



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

Código Civil y Comercial. Prueba testimonial de los contratos La novedad y las dudas del art. 1019 del nuevo Código unificado

por IVÁN G. DI CHIAZZA

Sumario: 1. EL RÉGIMEN DE LOS CÓDIGOS DEROGADOS. – 2. EL RÉGIMEN DEL NUEVO CÓDIGO UNIFICADO. 2.1. PRIMERA PARTE: LA APERTURA PROBATORIA. 2.2. SEGUNDA PARTE: LA RESERVA DE LA RESERVA. 2.3. EL ART. 1020. – 3. REFLEXIONES FINALES.

1 El régimen de los Códigos derogados

El Código Civil derogado establecía (o establece, hasta la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento) en su art. 1193 que “los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”⁽¹⁾.

El monto al que refiere no es la moneda de curso legal actual y su cifra ha quedado absolutamente desactualizada y reducida a un valor insignificante. No por ello la norma ha perdido vigencia⁽²⁾, por el contrario, es un principio al que se recurre habitualmente para bloquear el análisis y valoración judicial de la prueba testimonial de un contrato. Se trata de la regla general en la materia: los contratos no se prueban por testigos, cualquiera sea su monto⁽³⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La forma de los contratos*, por GONZALO PEÑALBA PINTO, ED, 226-880; *Aplicación del principio de cargas probatorias dinámicas en un caso de incumplimiento de contrato*, por ANDREA VALERIA SCATTOLINI, ED, 230-636; *La causa en los contratos de garantía*, por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE, ED, 237-780; *La prueba de los contratos*, por GONZALO PEÑALBA PINTO, ED, 238-1064; *Notificación de la demanda de desalojo, prueba del contrato de locación y principio de congruencia*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ, ED, 248-911; *Contratos sobre cosas ajenas: breves consideraciones*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 255-871. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Una norma similar contenía el derogado art. 209 del cód. de comercio: “La prueba de testigos, fuera de los casos expresamente declarados en este Código, sólo es admisible en los contratos cuyo valor no exceda de doscientos pesos fuertes”.

(2) Al respecto, la jurisprudencia sostuvo: “Es como si el legislador hubiera querido ejemplificar con los testigos, para aludir a medios probatorios de escaso poder convictivo; tales igualmente, las presunciones y el juramento; agregando a la par que hoy día resulta irrelevante la valoración pecuniaria del objeto del contrato que prevé la norma, ello así debido a que la misma ‘alude a otros ‘pesos’, que no son los de ahora’, siendo el espíritu del cuerpo legal aludir a una cantidad mínima o de escasa relevancia, para hacer imperar la exigencia formal para la prueba” (CNCiv., sala D, 17-3-05, “Transeuropa Video Entertainment San Luis S.A. c. Brihet e Hijos S.A.”, La Ley, 1-6-05, 12 - La Ley 2005-C-628 - LL Online: AR/JUR/288/2005).

(3) Se ha juzgado, por ejemplo, que “más allá de señalarse que es facultad del magistrado la valoración de las probanzas de conformidad con las reglas de la sana crítica, no teniendo el deber de expresar en la

Lo que nació como una excepción (la limitación de la prueba testimonial a contratos de cierta cuantía) devino en regla o principio general al resultar intrascendente el monto como consecuencia de la pérdida de valor y los diferentes cambios del signo monetario en nuestro país.

Al decir de la jurisprudencia⁽⁴⁾, esta norma exige de manera absoluta, salvo las excepciones que luego se expondrán, la prueba escrita del contrato. Sin embargo, el testimonio será admisible cuando haya: a) un principio de prueba por escrito; b) un principio de ejecución. Es decir, se exceptúa a la regla anterior cuando se presentan las hipótesis del art. 1191 del cód. civil derogado⁽⁵⁾, de modo tal que los testigos serán útiles, cualquiera sea el monto del

sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa (art. 386, CPCCN), lo cierto es que, según lo normado por el art. 1193 del CCiv., ‘los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos’ –tal es el supuesto de autos– ‘deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos’. En ese marco, y toda vez que la prueba testimonial producida no fue ratificada por ningún otro medio probatorio, no cabe sino desestimar también el reproche introducido a este respecto y, con ello, la del recurso en su integridad” (CNCCom., sala A, 1-12-09, “Dos Primos S.R.L. v. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. – Ex Actor Sack Oscar, E. y otro–”, AbeledoPerrot N°: 70058892).

(4) “Es improcedente la demanda por el cobro de una suma de dinero proveniente del incumplimiento de un contrato de mutuo si el contrato no se instrumentó en forma escrita –art. 1193, Cód. Civil– y no se aportó ningún principio de prueba por escrito que permita tener por acreditada su existencia” (C1°CC Bahía Blanca, sala II, 25-10-07, “Bohoslavsky, Guillermo c. Club Olimpo”, LLBA 2007 [diciembre], 1252 - LL Online: AR/JUR/6769/2007).

Vid., entre otros casos: CNCCom., sala D, 8-6-12, “Accesorios CA SRL c. Car One S.A.”, AbeledoPerrot N°: AP/JUR/2312/2012; CNCCom., sala C, 15-2-08, “Catán, Carlos Felipe c. Netzs Argentina S.A. y otro”, La Ley, 9-6-08, 11 - DJ 23-7-08, 874 - DJ 2008-II, 874 - LL Online: AR/JUR/1260/2008; CNCCom., sala C, 22-5-14, “Alquivial S.R.L. c. Constructora Performar S.A.”, MJ-JU-M-87263-AR, MJJ87263; CNCiv., sala L, 4-9-14, “Blomberg, Eduardo Arturo y otros c. Palomba, Antonio Ricardo”, MJ-JU-M-88921-AR, MJJ88921.

(5) Art. 1191 del cód. civil derogado: “Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescripta, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato”.

En similar sentido, la norma del art. 209 del cód. de comercio también disponía que “tratándose de asuntos de mayor cuantía la prueba testimonial solo será admitida existiendo principio de prueba por escrito. Se considera principio de prueba por escrito cualquier documento público o privado que emana del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación”.

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

contrato, solo si había principio de prueba por escrito o si una de las partes hubiera recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato⁽⁶⁾.

