



DIRECTOR: ADOLFO A. N. ROUILLON - SUBDIRECTOR: DANIEL F. ALONSO

AÑO 21 / NÚMERO 7 / AGOSTO 2017

ISSN: 1514-335X - RNPI: EN TRÁMITE

## Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado con particular referencia a la provincia de Santa Fe

*Luciano Caparroz*

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. Consideraciones en general sobre el nuevo régimen de Responsabilidad Estatal.- III. Consideraciones en particular sobre la responsabilidad del Estado en la Pcia. de Santa Fe ante la ausencia de su regulación.- IV. Conclusiones finales.

### I. Introducción

Con la sanción de la Ley 26.944 y el Código Civil y Comercial (CCCN), se dio vida a una controvertida reglamentación de la “Responsabilidad del Estado”, cual se configuró de manera asistemática y vino lamentablemente a restar de forma regresiva una importante cuota de la *vigencia sociológica* del derecho constitucional y convencional a la “reparación” de las personas. En tal marco, nos propondremos realizar una “consideración general” del nuevo régimen de responsabilidad estatal, para poder a partir de ello avanzar sobre una “consideración específica” de los “alcances” de la responsabilidad estatal en la provincia de Santa Fe ante la ausencia de una ley específica dictada al respecto. Finalmente, en nuestras conclusiones señalarímos los posibles cursos de acción que tiene la provincia frente a los problemas que genera esta compleja y específica temática.

### II. Consideraciones en general sobre el nuevo régimen de Responsabilidad Estatal

Tras la entrada en vigencia (1) de la Ley Federal 26.944 de Responsabilidad Estatal Nacional (LREN) en agosto del año 2014, y la posterior sanción por la ley 26.994 que otorgó vigencia (2) al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en agosto del año 2015, el otrora “sistema” de regulación de la “Responsabilidad del Estado” (cual se gestó con una escueta base normativa y una profusa base jurisprudencial), sufrió un alto impacto en su estructura y alcances jurídicos.

En tal marco apuntado, el legislador determinó a través de la citada Ley 26.944 que dicho cuerpo normativo regirá exclusivamente la *Responsabilidad del Estado Nacional*, siendo las disposiciones del CCCN *inaplicables* a la responsabilidad estatal, tanto de manera directa como subsidiaria (conf. art. 1). Seguidamente, el art. 11 invitó a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Bs. As., a que “adhiere-

*ran*” al régimen jurídico especial prescripto por esta ley federal para la Nación.

Al poco tiempo de la sanción de la LREN, el legislador nacional reafirma este criterio a través de la Ley 26.994 (CCCN) disponiendo lo siguiente: a) la *inaplicabilidad* de las disposiciones del Título V, Capítulo I, del CCCN (3) a la responsabilidad del Estado (art. 1764), b) que la responsabilidad del Estado se regirá sólo por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (art. 1765) y c) que la responsabilidad del funcionario y empleado público se regirá también sólo por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (art. 1766).

De tal forma, a partir de los años 2014-2015 el legislador nacional impuso con un escaso consenso en el plano de la dimensión normológica un “*seudo-sistema dual o doble de la responsabilidad*”, cual importa por hipótesis la coexistencia de un sistema de responsabilidad para el “derecho privado” regido por el CCCN (ley 26.994) y otro sistema de responsabilidad para el “derecho público”, donde en aparente atención a la “*forma de estado Federal*” este último régimen jurídico será regido a nivel nacional por una “ley federal especial” (eje: hoy es la ley 26.944), y a nivel provincial -como también para la CABA- por las respectivas leyes locales o provinciales que se sancionen (vrg. leyes de adhesión o leyes de puro contenido local), y finalmente a nivel municipal-comunal por las ordenanzas dictadas en el ejercicio de tales competencias.

Resulta importante que señalemos algunas breves “*consideraciones generales*” sobre este nuevo marco jurídico, pues la adopción por el legislador nacional de este “*seudo-sistema doble de la responsabilidad*” reporta en la actualidad gravísimas *incoherencias, asistematicidades y problemas de aplicación* que aún no han sido subsanados, en un contexto donde hay ausencia total de normas de transición, generándose por ello situaciones de

inseguridad jurídica, anomia, desigualdad de trato entre los distintos niveles estaduales y un potencial accionar impune del Estado.

En primer lugar, destacamos que produce una seria “*asistematicidad*” el yerro accionar del legislador nacional en cuanto optó por formalizar una *división* rígida entre el derecho público y el derecho privado con el sólo objetivo de apuntalar una endeble fundamentación de la controvertida creación del *seudo-sistema doble de la responsabilidad*. Un análisis serio de ésta temática, nos dirá que resulta “*de público y notorio*” que la “*Teoría General de la Responsabilidad*” (o sea, el “*Derecho de Daños*” ponderado en su estructura de base y sus elementos esenciales que lo componen) es “*única*” dentro del *ordenamiento normativo considerado in totum* (conf. a la tesis o doctrina prevaleciente de la *uniformidad, unidad o unicidad*) (4), recordando que la misma fue diseñada desde sus albores en el ámbito del derecho privado (así en la Ley 340), donde justamente el derecho público (administrativo) terminó adoptándola para sí “*realizando los cambios y las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina*” (conf. doctrina de la CSJN, caso “Sociedad Ganadera Los Lagos”) (5). Lo importante en esta temática debatida, será no olvidarnos que la “*regulación legal*” del “sistema de la responsabilidad o derecho de daños” no se constituye más que en una mera reglamentación del “*derecho constitucional a la reparación*” (6) de las personas (7) cuando se les causó un “*daño injusto*”, debiéndose enmarcar el diseño del régimen legal además en la *dimensión dikelógica*, lo cual exhortará a asegurárseles a las personas una *reparación justa, plena e integral* de los daños ocasionados. En tal orden de ideas, fue que el presidente de la CSJN y miembro redactor del nuevo CCCN, -Dr. Ricardo L. Lorenzetti-, se detuvo especialmente a subrayar la existencia de un “*diálogo de fuentes*” entre el derecho privado y el derecho público dada por la “*comunicabilidad*” de sus *principios* (8).

Hecha la anterior aclaración, corresponde ahora que indiquemos algunos ejemplos de las ostensibles *asistematicidades e incoherencias* de este nuevo régimen legal estudiado. Así, observamos primero la circunstancia de que el nuevo *seudo-sistema doble de la responsabilidad* prohíba expresamente la aplicación de “*un sector o capítulo* (9)” de las *disposiciones del CCCN* a la responsabilidad estatal (concebida como un “*régimen especial*” hermético), tanto de manera directa como subsidiaria (conf. art. 1 de la ley 26.944 y art. 1764 del CCCN), cuando a la misma vez el *seudo-sistema* permite *-laxamente-* la aplicación directa o subsidiaria de “*otras disposiciones*” del mismo CCCN (10) que prohibió aplicar, razonándose bajo esta línea de argumentación propuesta del legislador que deberían estar ellas lógicamente reguladas bajo el estricto ámbito del “derecho público”. También se contempla sin realizar mayores esfuerzos, lo *incoherente* que resulta para este *seudo-sistema* la habilitación implícita ofrecida a los operadores jurídicos, para que recurran *sine die* a la integración por la *analogía* cuando aparezcan *carencias o lagunas normológicas* dentro del régimen estudiado, (tal como es el caso de la hipótesis de ausencia de sanción de leyes de responsabilidad en los Estados Locales) (11), y así nuevamente se vuelven a aplicar las reglas del CCCN que se prohibió aplicar, demostrando la realidad el nacimiento de estas situaciones paradójicas cuales fueron reprimidas por la doctrina con base a argumentos *por el absurdo* cuando se expresó que “*lo que no entre por la puerta, entrará por la ventana*” (12).

Pero, al margen de lo expuesto, la *asistematicidad* de éste régimen se torna majúscula al momento de considerarse la regulación del instituto de la “*prescripción*” y sus correspondientes funcionalidades (eje., cómputo, inicio, suspensión, interrupción, efectos, etc.). Se observa entonces de la interpretación del art. 11 de la LREN (Ley 26.944), que se invitó (habilitó) “*a fortiori*” a las Provincias, la CABA y los Municipios o Comunas *que no hayan “adherido”* a este

### DOCTRINA

Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado con particular referencia a la provincia de Santa Fe

*Luciano Caparroz*.....1

### NOTA A FALLO

Recurso de revisión de la cosa juzgada penal *propter nova*: Prueba científica

*Carlos A. Carbone*.....7

### JURISPRUDENCIA

HOMICIDIO. Del cónyuge. Nulidad de la sentencia condenatoria. Valoración de nueva prueba. Imposibilidad física de la imputada de realizar el hecho. (CS Santa Fe).....6

### ACTUALIDAD

Actualidad en Derecho Civil y Comercial

*Gustavo Alejandro Ríos, Mario César Barucca y Javier M. Mirande* .....10

### ÚLTIMA INSTANCIA

12

régimen jurídico especial, a que puedan regular *potencialmente* a través de sus “leyes locales” el instituto de la prescripción de las acciones de reparación por daños contra los Estados locales, dada la inexistencia de una prohibición específica dispuesta en contrario. En tal marco, traemos a colación la argumentación de Parellada (13), quien adecuadamente cita y recuerda la doctrina de la CSJN que expresó que las

*Provincias no pueden establecer o regular los plazos de prescripción (14), ni tampoco fijar el momento de su inicio (15), ni siquiera en el ámbito del derecho público local, por ser una materia estrictamente de derecho común.*

Paralelamente, también se vuelve a reeditar la situación de que los Estados locales que no hayan sancionado sus “leyes locales de responsabilidad”, puedan recurrir

por la “analogía” al CCCN a fin de integrar una laguna normológica ahora referida a la *prescripción*, generándose en atención a las cuestiones de *jurisdicción y competencia* situaciones de “aplicación” de *fuentes formales de diversa especie (16)*, tal como son las del CCCN (17) (derecho común) y la de la LREN (18) (una ley especial que rige solo para la Nación). No por casualidad, sino por consecuencia de un análisis serio de

estas incoherencias técnicas, constitucionalistas de la talla de Gelli califican a éste nuevo “*seudo-sistema*” como una “sin razón política”, el “fracaso de la política” (19).

Tampoco resulta un dato menor a fin de demostrar las *causas* que generan la ausencia de coherencia de este régimen, el hecho de que carezca de “normas de transición” para su ordenada implementación.

(1) La ley 26.944 fue sancionada el 02/07/14 y publicada el 08/08/14.

(2) La ley 26.994 fue sancionada el 01/10/14 y publicada el 08/10/14. El art.7, -modificado por la ley 27.077-, dispuso su entrada en vigencia a partir del 01/08/15.

(3) Título V referido a las “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I: “Responsabilidad Civil”.

(4) La tesis o doctrina de la unidad del “Sistema General De Responsabilidad” (Derecho de daños o derecho a la reparación), sostiene que es competencia del Congreso de la Nación (PLN) su regulación-reglamentación (conf. art.75 inc.12 de la CN), dictándose en consecuencia normas de derecho “común” que deberán garantizar a todas las personas el ejercicio pleno (vigencia sociológica) del derecho constitucional a la reparación, siendo ésta última integral. Dicha doctrina permite satisfacer el principio constitucional de igualdad, atento a que la extensión de la reparación de los daños tendrá que ser la misma en todos los niveles y lugares del Estado (Nacional, Provincial, Municipal, Comunal), garantizándose así adecuados niveles de coherencia y seguridad jurídica. Como ya ha explicado en referencia a este tema Cassagne utilizando el enfoque “sistémico” enseñado por Mario Bunge, el sistema de responsabilidad debe funcionar de modo estrechamente “coherente” con todo el ordenamiento normativo, y ello no se podrá lograr con un sistema doble de la responsabilidad (Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, en “1º Jornada de “Responsabilidad del Estado y funcionarios públicos”, realizada por el Colegio de Abogados de La Plata (CALP), Fecha 21/04/15, publicado en el canal del CALP de YouTube, tiempo de la exposición ubicada entre 1:11 min a 1:43, enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=LeICrqZtsT0>. La doctrina autorizada que comparte los fundamentos de ésta tesis y a la cual nosotros adscribimos, es la siguiente: TONELLI, Pablo, “Bases actuales de la responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires. ¿Es necesario que se sancione una ley de responsabilidad estatal en la Ciudad de Buenos Aires?”, ED, Nº13.504, p. 258, Fecha 13/06/2014. TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE Martín (h.), “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, LA LEY, fecha 15/03/2013. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Criterios acerca de la Responsabilidad del Estado”, en “Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético”, Director Horacio Rosatti, Rubinzel — Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 241. Del mismo autor, “Visión jusprudictiva de la responsabilidad del Estado”, en Stiglitz, Gabriel (Dir.), “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, Rubinzel-Culzoni Ed., Santa Fe, 2003, p. 17; y ver el Tomo X, “Responsabilidad del Estado”, en “Responsabilidad por daños”, Rubinzel-Culzoni Ed., Bs. As., 2004. Dicho autor expresamente sostiene que el derecho de daños es uno solo y que no existe razón jurídica alguna para excluir la responsabilidad del Estado y de los funcionarios del Código Civil. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en coautoría con Carlos PARELLADA, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, en “Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial”, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 24. Con una posición que guarda un cierto “eclecticismo”, En igual sentido, véase el voto de la Dra. KEMELMAJER en el caso “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, SC Mendoza (1989), LA LEY, 1989-C, 511, con nota del profesor CASSAGNE, Juan C., “La responsabilidad del Estado por omisión”, en particular p. 515, en el cual la jurista expresa “Por mi parte, estoy convencida que existe un derecho de daños, presidido por principios comunes al derecho público y privado: ello no implica negar que la responsabilidad del Estado reconoce algunas reglas específicas. En otros términos, propicio la unidad en la teoría del responder que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico”, CASSAGNE, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, LA LEY, Suplemento constitucional 2014, donde expresó este prestigioso autor que...” no vemos obstáculo de principio para que la materia de la responsabilidad estatal sea abordada por el C.C.N.” ... “Hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario que sean reguladas por el Código Civil” ... “Se trata de materias que plantean la necesidad y conveniencia de precisar los confines de las instituciones

con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico”; “Algo similar puede ocurrir con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos”; “En definitiva, es legítimo regular la categoría básica en el C.C.N (ver punto 6). También CASSAGNE argumentó que “desde esta óptica las autonomías provinciales no deberían constituir un freno para el dictado de una legislación que unifique los presupuestos mínimos y los alcances de la responsabilidad pública en todo el territorio nacional. En cualquier caso, la mayoría de los presupuestos y requisitos de la responsabilidad (adoptados por la jurisprudencia de la Corte) constituyen una derivación razonable de los principios constitucionales (vgr. la igualdad ante las cargas públicas, la garantía de la propiedad, la obligación de reparar los daños causados injustamente, etc.), ver al respecto, CASSAGNE, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el Cód. Civil y Comercial proyectado”, LA LEY, 2012-E, 1202. HCDN (Honorable Cámara de Diputados de la Nación), Dictámenes de la minoría de las Comisiones de Asuntos Constitucionales de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, Dictámenes de los Diputados Pablo G. Tonelli, Omar Duclós, Elisa Carrió y Graciela Camañó, Sesiones Ordinarias, año 2013, orden del día Nº2704, impreso el día 22 de noviembre de 2013, obtenido en el sitio web oficial de la Cámara, donde se expresó: a) que la Constitución Nacional requiere, en su artículo 75 inc. 12, que la responsabilidad del Estado sea regulada de manera uniforme en todo el país por una norma de carácter común, más precisamente, el Código Civil; b) el artículo 11 de la Ley Nº 26.944 es inconstitucional, por ser violatorio del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional; c) el reenvío que realiza la ley a una legislación local que no existe, conjugado con la prohibición de la aplicación subsidiaria del derecho común, derivaría en un supuesto de vacío legal muy peligroso; d) originariamente, el anteproyecto de Código Civil y Comercial redactado por los magistrados de la CSJN, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y la jurista Aida Kemelmajer de Carlucci, contemplaba la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos, tanto por su actividad lícita como ilícita; e) la diversidad de normas y las diferencias entre regulaciones atentaría seriamente contra el derecho de igualdad de los damnificados por la actuación del Estado en sus diferentes niveles; f) la responsabilidad, las reglas y principios que la rigen, son esencialmente propios de una ley de fondo, que, como tal corresponde dictar al Congreso Nacional y que debe regir uniformemente en todo el territorio de la Nación, con prescindencia del agente involucrado. IVANEGA, Miriam Mabel, “Fundamentos de la Responsabilidad de los funcionarios públicos (y las incertidumbres de la Ley Nº26.944), en “Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944” Coordinadores: Miriam M. Ivanega — Ricardo Rivero Ortega, Editorial Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP), Buenos Aires, Año 37, Nº437, feb. 2015. Dicha autora argumenta (con cita de María Angelica Gelli) que “nada obsta, a efectos de preservar el Estado de Derecho, que se instituya una regulación que unifique postulados como manifestación del principio de igualdad. Se postuló, entonces, la necesidad de establecer un marco básico nacional, sentando el concepto de presupuestos mínimos, que sin afectar las autonomías provinciales, contenga los principios generales de las diversas responsabilidades”, CAPARROZ, Luciano, “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Proyecto de Reforma al Código Civil”, publicado en MICROJURIS, 22/10/13, Punto III, Cita MJ-DOC-6475-AR | MJD6475, CUADROS, Oscar, “El concepto de causa civil y la responsabilidad del estado ¿Pueden legislar las Provincias en materia de responsabilidad del Estado?, Ponencia ante La Comisión Bicameral de Revisión Del Proyecto de Unificación del CCCN, publicada en línea en: [http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/161\\_Facultad\\_Aus-](http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/161_Facultad_Aus-)

