportuna hasta la merecida revancha del año siguiente. Es cierto, unos retornan más contentos que otros, pero nadie vuelve triste. Si te bancás la derrota como una posibilidad del juego, lo pasás bien..., muy bien. Si no servís para perder de vez en cuando, no vayas nunca, ni a Necochea ni a la esquina de tu casa.

Dicho así, un trámite más en la vida de cualquier mortal que busca unos días de descanso en la costa antes de terminar el ciclo anual de su actividad cotidiana.

Sin embargo, no..., no se descansa tanto. Se compite en serio... y en varias disciplinas: fútbol, basket, voleyball, golf, natación, tenis, pesca, tiro, maratón, poker, metegol, ping-pong, travesía 4x4 y truco y, en el quiero vale cuatro de cada deporte, el deseo de permanecer y llegar a una final con bandera a cuadros.

A la hora de los partidos, árbitros antipáticos, entrenadores diligentes y competidores ansiosos convergen en un ámbito donde el triunfo es la meta, aunque no sea posible que sea alcanzada por todos. Hay esfuerzo. Hay batalla. La competencia, como toda lucha, muchas veces tiene los aditamentos del dolor con formas de lesiones variadas

provocadas en ocasiones por objetos romos y duros (igual que en los expedientes policiales); también hay inflamaciones, contracturas, calambres, algo de sangre, hinchazones, escoriaciones, discusiones acaloradas, puntadas sin hilo, algún fundado agravio matizado con una palabrita soez y energética; todo ello, acompañado, claro está, por los infaltables gritos de una tribuna inquieta, ruidosa y fanatizada en donde todo el mundo es inimputable de calumnias o de injurias. Y si la taba se da vuelta, comete la gastada del contrario: parte del juego. No se hace vestuario y a cielo abierto puede apreciarse el pasa manos de los analgésicos, anti-inflamatorios, ungüentos nauseabundos, cremas cicatrizantes, desinflamantes mágicos, protectores solares, masajes para nada inquietantes y pomadas milagrosas. Ante la duda, “¡ponele hielo!” Así es. De día, no hay perfume a rosas ni a lavanda. Algunos piden cambios de rodilla, o el refuerzo de un hombro, o un tendón nuevo, o tres pulmones más, pero todos vamos con cuatro corazones. De noche, el desfile de las diosas, el aroma de las fragancias ensoñadoras, la danza de la diversión, la charla amena, y, ante la duda... ¡también ponеле hielo!

Cada vez que voy, dos cosas diferentes llaman mi atención: los ritos del vóley y los semáforos necochenses en un rojo eterno. Bueno, en realidad, me distraigo con más cosas, mas debo ser breve.

En San Isidro, ¡hay equipo, copas y medallas!, y nuestras mujeres que se ganaron todo en fútbol, vóley y natación. Las conquistas menos estridentes giraron en torno a la pesca, tiro, truco, tenis, paddle, maratón y metegol. Terceros en el medallero general (compitiendo contra trece departamentos judiciales).

Y quizás el más relevante de los trofeos, al “Juego Limpio”, ganado sin discusión a pesar de haber copado su nombre un inglés que trato de rechazar cada vez que puedo (“Fair Play”).

Hoy los guerreros reposan satisfechos. Otras batallas esperan y todas deben ser enfrentadas.

San Isidro... ¡hay equipo, copas, medallas, amigos y ganas de regresar!

Como la vida, el deporte da revancha.

¡Volveremos!..., ¡porque vamos por más y con vos!

Hasta la próxima.

 **SERVICIOS GRÁFICOS DEL CASI**
4732-0303

Noviembre de 2016