Así entonces, lo que hacen los principios de ejecución y de prueba por escrito es dotar de eficiencia jurídica al medio de prueba testimonial para ser valorada como tal, independientemente de la fuerza de convicción que logren despertar en el juzgador. Avalan la introducción procesal del testimonio que puede ser tenido en cuenta para analizar la existencia (o no) del contrato. Dicho en otras palabras, sin principio de ejecución o sin principio de prueba por escrito, la prueba testimonial resulta inadmisibile para probar el contrato, queda al margen de toda valoración que pueda realizar el juez.

2 El régimen del nuevo Código unificado

El art. 1019 del nuevo Código Civil y Comercial dice que “los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial.

“Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”.

Esta es una norma que presenta dos partes bien definidas y, en cierto modo, contradictorias.

2.1. Primera parte: la apertura probatoria

La primera parte del art. 1019 del nuevo cód. civil y comercial es una novedad relevante y destacable, porque sienta un principio, a primera vista, distinto del referido anteriormente basado en las normas derogadas. Coloca el acento en la amplitud de los medios de prueba de los contratos, como regla general, y recurre como soporte a la sana crítica judicial. Es un criterio mucho más amplio, flexible y dinámico, mejor adaptado a los cambios y evoluciones propios de la contratación.

Los contratos pueden ser probados por cualquier medio y la aptitud probatoria ya no está dada en función de una calificación previa, sino por su capacidad e idoneidad para formar la razonada convicción del juez según la única manera con que cuenta para hacerlo: siguiendo su sana crítica.

(6) CNCiv., sala L, 4-9-14, “B., E. A. y otros c. P., A. R.”, ED, diario n° 13.603 del 5-11-14.

CONTENIDO

DOCTRINA

Código Civil y Comercial. Prueba testimonial de los contratos. La novedad y las dudas del art. 1019 del nuevo Código unificado, por Iván G. Di Chiazza	1
Una mirada procedimental en torno al abuso sexual infantil, por Silvina A. Bentivegna	3

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Contencioso Administrativo: Acción contencioso administrativa: caducidad de la instancia; declaración; improcedencia; ampliación de la demanda; acto interruptivo; recurso extraordinario; procedencia (CS, noviembre 11-2014)	5
--	---

FEDERAL

Querellante: Constitución: Administración Federal de Ingresos Públicos; procedencia (art. 23, ley 24.769). Recursos: Casación: inobservancia de normas procesales; procedencia (CFed. Casación Penal, sala IV, marzo 13-2015)	6
---	---

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Colombia decide si las parejas homosexuales pueden adoptar niños, por María Inés Franck.....	8
--	---

Esta regla es bienvenida ya que, en rigor, el eje debe estar dado no por la presencia o exclusión de tal o cual medio de prueba, sino en la entidad de la prueba con la que se pretende acreditar un determinado acto (en el caso, un contrato) y en la posibilidad de su valoración libre por el juez. Evaluar el desarrollo probatorio de un proceso desde un principio o regla que limita la prueba testimonial de los contratos es la simplificación de una realidad compleja. En el sistema de las pruebas legales se indica por anticipado el valor o grado de eficacia que tiene cada medio probatorio, de modo tal que el juez carece de libertad de apreciación y ante determinada prueba le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley⁽⁷⁾. Dicho sistema resta margen de apreciación, análisis y síntesis al juez. Lo propio sucede cuando se limita, como principio o regla general, la prueba testimonial en materia de contratos.

La primera parte de la norma del nuevo art. 1019 del código unificado es auspiciosa, ya que implica reconocer valor a la sana crítica como proceso racional llevado a cabo por el juzgador al momento de precisar acerca de la existencia de un contrato. El juez cuenta con libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Pero, además, el sistema no autoriza al juez a valorar arbitrariamente, sino que debe hacerlo mediante un análisis razonado de las pruebas aportadas, siguiendo las reglas de la lógica, de su experiencia, del buen sentido y entendimiento. Y, como consecuencia de esto, le exige que funde sus sentencias y exprese las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba. La sana crítica es una operación intelectual que realiza el juez y que tiene por cometido la correcta apreciación del resultado de las pruebas rendidas.

De este modo, la primera parte de la norma es una clara apertura intelectual. Un cambio de paradigma respecto del esquema que había estructurado el Código Civil y el Código de Comercio en sus arts. 1193 y 209, respectivamente⁽⁸⁾.

2.2. Segunda parte: la restricción probatoria

La última parte de esta norma (“Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”) nos deja algo perplejos. Caben, al menos, dos lecturas.

De acuerdo con la primera, existirían errores de tipeo en razón del plural y singular de “contratos” y de “sea”, respectivamente. Junto con ello, se generaría una gran incógnita conceptual en torno a lo que se supone que es el carácter “instrumentar” y la suposición de que se ha querido decir “instrumental”. Como consecuencia, sería patente el desconcierto al intentar precisar a qué se refiere la expresión de un “contrato que sea de uso instrumental” —en caso de ser tal la traducción de la última parte de la norma—, dado que es algo complicado visualizar un supuesto en el cual el contrato no asuma ese carácter.

La segunda lectura parte de un enfoque distinto. Cabe la posibilidad de otra interpretación en un esfuerzo por encontrarle sentido y asumiendo que no hubo errores de tipeo. En efecto, se podría considerar que lo que se ha querido decir es que los contratos, respecto de los cuales sea “usual” su instrumentación por escrito, no podrán probarse exclusivamente por testigos. Es decir, no niega la incorporación de la prueba testimonial sino que ella sea el único y exclusivo medio probatorio empleado para acreditar el contrato que, de acuerdo con los usos y costumbres, no se instrumenten por escrito.

Consecuentemente, si de acuerdo con los “usos” se es tila o acostumbra no instrumentar tal o cual contrato, y

(7) En efecto, y como bien se ha observado respecto del régimen derogado, en el derecho moderno el sistema probatorio es el de la libre convicción —según el cual el juez puede admitir todo género de pruebas y tener como suficientes aquellas que, a su ciencia y conciencia, sean satisfactorias como para tener por acreditados los hechos— y que las limitaciones para la apreciación de la prueba tienen carácter excepcional, aunque no puede desconocerse que esas limitaciones son importantes, como por ejemplo la restricción analizada del art. 1193 del cód. civil derogado. Cfr. CNCCom., sala C, 15-5-14, “Tintas Especiales S.A. c. XSYS Print Solutions Deutschland GmbH”, MJ-JU-M-87394-AR, MJJ87394.