tral.pdf. Del mismo autor, “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? Su aparente falta de regulación en el proyecto de código unificado civil y comercial”, en LL Gran Cuyo. Buenos Aires, febrero 2013. IBARLUCEA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?”, publicado en LA LEY online, Fecha 07/07/2014, Cita: AR/DOC/2129/2014, autor que lucidamente argumentó. “Conclusión 3º. Por “código civil” los constituyentes comprendieron reglas y principios generales del derecho y disposiciones de derecho público, no excluyendo lo relativo a la responsabilidad del Estado (nacional, provincial o municipal)”, ... “conclusión 9º. El “derecho común” no se circunscribe a las relaciones de derecho privado; tampoco se extiende sólo a las reglas y principios generales del derecho y algunas disposiciones de derecho público; comprende las concretas reglas referidas a las relaciones entre acreedor y deudor, ya sea este un particular o un ente público, incluyendo lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado”. GHERSSI, Carlos, “La responsabilidad del Estado y ahora que hacemos”, publicado en línea en: “<http://www.seba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=31428&n=La%20responsabilidad%20del%20Estado%20%20para%20web.pdf>” “<http://w w w . s c b a . g o v . a r / i n c l u d e s / d e s c a r g a . a s p ? id = 3 1 4 2 8 & n = L a % 2 0 r e s p o n s a b i l i d a d % 2 0 d e l % 2 0 E s t a d o % 2 0 % 2 0 p a r a % 2 0 w e b . p d f>” Dicho autor concluye lo siguiente: Hemos querido solo dar una muestra de la inutilidad de la supresión del Código de fondo para los principales temas como la responsabilidad del Estado y el derecho de reparación de daños y que una vez más muestra la ignorancia de quienes legislan. Puede también consultarse: GHERSSI, Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el Proyecto de Código”, La Ley. Buenos Aires, 28 diciembre 2012. CASIELLO, Juan José, “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto”, LA LEY, 16/09/2013, quien sostiene brillantemente lo siguiente:... “que estas modificaciones del proyecto implican, en los hechos, “bastardear” el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. ¿Y por qué? Pues porque esas “normas del derecho administrativo nacional o local”, a las que se quieren remitir los reclamos de daños que se formulasen al Estado no existen (por lo menos no existen agrupadas en un texto regular); o bien, de existir en alguna jurisdicción provincial, no tienen aptitud ni comprensión para regular aceptablemente el “derecho de daños” en todas sus manifestaciones. La legislación completa, moderna, adecuada para regir en plenitud el derecho de daños, está en el Código Civil....; “que sólo en el derecho privado, específicamente en el Código Civil y leyes complementarias (como es, por caso, la ley del consumidor), se encuentra el camino ya hecho para lograr una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular”; ... “Más importante es precisar que no se trata aquí de elegir el mejor entre dos sistemas de responsabilidad. Se trata de enfrentar la realidad y advertir que en verdad no existen esos “dos” sistemas...; lo cierto es que la normativa grande de la responsabilidad, el “derecho de daños” como se lo llama ahora, se incorporó desde sus primeros orígenes al Código Civil... que por eso es la ley común para los conflictos de esta índole, y para todos los habitantes del país”. PARELLADA, Carlos, “Responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, LA LEY, 16/09/2013, PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto”, LA LEY, 16/09/2013, quien afirma respecto de la regulación actual de la responsabilidad del estado lo siguiente:... “Nosotros creemos que el derecho público provincial no puede establecer normas que regulen la responsabilidad por daños del Estado, particularmente en materia extracontractual, sobre la base de parámetros resarcitorios más laxos que los establecidos en el derecho de fondo, so riesgo de incurrir en notoria inconstitucionalidad...; “el reclamo de federalismo no legitima ni justifica que el Estado Nacional, Provincial o Municipal se sustraiga de un régimen unitario de responsabilidad por daños. El federalismo, en una sociedad moderna, democrática y republicana, sólo puede ser invocado para ampliar derechos y garantías de los ciudadanos y no para sustraerse de la responsabilidad estatal y de los funcionarios. Lo que necesitamos es un régimen en el cual hay un solo Código Civil, que regula unitaria y paritariamente el derecho a la reparación, sin reconocer categorías de dañados

privilegiados y correlativamente de damnificados discriminados. MAIRAL, Héctor, disertación en el II Congreso Internacional de Abogacía Estatal local y federal, organizado por la Procuración General de la CABA, Fecha 9, 10 y 11 de junio de 2014, Tema: La Responsabilidad del Estado y la Ciudad de Buenos Aires, publicado en el canal de YouTube de la P G C A B A , <http://w w w . y o u t u b e . c o m / watch?v=cb3JOO5iMC0>, quien sostuvo lo siguiente: .. “el texto propuesto de la Ley 26.944 para los artículos sobre responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos constituye un verdadero retroceso para nuestro régimen jurídico republicano y para la efectiva vigencia de los derechos humanos en nuestro país”. El mismo sentido de argumentación sostuvo el autor citado en Ponencia ante La Comisión Bicameral de Revisión Del Proyecto de Unificación del CCCN, publicada en: [http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/119\\_Colegio\\_de\\_abogados.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/119_Colegio_de_abogados.pdf). Puede consultarse una interesante y actualizada refutación al argumento administrativista de que la regulación del derecho de daños si los ocasiona el Estado es “local”, -mutatis mutandi-, CARNOTA, Walter, ¿Todo el Derecho Administrativo es local?, publicado en línea en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/004-edp-4-carnota.pdf>. PUNTE, Roberto, “Objeciones constitucionales a la nueva Ley sobre Responsabilidad del Estado”, publicado el 15/07/2014, en elDial.com, DCID20, donde dicho autor expresó: “En lo que se refiere a daños a las personas no se justifica distinguir entre derecho público o derecho privado ...; ... lo que no pueden hacer es soslayar el principio fundamental de reglamentación común de los derechos de todos los habitantes por leyes generales que surge de la lectura armónica del art. 14, en relación con el art.75 inc.12, y la prohibición del art.126 CN; ... entender que no puede haber ni una división tajante entre derecho público y derecho privado, ni esfera que quede por debajo de los derechos humanos... Esta visión de unidad del derecho de fondo no acarrea la desaparición de las ramas especializadas, sino que las constriñe a no apartarse de los principios comunes como fundamento de todo lo demás. Del mismo autor, puede consultarse: PUNTE, Roberto, “La Unidad del derecho y la responsabilidad del Estado y sus funcionarios”, Publicado en elDial.com -CC37A3, MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos”, en AA.VV. Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Análisis crítico y exegético, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2014, Horacio, Rosatti (Director), p. 191, BUTELEZ, Alfonso, “Responsabilidad del Estado ¿derecho público o privado?”, LA LEY, 16/06/16, punto VII, pág. 2.

(5) CSJN, Caso “Sociedad Ganadera Los Lagos”, Fallos: 190:142.

(6) SAGUÉS, Néstor, “Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación”, en ED, 202-843, LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, LA LEY, 2003-C, 1184, PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Derecho constitucional a la reparación”, E.D. 167-969, LAPLACETTE, Carlos, “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LA LEY del 17/09/2012, ALFERILLO, Eduardo, “La influencia de la Constitución Nacional en el Derecho de Daños”, publicado on line por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en <http://www.acaderc.org.ar> “www.acaderc.org.ar. CAPARROZ, Luciano, “El derecho constitucional a la reparación cuando se litiga contra el Estado en Santa Fe dentro del fuero extracontractual”, publicado en MICROJURIS, 28/10/13, MJ-DOC-6480-AR | MJD6480. Acerca del Derecho Constitucional a la Reparación, la Corte Nacional ha dicho:... ”La obligación de reparar comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria y la indemnización “debe ser integral”, de modo que se declara la inconstitucionalidad de oficio de un régimen de limitación de la responsabilidad estatal. La constitucionalidad de un régimen especial, entonces, se debe evaluar a través de su comparación con el régimen común y, si el régimen especial es restrictivo, entonces no es integral y debe ser declarado inconstitucional.” CSJN, Caso “Rodríguez Pereyra”, de fecha 27/11/12, Fallos: 335:2338, CSJN, Caso “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, setiembre 21-2004, LA LEY, Sup. Especial 2004 (septiembre), 39, con nota de PIZARRO, Ramón D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del

Pero, a mayor abundamiento de críticas técnicas, queremos citar algunas que son relevantes, como por ejemplo:

a) El alto déficit de la técnica legislativa empleada en el “*seudo-sistema*”, lo torna tosco en su aplicabilidad ya que no se compatibiliza dentro del orden jurídico *in toto* con las disposiciones constitucionales provinciales (20), trastocándose a razón de esta impericia legislativa la *forma de estado federal*,

b) Como apunta Ghersi (21), en relación a los *derechos de los Usuarios y Consumidores*, no se puede limitar la Responsabilidad del Estado a través de la Ley 26.944 y los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCCN, cuando éste actúa como Persona Jurídica de Derecho Público prestadora o proveedora de bienes y servicios, pues la Ley 26.944 al no ser de orden público no puede derogar a la Ley 24.240 (ref. por Ley 26.361), y jamás a la cláusula del art. 42 CN. Por lo tanto, su responsabilidad estará regida por el art. 40 de la Ley 24.240 de manera objetiva y solidaria. Al respecto se ha interrogado Pizarro (22) la siguiente cuestión ¿Quedarán los establecimientos públicos educativos excluidos del régimen de responsabilidad previsto en el art. 1767 del Proyecto -similar al actual 1117, Cód. Civil-, cuando se configure una relación de consumo? Por su parte, en relación a los “daños, las acciones colectivas y la responsabilidad del Esta-

*do*”, señala doctrina autorizada (23) que ante la eventual *responsabilidad colectiva del Estado*, son aplicables las pautas sentadas por la CSJN en el caso “Halabi”, de lo que se desprende que ante la falta de una normativa especial que regule las acciones de clase, el art. 43 de la CN será operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia del titular. Así, y más allá de la inexistencia de una regulación expresa para los casos en que se genere un daño colectivo por el accionar de la administración pública, resulta viable la promoción de la acción colectiva respectiva, cuando se encuentren afectados tanto intereses difusos como así también los intereses individuales homogéneos de un grupo. Por otra parte, -agrega la doctrina aquí citada- que resulta de aplicación al Estado el régimen tutivo del consumidor, de forma tal que en aquellos casos en que exista una relación de consumo entre el particular y la administración pública -conforme a lo dispuesto por los artículos 1º y 2º de la ley 24.240, y el 1092 del CCCN-, resultará de aplicación el art. 42 de la Carta Magna, como así también las disposiciones expresas que en materia de este tipo de acciones condene la ley citada en último término.

c) Tampoco queremos omitir la importante crítica que se ha formulado por la doctrina (24) en cuanto a que la Ley 26.944

lo que sólo ha hecho es una escueta y deficiente regulación de una sola de las “*funciones*” de la responsabilidad, esto es, la “función reparadora”, pero omitió deliberadamente reglamentar la función preventiva y disuasiva de los daños.

En definitiva, el nuevo “*seudo-sistema doble de responsabilidad*” podrá prohibir la aplicación directa o subsidiaria de una “ley *infraconstitucional*” como es el CCCN (Ley 26.994), pero bajo ningún concepto ostenta jerarquía suficiente para llegar a prohibir la aplicación directa e inmediata de las “reglas” emergentes de la *Ley Suprema (CN)*, los *Tratados de DD.HH*, los *Principios supranacionales de DD.HH* y la *interpretación vinculante que de ellos realiza la Corte IDH*, dado que el *fundamento normológico-axiológico apriorístico* de la “teoría general de la responsabilidad ó derecho de daños” es *constitucional y convencional* (25), doctrina a la cual nos adscribimos. De tal forma, en base a éste acertado *enfoque constitucional del derecho de daños* pueden afirmarse al menos 3 cuestiones irrefutables:

A. Que la regulación *legal* de la Responsabilidad del Estado, no tiene otra entidad más que la de una mera reglamentación del derecho constitucional y convencional a la “reparación” de los daños injustos causados a las personas.

B. Que el derecho a la “*reparación*” es un *derecho humano fundamental* (26) (autónomo), directamente operativo y como tal su contenido se halla imbricado de forma inescindible a los principios supranacionales *pro-homine*, de *operatividad, progresividad, irreversibilidad, no regresividad, preffered freedoms, y de fuerza expansiva*, entre otros muchos más.

C. Que el Congreso Nacional (PLN) antes de sancionar la “*ley formal*” de Responsabilidad del Estado, conforme a la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH (27), debió haber ejercido un control *preventivo* de convencionalidad sobre el proyecto de ley respectivo, con el objeto de evitar que el ejercicio pleno del derecho constitucional y convencional a la “*reparación*” sufra limitaciones irrazonables, y de tal manera se respeten eficazmente en el plano de la realidad social las normas imperativas de DD.HH (*effet utile*).

En base al contexto *supranacional* descrito podemos concluir que el “*régimen jurídico doble de responsabilidad*” impuesto por la Ley 26.944 viola el *principio pro-homine*, atento a que -como explica Pinto (28)- no fue elaborado teniendo al hombre como “*centro de interés*” del sistema, a su persona y a lo que más la favorece en el reconocimiento de sus derechos.

derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)”.

(7) Nos referimos dentro del nuevo concepto de “persona” del CCCN, tanto a la Persona humana como a la Persona Jurídica.

(8) Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis., “Introducción al Código Civil y Comercial”, puntos III y IV, publicado en línea en: <http://www.nuevocodigocivil.com/introduccional-codigo-civil-y-comercial-por-ricardo-lorenzetti/>, en dicho artículo expresa literalmente que La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En este proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por primera vez hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y jurisprudencia en este tema. Del mismo autor, CCCN Comentado, Director LORENZETTI, Ricardo Luis., Coordinadores DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1º edición, año 2014, T1, punto III.2.A.2, p. 29.

(9) CCCN: Título V referido a las “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I: “Responsabilidad Civil”.

(10) Como ejemplos meramente enunciativos citamos: Al Título Preliminar, Capítulo I, cual refiere a la constitucionalización de los derechos y al método de interpretación por la analogía, al Capítulo II en cuanto regula los ámbitos de validez personal y temporal de aplicación de la ley formal y material, al Capítulo III en cuanto regula principios y clasificaciones de los derechos, al Libro Primero, Título II, Sección 2º, en cuanto regula a las Personas Jurídicas Públicas, al Título III, Capítulo I, Sección 2º, en cuanto regula los bienes pertenecientes al dominio público, la Sección 4º en cuanto regula los instrumentos públicos, al Libro Tercero, Título I, Capítulo I, III, IV, V, en cuanto regulan los principios, lineamientos y estructura general de las obligaciones. Para mayor amplitud sobre éste tema remitimos a brillante explicación de Alfonso Buteler, quien nos apunta numerosos casos en que el derecho público administrativo recurre al derecho privado, por ejemplo en la utilización de instrumentos societarios para la organización administrativa y la gestión pública, la aplicación del derecho de consumidor a los concesionarios de obras públicas, la caracterización del destinatario del servicio público como usuario, las relaciones contractuales entre privados regidos por el derecho administrativo, etc. Conf. BUTELER, Alfonso, “Responsabilidad del Estado ¿derecho público o privado?”, LA LEY, 16/06/16, punto VIII, p. 3.

(11) Hasta el presente, de las 23 Provincias que integran la Nación Argentina, sólo tres han sancionado leyes locales de “adhesión” a régimen nacional dispuesto por la Ley 26.944, ellas son la Provincia de Santiago del Estero (Ley 7179), Chubut (Ley 560) y Santa Cruz (Ley 3396). De tal forma, 20 provincias (más la CABA), han decidido hasta el momento no adherir a éste seudo-sistema, ni tampoco sancionar una Ley de Responsabilidad de contenido netamente propio. No obstante, advertimos que sí existen en diferentes provincias “proyectos de ley” sobre la temática, aunque ninguno de ellos tiene prioridad de sanción inmediata.

(12) PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto”, LA LEY, 16/09/2013, pág. 10.

(13) PARELLADA, Carlos, “Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de responsabilidad del Estado”, punto XIII, en ROSATTI, Horacio (director), La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, 1º Edición, año 2014, Rubinzel-Culzoni.

(14) CSJN, setiembre 30-2003 “Municipalidad de Avellaneda s/inc. de verif. en: Filcrosa S.A. s/quiebra” Fallos 326:3899, LA LEY, 2004-A, 42; LA LEY, 2004-D, 267 con nota crítica de Juan F. Dogliani “Plazo de prescripción para el cobro de tributos municipales” en pág. 264, fundada en la autonomía del derecho tributario; Imp., 2003-B, 2112; D.J., 2003-3, 605; J.A., 2003-IV, 727 y LLonline AR/JUR/1976/2003.

(15) En tal sentido se ha declarado la inconstitucionalidad del pronunciamiento que dio prevalencia al art. 91 del Cód. Tributario de la Provincia de Córdoba por sobre el plazo del art. 3956 en orden al momento de inicio del curso de la prescripción, en virtud de entender que las provincias carecen de competencia para apartarse de los plazos de prescripción estipulados por el Congreso Nacional, por lo que tampoco podría modificar la forma en que se computan (CSJN, noviembre 1-2011 “Fisco de la Provincia c/Ullate, Alicia I p/ Ejecutivo s/Recurso directo” F 391.XLVI-sin cita de Fallos, Imp. To. 2012-3 pág. 211 y LLonline AR/JUR/70680/2011 y dictamen de la Procuración General de la Dra. Laura M. Monti en [http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2011/monti/may/5/fisco\\_de\\_la\\_prov\\_f\\_391\\_l\\_xlvi.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2011/monti/may/5/fisco_de_la_prov_f_391_l_xlvi.pdf)).

(16) Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho”, Ed. Depalma, 6º Edición, año 1987, pág. 242, N°253. Sobre los problemas de jurisdicción y competencia generados por la Ley 26944, ver GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “La Ley 26944 y sus posibles conflictos con otras normas jurídicas”, publicado en DPI, Diario Administrativo, N°97, 02/02/15.

(17) CCCN: Ver Libro Sexto, Título I referido a la prescripción.

(18) Ver Ley 26.994, art.7.

(19) GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, punto VII, Publicado en LA LEY, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, agosto de 2014, N°5, punto 5.

(20) Como sostiene Casiello, algunas Constituciones de Provincia remiten al “derecho común” en lo que hace a la responsabilidad del Estado. Citamos, a manera de ejemplo, la Constitución de la Provincia de Santa Fe, que dice en su art.18: “En la esfera del derecho público la Provincia responderá hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de la obligación de reintegro de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del Derecho común en cuanto fueren aplicables”. Muy similar previsión se contiene en la Constitución de la Provincia de San Juan. Conf. CASIELLO, Juan José, “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto”, LA LEY,

16/09/2013, pág. 3. En el mismo sentido, Tonelli y Oyhanarte (h) advierten “que en algunas jurisdicciones la aprobación del proyecto en la versión del Ejecutivo puede conducir a un doble reenvío que termine en una laguna legal de difícil solución. Así, por ejemplo, la Constitución de la provincia de Santa Fe establece en su artículo 18 que la responsabilidad estatal “se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”. En otras Constituciones la lógica es similar, y también podrían generarse interrogantes interpretativos. Es el caso del art.10 de la Constitución de Jujuy y el art.43 de la Constitución de Catamarca, en cuanto se limitan a reconocer que el Estado provincial responde “por el daño civil”. En estas jurisdicciones podrá plantearse la imposibilidad constitucional de sancionar un régimen provincial de responsabilidad estatal, causando una innecesaria inseguridad jurídica, Ver: TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE Martín (h.), “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista LA LEY, fecha 15/03/2013, Punto VI.