(8) Además, le concede coherencia al sistema, ya que la existencia de una sociedad de hecho, por ejemplo, podía ser probada por cualquier medio de prueba (art. 25, LSC). Lo propio mantiene el nuevo régimen con las modificaciones a la LSC (ahora LSG) al referirse a las sociedades que no se constituyen con sujeción a los tipos legales, que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley (arts. 22 y 23, LSG).

Por otra parte, el nuevo Código unificado prevé, por ejemplo, que “la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia” (art. 512).

queda como un mero acuerdo verbal, la prueba testimonial será admisible en ese caso. Si esto último es lo que se ha querido regular al aludir a “los contratos que sea de uso instrumentar”, es evidente que se podría haber redactado la norma de manera más directa, clara y sencilla.

Desde esta perspectiva, entonces, sería dable considerar que el nuevo Código Civil y Comercial propone una ampliación o flexibilización de la prueba testimonial de los contratos al aceptarla: (i) de modo exclusivo, cuando, según los usos y costumbres, el contrato no se plasme por escrito, y (ii) de modo compartido con otros medios de prueba (sin exclusividad), aun cuando el contrato se instrumente por escrito.

Sin embargo, tan pronto se analiza en profundidad, se aprecia que tal efecto es relativo, ya que genera otros interrogantes y disquisiciones que lo contrarrestan. En efecto, surge una pregunta cuya respuesta será clave en el futuro: ¿cuándo estaremos en presencia de un contrato que resulte “de uso” instrumentar? Está claro que, *a priori*, a una gama amplia de contratos cotidianos (v. gr. la compraventa en un supermercado, el transporte en un taxi, la locación de un servicio de animación para una fiesta infantil, etc.), sean o no de escaso monto, es “de uso” no instrumentarlos por escrito.

El problema se presenta cuando nos alejamos de esa cotidianeidad y nos acercamos a ámbitos concretos y específicos (v. gr. un contrato agrario⁽⁹⁾) en los que puede (o no) ser “de uso” la no instrumentación escrita, dependiendo ello de distintos factores, muchos de los cuales tienen que ver con idiosincrasias y valores culturales (el respeto a la palabra) propios del conocimiento de los contratantes, ya que saliendo del ámbito de conocimiento, estima o afinidad ese mismo contrato verbal se fuerza a instrumentar por escrito. En consecuencia, lo que es “de uso” para unos no lo es para otros. Lo que es “de uso” en determinado lugar no lo es en otro. Lo que es “de uso” para determinadas personas no lo es para otras. Lo que es “de uso” en determinado momento deja de serlo en otro. Lo que es “de uso” conforme determinadas circunstancias de tiempo, lugar y personas no lo es ante el cambio de dichas variables⁽¹⁰⁾.

Existen ámbitos en los cuales un mismo contrato es y no es, a la vez, “de uso” instrumentarlo, dependiendo entre quiénes se celebre (o por el monto que se celebre o dónde se celebre). Incluso, hay contratos que, dependiendo de la envergadura económica de los sujetos involucrados, no se suelen instrumentar o viceversa (v. gr. el caso de un contrato de agencia, concesión o distribución). En efecto, cuando se alude a contratos de comercialización no hay que obviar la enorme cantidad de pymes (muchas familiares) que cuentan con agentes o distribuidores que, aun desempeñándose con absoluta eficiencia por décadas, no tienen su relación instrumentada por escrito, y ello es así no porque sea (o no) “de uso” (ya que esa misma empresa puede tener parte de esos contratos —tal vez los más recientes— instrumentados y parte sin instrumentar —probablemente las relaciones más antiguas—), sino, simplemente, por la propia inercia de un sistema que para las partes funciona de manera óptima y no se plantea siquiera su instrumentación⁽¹¹⁾.

¿Qué nos dice esto?

Que la apertura de la primera parte de la norma resulta total y absolutamente reducida por la segunda parte. Sobre todo, por la vaguedad y ambigüedad que rodea al concepto allí contenido referido a que, en el caso del contrato respecto del cual, según los “usos”, no se instrumente por escrito, se admitirá la prueba testimonial (incluso, de manera exclusiva). El problema está a la vista ya que, como hemos señalado antes, se presentan múltiples situaciones, en la

(9) Cfr. SC Buenos Aires, 16-7-14, “De la T., J. M. c. H. de T., M. C. y otro”, ED, diario nº 13.655 del 23-1-15.

(10) Casos que confirman lo expuesto abundan en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, se presentan supuestos de contratos verbales para la compra de una retroexcavadora (cfr. CJ San Juan, sala I, 24-10-12, “Nacusi, Ricardo Mario c. Construmín S.R.L.”, LL Online: AR/JUR/58999/2012); para la compra de hacienda (CApel. Trelew, sala A, 29-7-11, “Calvo, Manuel y otras c. Arjona, Fernando”, LLPatagonia 2011 [octubre], 491 - LL Online: AR/JUR/47127/2011); para la compra de hortalizas (CCiv., Com. y Minería San Juan, sala III, 8-8-08, “Martín, José Antonio c. Consorcio San Juan S.R.L.”, LLGran Cuyo 2008 [diciembre], 1107 - LL Online: AR/JUR/9523/2008).

(11) Como bien se ha observado, “deberemos ponderar entonces los usos y costumbres del lugar para poder determinar si a los fines probatorios la omisión de instrumentación escrita del contrato puede ser suplida por testigos”. VALLESPINOS, CARLOS G. - MARTINI, LUCIANO J., *Forma y prueba en la teoría jurídica del nuevo Código*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 [febrero], 123 - LL Online: AR/DOC/389/2015.

actividad civil y comercial, en las cuales puede resultar “de uso”, en determinado ámbito (de actividad, geográfico, social, económico, etc.), su no instrumentación por escrito, y todo lo contrario en otro ámbito o ante determinadas situaciones puntuales o particularidades de las partes.

En resumen, lo “usual” en materia de contratos no es uniforme, no está predeterminado ni, mucho menos, suele ser reconocido (explícita o implícitamente) por las partes. Por lo tanto, asentar el principio de que el contrato se podrá probar por testigos (sin requerir de otros medios probatorios adicionales) cuando resulte “de uso” no instrumentarlo por escrito equivale a introducir un concepto indeterminado y difícil de precisar en situaciones concretas; vale decir, es fuente de conflicto: ¿qué sucederá si las partes no instrumentan el contrato por escrito y quieren probarlo, de manera exclusiva, con testigos? Forzosamente trasladarán al proceso judicial una nueva discusión: si la instrumentación verbal responde (o no) a los usos. El juez tendrá que efectuar un proceso de análisis previo (fáctico, más que jurídico) a fin de precisar o reconocer si es o no “de uso” el acuerdo verbal o la falta de instrumentación por escrito.

¿No habría sido más eficiente y menos conflictivo reducir el art. 1019 a su primera parte? Es evidente que todo el avance que ofrece la primera parte de dicha norma se neutraliza con la segunda.

¿No se confía, acaso, en la sana crítica del juez para que este pueda valorar la prueba testimonial? No decimos para que tenga por acreditada la existencia de un contrato con base en la prueba testimonial, no se trata de eso. La cuestión aquí no es la eficacia probatoria de la prueba testimonial, sino la posibilidad de su valoración judicial, junto al resto de elementos que al respecto hubieren aportado las partes.

2.3. El art. 1020

El art. 1020 dispone que “los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato”.

Estas hipótesis coinciden con lo regulado en los arts. 1193 del cód. civil y del art. 209 del cód. de comercio, los dos ordenamientos derogados. La primera norma disponía que “los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”. La segunda, por su parte, preveía que “la prueba de testigos, fuera de los casos expresamente declarados en este Código, sólo es admisible en los contratos cuyo valor no exceda de 200 pesos fuertes. Tratándose de asuntos de mayor cuantía, la prueba testimonial sólo será admitida existiendo principio de prueba por escrito. Se considera principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emana del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación o que tendría interés si viviera”.

Esta norma ratifica la idea anterior cuando hace la aclaración (“inclusive testigos”) porque, justamente, se parte de la idea de que los contratos, por regla, no se prueban por testigos, haciendo priorizar la segunda parte del art. 1019 por sobre la primera.

3 Reflexiones finales

El nuevo Código Civil y Comercial era una buena ocasión para ajustar el sistema probatorio en materia de contratos. Lo que nació (tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio) como una excepción para aquellos contratos que alcanzaban cierta importancia económica (de ahí los valores mencionados) se transformó en la regla general por la pérdida de valor y los cambios de signos monetarios. Así, la prohibición de la prueba testimonial que se ideó para ciertos contratos (en cuanto al monto) terminó imponiéndose para todos por efecto de la insignificancia a la que quedaron reducidos dichos valores. La excepción venida en regla se afianzó y se instaló pacíficamente.

El punto es, como ya se ha dicho, su eficiencia y razonabilidad.

A nuestro criterio, es un sistema que no logra sortear ni una ni otra. No es eficiente restringir la posibilidad de la valoración de un medio de prueba independientemente de

la convicción que este, por medio del ejercicio de la sana crítica, pudiera generar en el juzgador. Tampoco es razonable, ya que priva de un medio probatorio que puede ser eficaz a quien encuentra dificultades con otros medios (v. gr. el caso de las vinculaciones informales) y que, por lo general, se trata de la parte más débil de la relación.

La primera parte del art. 1019 es auspiciosa porque abre el juego. Parecería querer poner las cosas de nuevo en su lugar, sobre todo cuando alude a la razonable convicción del juez a la que arribará por medio del proceso

intelectual (lógico-racional) de la sana crítica. La segunda parte, con su enunciado algo críptico (convengamos que habría sido más simple decir: “Los contratos que, según los usos y costumbres del medio, no se instrumenten por escrito podrán probarse por testigos”), nos coloca de nuevo ante aquel esquema que creíamos superado con la primera parte del art. 1019. Como consecuencia, es evidente que la situación se mantiene igual.

Otras normas, nuevo esquema inicial de presunta libertad probatoria y confianza en la sana crítica judicial, pero

que luego termina siendo rebatido por el enunciado de la segunda parte del art. 1019 cuando establece que los “contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”. Se dejó pasar la oportunidad superadora que representaba el nuevo código: en materia de prueba de los contratos, nada ha cambiado sustancial, ni conceptualmente.

VOCES: CONTRATOS - PRUEBA - PRUEBA TESTIMONIAL - CÓDIGOS - CÓDIGO CIVIL - CÓDIGO COMERCIAL

Una mirada procedimental en torno al abuso sexual infantil

por SILVINA A. BENTIVEGNA

*“Para recuperar la infancia, tengo 2 años más.
Hasta los 13 años. Yo perdí la infancia”*

AYLEN⁽¹⁾

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA DENUNCIA. – III. EL EXAMEN MÉDICO-FORENSE. – IV. LA CÁMARA GESELL CON VIDEOFILMACIÓN. EL TESTIMONIO DEL NIÑO. – V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CÁMARA GESELL. – VI. EL PORQUÉ DE LA VIDEOFILMACIÓN. – VII. EL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN EL ORDEN INTERNACIONAL. – VIII. CONCLUSIÓN.

I Introducción

El abuso sexual de niñas, niños y adolescentes es un delito doloso, el cual se encuentra enmarcado en un proceso judicial que reviste ciertas características.

Estamos frente a un delito de índole sexual y, como tal, quien comete la acción típica conoce y tiene la intención de ejecutarla. Existe, por lo tanto, en el autor un ánimo libidinoso.

Lo injusto de este delito es, precisamente, que quien lo comete tiene pleno conocimiento, y como tal la extrema voluntad, de ejecutar una intrusión no consentida por el infante sobre su indemnidad sexual, que infringe, por lo tanto, su autodeterminación.

Empero, durante el proceso judicial nos enfrentamos a situaciones diversas, muchas veces abrumadoras, colmadas de reacciones adversas que ameritan un desafío por quienes tenemos el compromiso de dejar a un lado la impunidad del infractor y hacer oír fuertemente la verdad del niño haciendo a un lado, en tal sentido, el dicho de que “los chicos mienten”.