(21) GHERSI, Carlos, “Inconstitucionalidad de la ley 26944, del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público”, publicado en línea en: <http://www.seba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=31428&n=Inconstitucionalidad%20de%20la%20Ley%2026.944%20-%20para%20web.pdf>

(22) PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto”, LA LEY, 16/09/2013, Punto II.b.1, pág. 10.

(23) Conf. CCCN Comentado, LORENZETTI, Ricardo L. (Director), De Lorenzo Miguel F., LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), T. VIII, p. 623.

(24) GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, Punto I, Publicado en LA LEY, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, agosto de 2014, N°5, punto 3.

(25) BIANCHI, Alberto, “La Responsabilidad del Estado es una cuestión esencialmente constitucional”, publicado en DPI, Diario Constitucional, Columna de Opinión, 17/08/2015, GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, Punto I, Publicado en LA LEY, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, agosto de 2014, N°5, punto 5.

(26) Coincidimos con lo expresado por Laplacette, en cuanto a que el art.63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá... si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa

indemnización a la parte lesionada”; de esta forma, tenemos aquí la existencia de un derecho a la reparación enunciado en términos generales, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención. A su vez, esta norma se complementa con el artículo 68.2 de la misma Convención, por el cual “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. La Corte Interamericana, en diversos pronunciamientos ha destacado que “el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. “Almonacid Arellano y otros”, párr. 134; “Goiburú y otros”, párr. 140, “Bámaca Velásquez”, párr. 38, “Penal Miguel Castro Castro”, párr. 414. En cuanto al alcance de la reparación, la Corte Interamericana ha sostenido que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. “Vargas Areco”, párr. 141; Caso “Almonacid Arellano”, párr. 136; “Serrallón García”, párr. 162, “Penal Miguel Castro Castro”, párr. 415. Ver, LAPLACETTE, Carlos, “Derecho constitucional a la reparación de daños”, diario La Ley del 17/09/2012. En igual sentido, SAGUÉS, Néstor., “Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación”, en ED, T 202, pág. 843, LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, LA LEY, 2003-C, 1184, PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Derecho constitucional a la reparación”, E.D. 167-969

(27) Corte IDH, Caso “Gelman Vs. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, donde se expresó con referencia al control de Convencionalidad que “... en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos están obligados por el tratado y deben ejercer en el marco de sus respectivas competencias, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 69.) Véase también: HITTTERS, Juan Carlos, “Un Avance En El Control De Convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana”, en Revista de Estudios Constitucionales, Año II, N°2, 2013, ps. 695-710. ISSN 07180195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

(28) Conf. PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”; en: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997.

Otros autores coincidieron en formular esta observación subrayando la *carenza axiológica* exteriorizada por la ley 26.944, tal así Parellada (29) quien apunta la omisión del seguimiento de la doctrina de la CSJN, quien ya ha afirmado que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”(30). En el mismo sentido, el prestigioso ex juez de la Corte IDH -Cançado Trindade-, afirmó sobre la base del análisis de las regulaciones normativas referidas a esta específica temática, que la centralidad del hombre no se relaciona únicamente con el sistema jurídico interno (nacional), sino también con el orden internacional (31), todo lo cual hace que cobre solidez nuestro argumento de que el *seudo-sistema doble de responsabilidad* viola manifiestamente el principio *pro homine*. A mayor abundamiento sobre el tema, Justo Reyna (32) llegó a afirmar que ...el instituto de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho nacional, en la ley 26.944 no se construye sobre premisas del derecho administrativo del siglo XXI, focalizado a la tutela de la dimensión subjetiva de la centralidad de la persona humana proveniente del EDC.

También, con base al contexto supranacional anteriormente descrito, podemos concluir que el nuevo “régimen jurídico doble de responsabilidad” impuesto por la Ley 26.944 viola manifiestamente el principio de progresividad, cuando se pondera ahora la real evolución que muestra el “derecho humano a la reparación” de las personas que sufren daños injustos, dicho en otras palabras, el nuevo régimen jurídico no se constituye en una positiva “transformación” del anterior sistema de reparación sino que por el contrario es el producto de un diseño digitado unilateralmente y sin consenso de un sector de la coyuntura política del momento a la cual no le interesó extender (principio de expansión) las posibilidades de reparación de los daños de las personas, sino más bien limitar la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios (33). Al respecto, nos recuerda el profesor Terrile (34), que el principio de progresividad de los DD.HH. tiene su fuente formal en el art. 29.b de la CADH, e impone que...“ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad...”. Ello exhorta entonces al Congreso Nacional a que elabore el régimen jurídico ó instrumento normativo de responsabilidad más favorable, más expansivo, más progresivo para la protección de las personas, y no lo contrario como hizo el PLN.

Bajo este mismo razonamiento, concluimos además que el *seudo sistema* creado por la Ley 26.944 viola manifiestamente el principio de irreversibilidad que

encierra el contenido del “derecho humano a la reparación”. Veamos en lógica elemental: Si el antiguo “sistema de responsabilidad” del Estado (cual es sabido se gestó con una escueta base normativa y una profusa base jurisprudencial de la CSJN), garantizaba una mejor protección a las personas al momento de reclamar la reparación de los daños injustos, el nuevo “régimen jurídico” de responsabilidad estatal no puede de ninguna manera ser regresivo (*principio de no regresividad*) cuando se deben reparar, resarcir y/o indemnizar los daños reclamados, limitándose arbitrariamente la extensión de la responsabilidad estatal. Una vez que un derecho humano fue reconocido por el Estado, no se puede revertir ese reconocimiento (35), pues los derechos humanos no son una mera “concesión” del Estado sino una “reafirmación” y “reconocimiento” de derechos naturales que las personas ya ostentaban anteriormente por su sola condición y existencia (36). El principio de irreversibilidad en materia de derechos humanos -siamesado al principio de progresividad-, encuentra también su base normativa en el art. 29 de la CADH en cuanto establece que “...Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Finalmente concluimos que el *seudo sistema doble de responsabilidad* creado por la Ley 26.944 viola manifiestamente el principio *preferes freedoms*, pues el Congreso Nacional jerarquizó con su labor parlamentaria la protección del “Estado Poderoso” (limitando su responsabilidad) antes que el derecho humano a la reparación de las personas. Y ello fue un grueso error, pues como señala Terrile (37), en un Estado Constitucional y Convencional de Derecho siempre debe aceptarse la “posición preferente” que tienen los derechos humanos de las personas por sobre el “poder” del Estado (*preferred right position*), de forma tal que el ejercicio del poder deberá estar al pleno servicio de la satisfacción de los derechos de las personas.

Conforme a lo analizado hasta aquí, es evidente que en este tema se halla ciertamente comprometida la responsabilidad

internacional del Estado Argentino por desconocer la operatividad y aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. que firmó. No es para nada entonces ocioso exhortar a los poderes institucionales a que corrijan éste desaguisado, ya sea al PLN para que en dicho ámbito se presenten *proyectos de ley* que impulsen la *derogación total* de la Ley 26.944 y la derogación de los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCCN, dada su inconstitucionalidad e inconvencialidad, o ya sea al PJN para que proceda a declarar la *inconstitucionalidad (ineficacia)* e *inconvencialidad* de la “*prohibición*” de aplicabilidad del Capítulo 1, Título V del CCCN prevista en el art. 1764 de ese código y las normas de “*reenvio*” contenidas en los arts. 1765 y 1766, en concordancia con la previsión del art. 1 de la Ley 26.944, por afectación del principio de supremacía constitucional (art. 31, CN).

### III. Consideraciones en particular sobre la responsabilidad del Estado en la Pcia. de Santa Fe ante la ausencia de su regulación

Como más arriba hemos apuntado, la Ley 26.944 a través del art. 11 invitó a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Bs. As a que “adherían” al régimen jurídico especial de responsabilidad estatal prescripto por esta ley federal para la Nación. De no producirse la adhesión, deberán entonces sancionar dentro de sus respectivas jurisdicciones sus *leyes locales* de responsabilidad estatal tal como lo determina el nuevo Código en sus arts. 1765 y 1766.

En dicho contexto, de las 23 provincias Argentinas sólo “adhirieron” tres, ellas fueron Santiago del Estero (ley 7179), Santa Cruz (Ley 3396) y Chubut (Ley 560), haciéndolo de forma total y sin ninguna reserva. En consecuencia, por una parte, se observará que si bien una abrumadora mayoría integrada por 20 provincias y la CABA decidieron (por diversas circunstancias) aún no “adherir” a la Ley 26.944, por otra parte tampoco éstos Estados autónomos han sancionado sus “leyes locales” de responsabilidad estatal. La situación se torna compleja, pues ante la ausencia de legislación local, el art. 1764 del CCCN prohibió la aplicación subsidiaria e indirecta del capítulo regulador de la responsabilidad civil. Ello entonces ofrece por resultado la existencia de una *laguna o carencia normológica*, situación que la mayoría de la doctrina vernácula afirmó que se resolverá recurriendo a la aplicación del art. 2 del CCCN, esto es, la *interpretación analógica* por existir un “caso administrativo no previsto”(38). Dicho en otras palabras, se aplicarán exactamente las mismas normas de responsabilidad civil que se han prohibido aplicar, lo cual en rigor determina una infracción a reglas lógicas elementales, una *cotradictio in terminis*, un absurdo jurídico (39), una *incoherencia sistemática*.

Debe advertirse que desde la sanción en el año 2014 de la Ley 26.944 hasta nuestro presente año 2017, existe en el plano de la realidad social (*dimensión sociológica*) un cierto estado de *inseguridad jurídica* en los Estados Locales, una sostenida *anomia* imbricada a la ausencia total de normas de *transición* determinadas por el nuevo régimen jurídico especial que se impuso y una potencial *desigualdad de trato* en los justiciables al momento de que éstos necesiten ejercer su derecho constitucional y convencional a la reparación de daños injustos sufridos, pues el *pleno ó el limitado resarcimiento* dependrá a cuestiones de “azar” o “alea”, esto es, a la consideración de que los daños se hayan causado o por un particular, o por un agente del estado nacional, o por un empleado de un estado local provincial o municipal, existiendo además en este último caso la posibilidad de sanción de múltiples leyes de responsabilidad diversas en cuanto al reconocimiento de la *extensión* del resarcimiento. Ello, en materia jurídica nos ha enseñado que se denomina *streptus iuris*, ni más ni menos que el *caos* en el ordenamiento normativo considerado in totum.

Realizando ahora una mirada específica de la *Provincia de Santa Fe*, observaremos que existen en la *dimensión normológica* normas constitucionales e infraconstitucionales referidas a la Responsabilidad del Estado. Así, de la Constitución de Santa Fe (CSF) podemos extraer al art. 6, derecho implícito a la “*reparación*”(40) de daños; el art. 7, defensa de derechos e intereses legítimos(41) y otorgamiento expreso de directa operatividad al derecho constitucional a la reparación(42); el art. 9, responsabilidad por error judicial; el art. 15 expropiación(43) y el art. 18 responsabilidad del Estado y funcionarios por actos ilícitos.

En el plano *infraconstitucional* local, encontramos referencias en la ley 7234, Defensa en juicio del Estado, la Ley 7534, Expropiación, la Ley 7658, Responsabilidad del Estado por error judicial (44), y no menos importante en el art. 69 de la ley 10.160 (T.O Dec. 46/98), cual se toma habitualmente para la fundamentación de la atribución de competencia de los tribunales civiles colegiados que juzgan la responsabilidad extracontractual del Estado (45). Huelga aclarar también, -como sostiene Thomas (46)- que en materia de responsabilidad del Estado pueden también potencialmente intervenir jueces de distrito en lo penal (por daños injustos ocasionados como consecuencia de un delito penal), jueces de distrito en lo civil (por daños que tienen como fuente a un contrato administrativo) y jueces de circuito en lo civil (daños con base contractual o extracontractual, pero de poca cuantía). En tal marco descrito, emerge un interrogante: ¿Y el fuero contencioso-administrativo no tiene competencia específica para juzgar con sus magistrados especializados los casos de responsabilidad del Estado?

(29) PARELLADA, Carlos, “Responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, LA LEY, 16/09/2013, punto III, pág. 6.

(30) CSJN, Caso “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, setiembre 21-2004, LA LEY, Sup. Especial 2004 (septiembre), 39, con nota de PIZARRO, Ramón D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)”.

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

Ed. Infojus, 1º Edición, año 2015, pág. 457.

(33) Comparte nuestro punto de vista: PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto”, LA LEY, 16/09/2013, Punto III, p. II.

(34) Conf. TERRILE, Ricardo A., “Derecho Constitucional. Una aproximación a sus conceptos y contenidos fundamentales”, Tomo 1, 1º Edición, año 2015, Ed. Gráfica Amalevi, Rosario, p. 121.

(35) Conf. TERRILE, Ricardo A., op. cit., p. 122.

(36) Conf. BIDART CAMPOS, Germán, “Teoría General de los Derechos Humanos”, UNAM, México 1989, 1º Edición, pág. 114. En igual sentido, Doctrina de la CSJN, en Caso “Simón”, de fecha 14/06/05, Fallos: 328:2056.

(37) Conf. TERRILE, Ricardo A., op. cit., p. 130.

(38) LINARES, Juan Francisco, “El caso Administrativo no previsto y la analogía jurídica en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LA LEY, 1941-24,

Sec. Doctrina, p. 177 y ss.

(39) Pizarro ha utilizado el argumento por el absurdo, al expresar que “lo que no entre por la puerta, entrará por la ventana”. PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto”, LA LEY, 16/09/2013, p. 10.

(40) CSF, art. 6, (Derechos Implícitos): “Los habitantes de la Provincia, nacionales y extranjeros, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías que les reconocen la Constitución Nacional y la presente, inclusive de aquellos no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran”.

(41) CSF, art. 7, párrafo tercero, donde se afirma que “la persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos en cualquier naturaleza, ante los poderes públicos de acuerdo con las respectivas leyes”.

(42) CSF, art. 7, párrafo cuarto, donde se afirma expresamente que ...”Los derechos fundamentales ...y sus ga-

rantías reconocidos por esta Constitución son directamente operativos”.

(43) CSF, art. 15, párrafo segundo, cual prescribe: “El Estado puede expropiar bienes, previa indemnización, por motivos de interés general calificado por ley”.

(44) Ley 7658, (Procedimiento Penal) Personas condenadas por error judicial excusable. Derecho a indemnización sancionada el 31/10/1975; promulgada el 18/11/1975 y publicada el 07/01/1976.

(45) Los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual (TCRE), intervendrán ante supuestos de responsabilidad objetiva, esto es, cuando la ilicitud no tiene como fuente un contrato celebrado por la administración.

(46) THOMAS, Gustavo, “La Responsabilidad del Estado en Santa Fe ante la ausencia de ley especial. Situación de los juicios contra el Estado. Cuestiones de daños del Estado en Santa Fe”, publicado en Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), 24/11/16, Cita: SAIJ: DACF160635.

Destacada atención merece la hermenéutica del art. 18 de la CSF, cual dispone que: "...En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables". Esta cláusula reenvía a las normas infraconstitucionales del "derecho común" que reglamentan el derecho constitucional a la "reparación", observándose que la CSF no afirma que se aplicará el "código civil", sino que con adecuada técnica legislativa deja interpretar que se aplicarán las "normas" de derecho de fondo que regulen al "sistema único de responsabilidad", dictadas obviamente por el Congreso en ejercicio de su atribución consagrada en el art. 75 inc. 12 de la CN. Esta norma constitucional-local de la Provincia (art. 18, CSF), fue sancionada en 1962 en pleno ejercicio de potestades de autonomía otorgadas por los arts. 5, 121, 122 y 123 de la CN, lo cual hace concluir que la "prohibición" de aplicabilidad del Capítulo 1, Título V del CCCN prevista en el art. 1764 de ese código y las normas de "reenvío" contenidas en los arts. 1765 y 1766, en concordancia con la previsión del art. 1 de la ley 26.944, son *inconstitucionales*<sup>(47)</sup> por afectar severamente el principio de supremacía constitucional (art. 31, CN) y la forma de estado federal.

En tal contexto *supra* detallado, es que inmediatamente el Consejo Consultivo para el crecimiento de Santa Fe (órgano asesor técnico del Gobierno de la Provincia de Santa Fe), expidió con fecha 06/09/13 un Dictamen (el N° 60), expresando lo siguiente: "Aconsejar al señor Gobernador que se adopten las medidas necesarias para que la Provincia de Santa Fe no acepte la invitación de la Nación para adherir a la ley citada"<sup>(48)</sup>, o sea, a la Ley 26.944.

De tal forma, -junto a un numeroso grupo de 19 provincias más-, Santa Fe no *adherió* hasta el presente año 2017 ni en forma total, ni con reservas a la ley 26.944, ni tampoco se registra la existencia de proyectos de ley de adhesión, ó de proyectos de ley para sancionarse una "ley local de responsabilidad del Estado".

Dicha situación en los 19 Estados locales más la CABA, generadora *per se* de un vacío, laguna, o carencia normativa-axiológica reglamentaria, ¿configura un caso

global de *inconstitucionalidad por omisión?* ¿La omisión en la adhesión a una Ley Federal configura inconstitucionalidad por omisión? El derecho constitucional y convencional a la reparación si es entonces una norma *directamente operativa*, ¿la mora en su reglamentación local no es una omisión inconstitucional? Estos interrogantes, exigen indudablemente una inmediata respuesta de las autoridades con responsabilidad institucional.

¿Qué es entonces lo que debe hacer el Estado Provincial de Santa Fe, esto es, cada uno de los representantes y funcionarios de los tres órganos del Poder? Veamos las opciones:

#### A. Órgano Legislativo

##### a.1) Legisladores locales con representación en la Legislatura de la provincia

a.1.i) No deben sancionar una ley de "adhesión" (ni total, ni con reservas)

a.1.ii) En la hipótesis (no aconsejada por nosotros) de sancionar una "ley local" de Responsabilidad del Estado, la misma deberá prever y respetar mínimas cuestiones como las siguientes: I) Compatibilizarse con la "nueva" CSF proyectada, pues esta última ya está pronta a reformarse, II) Asegurar la participación ciudadana para el momento de su discusión, III) Tener presente la jurisprudencia provincial sobre la temática, IV) Regular "todas" las funciones de la responsabilidad, V) Asegurar el ejercicio pleno del derecho constitucional y convencional a la reparación conforme a las normas supranacionales de DD.HH. y a su interpretación vinculante, VI) Organizar el contenido de la ley en base a una adecuada técnica legislativa y método, VII) Crear normas específicas de procedimiento, por ejemplo, sobre la forma de ejecución de las sentencias para estos casos especiales, VIII) Crear juzgados de 1º instancia en el fuero contencioso-administrativo, con competencia específica para el juzgamiento de los casos de responsabilidad estatal, IX) No distinguir a los efectos de la atribución de la *competencia material* de los jueces especializados entre supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual, confiriéndolas simplemente en todos los casos de "responsabilidad" del Estado, adecuando la terminología y la sintaxis legal al lenguaje jurídico emplea-

do por las nuevas normas reguladoras de la responsabilidad del derecho común<sup>(49)</sup>, X) No regular el instituto de la *prescripción* de las acciones, respetándose la doctrina de la CSJN<sup>(50)</sup>.

##### a.2) Legisladores santafesinos que representan a la Provincia en el Congreso Nacional

a.2.i) El distrito de Santa Fe leva al Congreso 22 legisladores (3 senadores y 19 diputados). De tal forma y a través de los Partidos Políticos con representación parlamentaria (tanto del oficialismo, como de la oposición), se deberán presentar indistintamente por ellos *proyectos de ley* que impulsen la *derogación total* de la Ley 26.944 y la derogación de los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCCN, dada su inconstitucionalidad, inconvenencialidad, asistemática y la consecuente *limitación*<sup>(51)</sup> de la extensión de la responsabilidad Estatal que impone. Ésta es la opción que nosotros aconsejamos como acción que la Provincia debe instruir. Algún sector de doctrina autorizada, se ha interrogado si se podría en todo caso *"insertarse"* en el CCCN junto al régimen general de la responsabilidad por daños, un "*capítulo especial*" referido a la responsabilidad del Estado<sup>(52)</sup>. También, creemos que sería una aceptable opción para el justiciable en el marco de una lógica de preferencias, el retorno al estado de cosas anterior, lo que significaría otorgar ahora *vigencia normológica* a los arts. 1764, 1765, y 1766 del texto originario del Proyecto del CCCN, a través de la sanción de una nueva Ley formal complementaria al CCCN.

#### B. Órgano Ejecutivo

b.1) Ante la *carenza normológica* ya suficientemente explicada referente a la ausencia de reglamentación local del derecho constitucional a la reparación, no hay duda de que se encuentran "exhortados" todos los operadores jurídicos integrantes de la Administración Pública Provincial a *aplicar el CCCN por vía de la interpretación analógica*, cuando deban resolver todos aquellos *reclamos administrativos* vinculados con la Responsabilidad Estatal local.

#### C. Órgano Judicial

Resulta ocioso ya resaltar que son los magistrados los funcionarios públicos que

ostentan la mayor cuota de responsabilidad para la resolución favorable de esta compleja situación generada por la cuestionada Ley 26944 y los arts. 1764/1765/1766 del CCCN. Repárese que los jueces son los que ejercen el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, son los "*últimos guardianes*" de los derechos, libertades, garantías y dignidad de las personas, y por ello para ejercer su alta investidura deben "*jurar*" que harán respetar fielmente la CN y los Tratados de DD.HH.

De tal forma, las opciones de los jueces serán:

c.1) Resolver los casos que se les presenten sobre responsabilidad estatal, a través de la aplicación *directa e inmediata* de las "reglas" emergentes de la *Ley Suprema* (CN), los *Tratados y los Principios de DD.HH.* supranacionales, como así también de su interpretación vinculante, valorándose que el fundamento *normológico-axiológico* apriorístico de la "teoría general de la responsabilidad ó derecho de daños" es *constitucional y convencional*. De tal forma, se hará respetar sin "divagaciones programáticas" el derecho a la "reparación" (*derecho humano fundamental autónomo*) y los principios supranacionales que lo acoplan, tales como el *pro-homine*, de *operatividad, progresividad, irreversibilidad, no regresividad, preferred freedoms y de fuerza expansiva*. En dicho marco de contralor, los jueces podrán aplicar de forma *directa e inmediata* el CCCN, previa declaración (a pedido de parte) de la *inconstitucionalidad (ineficacia)* e *inconvencionalidad* de la "prohibición" de aplicabilidad del Capítulo 1, Título V del CCCN prevista en el art. 1764 de ese código y las normas de "reenvío" contenidas en los arts. 1765 y 1766, en concordancia con la previsión del art. 1 de la ley 26.944, por afectación del *principio de supremacía constitucional* (art. 31, CN) y la *forma de estado federal*. Si no existió el pedido de parte legitimada de declaración de inconstitucionalidad, los jueces deben entonces *declararla de oficio*, conforme la doctrina de la CSJN<sup>(53)</sup>. Por otra parte, es un imperativo también recordar aquí, que los jueces deberán hacer respetar la cláusula constitucional local contenida en el art. 18 de la CSF. Finalmente, advertimos que si los jueces no adoptan este criterio, ello puede comprometer a la Res-

<sup>(47)</sup> Conf. BUTELER, Alfonso, "Responsabilidad del Estado ¿derecho público o privado?", LA LEY, 16/06/16, punto VII *in fine*, p. 3. Dicho autor expresa lo siguiente: "Como puede apreciarse, la norma constitucional establece con toda claridad que la responsabilidad del Estado se rige por las normas del derecho común. Con ello debe concluirse que el Código Civil y Comercial al excluir su aplicación a la responsabilidad del Estado debe ser reputada inconstitucional en ese territorio provincial". En el mismo sentido, ABERASTURY, Pedro, "Responsabilidad del Estado. Soluciones a la falta de regulación provincial", publicado en Diario DPI, Diario Administrativo N° 88 del 27/10/15, donde el autor afirmó lo siguiente: "Al solo efecto de compatibilizar la validez de esta cláusula constitucional (art. 18, CSF) con el art. 1764, debemos sostener que el legislador nacional no tiene atribuciones para derogar una cláusula constitucional provincial preexistente, conforme la argumentación que se desprende del art. 31 de la Constitución Nacional pues ello significaría contravenir lo normado en los arts. 121, 123 y 126. Por otra parte, una norma constitucional provincial podrá tener la total atribución de contradecir tal precepto pues no contiene una reglamentación del derecho sino un mandato de interpretación". MOSCARIELLO, Ricardo y DOMINGO, Luis H., "La provincia de Santa Fe no puede adherir sin cortapisas a la ley nacional de responsabilidad del estado", punto V.4, publicado en línea en: <http://www.mndabogados.com.ar/files/RESPONSABILIDAD-DEL-ESTADO-EN-SANTA%20FE.pdf>, donde dichos autores concluyen:

"consideramos, pues, que una adhesión legislativa provincial lisa y llana, es decir desprovista de reservas, estaría viciada de inconstitucionalidad, pues de ese modo se impediría la aplicación subsidiaria del Código Civil, contraviniendo el texto constitucional provincial con perjuicio de los justiciables". CAPARROZ, Luciano, "Análisis del Proyecto de ley aprobado en la HCDN sobre la (ir)responsabilidad del Estado", Punto 2.7, publicado en línea el 07/12/13 en: <http://lucianocaparroz.blogspot.com.ar/2013/12/analisis-del-proyecto-de-ley-aprobado.html>

<sup>(48)</sup> Publicado en línea en: <http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/download/186862/907800/file/Dictamen%202060%20-%20PROYECTO%20DE%20LEY%20SOBRE%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20NACIONAL%20Y%20SUGERENCIA%20DE%20ADHESI%C3%8BN%20PROVINCIAL.pdf>

<sup>(49)</sup> La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual es un hecho en materia de reparación, siguiendo a los proyectos de reforma anteriores del derecho común, se receptó por el CCCN la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Y como el "sistema de responsabilidad" es único (Tesis de la Unidad que adscribimos), en consecuencia deberá suprimirse la distinción entre "responsabilidad contractual" ó "responsabilidad extracontractual" del Estado, y hablarse sólo de la "Responsabilidad del Estado". Conf. CCCN Comentado, LORENZETTI, Ricardo L. (Director), De Lorenzo Miguel F., LORENZETTI, Pablo (Coordinador), T. VIII, Punto 2, p. 268.

<sup>(50)</sup> CSJN, setiembre 30-2003 "Municipalidad de Avellaneda s/inc. de verif. en: Filrosa S.A. s/quiebra" Fallos 326:3899, LA LEY, 2004-A, 42; LA LEY, 2004-D, 267 con nota crítica de DOGLIANI, Juan F., "Plazo de prescripción para el cobro de tributos municipales" en pág. 264, fundada en la autonomía del derecho tributario; Imp., 2003-B, 2112; D.J., 2003-3, 605; J.A., 2003-IV, 727 y LOnline AR/JUR/1976/2003.

<sup>(51)</sup> Véase CAPARROZ, Luciano, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Proyecto de Reforma al Código Civil", publicado en MICROJURIS, 22/10/13, Cita MJ-DOC-6475-AR | MJD6475. Del mismo autor: "Análisis del Proyecto de ley aprobado en la HCDN sobre la (ir)responsabilidad del Estado", publicado el 07/12/13, en línea: <http://lucianocaparroz.blogspot.com.ar/2013/12/analisis-del-proyecto-de-ley-aprobado.html>

<sup>(52)</sup> Conf. CASIELLO, Juan José, "Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos en el Proyecto", Diario LA LEY, del Lunes 16 de septiembre del año 2013, Punto VI, p. 3.

<sup>(53)</sup> Nuestra CSJN ha señalado en el caso "Mill de Pereyra" del año 2001 (publicado en LA LEY, 2001-F, 891 o LA LEY, 2002-A, 34) y el caso "Banco Comercial de Finanzas" del año 2003 (Fallos 327:3117), que "es elemental, en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averigar

si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella". Que cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntando en el antiguo adagio "iuria novit curia"- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desecharla de rango inferior. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso. Sobre el tema, puede consultarse a: MANILI, Pablo L., "El Activismo en la Jurisprudencia de la Corte Su-

ponsabilidad del Estado Argentino por violar los tratados internacionales (54).

c.2) Resolver los casos que se les presenten sobre la responsabilidad estatal local, aplicando el CCCN por vía de la *interpretación analógica*, fundados en el art. 2 del CCCN. Si bien es cierto que el juez logrará integrar la laguna normativa para el caso concreto, también es cierto que esta solución utilizada por el magistrado local será muy vaga, poco comprometida y pobre desde el perfil técnico-jurídico, pues bajo éste recurso hermenéutico se evade manifiestamente del ejercicio de su "deber" o imperativo funcional de hacer cumplir fielmente y respetar a la CN y los Tratados de DD.HH, no haciéndose foco en que el análisis del "derecho" solo puede tener como centro de interés exclusivamente a la "persona".

#### IV. Conclusiones finales

IV.1) Respecto a nuestras "consideraciones en general" sobre el seudo-sistema doble de la responsabilidad creado por la Ley 26.944, llegamos a reflexionar en principio lo siguiente: ¿fue oportuno, necesario o urgente para el País la sanción de una Ley especial de Responsabilidad del Estado? ¿existió un reclamo social al respecto? ¿era una prioridad como política de estado? Debe recordarse que la Ley 26.944 fue aprobada en el Congreso "sin consensos", no fue entonces el producto de la construcción política sino de una imposición de la mayoría circunstancial, cual huelga decir no pudo exponer con solvencia y claridad los fundamentos del proyecto y sólo se ciñó a reproducir o registrar a la jurisprudencia más "restrictiva" de la CSJN sobre el tema (55), que vale afirmar no es en absoluto un precedente de autoridad (56) que haya generado un esquema o modelo de seguimiento o ejemplaridad (*stare decisis*).

Desde un punto de vista *jusfilosófico*, observamos que la científicidad del derecho (mirada en forma fragmentada para el "entendimiento" del "sistema global" de responsabilidad o derecho de daños) quedó puesta en jaque, pues como otra proclamaba Julius Hermann Von Kirchmann (57) "tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles"!!, esto es, bastó con sancionar una ley formal con mayoría simple y sin consenso alguno, para borrar 80 años de jurisprudencia de la CSJN, donde el Alto Tribunal frente la existencia de una laguna normológica, supo construir aceptablemente un "sistema" de responsabilidad estatal por medio de la tarea de la "integración" (58) judicial.

También es importante hacer ostensible -como ya lo hizo la doctrina (59)- el verdadero *fin* perseguido por el seudo sistema de doble responsabilidad, donde casi todo el articulado de la ley 26.944 fue más bien diseñado para "eximir" o "limitar" la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, que para "ampliar o extender" el derecho a la reparación de las personas, emergiendo así del texto legal una "ideología" muy reñida con el *Estado Social de Derecho*.

En definitiva, tras analizar a la ley 26.944 junto con los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCCN, logramos corroborar la existencia de graves *incoherencias, asistematicidades y problemas de aplicación* que aún no han sido subsanados por las autoridades institucionales, generándose situaciones de inseguridad jurídica, anomia y desigualdad de trato entre los distintos niveles estaduales. También, resulta evidente en este tema, que ciertamente se halla comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino por

desconocer la directa operatividad y aplicación de las normas de los tratados internacionales de DD.HH. que firmó.

Finalmente, sostenemos que la "Teoría General de la Responsabilidad" (o sea, el "Derecho de Daños" ponderado en su estructura de base y sus elementos esenciales que lo componen) es "única" dentro del ordenamiento normativo considerado *in toto*, y nos adherimos por ello a la tesis ó doctrina prevaleciente de la *uniformidad, unidad o unicidad*.

IV.2) En cuanto a nuestras "consideraciones en particular" sobre la responsabilidad del Estado en la Provincia de Santa Fe ante la ausencia de su regulación por una ley específica, aconsejamos que "no" se sancione por la Legislatura local una ley de "adhesión" (ni total, ni con reservas).

Por el contrario, -en nuestra opinión-, el Estado Provincial a través de sus representantes en el Congreso de la Nación, debe presentar *proyectos de ley* que impulsen la *derogación total* de la Ley 26.944 y la derogación de los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCCN, dada su *inconstitucionalidad, inconvenencialidad, asistematicidad y la consecuente limitación* de la extensión de la responsabilidad Estatal que impone.

Por su parte, les corresponderá a los jueces provinciales de cualquier fuero, que cuando les lleguen casos de responsabilidad estatal, apliquen de forma *directa e inmediata* el CCCN previa declaración de la *inconstitucionalidad e inconvenencialidad* de la "prohibición" de aplicabilidad del Capítulo I, Título V del CCCN prevista en el art. 1764 de ese código y las normas de "reenvío" contenidas en los arts. 1765 y 1766, en concordancia con la previsión del art. 1 de la ley 26.944, son manifiestamente *inconstitucionales* por afectar la *forma de estado federal*.

art. 1 de la ley 26.944, fundados en la severa afectación del *principio de supremacía constitucional* (art. 31, CN) y la *forma de estado federal*.

Circunscribiéndonos a los datos objetivos de la realidad social, terminamos observando que de las 23 provincias Argentinas sólo han "adherido" Santiago del Estero (Ley 7179), Santa Cruz (Ley 3396) y Chubut (Ley 560), o sea, un escasísimo y reducido número de tres provincias, cuales justamente son las que registran graves antecedentes de incumplimiento a la CN y el *sistema republicano* que exige celosamente la responsabilidad estatal, todo conforme a lo resuelto por la CSJN en los casos "UCR c/ Santiago del Estero (60)" y "Sosa (61)". En consecuencia, una abrumadora mayoría integrada por 20 provincias y la CABA decidieron (por diversas circunstancias) no "adherir" a la ley 26.944.

Finalmente, en el caso de Santa Fe, además deberá tenerse presente la vigencia de la norma constitucional-local de la Provincia (art. 18, CSF), sancionada en pleno ejercicio de potestades de *autonomía* otorgadas por los arts. 5, 121, 122 y 123 de la CN, lo cual hace concluir que la "prohibición" de aplicabilidad del Capítulo I, Título V del CCCN prevista en el art. 1764 de ese código y las normas de "reenvío" contenidas en los arts. 1765 y 1766, en concordancia con la previsión del art. 1 de la ley 26.944, son manifiestamente *inconstitucionales* por afectar la *forma de estado federal*.

**Cita on line:** AR/DOC/357/2017

prema", LA LEY, 2006-D, 1288, y LOPEZ, Guillermo, "El Control de Constitucionalidad de Oficio", LA LEY, 2002-F, 1278.

(54) Conf. HITTERS, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado por violación de los tratados internacionales", Diario La ley, 07/05/07, punto I.A.b. Del mismo autor, "Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto "erga omnes" de las sentencias de la Corte Interamericana)", en Revista de Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, 2013, ps. 695 - 710. ISSN 07180195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. GORDILLO, Agustín, "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional", Publicado en XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP, año XXVII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400 y en [http://www.gordillo.com/cv/art\\_40.pdf](http://www.gordillo.com/cv/art_40.pdf), PIZARRO, Ramón D., "La responsabilidad del Estado y de los empleados públicos en el Proyecto", LA LEY, 16/09/2013, punto II.b.4, p. 10, Dicho autor expresa que: "El sistema proyectado

conducirá a que haya fuertes asimetrías en el derecho resarcitorio de los damnificados del obrar estatal, según quien haya sido el dañador y el dañado. Y ello determinará que, tarde o temprano, el Estado Nacional sea internacionalmente condenado por organismos supranacionales de derechos humanos, por falta de regulación y operatividad de la responsabilidad estatal en forma paritaria para los ciudadanos del país. A quien es aplastado por un automóvil le importa poco qué vehículo fuese manejado por un particular, o por un empleado de la administración pública nacional, provincial o municipal. Su derecho a la reparación no debería variar por cualquiera de dichas circunstancias"

(55) CSJN, in re "Barreto Alberto Damián y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", fecha 21/03/06, (causa B.2303.XI.), publicado en RAP N°334 p. 172 y ss. o Fallos: 329:759.

(56) Ver TONELLI, Pablo G. y OYHANARTE, Martín (h.), "Cuestión de la responsabilidad del Estado y

sus funcionarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista LA LEY, fecha 15/03/2013, punto IV.

(57) Conf., KIRCHMANN, Julius Hermann Von, "El carácter científico de la llamada ciencia del derecho", en la ciencia del derecho de la biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, p. 251.