II La denuncia

El momento de llevar adelante una denuncia, y particularmente el hecho en sí mismo de la develación, constituye

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Tres supuestos de violencia familiar que merecen recepción jurisprudencial. Violencia económica, detracción del cónyuge ausente y falsa denuncia de abuso sexual (síndromes PAS, Münchhausen y Falsa Memoria)*, por URSULA C. BASSET, ED 208-769; *El bien jurídico protegido en los delitos sexuales (análisis a la luz de la ley 25.087)*, por CARLOS MARÍA RUSSO, EDPE 01/2004-11; *Visitas y relaciones conflictivas: Régimen de visitas cuando media sospecha de abuso sexual*, por URSULA C. BASSET, EDFA 71-21; *Lineamientos forenses para la evaluación de niños, niñas y adolescentes en denuncias por presunto abuso sexual. Especificidad forense. Protocolos. Cuestiones éticas*, por VIRGINIA BERLINERBLAU, EDFA 20f-8; *Consideraciones a tener en cuenta en el relato testimonial de los/as niños y niñas presuntas víctimas de delitos sexuales*, por MARÍA CECILIA LÓPEZ, EDFA 43f-21; *Acerca del abuso sexual infantil*, por SILVINA BENTIVEGNA, ED, 258-1060; *Probation. Abuso sexual. Violencia de género. Fallo “P. M. de los Á. p.s.a. abuso sexual simple - Recurso de casación”*, por SILVINA BENTIVEGNA, ED, 258-896. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, UBA. Docente, UBA. Coautora de *Violencia familiar. Aspectos prácticos*, Hammurabi. Disertante en congresos y seminarios. Publicaciones de numerosos escritos especializados en la materia. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia “Mariquita Sánchez” del GCABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio.

(1) Adolescente víctima de abuso sexual, hoy tiene 12 años, fue abusada desde los 2 años. Su progenitor hoy se encuentra condenado a 13 años de prisión efectiva por el delito de abuso sexual agravado por el vínculo y en concurso real con participación de la corrupción agravada respecto de su hermano de 13 años.

para la madre⁽²⁾ una situación sumamente estresante y de una notable angustia, más la culpa que sobrelleva en su propio pesar y el duelo por el cual atraviesa con posterioridad a la denuncia. En este sentido se ha sostenido que descubrir que un hijo estuvo siendo abusado implica que la madre se sienta culpable por no haberse dado cuenta antes como para haber ayudado a impedirlo. Dicha culpa irá en incremento cuantas mayores hayan sido las consecuencias del abuso en el niño y si es que aconteció dentro del ámbito familiar y a lo largo del tiempo⁽³⁾.

Una vez que la madre toma conocimiento de la conducta abusiva y lleva adelante la denuncia, comienza un largo camino por los pasillos de la Justicia.

Debemos tener en cuenta que el abuso sexual simple al constituir un delito contra la integridad sexual, conforme el art. 72 de nuestro Código Penal, es un delito de instancia privada; cuando la víctima fuera mayor de 18 años, solamente ella podrá denunciar. Cuando se trate de niños y adolescentes menores de 18 años podrán denunciar, en primer lugar, los adultos responsables (padres, tutores y guardadores). En el supuesto de que surjan indicios de que el infante haya sido abusado por personas encargadas de su cuidado, los profesionales de la salud tienen la obligación de denunciar a fin de resguardar su integridad psicofísica. Por otra parte, conforme el mentado artículo, el agente fiscal podrá actuar de oficio en caso de que los intereses del infante sean opuestos o incompatibles con los de sus progenitores, atento a la situación de vulnerabilidad en que ellos se hallan y con primacía siempre de su interés superior.

La denuncia se deberá llevar a cabo en la jurisdicción en que el hecho abusivo se hubiera consumado. En el ámbito capitalino se podrá realizar ante la Oficina de Violencia Doméstica (OVD)⁽⁴⁾, a fin de que una vez radicada se pueda obtener, en el ámbito civil y dentro del marco del proceso por violencia familiar, la suspensión del vínculo paterno-filial, sumado a una prohibición de acercamiento, y, desde el ámbito penal, comenzar la etapa de instrucción de prueba paralelamente con la Fiscalía de Instrucción a cargo, a fin de poder obtener la elevación a juicio a la instancia oral y poder llegar a una sentencia condenatoria en dicha instancia.

En el ámbito bonaerense la denuncia deberá radicarse ante la Comisaría de la Mujer y Familia correspondiente a la jurisdicción en la que haya sucedido la conducta abusiva, y por la que se obtendrá un Juzgado de Familia y una Unidad Fiscal de Instrucción y Juicio (UFyJ). En el ámbito capitalino, quien evalúa la prueba obtenida en la instancia instructoria y ordena la prisión preventiva del victimario es el Juzgado de Instrucción, quien, a su vez, evaluará si nos va a aceptar como parte querellante y todas las pruebas que uno quiera acompañar a fin de probar la conducta abusiva perpetrada por el victimario. En el orden bonaerense, si quisiéramos ser parte en el proceso, debemos constituirnos como particular damnificado; será, en

(2) Me voy a referir al término madre en el particular, atento a las denuncias llevadas a cabo en materia de abuso sexual simple, ya que constituyen estadísticamente las que las radican en mayor medida.

(3) MÜLLER, MARÍA B. - LÓPEZ, MARÍA C., *Madres de hierro*, Maipue, pág. 53.

(4) En el ámbito capitalino, la víctima o sus legitimados a denunciar un acto de violencia doméstica o abuso intrafamiliar deberán formularla en la Oficina de Violencia Doméstica (OVD); esta última depende en forma directa de la Corte Suprema (CS), tiene funcionamiento y trabaja de manera interdisciplinaria las 24 horas del día, todos los días del año. El fin tutivo de la creación de dicha oficina, conforme surge de la acordada 12/06, es *asegurar el efectivo acceso a la justicia de los peticionarios y proveer a los jueces de los recursos necesarios para ejercer su labor jurisdiccional*.

esta jurisdicción, el Juzgado de Garantías quien evaluará los extremos necesarios para tenernos por tal.

Luego de radicada la denuncia penal, tanto en el ámbito capitalino como bonaerense, al ser ya partes en el proceso (querrela-particular damnificado), se ofrecen todas las pruebas que consideremos pertinente, tales como prueba testimonial, documental –en este punto hago referencia también a los informes de los terapeutas individuales del infante víctima–; solicitud de diversas pericias, como peritaje médico mediante Cuerpo Médico Forense especializado, a fin de verificar o descartar si hubo o no acceso carnal en el cuerpo de la víctima; secuestro y pericia de computadoras del victimario; examen mental obligatorio al victimario, conforme lo establece el art. 78 del CPPN; examen psicológico en Cámara Gesell a la víctima, conforme lo establece el art. 250 bis del CPPN y teniendo en cuenta el derecho del infante víctima a ser oído conforme el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 24 y 27, incs. a) y b) de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a efectos de que manifieste mediante dicha audiencia testimonial bajo la modalidad de Cámara Gesell, la conducta típica perpetrada por el imputado, así como también toda otra cuestión que pueda servir para aportar a la causa. A su vez, podemos solicitar como prueba informativa que se libre oficio a algún sanatorio, clínica o nosocomio a fin de informar acerca de la atención médica recibida al infante –en caso de que haya sido atendido por la situación abusiva–. Se podrá solicitar en la constitución de querrela la declaración informativa del imputado, y requerir su ampliación y un careo con los testigos y la parte, a fin de establecer la verdad material de los hechos que se hubieren denunciado. Y, a su vez, ofrecer un perito psicólogo de parte a fin de controlar la legalidad de las pericias que se vayan a llevar a cabo en la sustanciación del proceso.