(58) La "elaboración" (de las normas por la vía de la integración judicial) es una tarea -entre otras más- que se analiza científicamente dentro del estudio del funcionamiento de las normas, cuando justamente existe una "carencia" de las mismas. (Otras tareas son por eje: la determinación, la interpretación y la aplicación), Conf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas-Metodología Jurídica", Editorial Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, año 2000, p. 70. Idem, GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 6º edición, Bs. As., Depalma, año 1986, ps. 251 y ss.

(59) PIZARRO, Ramón D., "La responsabilidad del

Estado y de los empleados públicos en el Proyecto", LA LEY, 16/09/2013, Punto III, p. 11. GELLI, María Angélica, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", Punto I, Publicado en LA LEY, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, agosto de 2014, N°5, punto 3 (in fine), CAPARROZ, Luciano, "Análisis del Proyecto de ley aprobado en la HCDN sobre la (ir) responsabilidad del Estado", Punto II, publicado en línea el 07/12/13 en: <http://lucianocaparroz.blogspot.com.ar/2013/12/analisis-del-proyecto-de-ley-aprobado.html>

(60) CSJN, "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza". Originario, Fecha 05/11/13, U. 58. XLIX.

(61) CSJN, "Sosa Eduardo Emilio c/ Peña de Santa Cruz", Fecha 14/09/10, S.2083.XLI.

## NOTA A FALLO

### Homicidio

**Del cónyuge. Nulidad de la sentencia condenatoria. Valoración de nueva prueba. Imposibilidad física de la imputada de realizar el hecho.**

Véase en página 7, Nota a Fallo

**Hechos:** Una mujer fue imputada por haber dado muerte a su esposo, utilizando una cuchilla y una botella de vidrio, en el interior de la vivienda que ambos compartían; para luego trasladar su cuerpo hacia el jardín del frente del inmueble y, luego de auto-lesionarse en las

muñecas, solicitar ayuda. En Primera y Segunda Instancia se la condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo. La defensa inició revisión penal pretendiendo la anulación de la sentencia. La Corte le hizo lugar.

1.- La sentencia que condenó a la imputada por el homicidio de su cónyuge debe ser anulada, pues las nuevas pruebas aportadas por la defensa demuestran que la hipótesis en la que se sustentó es incorrecta y que pudo existir otra persona responsable por el hecho; ya

que la imputada sufrió una lesión más grave que la que sirvió de base al razonamiento de los magistrados y abarcó, entre otras estructuras anatómicas, sus tendones flexores profundos; lo cual determinó su incapacidad física para mover los dedos de tal mano y para tomar con ella un cuchillo y efectuar la fuerza necesaria para auto lesionarse.

2.- La revisión de la sentencia que condenó a la imputada por el homicidio de su cónyuge es improcedente, pues las pruebas con que se fundamentara carecen del valor decisivo y categórico suficiente como para generar razo-

nable y prudentemente un justificado estado de duda que derribe la certeza convictiva a la que llegaran los juzgadores en la causa (del voto en disidencia del Dr. Erbetta, al que adhieren los Dres. Gutiérrez y Spuler).

**8156 — CS Santa Fe, 20/12/2016. - G., M. A. s/ homicidio doblemente calificado s/ revisión penal.**

**Cita on line:** AR/JUR/100907/2016

# Recurso de revisión de la cosa juzgada penal *propter nova*: Prueba científica

Carlos A. Carbone

**SUMARIO:** I. La revisión penal.— II. Nueva prueba científica en Derecho ambiental.— III. El paradigmático caso Polidoro: nuevas grabaciones.— IV. El caso Gauna y nuevos exámenes científicos.— V. Crisis del valor vinculante del dictamen médico forense.— VI. Los expertos científicos no se condicionan a dictaminar.— VII. Ni nueva prueba ni eficacia; exámenes científicos según la minoría.— VIII. La subjetividad del experto.— IX. Análisis de la prueba científica a la luz de las restantes pruebas obrantes en la causa.— X. Conclusión.

## I. La revisión penal

Tal vez sea en materia penal donde se hace más patético no admitir la revisión de sentencia firme. Basta recordar a Juana de Arco, quien fue condenada a morir en la hoguera en 1431, pero 25 años después su sentencia se *revisó post mortem* y se la reabilitó.

La historia nos dice que Roma no era afecta a revisar sentencias firmes salvo la absolución que dictaban los *comisos* y las sentencias del jurado. Pero en verdad reconocían excepciones motivadas en nulidad por falta de acusación, de defensa y también por prevaricato (1).

La doctrina especializada (2) refiere que es el recurso extraordinario por antonomasia en materia procesal penal, no obstante para otros, y con razón no es un verdadero recurso sino de *una pretensión impugnativa autónoma* (3).

Hemos señalado (4) que el cambio de métodos científicos y las innovaciones de la ciencia pueden detectar o comprobar el error en la sentencia como el caso de la descendencia por prueba de sangre como ocurrió hace algunos años en Alemania (5).

Frente a los nuevos avances de la biología para determinar con certeza la filiación de una persona es posible revisar las sentencias que se fundaron en conclusiones que luego son consideradas erróneas; (6) incluso proyectando esos nuevos métodos a la cosa juzgada penal donde se debate nada más y nada menos que la culpabilidad o inocencia del imputado (7).

Nuestro máximo tribunal local tiene dicho que se trata por cierto, de una acción impugnativa que persigue la reapertura de

la jurisdicción en un proceso ya cerrado por sentencia condenatoria firme (8).

Este procedimiento sirve para la eliminación de errores judiciales por cuanto la paz jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio.

Es usual que nuestros ordenamientos vernáculos permitan el recurso de marras sólo a favor del condenado, y si se admite la promoción del mismo por el fiscal (vgr. art. 481 CPPN) será bajo esta orientación; de ahí que la doctrina nacional considere que su fin es la absolución del penado o una condena más favorable (9), al igual que la jurisprudencia (10).

¿Pero esto puede entenderse como un *doggma procesal penal*?

El derecho comparado nos revela que en Europa, en algunos países, se permite interponerlo en contra del acusado, como Alemania, Austria y algunos cantones de Suiza (11).

En Alemania se lo conoce como *reanudación de un proceso concluido por una sentencia con fuerza de ley* y si bien el art. 359 del StPO refiere que se puede interponer *en beneficio del condenado*, también se puede interponer *en perjuicio* del mismo. Estos supuestos se dan a) cuando el que resultó absoluto produzca una confesión creíble (art. 362 nº 4) sobre su culpabilidad. Refiere el texto teutón: *si el absoluto confiesa en forma fidedigna el delito, ante el tribunal o extrajudicialmente*.

Pero no es la única norma, sino que b) el art. 373 "a" establece que *la reanudación de un proceso concluido mediante una orden penal con fuerza de ley (12) en perjuicio del condenado, también es admisible si se aportan nuevos hechos o medios probatorios que, solos o junto con las pruebas anteriores, son apropiados*

para fundamentar la condena debido a un crimen (13).

Por eso es importante recalcar un criterio jurisprudencial que consideramos un *leading case* en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró admisible y procedente revisar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada favorable al imputado por atacarse y comprobase que esta fue fraudulenta, dictada por cohecho, violencia u otra maquinación (14).

rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

El asunto es tan apasionante que configura uno de los subtemas seleccionados para el debate de la prueba científica en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Noviembre de 2007 en la ciudad de Mar del Plata.

## III. El paradigmático caso Polidoro: nuevas grabaciones

Recordamos un caso paradigmático conocido como *Polidoro*, del que ya diéramos cuenta (21), donde la nueva prueba que prevé el rito penal para anular una sentencia penal firme mediante el recurso de revisión, la constituyeron las amenazas a la mujer condenada, vertidas por el esposo para que ésta no revele su autoría real del homicidio, a quien ella luego imputó ser el verdadero autor del hecho en una denuncia mientras cumplía la pena, cónyuge que se encontraba en libertad y ajeno a toda sospecha.

Ante la denuncia de la mujer de tales amenazas mientras cumplía su condena el juez de instrucción graba tales amenazas y "confesiones" del marido, lo que luego motiva la revisión de esa condena.

Para probar tales amenazas y la admisión del hecho por el esposo se utilizaron entonces grabaciones con conocimiento judicial y cartas misivas remitidas por el esposo que probaban tales amenazas (22). El primer problema que trata la Corte es que el Art. 489 inc. 4 CPPSF exige evidencia para dejar sin efecto una condena firme. La C.S.J.S.F. acepta sin embargo la duda para revisar, anula pero reenvía a nuevo juicio que absolverá solo si hay evidencia.

Sobre el punto destacamos lo afirmado por el máximo tribunal referido a la existencia de distintos criterios en la doctrina y jurisprudencia respecto a la correcta interpretación del inciso 4 del artículo 489 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe que regula el Recurso de Revisión: que varía desde una posición nacida de una interpretación apegada al texto de la ley - que habla de evidencia- y que exigiría para que prospere la acción revisora la contundencia de los nuevos hechos sobrevinientes que hagan indubitable que no hubo delito o bien que aquél no fue cometido por quien sufriera la

(1) FLORIAN, Eugenio, "De las pruebas penales" (trad. de Jorge Guerrero), Ed. Temis, Bogotá, 1968; p. 459.

(2) CREUS, Carlos, "Derecho Procesal Penal", Ed. Atrea, Bs. As., 1996, p. 172.

(3) DÁLBORA, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación", Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 1046.

(4) CARBONE Carlos, "Impugnación de la sentencia firme", en Derecho Procesal Moderno, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2006, p. 415.

(5) HITTERS, Juan Carlos, "Revisión de la cosa Juzgada", Ed. Platense, La Plata, 2da, ed 2001 pag. 141; ZARAZAGA, Luis y RENNELLA, Héctor, "Revisión de la cosa Juzgada por circunstancias extrínsecas al proceso", Ponencia en CD del Congreso Nacional de Derecho Procesal de San Martín de los Andes, 1999, p. 12.

(6) ARAZI, Roland, "La prueba en el juicio de filiación", Revista de Derecho Procesal Ed Rubinzel Culzoni, Nº2005 — 2 Prueba, T. II, p. 320.

(7) MIDÓN, Marcelo, "Pruebas biológicas y cosa juzgada", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzel Culzoni, Nº2005 — 1 Prueba, T. I, ps. 274 y ss.

(8) Corte Suprema De Justicia, Santa Fe (Ulla Alvarez Barraguirre Falistocco) F, M.P. s/ Corrupción

de menores reiteradas. Recurso de revisión penal (Expte CSJ Nº 57197) sentencia del 3 de diciembre de 1997.

(9) ITURRALDE; BUSSER; CHAPPINI, "Código Procesal Penal Comentado" T III p 117/118; Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", T. V, p. 559.

(10) En la revisión penal, la acción impugnativa siempre debe perseguir la declaración de inocencia del condenado por inexistencia del hecho; es decir, que el efecto que debe producir la nueva materialidad se proyecta, en dicho supuesto, en la no subsistencia del hecho, de modo tal que conduzca a la afirmación de inocencia del condenado) (Corte Sup. Just. Santa Fe, 14/12/1994, Peralta, Osvaldo Antonio). Mag. Votantes: Ulla, Alvarez, Barraguirre, Falistocco, Vigo.

(11) HITTERS, op. cit. p. 181.

(12) La ordenanza penal alemana regula una excepción la juicio oral que el procedimiento por mandato penal que a pedido de la fiscalía puede imponer penas de multa y privativas de la libertad de hasta un año, trayendo consecuencias jurídicas importantes como la inhabilitación para conducir hasta dos años (art. 407º) Roxin dice que se ha convertido en la clase de procedimiento más importante para la punciación de la pequeña y mediana criminalidad ya que el juicio oral puede transformarse en este procedimiento ante la incomparencia del acusado, a pedido escrito de la

fiscalía. Sus caracteres esenciales son: No se requiere que el procesado sea oído antes por el juez que dictará el mandato, a pedido fiscal y si el juez no tiene reparos dicta sin juicio oral previo aunque generalmente luego de efectuar probanzas, pero el efecto de la cosa juzgada no se diferencia del de la sentencia material común del juicio oral, y la revisión puede proyectarse incluso más allá de lo que dispone el art. 362 antes referido si se aportan nuevos hechos o medios o de prueba adecuados. Para una mayor profundidad del tema ver Roxim, op. cit., ps. 550 y ss.

(13) CARBONE, Carlos Alberto, "Derecho Procesal Penal. Conflictos modernos", Ed. Nova Tesis, Rosario, 2006 Capítulo XIII. "Otro tabú: ¿Sólo a favor del condenado? El recurso de revisión", ps. 415 y ss.

(14) Fallos T. 298, p. 736.

(15) Cam. Nacional Capital Federal, Sala I, Sala III en Boletín de Jurisprudencia, Nº 5 ps. 64 y 61 respectivamente.

(16) Uno de los más viejos antecedentes jurisprudenciales cuenta de una persona condenada como infractor a las leyes de enrolamiento, pero luego que hiciera cosa juzgada interpone ante la Corte Nacional recurso de revisión adjuntando una partida donde constaba había cumplido con el hecho reprochado, y la Corte tuvo a la

partida en cuestión como documento decisivo revocando la condena con la consiguiente absolución (Fallos T. 65 p. 120 CSJN Sentencia del 28-09-1896).

(17) Bien se advierte que la ley, como la santafecina no exige que el testigo o perito haya sido condenado por falso testimonio, sino que solo dispone que se haya declarado la falsedad (HITTERS, op. cit. p. 183). Tampoco exige que esa declaración sea de un tribunal penal. Es más, tal falsedad puede asentarse en una sentencia penal absolutoria según patentizan Donna y Maiza op. cit., ps. 573.

(18) Estos supuestos en Alemania se admiten a favor como en perjuicio del acusado (Art. 359 nº 1/3; 362 nº 1/3).

(19) ARAZI, Roland, "La prueba en el juicio de filiación", Revista de Derecho Procesal Ed Rubinzel Culzoni, Nº2005 — 2 Prueba T. II, ps. 320.

(20) PEYRANO, Jorge, "Sobre la prueba científica", en La Ley, 03/05/2007.

(21) CARBONE, Carlos, "La impugnación de la sentencia firme", en La impugnación de la sentencia firme" Peyrano (Director) Carbone (Coordinador) Ed. Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2006, T. II, ps. 262 y ss.

(22) Corte Suprema de Justicia de Santa Fe in re "Polidoro de Muzzi, Mirta s/ homicidio Calificado Rec. Revisión" expte. 9-84, 28/11/84.

sanción represiva; hasta el criterio que toleraría que aún sin evidencia, la sería duda sobre la autoría admita la anulación del fallo condenatorio pero con ulterior reenvío a un nuevo juicio con las características que en este juicio posterior, la insuficiencia o el carácter de inconcluyentes de las nuevas pruebas aportadas permitirían al juez del reenvío la absolución (es decir, que el principio "*in dubio pro reo*" jugaría para hacer prosperar la revisión, pero no para el juicio ulterior, exigiéndose la evidencia).

Remarcó que si la prueba tendida en autos (conversaciones grabadas, correspondencia epistolar), introduce aunque más no sea "*prima facie*" un elemento de duda respecto a la autoría del homicidio por parte de la condenada, debe declararse admisible el recurso de revisión interpuesto, justificándose anular la sentencia y remitir a nuevo juicio la causa.

"Las grabaciones magnetofónicas en el proceso moderno se insinúan como auxiliar del juzgador para la más clara percepción de los hechos que le tocará evaluar (23)", remató la Corte.

El comentario sociológico de todo este caso impone una observación que sin duda se traslada al siguiente caso que nos toca comentar: si no hay condena posterior del verdadero autor de atrás, o encubierto originariamente, basada en la evidencia, puede armarse una verdadera maniobra para dejar impune el hecho (24).

#### IV. El caso Gauna y nuevos exámenes científicos

En otro caso paradigmático, también de homicidio vinculado a un matrimonio, se interpuso recurso de revisión luego de estar ejecutándose pena en contra de la esposa por atribuirse la muerte de su cónyuge (25).

Tanto la sentencia de grado de Febrero de 2008, como la de Alzada, se sustentaron en la hipótesis de que la imputada pudo físicamente causar las lesiones de su cónyuge que terminaron con su muerte y luego autolesionarse en ambas manos con intenciones de suicidio, por entender que los tendones flexores de su mano izquierda no se encontraban seccionados y era posible que con ésta se causara las heridas en la mano derecha, aún siendo diestra; ello es así porque alegaba la imputada la existencia de un tercero individuo -su cuñado- que había entrado en la casa, matado a su marido y lesionarla a ella, hecho ocurrido en Febrero de 2005 que motivara la detención inmediata de la imputada.

Luego la Corte de Santa Fe el 05/08/09 rechazó la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad provincial que hiciera la Sala Tercera en lo Penal de Rosario que había confirmado la sentencia.

Pero por mayoría, a la que se llegó con la integración de un camarista rosarino y la nueva configuración de la Corte con el Ministro del voto mayoritario en el caso a comentar, concedió el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia el primero de Marzo de 2011 (CSJSF A y S T 239 pág. 101).

En esta decisión se avizoran los hechos que a la poste justifican la admisibilidad del presente recurso de revisión, (26) puesto que se funda "el caso federal en vinculación con las elementales exigencias de certeza convictivas que impone todo pronunciamiento condenatorio, con posible afectación del principio de "*in dubio pro reo*" (arts. 18 CN y arts. 11.1 de la D.U.D.H. y 8.2 C.A.D.H.) (27).

Finalmente, la CSJN el 9 de Agosto de 2011 por imperio del art. 280 del CPCN sostiene que *inadmisible* el recurso extraordinario federal que concediera el a quo santafecino (causa 403/08) y lo declara *impredicente*.

Así las cosas y volviendo a la interposición del recurso de revisión referido del 13.07.2012 por el mismo se pretendía por este remedio *in extremis* acreditar con la nueva declaración del médico cirujano que intervino en primera instancia y con nuevas pruebas científicas la imposibilidad de la condenada de autolesionarse como lo sostuviera la sentencia por devenir de imposible realización la hipótesis fáctica sostenida en la condena y por tanto convencer de la intervención de ese tercer sujeto como verdadero autor del homicidio, todo en virtud del art. 484 inc. 4 del CPPSF, que contempla la alegada circunstancia de que "...después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho delictuoso no existió, que el condenado no lo cometió, o no se dieron las circunstancias agravantes típicas que el Juez o Tribunal tuvo en cuenta al pronunciar aquél".

De la lectura del fallo de grado (fs. 909/938v., expte. ppal.) que raconta el voto del Dr. Daniel Erbetta que hace mayoría (28) surge que la fiscalía acusó a Gauna por "...haber dado muerte a su esposo, Omar Carlos Bartolelli, provocándole lesiones en distintas partes del cuerpo; ocasionándole el deceso la herida producida en la región external izquierda; lesiones que fueran producidas con una cuchilla de veintiún centímetros de hoja, mango plástico blanco en el interior de la vivienda que ambos compartían en calle Víctor Moneta y Monseñor Pugliese de Arequito" (29).

Dicho voto remarca que "esta hipótesis incriminante, es decir que habría sido Gauna quien habría primero asesinado a su cónyuge y luego habría intentado quitarse la vida cortándose ambas muñecas, fue la única sostenida desde el inicio de la causa

por la Jueza de Instrucción interviniente y por el Fiscal, sin que se hubiera evaluado en ningún momento la posibilidad de que los hechos hubieran ocurrido de otro modo".

Agrega que lo cierto es que en el caso, las únicas dos que se evaluaron a lo largo del proceso y a cuya confirmación se dirigió la prueba fueron: la ya señalada, o bien que los acontecimientos fueron provocados por su cuñado, siendo ella víctima junto a Bartolelli, conforme el relato de la encartada expresado por primera vez -y reiterado en numerosas ocasiones- al prestar interrogatorio sumario estando internada dos días después del hecho en el Sanatorio U.O.M. el día 7.02.2005.

En el recurso de revisión, la defensa ofrece como prueba científica un examen de electromiografía que se le efectuara a la condenada dos meses después del hecho, pero que no había sido agregado a la causa, una resonancia magnética, incluida la polémica declaración de uno de los facultativos que realizó aquella electromiografía alegando que el informe escrito que revelaba la poca profundidad de esas heridas en las muñecas de la mujer había sido volcado un error material de transcripción puesto que sus notas manuscritas decían lo contrario.

La mayoría sostuvo básicamente que "las nuevas pruebas aportadas por la defensa en la presente revisión demuestran que aquella hipótesis es incorrecta, ya que en realidad la lesión que sufrió la imputada en su mano izquierda fue más grave que la que sirvió de base al razonamiento de los Magistrados y ello no pone en crisis en modo alguno el informe de la Junta Médico Forense, sino que por el contrario es la base en la que se sustenta el planteo revisionista, por cuanto allí los médicos reconocieron que según cuál hubiera sido la gravedad de las lesiones -cuestión no dilucidada al momento del dictamen- resultaba o no posible que los hechos hubieran ocurrido tal como se sostuvo a fin de incriminar a la encartada". (Del voto del Dr. Erbetta, que hizo mayoría).

#### V. Crisis del valor vinculante del dictamen médico forense

Para así sostenerlo, se niega valor vinculante a los nuevos informes actuales de la Junta Médica Forense, en distinta integración, que confirman los anteriores y restan relevancia a los nuevos informes.

Hemos referido desde la doctrina que los informes Médicos Forenses si bien gozan de una presunción de mérito relevante, excepcionalmente los jueces pueden apartarse de los mismos (30) cuando otros informes o estudios médicos permitan prestarle a éstos mayor peso convictivo, incluso apoyados en peritos particulares (31).

En tal sentido se aclaró que las nuevas pruebas consisten en la resonancia mag-

nética nuclear de ambas muñecas -que no fue evaluada porque no presenta decisividad para la cuestión debatida al tratarse de un estudio médico realizado a la imputada más de ocho años después del hecho estando ya recuperada de las lesiones-; en la nueva declaración del doctor, quien recién en su declaración informativa presentada el 22.02.2011 aclaró la confusión que surgiera por sus anteriores intervenciones; y en la electromiografía de miembros superiores con equipo computarizado efectuada a la imputada el 28.04.2005 y que recién fuera entregada por los familiares de la condenada a los Defensores y agregada a la causa durante el trámite de la presente revisión.

En relación con los dos últimos medios de confirmación se sostuvo que ambos resultan novedosos y, por tanto, idóneos para habilitar la acción intentada -a pesar de lo dictaminado al respecto por el señor Procurador General-. Si bien el médico había prestado declaración durante el proceso y acompañado la hoja quirúrgica y su transcripción por él efectuadas, las diferencias entre ellas generaron confusión y perplejidad sobre un punto crucial para sustentar la condena, habiéndose podido dilucidar reación en esta instancia extraordinaria. Que el estudio electromiográfico acompañado también resultó novedoso a pesar de su fecha, considerando que no fue incorporado como prueba ni, por tanto, valorado por los Jueces de la causa durante la tramitación del proceso a pesar de la contundencia de sus conclusiones -por desconocimiento de los familiares de la imputada acerca de su trascendencia en orden a dilucidar lo acon-

tecido en el caso-.

Se valora que el médico -aún a riesgo de complicar su propia situación procesal dado que se le estaba recibiendo declaración informativa en sede penal- fue contundente en reconocer el error, y aclaró por primera vez, de modo categórico, que la correcta era la versión mecanografiada del protocolo quirúrgico, justamente el documento en el que consigna que también estaban seccionados -y fueron suturados- los tendones flexores profundos de la mano izquierda. Que la otra prueba acompañada por la defensa ratifica aún más la anterior conclusión, por cuanto de la electromiografía computarizada de miembros superiores efectuada a la imputada, poco después del hecho, el 28.04.2005 -y cuya autenticidad fue reconocida por los médicos neurólogos que suscribieron el informe (fs. 75, 100 y 127)- ratifica la gravedad de las heridas que sufriera Gauna en su mano izquierda, que excedía claramente a una lesión meramente superficial como la que sustentara la hipótesis condenatoria.

#### VI. Los expertos científicos no se condicionan a dictaminar

Para así concluir como decíamos, se relativizan los nuevos informes forenses en-

(23) Para una mayor profundización en el tema de las grabaciones ver CARBONE, Carlos Alberto, "Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba", Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2005.

(24)

CARBONE, Carlos Alberto, "La prueba científica en el proceso judicial", Ed. Juris, Rosario, 2013, ps. 357.

(25)

CSJSF in re "Gauna, María Antonia -Homicidio Dolemente Calificado- Sobre Revisión Penal" (Expte. C.S.J. Nro. 253, año 2012, CUIL: 21-00508433-1) Acuerdo del 20.12.16 . A y S t 273 p 51/79, estando en trámite la concesión del recurso extraordinario federal que se interpuso contra esta decisión.

(26)

CSJSF, Reg.: A y S t 239 p 101-109. Santa Fe, 1 de marzo del año 2.011, autos "Gauna, María Antonia -Homicidio calificado agravado por el vínculo- (Expte. 139/08) sobre Queja Por Denegación Del Recurso De

Inconstitucionalidad" (Expte. C.S.J. Nro 403, año 2008) votos de Erbetta, Gastaldi, Falistocco y Ríos Disidencia Dres. Gutiérrez, Netri, Spuler.

(27) En este sentido, se dijo que no pueden pasar desapercibidos los desarrollos argumentales de la recurrente tententes a achacar la omisión de testimonias que afirman haber visto salir al lugar y momento del hecho al sujeto sindicado por la imputada como autor del delito; y también en cuanto -sustentando la denegación de prueba decisiva- señalará las contradicciones existentes entre la hoja quirúrgica y el informe posterior a la misma, alegando que en contrario a lo sustentado en la primera (en la que constara que la imputada tenía los tendones flexores superficiales de ambas manos seccionados) conforme el segundo informe se encontraba seccionados los tendones flexores profundos de Gauna y que por ello mediaba imposibilidad

física de la inculpada de cortarse la otra muñeca. Ante estas contradicciones se solicitó la declaración del galeno actuante que el Tribunal rechazó. Circunstancias éstas, que en las concretas condiciones de la causa, ostentan entidad para controvertir la versión del suceso y la autoría en que se fundara el fallo condenatorio. Más cuando se invocaran otras falencias probatorias, como no haberse peritado el arma homicida dictaminando un carníero, omitirse una denuncia penal presentada a la fiscalía por Rosa Ingrid Gauna en la cual se sindicara a otras personas...".

(28) Con la adhesión de los ministros Gastaldi, Gutierrez y Spuler, y las disidencias de Netri y Falistocco.

(29) Como así también, golpear a la víctima con una botella de cerveza desvaneciéndola cuando éste se encontraba recostado en la cama matrimonial concretando luego el ataque mortal, siendo que la

cuchilla se localizara al lado de la cama, y los restos de botella sobre y al lado del lecho; y por otra parte haber cortado con la cuchilla la correa de la persiana del dormitorio presumientemente para evitar que su marido pidiera auxilio para luego de recibida la agresión letal, trasladar su cuerpo hacia el jardín del frente de la vivienda, auto-lesionándose en las muñecas para luego tirarse en las cercanías de su esposo y solicitar ayuda; todo ello ocurrido el día 06 de febrero de 2005, antes de las 14.30 hs".

(30) CARBONE, Carlos Alberto, "La prueba científica: encuentro o desencuentro de la ciencia y el derecho en el proceso" en Tratado De Derecho Judicial (Vigo, Rodolfo y Gattinoni de Mujia (Directores) Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, pr. 294 y ss.

(31) CARBONE, Carlos Alberto, "La prueba científica en el proceso judicial", Ed. Juris, Rosario, 2013, p. 444.

cargados por la propia Corte “por cuanto la ambigüedad, imprecisión y carencia de fundamentación adecuada de sus dictámenes obligan a apartarse de ellos, confrontando las pruebas aquí producidas exclusivamente con lo que dictaminara la Junta Médica que intervinió durante el proceso penal”.

Si bien hemos sostenido como una nota de las pruebas científicas que, en ocasiones el emisor se niega a dictaminar sino tiene los elementos necesarios<sup>(32)</sup>, en este caso concreto no se justificó tal factura, al sostenerse que no puede dejar de señalarse que en su primera intervención los médicos reconocieron que no podían determinar con grado de certeza la etiología de las lesiones evaluadas, que se trataba de un caso complejo y que la dificultad se acrecentaba por no haber participado en las fases periciales durante el proceso, por lo que sus conclusiones deben ser relativizadas.

Cierra la mayoría su fundamento resolviendo la anulación de los fallos de primera y segunda instancia con la consiguiente absolución y la inmediata libertad de la imputada, y distinto al precedente Polidoro, se observa que habiendo un sindicado que suplantaría a la ex condenada, “debe remitirse el expediente principal a la fiscalía que corresponda a fin de que, de modo urgente, se tomen las medidas pertinentes y necesarias para encausar la investigación del presente hecho teniendo en miras la pronta dilucidación de lo ocurrido e identificación de sus responsables”. Allí directamente se ordena un nuevo juicio del que no tenemos registro. Aquí cabe prender también la alarma que expresamos al comentar el precedente anterior, puesto que si no se investiga, si no se lo hace de modo comprometido, el hecho podría quedar impune, sin perjuicio de resaltar que esta sentencia de la Corte de diciembre de 2016 y la referida remisión llegan once años después del hecho (doce es el máximo previsto para la prescripción de la acción penal en contra del imputado referido por la ex condenada según el art. 62, inc. 2 del C.P.), si bien esto obviamente no puede compensarse para no declarar la inocencia de la ex condenada.

#### **VI. Ni nueva prueba ni eficacia; exámenes científicos según la minoría**

El voto de la minoría que encara el Ministro Netri<sup>(33)</sup> pone en crisis que sea nueva prueba, si bien la mayoría sostuvo que la novedad estaba no en su producción sino en su conocimiento.

Por ello sostuvo que las pruebas que fundamentan acción distan de reunir las condiciones exigidas legalmente y carecen del valor decisivo y categórico suficiente como para generar razonable y prudentemente un justificado estado de duda que derribe la certeza convictiva a la que llegarán los Juzgadores en la causa; por lo que cabe concluir en la improcedencia del remedio intentado, el cual es de aplicación excepcional y de interpretación restrictiva, dada la exclusividad de su objetivo, tendiente a conmover la firmeza de la cosa juzgada.

Es lapidario en torno a los nuevos elementos arrimados para fundar el recurso de revisión empezando destruir los dichos rectificatorios del especialista que terminaron

de convencer a la mayoría en desmedro de la Junta Médica Forense.

Recuerda como “nuevos elementos de prueba”, soporte del recurso interpuesto, que la declaración informativa prestada por el doctor (f. 1), fuera en virtud de la remisión que la jueza de grado hiciera a la justicia penal antes los discursos contradictorios de dicho médico cirujano en los documentos donde describiera las lesiones encontradas en Gauna, que no contiene decisión de mérito alguna respecto a la conducta ilícita en que pudiera haber incurrido el mencionado galeno, en tanto la misma fue resuelta por auto 269 de fecha 30.05.2012, disponiendo su sobreseimiento por prescripción de la acción penal, enfatizando que por lo que no se pudo dilucidar si su conducta encuadró o no en algún tipo penal.

Pondera que a la hora de resolver, la Jueza de Sentencia, Dra. Lurati, en su pronunciamiento de fecha 4.02.2008, analizó la hoja quirúrgica original, la posterior mecanografiada, la declaración testimonial del médico y la conclusión a la que arribara la Junta Médico Forense.

Con el fin de observar las secuelas cicatrizales de las estructuras afectadas en ambas muñecas, la defensa ofreció en el recurso de revisión la realización del examen científico de resonancia magnética nuclear de ambas muñecas, una de las formas por las cuales se suele rendir la prueba científica sin prueba pericial como lo hemos puntualizado<sup>(34)</sup>. Este estudio, una vez producido, se puso a consideración de los médicos forenses del Poder Judicial, que informaron sobre los determinados puntos de pericia solicitados en el trámite de la presente revisión penal.

Concluyeron, enfatizando dicha postura, que existen amplias probabilidades de que en el momento del hecho investigado la profundidad de las lesiones en ambas muñecas haya podido ser escasa en relación a la superficie corporal, y el carácter de los mismos fue de tipo leve a moderado, lo que permite construir como hipótesis más probable que la función de aprehensión de ambas manos pudo haber estado levemente comprometida, y que la hipótesis más sustentable arribada es que las heridas de la cara anterior de ambos brazos de la imputada tiene las características de haber sido del tipo “autoinfligidas”.

#### **VIII. La subjetividad del experto**

Con este análisis, se pone de relevancia que la prueba científica no es un alarde de creación de datos objetivos de este tenor que cualquier mortal pueda entender (vgr. operaciones de ADN, el propio estudio de resonancia, etc. Incluido el informe del especialista)<sup>(35)</sup> sino que depende de la subjetividad del experto que interprete esos datos y más aún, con relación al objeto de investigación en cada proceso particular<sup>(36)</sup>.

En este pensar se valora que con la resonancia, la nueva junta médica forense llega a la misma conclusión que la anterior y dio sustento tanto a la condena como a su confirmación, por lo cual le quita el carácter de “novedad” típica para torcer ese rumbo al igual que a la declaración actual del cirujano.

Incluso respecto de aquél estudio de electromiografía con equipo computarizado (otro examen científico), que se habría efectuado dos meses y 22 días después del homicidio, se puntualiza que recién se acompaña en el recurso de revisión, se refiere que de lo alegado surge que habría sido entregado a los familiares de la imputada, quienes desconocían la importancia del mismo, pero observan que los galenos forenses lo habían mencionado aunque afirmaron que no tuvieron oportunidad de evaluarlo, lo que deja en evidencia que alguien dio a conocer a la Junta Médica Oficial acerca de su existencia.

Si bien entonces no tiene una novedad fáctica en cuanto a exigencia de la revisión, admiten que es la primera vez que será evaluado por la judicatura y lo ponen a consideración también de la nueva junta forense.

La misma estudia el “nuevo” examen y aún cuando en el mismo observan que la funcionalidad de la mano izquierda se encontraba disminuida al momento de realizar este estudio electrómiográfico, porque la diferencia entre ambos estudios se debió a la regeneración de los tejidos y las técnicas de rehabilitación han producido una mejora sustancial en dicha mano, y ratifican la conclusión relativa a que las heridas de la imputada tienen las características del tipo auto-infligidas.

#### **IX. Análisis de la prueba científica a la luz de las restantes pruebas obrantes en la causa**

Hemos sostenido que los jueces no son autómatas en cuanto a la vinculación con el resultado de la prueba científica, e incluso deben analizarla a la luz de las probanzas colectadas. Si una pericia de A.D.N., de voces o cualquiera, atribuyera determinada responsabilidad, pero todas las constancias de autos valoradas a la luz de la sana crítica llevan al camino contrario, éstas deben primar<sup>(37)</sup>.

Así lo hemos resuelto desde el pretorio de primera y segunda instancia, habiendo expuesto en este último ámbito que “... Ante la cita de la defensa que dichos informes periciales emanen de órganos oficiales y por tanto deben tener mayor peso probatorio que cualquier otra pericia, recordamos que hemos sostenido y a mayor abundamiento de lo expuesto, que es solo una creencia que el dictamen por proveer del perito oficial (vg sorteado de la lista o forense) tenga mayor gravitación que el de los peritos propuestos por las partes, y más aún, que el de los consultores técnicos, por el solo hecho de su función, de consenso con la opinión de Zafaroni en el caso Romina Tejerina (CSJN, 8.4.08), puesto que el juez los debe tener en cuenta a todos y valorarlos de acuerdo con lo normado en el art. 457 del CPCN aplicable analógicamente al caso; es criticable este discurrir, sin analizar la científicidad de las opiniones a la hora de arriar esta suerte larvada de regla procesal (errónea) y solo basada en la suspicacia que genera que el perito actúe porque lo trajo la parte o lo haya designado como asesor técnico (Carbone, Carlos Alberto “La prueba científica en el proceso judicial” Editorial Juris Rosario, 2013 pags. 23 y sgts). Esto no significa negar el valor intrínseco de los dictámenes médico forenses como postulamos, sino en esta obra pusí-

mos en claridad que el juez tiene la última palabra a la hora de la evaluación de la prueba pericial puesto que debe hacerlo a la luz de todas las constancias de la causa, (pág. 444 y sgts.) y por más que la conclusiones de una pericia sean terminantes, - aún cuando se trate una prueba de ADN con el 99 % de probabilidad de otorgar la pertenencia de la muestra a determinada persona - si no se adecuan a un análisis global de la prueba, contradiciendo otros elementos de pruebas serios, no la debe aceptar, al menos con la preponderancia y énfasis que en el caso propone la defensa técnica. Si la pericia tiene el *standar* de la que exemplificamos más arriba ante el cuadro probatorio resultante en contra, deberá analizar todo el trabajo pericial desde la toma o recolección de la muestra hasta su guarda y conservación, ya que seguro cuanto menos hay un error fáctico de contaminación, cambio de muestras culposo o doloso, etc (Carbone, C. op cit pag. 447 y sgts.) que el presente caso puede explorar hacia esos caminos”<sup>(38)</sup>.