Radicada la denuncia y una vez constituidos como parte en el proceso, comienzan a sustanciarse la prueba y a llevarse a cabo las pericias.

III El examen médico-forense

El examen médico debe realizarse con la mayor urgencia posible luego de que se toma conocimiento del delito; amerita dicha premura evitar que desaparezcan los rastros del delito cometido en el cuerpo de la víctima.

El médico que intervenga en la pericia y, como tal, el informe que sustentará con posterioridad a la revisión resultarán fundamentales y de capital importancia para la sustanciación del proceso.

Atento a la particular situación de vulnerabilidad en que la víctima se halla es, a mi criterio, razonable que tal revisión médica se lleve a cabo por un médico del mismo sexo que la víctima.

Por otra parte, el consultorio en donde se lleve a cabo dicha revisión deberá reunir las comodidades básicas y necesarias que todo consultorio médico ginecológico ha de poseer, ya que existen, particularmente en el ámbito bonaerense, consultorios médicos que distan de revestir la características propias a tal fin, lo que vulnera de esa manera los derechos y las garantías mínimos que un infante debe poseer en todo proceso judicial en el que sea parte.

Empero, en el marco de la revisión es sugerible que el médico no lleve a cabo comentarios delante del infante en relación con la naturaleza del hecho, para evitar de esta manera situaciones inadecuadas y revictimizaciones innecesarias.

A través de dicho examen médico se podrán obtener rastros, huellas o pistas respecto de la violencia física perpetrada por el victimario, como la modalidad del abuso, sangrados en la zona genital o paragenital, marcas de agarre, etcétera.

IV La Cámara Gesell con videofilmación. El testimonio del niño

En los procesos por abuso sexual infantil se debe romper con la idea de que el relato del niño, ergo, su testimonio, sea el único elemento valorable y por el cual se descartan otras pruebas, las cuales serán de capital importancia para la sustanciación del proceso.

Según mi criterio, previo a la realización de dicha prueba testimonial es necesario que se lleve a cabo una evaluación psicológica o psiquiátrica por parte de profesionales idóneos en la materia, a fin de que estos establezcan la posibilidad –o no– de que dicha prueba se realice, que informen el estado psíquico y emocional del infante y evalúen una futura situación de riesgo si dicha prueba se lleva adelante, ya que el relato del niño sobre la situación acaecida reviste un estado de gran angustia, estrés, miedo y malestar atento a la reminiscencia a las afrentas sufridas.

Un factor para tener en cuenta en los procesos de abuso sexual infantil, y particularmente en relación con el testimonio del niño, es el tiempo, atendiendo los estados emocionales que presenta el niño e, inclusive, las presiones que pueda sentir, que generan que el infante no se encuentre plenamente en condiciones de llevar a cabo dicho testimonio. Circunstancia a considerar ya que, con posterioridad a su develación, el infante puede encontrarse reticente ante el hecho de ser entrevistado por una persona extraña.

La doctrina ha considerado que hablar de tiempos siempre es relativo y un tanto subjetivo, empero, existen razones que aconsejan la rapidez; se entiende que un lapso apropiado sería no más de diez días corridos contados desde el inicio de las actuaciones. Dichas razones pasan por el meridiano de la evitación del detrimento en el recuerdo de detalles, consecución de otros posibles rastros o vestigios corroborantes (secuestro de ropas, elementos, etc.), posibles injerencias de terceros (medios de comunicación, allegados), familiares o del mismo imputado o imputados, con presiones o amenazas, y a veces con prebendas o promesas aun indirectas⁽⁵⁾.

En esta instancia, la escucha del niño deberá ser tomada con el mayor provecho que sea posible, teniendo en cuenta que dicha evaluación es traumática para el infante, quien relatará en primera persona la afrenta padecida; dicho relato constituye una guía para encaminar el proceso, por tal motivo quien entreviste –y no interrogue– al niño deberá ser un profesional idóneo en la materia, y representará un rol muy importante en oportunidad de formular las preguntas y en repreguntar basándose en las respuestas dadas por el infante. Empero, el entrevistador no deberá agotar la entrevista en la mera indicación del abuso, ya que dicha audiencia constituye un abanico de posibilidades para recabar otras pruebas.

En esa audiencia, el entrevistador deberá guiar la entrevista, en busca de una manifestación por parte del infante, quien la dirá en sus propios términos, con toda su inocencia desde su visión propia y narrada en primera persona.

Empero, desde el otro lado, las partes –querrela, defensa, peritos de parte, representante promiscuo del menor, fiscal, secretario– deberán adoptar una participación diligente en oportunidad de preguntar y planificar estrategias de preguntas e instrucciones hacia el entrevistador con el aval del fiscal.

En este orden de ideas, debo traer a colación la esencia misma de la entrevista y el cambio sustanciado con la ley 25.852 –también conocida como ley Rozanski– sobre la base de la cual comenzó a verse en el escenario de los actores involucrados un nuevo modelo de intervención.

La prueba testimonial del infante es fundamental en la sustanciación del proceso, y constituye una prueba conducente que puede ser utilizada cotejándola con otras pruebas y evidencias acompañadas al proceso y con miras a ser utilizada en la posterior etapa de debate en el juicio oral.

V Naturaleza jurídica de la Cámara Gesell

Mucho se ha debatido acerca de la naturaleza jurídica de la Cámara Gesell. Jurisprudencialmente⁽⁶⁾ se ha sostenido –a lo cual adhiero– que forma parte de la prueba

(5) GUTIÉRREZ, PEDRO A., *El menor víctima de abuso sexual*, La Rocca, 2012, pág. 60.

(6) CNCrim. y Correc., sala I, 29-8-08, causa 33.774, “R., A. H s/ procesamiento”.

testimonial; en tal sentido, se sostuvo que el procedimiento que recepta el art. 250 bis del CPPN no constituye un examen pericial, sino un modo distinto de obtener una declaración testimonial, sustanciando dicho concepto en que esta modalidad de obtener probanzas, incorporada por la ley 25.852, fue incluida en el capítulo atinente a los testigos y no en aquel relativo a los peritos.