En esta inteligencia, el voto disidente del ministro cortesano Mario Netri se persuade del valor convictivo de los exámenes científicos evaluados por las dos juntas médicas forenses por su idoneidad pero lo atraviesa con las constancias de la causa, a su juicio, contestes. Veamos.

“...Es preciso resaltar que el material ponderado no tiene por sí solo la virtualidad de comover la ya acreditada existencia del hecho calificado como delito, como así las circunstancias en las que aquél se desarrollara, y desvirtuar de ese modo la conclusión que alcanzara la Cámara en cuanto a la autoría y responsabilidad que le cupo a Gauna en el hecho que se le imputara. Recuérdese que para sostener la conclusión condenatoria -confirmatoria de la expuesta por la Jueza de primer de grado- la Sala la sustentó en “...el hallazgo por parte de vecinos y personal policial de ambos cónyuges en el jardín de su casa en ropa interior, ensangrentados, con heridas mortales Bartolelli, y presunción seria de intento de suicidio de María Antonia Gauna; hallazgo de sangre desparramada por toda la casa, piso, paredes, cama matrimonial, cortinas, almohadas y cuchilla; puertas y ventanas cerradas excepto la de calle con signos claros de haber sido abierta por alguno de los cónyuges (...); hallazgo y secuestro de una cuchilla de cocina, ensangrentada al lado de la cama matrimonial; grupo sanguíneo de sangre en la cuchilla el que se corresponde con el de los cónyuges; informe de la Junta Médico Forense que relaciona las heridas letales de la víctima como producidas por un arma similar a la encontrada; (...) testimoniales de los primeros vecinos que llegaron al lugar, y que no vieron salir de la casa a ninguna persona extraña; (...) testimonial del Médico Forense, que considera probable la utilización de la cuchilla secuestrada; hallazgo de dinero en la billetera de la víctima, como así también el anillo y pulsera, lo que permite descartar el robo; hematoma severo en la cabeza de Bartolelli, estimado como previo por la Junta Médico Forense a las lesiones letales y compatibles con los restos de una botella de cerveza rota encontrada en la cama matrimonial; hallazgo de sangre fresca salpicada en el cuerpo de María Antonia Gauna, al momento del examen efectuado por el doctor, compatible con la acción

<sup>(32)</sup> CARBONE, Carlos Alberto, “La prueba científica. Notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial”, en *La Prueba en el proceso judicial* Coordinador: Eduardo Oteiza Editorial Rubinzo Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 351.

<sup>(33)</sup> Al que adhiere el ministro Falistocco.

<sup>(34)</sup> Ibídem, p. 330.

<sup>(35)</sup> CARBONE, Carlos Alberto, “La subjetividad del experto en las pruebas que aplican conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas”, Diario del 24.10.01 N° 10365.

<sup>(36)</sup> CARBONE, Carlos Alberto, “La prueba

científica en el proceso judicial”, Editorial Juris Rosario, 2013.

<sup>(37)</sup> Ibídem CARBONE Carlos Alberto, “La prueba científica en el proceso judicial”, Editorial Juris Rosario, 2013, ps. 444 y ss.

<sup>(38)</sup> Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario

bajo la carpeta judicial C.U.I.J. N° 21-07001901-6, caratulado: “Mercado Radi, Cesar Manuel S/ estafa” -sentencia condenatoria-, ante el tribunal integrado por los Dres. Carlos A. Carbone (presidente), Carina Lurati y Adolfo Prunotto.

previa homicida hacia su cónyuge". Resaltó el voto disidente que la Cámara avaló lo dicho por la Jueza de primera instancia descalificando la coartada: "...[L]a versión de la procesada en cuanto a la forma y mecánica en que ocurrieron los hechos luce casi inexplicable. Según sus dichos la tercera persona ya estaba adentro cuando ella volvió de la reunión familiar a la 1:00 hora aproximadamente del día domingo 6 de febrero. En ese momento o minutos después dice que comenzó el desapoderamiento cuando la ata y luego hace lo propio con su esposo cuando llega. Y conforme todos

los informes médicos de autos Bartolelli pudo haber empezado a recibir las lesiones a partir de las 13:00 horas del día 6 de febrero siendo que la hora de su muerte se estima entre esa hora y las 14:00. O sea que la tercera persona -si hubiera sido la autora del crimen- tuvo que haber estado en la casa, junto al matrimonio casi doce horas desde que le dio el supuesto brebaje para adormecerlos hasta que los lesionó...". Y finaliza: "que las pruebas con que se fundamentara la presente acción distan de reunir las condiciones exigidas por la norma y carecen del valor decisivo y categórico

suficiente como para generar razonable y prudentemente un justificado estado de duda que derribe la certeza convictiva a la que llegarán los Juzgadores en la causa al condenar a la ahora accionante".

#### X. Conclusión

Este análisis que hicimos del caso bajo el prisma de la valoración de la llamada prueba científica, y sobre todo de la vinculación con el juzgador, es el oriente que estimamos pertinente para aglutinar los dos criterios opuestos que ilustran el fallo cor-

tesano provincial y revelan seguramente que el lector comprometido intentará tomar partido por alguna de las dos.

Sin perjuicio que en la especie, como en otras, la cuestión propia de una república, se resolvió democráticamente y se saldó, no de modo unánime, sino por mayoría.

**Cita on line:** AR/DOC/1059/2017

## ACTUALIDAD

# Actualidad en Derecho Civil y Comercial

*Gustavo Alejandro Ríos, Mario César Barucca y Javier M. Mirande*

#### 1. Medidas cautelares — Inhibición general de bienes — Comunicación al Banco Central de la República Argentina

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos "Incidente de reposición en autos: "Mutual entre Asociados y Adherentes del Club Atlético Franck c. Galizzi, Alejandro Martín s/ Ejecutiva (revocatoria)", Sentencia del 10/2/2015.

No resulta procedente el pedido de comunicar al Banco Central de la República Argentina la inhibición general de bienes del demandado, puesto que, como la misma entidad menciona en su sitio web, no existe un registro unificado de medidas cautelares en el sistema financiero argentino, sino que todas las entidades que reciben la correspondiente Comunicación "D" del Banco Central procederán a inmovilizar los fondos que haya en las cuentas del deudor, con la consecuencia de que todo el sistema financiero del deudor quedará paralizado, sin distinción de la naturaleza de dichos fondos (alimentarios, embargables o no) y sin límite de monto. Con el agravante que, ante dicha situación, será el propio deudor el que deberá apresurarse a poner fin a esa situación con una nueva comunicación al Banco Central, el que a su vez volverá a emitir una Comunicación "D" al sistema financiero para que se liberen los fondos, con el consiguiente perjuicio que en muchos casos podría incluso ser irreparable. Resulta más que evidente que dicha situación no puede ser admitida. Si existiera al menos un registro financiero unificado que permitiera inmovilizar fondos sólo hasta el monto de la medida ordenada y que centralizara la información de la totalidad de las entidades, podría aceptarse su existencia, pero claramente no es ese el caso. En definitiva, la mecánica actual de procesamiento de los pedidos de inhibición general de bienes por parte del Banco Central de la República Argentina y de las entidades del sistema financiero no garantizan un adecuado tratamiento y control de dicha medida cautelar que permita la necesaria protección de los derechos de los deudores, como sí lo hacen los registros inmobiliarios y automotores. Por otro lado, si el objetivo perseguido al ordenar la comunicación aludida no fuere el que las entidades del sistema financiero inmovilicen los fondos de los deudores, no se entiende la utilidad de dicha comunicación.

#### 2. Notificaciones judiciales — Domicilio real — Domicilio procesal — Domicilio constituido contractualmente

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos "Pereson, Gladis Rita c. Giuga, Pedro y otra s/Demanda ejecutiva de escrituración (Revocatoria), Sentencia del 5/3/2015.

Ninguna duda cabe de que el emplazamiento del accionado debe ser notificado en su domicilio real, pues aunque no lo mencione específicamente el artículo 72, del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, ello surge de la coordinación de esa norma con la del artículo 39 del mismo cuerpo legal. Por ende, si del emplazamiento se trata -ya que aún el demandado no ha constituido domicilio en autos- no existe, en principio, otra posibilidad de cualificación del domicilio que no sea la de 'real'. La doctrina es unánime sobre este punto. La pregunta es, si ese domicilio real y la necesidad de notificarse en él el emplazamiento, pueden ser dejados de lado por existir un domicilio contractualmente estipulado y, en su caso, en qué condiciones. Cuando de lo que se trata es del proceso, juegan sólo dos nociones de domicilio: el real y el procesal ('ad litem', 'constituido' o, también mal llamado, 'legal'). En cualquiera de las formas en que se los denomine (denunciado, constituido, de residencia, laboral, etc.) siempre, a los fines de los efectos que producirán habrá de encasillárselos en una u otra categoría; y, de allí, generarán una presunción de anoticiamiento en ese lugar, 'juris tantum' en el primero y 'iure et de jure' en el segundo. Puede, entonces, afirmarse como premisa básica que, ningún domicilio -cuálquier sea el carácter que ostente en el ámbito civil- que no sea el constituido como 'procesal' o 'ad litem' por la parte, genera una presunción absoluta de anoticiamiento por practicarse en él un acto de comunicación procesal. Que los 'contratantes' 'elijan' un domicilio para el cumplimiento de sus obligaciones poco y nada tiene que ver con el que 'constituyan' para el caso de culminar como 'litigantes'; son dos órdenes distintos que sólo en desmedro de la interpretación restrictiva, que exige la noción de debido proceso, pueden asimilarse. Sin embargo, nada impide que las partes contratantes,

previendo la posibilidad de una contienda, 'constituyan' de antemano un 'domicilio procesal' o 'ad litem', que nada tiene que ver con el 'domicilio especial' contractual, aunque pueda, físicamente, coincidir con éste. Uno, regirá para los efectos contractuales, entretanto, el otro, existirá sólo para surtir efectos procesales en la eventualidad del litigio. Determinar ese carácter constituirá una cuestión de interpretación en cada caso y, tratándose de una restricción al derecho de defensa, aquella deberá ser necesariamente estricta (v.gr., quedarán comprendidas en tal carácter expresiones tales como: "... para cualquier derivación judicial, las partes constituyen ..." o "... donde será válida la notificación de la demanda" y toda otra expresión inequívoca de que el domicilio se elige y constituye a los fines de litigar; y no expresiones tales como "... para cualquier derivación del presente contrato ..." o "... a los fines del cumplimiento de las obligaciones, las partes constituyen domicilio ...", etc.). A su vez, la constitución de domicilio procesal en previsión de un pleito y con anterioridad al mismo, surtirá plenos efectos en la medida que cuente con la misma fehaciencia que ostentaría en caso de ser constituido en el proceso. Ello implica que si el domicilio procesal se constituye en un instrumento privado éste deberá tener sus firmas autenticadas por escribano público o, en su defecto, ser objeto de reconocimiento por parte de la contraparte. Pero aún cuando el domicilio fuere constituido en un instrumento público, del mismo debe surgir indiscutible, cierta e inequívocamente, la intención de constituir un domicilio con la característica de 'procesal'.

#### 3. Proceso de desalojo — Nulidad de todo lo actuado por no haberse dado intervención en primera instancia a la Defensoría General de Cámaras — Improcédencia

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos "Ferro, Gabriela Susana c. Ramírez, Silvia s/ Desalojo", Acuerdo del 17/3/2015

El artículo 59 del Código Civil sanciona con la nulidad a todo proceso que se lleve a cabo sin la intervención del Ministerio de Menores en el caso en que dichos menores demanden o sean demandados o en que se trate de su persona o de sus bienes. No es ése el caso de autos en que actora y demandada, respectivamente propietaria y ocupante del inmueble a desalojar, son mayores de edad. La circunstancia de que en dicho inmueble existan menores resulta irrelevante, pues en el caso no se discute sobre sus personas o bienes, ni han sido expresamente demandados. La función del Ministerio Pupilar en este caso es el de velar porque los menores no sean privados de su derecho a una vivienda, función que se cumplirá especialmente al momento de ejecutar la sentencia de desalojo, pero

antes del dictado de ésta su no intervención no puede acarrear la nulidad de todo el proceso, máxime que la Sra. Defensora General ni siquiera aduce cuál sería el perjuicio concreto causado a los menores por su no intervención en la baja instancia.

#### 4. Cobro de alquileres — Pretensión autónoma de aplicación de la teoría del esfuerzo compartido — Cosa juzgada — Alcances

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos "Atilio Salas Inmobiliaria S.R.L. c. V.F.M. S.A. y otros s/ Sumario", Acuerdo del 26/3/2015

Está fuera de toda duda que el rubro demandado, como el mismo actor lo establece en su escrito de inicio, es una recomposición del capital originalmente reclamado, es decir, un accesorio de ese capital que no puede demandarse automáticamente una vez recaída sentencia sobre los hechos sustanciales, es decir, la procedencia o no del pago del capital por parte del deudor. Esta recomposición de capital reviste en definitiva el mismo carácter conceptual que la actualización monetaria, posible antes del dictado de la ley 23.928, que siempre fue declarado por la jurisprudencia como un accesorio del capital. Lo que en definitiva pretende el actor es que se aplique la doctrina del esfuerzo compartido consagrada por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional y por nuestra Corte Suprema Provincial. Cuando la sentencia que manda pagar el capital es posterior a las leyes de emergencia económica y pesificación, no puede perforarse el principio de la cosa juzgada y, por ende, no resulta aplicable al caso la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emanada del caso "Souto de Adler" (CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por Marta Teresa Martorano en la causa Souto de Adler, Mercedes c. Martorano, Marta Teresa", 14/08/2007, considerandos 10, 12 y 13). No se altera dicho principio de la cosa juzgada el hecho de que, con posterioridad a la sentencia de primera instancia que manda pagar el capital, se haya elaborado la doctrina jurisprudencial del esfuerzo compartido, pues lo contrario sería admitir la retroactividad de las doctrinas judiciales, lo cual llevaría a un absurdo, pues cada cambio de criterio o evolución jurisprudencial implicaría la interposición de nuevas demandas, ya juzgadas, que buscarían beneficiarse de dicha evolución. Tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda instancia que resolvieron el principal, como las que resolvieron el incidente de impugnación de planilla tuvieron en cuenta y aplicaron las normas de pesificación conforme a la doctrina judicial de entonces y, en consecuencia, cerraron todo camino para un debate posterior de

los mismos temas: pesificación y recomposición del capital.

Si nos desligamos de las ataduras de la identidad de acciones, tal como la concibió Calamandrei, podremos advertir que, al demandar primigeniamente, el actor esgrimió una pretensión que agotaba el conflicto en todas las aristas posibles (capital en moneda de origen, intereses, costas) a punto tal que generó dos expedientes que fueron acumulados; dicho ésto con otras palabras, requirió a la Jurisdicción la tutela integral del derecho que adujo como violado y que luego reconoció como tal la sentencia. Esa sentencia debía, pues, dar una satisfacción plena a la parte; si se admitía esa demanda, nada tendría luego para reclamar a la demandada por ese concepto. Es posible -no es el caso que se lo analice ahora- que la aplicación de la normativa de emergencia en el fallo dictado por el Juez de la Tercera Nominación no haya reconocido un resarcimiento integral del actor, pero esa era una cuestión a plantear, en todo caso, en esos expedientes acumulados que, tal como se indicó, tendían a dar una solución integral al conflicto. En ese orden de ideas, es que debe considerarse que la controversia ya fue fallada, más allá de su resultado. Y así como resultaría inadmisible que la demandada venga, ahora, a oponer una defensa que omitió en su oportunidad, también le está vedado al actor formular, como independientes, reclamos que debió formular cuando se discutía, -itero- de manera integral, la composición del conflicto, ya directamente, frente a la aplicación de la normativa de emergencia, ya por vía de recurso contra la sentencia, si entendía que la misma, al aplicar dicha legislación, cercenaba de algún modo el derecho reclamado.

## 5. Daños y perjuicios — Tarjeta de crédito — Derecho del consumidor — Daño punitivo

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos “Iturraspe, María del Pilar c. VISA Argentina S.A. s/ Sumario”, Acuerdo del 16/4/2015.

No se advierte la colisión de la norma del artículo 52 bis, de la Ley No. 24.240, con los principios constitucionales dado que el daño punitivo en su actual configuración legislativa no constituye una mera sanción penal, sino que se trata de un instituto, si se quiere mixto, que se orienta a la prevención de conductas dañinas en el ámbito civil del consumo con el fin, también protegido constitucionalmente, de proteger a la parte más débil de la relación, esto es, al consumidor. En el caso, está claro que la conducta de la demandada, negándose sistemáticamente a solucionar el reclamo planteado por el cliente, llevando incluso al banco emisor del plástico a debitar de la caja de ahorros de la actora el importe correspondiente a los consumos erróneamente cargados, con el consiguiente perjuicio patrimonial para la actora, e incluso negando toda responsabilidad de su parte en la instancia judicial constituye un absoluto desprecio de los derechos del consumidor que no puede quedar sin sanción a fin de evitar futuros daños.

## 6. Daños y perjuicios — Accidentes de tránsito — Daño moral — Procedencia — Prueba

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos “Vega, Sergio Rubén c. Orlando, Sergio Daniel y/u otros s/ Daños y perjuicios”, Acuerdo del 16/4/2015.

En el caso de accidentes de tránsito en que no ha habido daño físico, y dejando de lado supuestos especiales en los que el daño moral pueda presumirse por las especiales

circunstancias del caso (la pérdida de un bien de alto valor afectivo, por ejemplo), la existencia del daño moral no podrá presumirse, debiendo ser acreditado por quien lo alega, pues lo contrario implicaría abrir la posibilidad de reclamos por cualquier situación que produzca disgusto, angustia o sensaciones desagradables, de lo que nadie está exento por el mero hecho de vivir en una sociedad moderna. En el caso de autos se trata de un accidente entre automotores en el que no ha habido lesiones físicas, ni psíquicas (pues no han sido reclamadas por el actor), y en que el actor no ha invocado ni probado que utilizara su vehículo de manera específica para su trabajo o que concurriera alguna circunstancia especial por la que se verían perjudicados sus intereses afectivos. El apelante reclama daño moral simplemente por el mero hecho de haber sufrido el accidente de tránsito y a tal fin acompaña como única prueba un informe psicológico, confeccionado a su pedido y no producido en el expediente, ni controlado por la contraparte, y el testimonio de la psicóloga firmante del mismo que no alcanzan a demostrar la existencia del cuestionado daño moral.