A diferencia de lo que ocurre con las pericias, no se establece una conminación de nulidad ante el incumplimiento de alguna de sus disposiciones, observando ello desde un neto principio de especificidad. Estas ideas han ido, paulatinamente, logrando mayor aceptación; se señala, inclusive, que aquellos informes previstos en el articulado (CPPN, art. 250 ter) no revisten la calidad de peritaje y, en consecuencia, no les resulta aplicable la normativa que regula estrictamente la prueba de peritos.

En análogo criterio, la jurisprudencia⁽⁷⁾ se ha inclinado por considerar que el medio probatorio reglado en el art. 225 bis del Código de Procedimiento local es, en esencia, una declaración testimonial, conforme surge del propio texto legal, diligencia probatoria que debe ser llevada a cabo por un psicólogo especialista en la materia, y es en virtud de ello que debe equipararse, por aplicación del principio de la analogía en las medidas probatorias reguladas por la ley adjetiva, la actuación de este profesional a la de un perito⁽⁸⁾.

De manera tal, según mi criterio debe primar, por sobre todo, el principio de plena libertad probatoria sin avasallar las garantías mínimas del debido proceso⁽⁹⁾.

VI El porqué de la videofilmación

En el escenario de la entrevista y a raíz de la posibilidad de que esta amerite errores y alguna falencia que dé lugar a dudas acerca de dicha audiencia, y en función de su recepción, se genera la necesidad, de manera inexorable, de que dichas entrevistas y audiencias sean videofilmadas y grabadas. Tal necesidad se ve plasmada en la posibilidad de que el relato del niño sea reproducido tantas veces como sea necesario, a fin de que sea valorado como tal conforme a su derecho a ser oído y a que el relato sea recepcionado “durante” la sustanciación del proceso, tanto en la etapa instructoria como en el debate en la instancia oral.

La videofilmación es una herramienta probatoria fundamental en los procesos por abuso sexual infantil, ya que tiene una carga demostrativa eficaz tanto para el fiscal como para el juez.

Asimismo, basándose en el testimonio del infante en dicha audiencia, se pueden obtener varios elementos probatorios a fin de solicitar posteriormente más pruebas que ayuden a la sustanciación de la causa. En tal sentido –con base en lo que haya relatado el niño–, en el marco de la querrela o constituidos como particular damnificado se podrá solicitar un allanamiento, registro y posterior secuestro de elementos en el domicilio correspondiente al hecho abusivo, más constataciones periciales que correspondan; se podrá, a su vez, cursar comunicación con empresas de servicio de cable e internet por supuestos de exhibición de material pornográfico o envíos de correos electrónicos, como asimismo a las empresas de servidores de casillas electrónicas como yahoo, gmail, hotmail, etcétera.

En el marco de la Cámara Gesell, más allá del relato del infante, se podrá observar –lo cual no es menos importante– sus gestos, reacciones y actitudes frente a las preguntas del entrevistador, los que sumados al resto de los tests efectuados por los psicólogos mediante juegos y dibujos podrán recabar más señales a fin de interiorizarnos un poco más en el infante.

No se debe olvidar que el niño es el centro referencial del proceso, el cual deberá ser entrevistado atendiendo –siempre– a su interés superior, que deberá primar por sobre todas las cosas, teniendo como eje central la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, en coincidencia, en tal sentido, con el Dr. Rozanski en cuanto

(7) Resolución interlocutoria 216/8, 10-7-08, “Defensoría de los derechos del niño s/denuncia”.

(8) GUTIÉRREZ, PEDRO A., *El menor víctima ...*, cit., pág. 77.

(9) Se entiende por tal la obligación estatal de respetar todos los derechos legales que posee una persona involucrada en un proceso, haciendo uso de sus garantías mínimas, a un resultado justo y equitativo dentro de él, a ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o fiscal interviniente.

a que “el niño no sea una foja más de un expediente, sino el centro y sentido mismo de esas actuaciones”⁽¹⁰⁾.

VII El abuso sexual infantil en el orden internacional

En materia de abuso sexual infantil, el niño víctima se encuentra amparado por diversos instrumentos internacionales, los cuales deben ser aplicados –tanto por la justicia como por el letrado– durante la sustanciación de un proceso tan delicado como lo es este tipo de caso.

Entre dichos instrumentos internacionales encontramos, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 3º establece el principio rector en todo proceso judicial, en el sentido de que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten los tribunales, una consideración primordial a lo cual se atenderá será el interés superior del niño, asegurándole a este la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Por su parte, el art. 19 establece la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas a fin de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras aquel se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; se disponen, a su vez, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como la intervención judicial en los casos correspondientes. Y el art. 39, según el cual se adoptarán aquellas medidas idóneas a fin de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de explotación o abuso, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; recuperación y reintegración en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Es dable destacar que dicha Convención tiene jerarquía constitucional ya que está contemplada en el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna.

Por otra parte, se encuentran las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, acordada 5/1009, las cuales tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad⁽¹¹⁾, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Empero, los servidores y operadores del sistema de justicia deberán otorgar a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares, priorizando, a su vez, actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

En efecto, las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, resolución 20/2005 del Consejo Económico Social de Naciones Unidas, tienen por objeto, en aquellos asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, establecer prácticas adecuadas basadas en el consenso respecto de los conocimientos contemporáneos y las reglas, normas y principios regionales e internacionales pertinentes. Dichas directrices establecen que cada jurisdicción deberá asegurarse de contar con procedimientos adecuados de capacitación, selección y de otra índole a fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera a una categoría de niños, como sucede cuando los niños, y en especial las niñas, son objeto de agresión sexual.

VIII Conclusión

Las niñas, los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual infantil se encuentran amparados por normas na-

(10) ROZANSKI, CARLOS A., *Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar*, Argentina, Ediciones B, 2003.

(11) Se considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Constituyen causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la victimización, la pobreza y el género.

cionales e internacionales, las cuales tienen como fin tuitivo garantizarles durante un proceso judicial el respeto de determinados principios con sujeción al derecho procesal nacional, tales como el derecho del niño a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres, a aportar su contribución, especialmente en las decisiones que le afecten, y a que esos pareceres sean tomados en consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad.