## 7. Condominio — Indivisión — Pretensión de cobro de cánones locativos por uno de los condóminos

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos “Bernal, Marisa Carolina c. Bernal, Claudia Carina y otro s/ Demanda de determinación y cobro de canon locativo”, Acuerdo del 28/4/2015

En tanto y en cuanto no se haya efectuado la división del condominio, debe reputarse que el derecho de cada uno de los condóminos lo es sobre una parte indivisa del bien, esto es, se toma la cosa y se la divide en partes ideales atribuyendo cada una a cada condómino, pero tal “división” es tan sólo a los efectos de la determinación de los derechos de propiedad de cada uno y no una división física que justamente aún no ha ocurrido. De lo contrario, no existiría más el condominio y cada comunero tendría su derecho de dominio consolidado sobre la parte física en que se haya dividido el bien y le haya sido adjudicado o sobre la parte correspondiente en el producido de la venta del mismo. De ahí que no resulten aplicables las defensas efectuadas por la apelante respecto de que ocupaba sólo una parte del inmueble, pudiendo la actora ocupar otra parte, pues la ocupación del inmueble, así sea en una parte, implica uso y goce de la totalidad del mismo, no existiendo división en partes físicas precisamente por su carácter indiviso. Por tanto, el uso y goce de los codemandados resultaba exclusivo y excluyente del que podía gozar la actora, dando así derecho a la compensación que habilita la norma del artículo 2691, del Código Civil. Máxime que no se advierte en el caso de autos cómo podría haber sido ese uso conjunto dadas las características del inmueble en litigio.

## 8. Daños y perjuicios — Aseguradora citada en garantía — Carácter procesal — Inexistencia de acción autónoma directa contra aquélla

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos “Arduino, María Luisa c. Delgado, Juan Carlos y otro s/ Indemnización de daños y perjuicios”, Acuerdo del 30/4/2015

La jurisprudencia de nuestros máximos tribunales acuerda a la aseguradora una amplia participación en el proceso, otorgándole incluso la posibilidad de apelar, aún cuando el demandado asegurado no lo hubiese hecho. Pero sin perjuicio de reconocerle amplias facultades procesales a la citada en garantía, es claro que

no existe una acción directa y autónoma contra ésta, pues ello requeriría una disposición expresa de la ley, que sólo habilita el instituto de la citación en garantía. Es lo que afirman, junto con la doctrina y jurisprudencia unánimes, Gabriel Stiglitz y Carlos Echevesti: “Finalmente, la ausencia de acción directa impide al tercero damnificado demandar exclusivamente al asegurador (debe inexorablemente hacerlo contra el asegurado), pues el asegurador no es deudor del damnificado.”; (En “Responsabilidad Civil”, Mosset Iturraspe, Jorge, Director, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 543). Distinta es la solución en el sistema de riesgos del trabajo en que el trabajador sí tiene acción directa contra la aseguradora de riesgos del trabajo, por expresa previsión legal. No se trata en autos de determinar si la citada en garantía consintió o no la citación. Se trata de la ausencia de un presupuesto procesal esencial para poder extenderle la condena: el de no estar demandado el asegurado. Al desistir la actora de su acción contra el asegurado titular del vehículo, perdió legitimación para reclamar a la aseguradora de aquél, pues no existe contra ésta, insistió, una acción directa que habilite a la actora a mantener en el proceso a la citada en garantía y no al asegurado. Por lo demás, no es correcto jurídicamente, como afirma la recurrente, que lo que se asegure sea el vehículo. La obligación del asegurador es mantener indemne el patrimonio del asegurado contra eventuales reclamos de terceros, por eso se denominan seguros de responsabilidad civil. Si se consignan vehículos determinados en las respectivas pólizas es porque la aseguradora busca limitar el riesgo autorizando al asegurado la conducción de determinados vehículos y no de otros, pero ello no implica que el seguro de responsabilidad civil se constituya sobre una cosa, sino que el bien asegurado es siempre un patrimonio, el del asegurado.

## 9. Desalojo — Entrega del inmueble — Cuestión abstracta — Costas

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos “Napoleoni, Luis Alcides c. David Rosental e Hijos SACI s/ Desalojo”, Acuerdo del 30/4/2015.

En el caso en que la cuestión a decidir se torna abstracta, la regla es la imposición de las costas por su orden cuando la sustracción de materia ha ocurrido por una circunstancia ajena a la voluntad de las partes. Sin embargo, cuando el objeto del proceso se ha tornado abstracto como consecuencia de la conducta de una de las partes en rigor de verdad no se está en presencia de una sustracción de materia propiamente dicha, sino de un allanamiento, en este caso implícito, como bien afirma el a quo en la sentencia recurrida. Corresponde entonces determinar si el referido allanamiento fue tempestivo o no. En el segundo caso cabrá imponer las costas al allanado extemporáneo. En autos queda claro que la demandada dio lugar al inicio del proceso de desalojo, puesto que la devolución del inmueble mediante la consignación judicial de las llaves del mismo sucedió bastante después de contestada la demanda de desalojo. En consecuencia, el allanamiento implícito de la demandada fue extemporáneo, hecho que ameritaba la imposición de costas a su parte, tal como hizo el Sr. Juez de Primera Instancia. De haber tenido voluntad de devolver el inmueble en tiempo, debió haber consignado las llaves en el mismo expediente de desalojo y en la primera oportunidad procesal. No lo hizo así la apelante sino que resistió la pretensión del demandante, dando entonces lugar a que se mantuviera la instancia jurisdiccional y, por ende, justificando la condena en costas a su parte. En este sentido, la devolución del inmueble durante el proceso, luego de pasada la primera oportunidad procesal para hacerlo, debe asimilarse al supuesto de abandono del inmueble. En estos casos, ha sido jurisprudencia de antaño de esta Cámara, y de la Cámara de Circuito de la ciudad de Rosario, que cuando el demandado por desalojo abandona el inmueble objeto del proceso debe cargar con las costas del mismo, pues el hecho sobreviniente que extingue dicho proceso de desahucio resulta de su propia conducta.

En materia de desalojos, que es la que aquí nos convoca, resultan ejemplos de la ‘sustracción de materia’ la famosa causa “Strada”, en la que los inmuebles que se pretendían desalojar fueron expropiados en un típico hecho del Príncipe; y, de la ‘satisfacción extraprocesal de la pretensión’, la causa “Benuzzi” (según lo entendió esta Cámara), ambas resueltas por la Corte local. En la causa “Strada” (A. y S., T. 193, pág. 19), tras valorar la diferencia de la situación la sustracción de materia en relación con la satisfacción extraprocesal de la pretensión, como un hecho “...que resulta exógeno en relación a las partes y opera como un modo anormal y no reglado de extinción del proceso, que por su propia atipicidad impone un pronunciamiento peculiar”, advirtió la Corte que “La razón o sinrazón de los litigantes ha dejado de ser justificable y no podría dirimirse una ‘materia quitada’ al sólo efecto de la imposición de costas”, destacando que “La solución no puede ser otra que la de imponerse las costas con el criterio rector del artículo 250 del Código Procesal Civil y Comercial, es decir, cada parte deberá soportar las causadas a su instancia y las parte que le corresponda en las comunes” y aclarando que “No es otra la solución que para casos análogos adopta la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya -excepcionalmente- de manera expresa (Fallos 312:555), ya implícitamente, a la luz de su reiterada jurisprudencia (Fallos 303:1041; 304: 1921; 306:241), omitiendo pronunciamiento sobre el particular, no advirtiéndose los supuestos de excepción que tuvo en cuenta el Alto Tribunal para apartarse de tal criterio” (el subrayado pertenece a esta argumentación). Esta es, indudablemente, la doctrina tradicional del Máximo Tribunal provincial y, sin lugar a dudas, la que se corresponde con los lineamientos trazados por su par nacional. Sin embargo, no podría obviarse en esta consideración lo resuelto por la misma Corte en la citada causa “Benuzzi” (A. y S., T. 218, pág. 441) ya que, en ese caso, la Corte no aplicó su doctrina tradicional y, apegándose a una cuestión estrictamente formal en materia de procedencia de la inconstitucionalidad, avaló la postura contraria. Llevando esos conceptos a la especie, advierto que no corresponde fallar esta causa por no estar presente un caso o controversia a resolver (ver lo dicho por la Corte local en la causa “Castagnino”, A. y S., T. 119, pág. 376) y no poder juzgarla al sólo efecto de la imposición de costas (“Strada”, entre tantos otros). Las opciones pasan sólo por dilucidar si la cuestión se tornó abstracta por sustracción de materia -impidiendo, entonces, las costas en el orden causado- o por satisfacción extraprocesal de la pretensión -imponiéndolas, entonces, a la demandada-; o si esas opciones pueden combinarse. En estos autos, el Juez de primera instancia formuló claramente la distinción a que hemos referido y determinó cómo, en las circunstancias de la causa, lo que se producía era una satisfacción extraprocesal de la pretensión. La demandada debió criticar esos argumentos pero no para reanudar una discusión sobre costas en base al trámite de la causa, sino para demostrar que la cuestión se

tornó abstracta, en todo caso, por la otra vía -sustracción de materia-, única en la que, tal como se ha desarrollado, las costas podrían imponerse en el orden causado. No lo ha hecho.

## 10. Desalojo — Propietario sin tradición del inmueble — Ocupante vendedor

Cámara de Apelación de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos "Hechim, Sergio Enrique c. Bertolino, Silvina y/o Terceros Ocupantes s/ Desalojo", Acuerdo del 30/04/2015

El propietario por escritura de un inmueble pero que no ha recibido la posesión del bien no puede accionar por desalojo si quien ocupa

dicho bien es el anterior poseedor vendedor, pues carece de legitimación al no haberse dado uno de los requisitos para adquirir el dominio, la tradición, y no poder invocar posesiones anteriores. En otras palabras, para exigir la tradición y adquirir la posesión de quien fue vendedor del inmueble no es procedente la vía del desalojo, sino las acciones posesorias o de cumplimiento de contrato.

## 11. Desalojo — Demandado que alega ser poseedor — Prueba

Cámara de Apelaciones de Circuito de la ciudad de Santa Fe en autos "Tarragona, Verónica Beatriz c. Tarragona, Graciela Noemí s/ Desalojo", Acuerdo del 12/5/2015.

Es doctrina y jurisprudencia unánime que el juicio de desalojo ha sido concebido como un proceso limitado en cuanto a las cuestiones que pueden ser ventiladas en él, teniendo como objeto única y exclusivamente el lanzamiento del locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o entregar sea exigible, tal como reza el artículo 517 del Código de Procedimientos de la Provincia de Santa Fe. No pueden discutirse en dicho proceso cuestiones relativas a derechos de dominio o posesión, que serán objeto de otro tipo de acciones judiciales. Esto sentado, también corresponde dejar aclarado que no cualquier alegación por parte del demandado

basta para rechazar la demanda de desalojo, pues el órgano jurisdiccional tiene la potestad-deber de verificar si la circunstancia apuntada es seria y no se trata de una defensa opuesta con meros propósitos dilatorios. Es decir, se trata de una cuestión de hecho en la que revestirán particular importancia las pruebas arrimadas a autos. En el caso, éstas no logran demostrar, siquiera prima facie, la posesión alegada por el demandado por lo que corresponde confirmar la sentencia de desalojo.

**Cita on line:** AR/DOC/1658/2017



## ÚLTIMA INSTANCIA

### Denegación de la probation

La petición de la suspensión del juicio a prueba efectuada por la defensa de una persona imputada por del delito de hurto simple debe rechazarse, pues el encartado cuenta con una pena de tres años de prisión en suspenso por el delito de encubrimiento agravado, y el nuevo delito no se cometió después de los diez años requeridos por el art. 27, pár. 2º del Código Penal para el otorgamiento de una segunda condena condicional.

**ST Misiones, "V., R. M. M.; D., I. A.; C., D. E.; C., T. G. s/ hurto simple", 16/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/4600/2017.

### Negativa a someterse a la prueba biológica en una acción de filiación

La negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN debe considerarse como un indicio grave según el art. 579 del Cód. Civ. y Com. y, por lo tanto, debe admitirse la demanda de filiación interpuesta, pues según una interpretación armónica del art. 4º de la ley 23.511 y del interés superior del niño, la negativa del presunto padre a someterse a la misma sin justificativo o razón valedera y atendible, es suficiente en sí misma para acreditar el nexo biológico al punto de asignárselle el valor de un reconocimiento de la paternidad imputada, máxime cuando el juzgador interpretó en forma fragmentada y distorsionada las declaraciones testimoniales, se apartó de las constancias de la causa sin valorar la actitud del accionado que en la única prueba que ha producido reconoció haber tenido una relación con la accionante para luego negarla en sede judicial.

**ST Misiones, "M., R. M. pshm J.i.m. c. R., R. A. s/ filiación", 03/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/4590/2017.

### Empleo no registrado

La indemnización agravada dispuesta por el art. 1º de la ley 25.323 para los casos de empleo no registrado o registrado deficientemente no es procedente, en tanto que, si bien la prueba de la existencia de una jornada extraordinaria supone sin dudas la procedencia de su pago, no hubo por parte

del empleador un falseamiento u occultamiento de la relación laboral.

**ST Formosa, "Oviedo, Miguel D. c. Neogame SA s/ acción común" 06/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/130/2017.

### Validez de la declaración indagatoria

La declaración indagatoria prestada por una persona imputada por el delito de robo calificado es válida, pues el dictado del requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio contiene la construcción de una plataforma fáctica por parte de su titular para atribuirle el hecho respecto del cual se debe realizar el plenario, con lo que resulta evidente que el encartado tiene el total conocimiento sobre la imputación y, en consecuencia, cabe colegir que no se encuentra afectado el ejercicio del derecho de defensa; máxime cuando se corrobora que el pedido de nulidad de la declaración indagatoria es meramente dilatorio.

**ST Corrientes, "S., M. s/ sup. robo calificado - empedrado - expte. pxs 6885/14", 10/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/8076/2017.

### Delitos cometidos por adolescentes

La causa mediante la cual el imputado cometió una conducta delictual cuando era menor de dieciocho años debe remitirse al juez de menores y este debe imponer la pena que estime corresponder tomando en consideración la escala atenuada prevista por el art. 4º de la ley 22.278, dado que es este magistrado, en razón de su especialidad, quien debe evaluar la conveniencia o no de aplicar pena total o en grado de tentativa, garantía esencial para los derechos de los menores.

**ST Corrientes, "V., M. S. s/ lesiones graves - capital - expte. 8064 del top. n. 2", 09/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/8072/2017.

### Homicidio agravado

La autoría del defendido respecto del delito de homicidio agravado está comprobada, dado que el lapso de tiempo transcurrido entre el acontecimiento del suceso criminó-

so del imputado se produjo casi tres horas más tarde, tiempo que no se puede cargar al imputado en su contra, por ello justamente, es que al analizar la prueba dermotest, el tribunal no lo analiza aisladamente y despojado de todas las circunstancias que rodearon sino que más bien, lo analiza juntamente con el resto del plexo probatorio, que en este caso, está constituido por los testimonios producidos en la audiencia oral del debate, demás pericias químicas, balísticas y médicas que lo llevan al convencimiento necesario para arribar a un estado jurídico de certeza y dictar condena.

**ST Corrientes, "P. H., N. S. y G. G., R. N. s/ homicidio doblemente calificado y homicidio doblemente calificado en grado de tentativa en concurso", 06/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/8069/2017.

### Libertad de expresión. Nulidad de la sentencia que se funda en un dictamen del INADI

La sentencia que hizo lugar a la demanda de daños contra un medio de prensa escrita por la caricaturización de un político que alegó el daño en su honor es nula, pues se basó en un dictamen del INADI, que concluyó en lo discriminatorio de la publicación, cuando esta resolución carece de efecto vinculante.

**ST Chaco, "Carossini, Carlos A. c. Editorial Chaco SA y contra su editor responsable Director Sr. Fernández, Miguel Á. s/ indemnización por daño moral", 08/03/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/32067/2017.

### Accidente de tránsito en camino de ripio

La sentencia que sostuvo que la norma de aplicación al caso de una accidente de tránsito en camino de ripio era la Ley 24.449 y consideró aplicable la excepción al principio de la prioridad de paso previsto por el art. 41 inc. g.º, incurrió en un error en la aplicación del derecho, ya que, sea aplicando las normas locales (ordenanzas municipales) o la ley nacional de tránsito quien poseía la prioridad de paso era el conductor del motociclo que circulaba por la derecha y esa excepción no puede ser utilizada porque refiere al camino de tierra.

**ST Entre Ríos, "Silva, Raúl A. c. Antivero, Fernando A. s/ ordinario daños y perjuicios", 10/03/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/2382/2017.

### Responsabilidad de la distribuidora de energía por la muerte de un niño

La empresa distribuidora de energía eléctrica no es responsable civilmente por la muerte de un niño a causa de una electrocución luego de tocar una columna electrificada, en tanto que el hecho que se le imputa a aquella es no haber informado sobre las condiciones de seguridad —específicamente sobre el uso del disyuntor—, y si bien es cierto que resulta desdibujado el cumplimiento de tal obligación, en realidad su acatamiento, no aseguraba por sí misma que el daño no se hubiera producido; más aún cuando a nadie escapa hoy dentro de los estándares de conducta del derecho, ni a un hombre de negocios ni a un buen padre de familia, la necesidad de contar con disyuntor para evitar accidentes fatales.

**ST Entre Ríos, "V., M. E. y otra c. Círculo Náutico Diamante y otra s/ ordinario", 01/03/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/2383/2017.

### Litisconsorcio pasivo en el juicio sucesorio

La acción de simulación que persigue la declaración de nulidad de una compra-venta no trae aparejada la necesidad de que los restantes coherederos sean demandados y formen parte de un litisconsorcio pasivo necesario, dado que, si bien el sentenciante puede expedirse de oficio respecto de la legitimación pasiva, lo cierto es que en el acto que se pretende simulado, los herederos universales del otorgante fallecido no fueron parte, sino que revisten el carácter de terceros en relación a dicho negocio, pues la simulación fue en su perjuicio.

**ST Entre Ríos, "Eckert, Aída Y. c. Schwindt, I. s/ ordinario simulación", 01/02/2017.**

**Cita online:** AR/JUR/2384/2017.