De tal manera, todo niño debe participar de un proceso judicial conforme a su capacidad progresiva sin que le sean cercenados sus derechos y garantías mínimas, atendiendo primordialmente a su interés superior, y en procesos como el presente, en el que el infante ha sido traumatizado, deberán adoptarse todas aquellas medidas necesarias a fin de que sea posible de un disfrute y un desarrollo pleno y saludable.

VOCES: MENORES - MEDIDAS CAUTELARES

JURISPRUDENCIA

Contencioso Administrativo:

Acción contencioso administrativa: caducidad de la instancia; declaración; improcedencia; ampliación de la demanda; acto interruptivo; recurso extraordinario; procedencia.

1 – Cabe dejar sin efecto la sentencia que declaró la caducidad de la acción contencioso administrativa entablada por la actora, cesionaria de los derechos de un contrato de obra pública, a fin de obtener la rescisión de este por culpa del Estado local accionado, pues para así decidir el a quo actuó con excesivo rigor formal y no ponderó debidamente los fundados argumentos planteados por la apelante al responder el pedido de caducidad presentado por el Fiscal de Estado, ya que consideró que la ampliación de demanda presentada por la accionante no había sido un acto idóneo para interrumpir el curso de la caducidad, sin evaluar si los nuevos hechos denunciados eran relevantes y conducentes para evaluar la procedencia de la pretensión.

2 – El pronunciamiento que, sin considerar si los nuevos hechos denunciados por el actor en la ampliación de la demanda eran relevantes y conducentes para evaluar la procedencia de la pretensión, declaró la caducidad de la acción contencioso administrativa entablada por la actora –cesionaria de los derechos de un contrato de obra pública, a fin de obtener la rescisión de este por culpa del Estado local accionado– con base en la falta de aptitud interruptiva de dicho acto, debe ser dejado sin efecto por haber incurrido en exceso ritual. No resulta óbice a ello que, en varios de los acuerdos y decretos denunciados como hechos nuevos, la provincia demandada dejara sentado que las manifestaciones allí realizadas no implicaban reconocimiento alguno con relación a los reclamos formulados en autos, ya que lo que correspondía evaluar en esta etapa no era el valor probatorio de los documentos, sino si estos podían, eventualmente, tener alguna incidencia en el pleito.

3 – La sentencia que declaró la caducidad de la acción contencioso administrativa entablada por la actora, cesionaria de los derechos de un contrato de obra pública, a fin de obtener la rescisión de este por culpa del Estado local accionado, debe ser revocada, pues fue este último quien admitió que las obras estaban paralizadas desde hacía muchos años por falta de fondos e inició tratativas extrajudiciales con la actora para tratar de solucionar el conflicto, las cuales quedaron frustradas por culpa del demandado, que no consiguió el dinero necesario para financiar la obra, por lo cual el hecho de que el fiscal de Estado solicite la caducidad de la instancia y oponga la defensa de prescripción de la acción resulta un inadmisibles artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito y, por ende, una conducta contraria al principio de buena fe que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico y debe regir la conducta de los entes estatales.

4 – Si bien lo atinente a la caducidad de la instancia remite a cuestiones fácticas y procesales ajenas, como principio, al recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, cabe apartarse de tal regla cuando, como en el caso, el examen de los requisitos para la procedencia de la perención se efectúa con injustificado rigor formal que afecta la garantía de defensa en juicio y el debido proceso, máxime cuando, como en

el sub lite, la demandada también ha invocado la defensa de prescripción, con lo cual la recurrente podría perder la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en sede judicial.

5 – Corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró la caducidad de la acción contencioso administrativa entablada por la actora, cesionaria de los derechos de un contrato de obra pública, a fin de obtener la rescisión de este por culpa del Estado local accionado, pues ella ha incurrido en un exceso ritual que la descalifica como acto judicial válido, con grave afectación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso (del voto del doctor ZAFFARONI).

6 – Por lo dispuesto en el art. 280 del CPCC, el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la caducidad de la acción contencioso administrativa entablada por la actora, cesionaria de los derechos de un contrato de obra pública, a fin de obtener la rescisión de este por culpa del Estado local accionado es inadmisibles (del voto en disidencia de los doctores FAYT y LORENZETTI). R.C.

58.659 – CS, noviembre 11-2014. – Constructora Andrade Gutiérrez S.A. y otros c. Provincia de Tierra del Fuego s/contencioso administrativo (C.622.XLIX).

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014

Vistos los autos: “Constructora Andrade Gutiérrez S.A. y otros c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ contencioso administrativo”.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, que hizo lugar al pedido del Fiscal de Estado y declaró la caducidad de la instancia (fs. 715/723 vta.), la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

2º) Que, en apoyo de tal decisión, el a quo consideró que la ampliación de demanda presentada el 8 de noviembre de 2011 no había sido un acto idóneo para interrumpir el curso de la caducidad, porque “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia, pero en modo alguno se tradujo en una alteración o modificación de los términos en los que originariamente se había trabado el conflicto”.

Asimismo, entendió que la nueva prueba instrumental ofrecida por la actora –en particular, el decreto 2381/11– no tenía incidencia alguna en el pleito, pues “los considerandos del citado acto reflejan la expresa salvedad efectuada por la Provincia en orden a que las manifestaciones efectuadas en el mismo no implicaban reconocimiento alguno en el marco del reclamo judicial en trámite”.

3º) Que de las constancias de la causa resulta que la actora es cesionaria del contrato de obra pública firmado el 24 de septiembre de 1996, mediante el cual la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur adjudicó la realización de la primera etapa de la construcción del Puerto Caleta La Misión.

Tal como surge de diversas pruebas obrantes en el expediente, la provincia no logró encontrar financiación para la obra licitada y ello llevó a la suspensión y posterior paralización de los trabajos por casi diez años (ver fs. 223/226, 250/252, 339/447 y 727/742 vta.).

Ante estas circunstancias, el 15 de septiembre de 2009 la contratista promovió demanda ante el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en los términos de los artículos 34, 53 y 54 de la Ley de Obras Públicas 13.064 y solicitó la rescisión del contrato por culpa de la provincia, así como el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

4º) Que, en su presentación del 8 de noviembre de 2011, la actora denunció la existencia de hechos y documentos nuevos que, según consideró, eran trascendentes para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio.

Explicó que, ante la paralización de los trabajos y la falta de fondos provinciales para reanudarla, la empresa Servicios Navieros Piedrabuena S.A. Ingeniería Marítima había manifestado su interés en hacerse cargo del financiamiento y continuación de la obra. Por ese motivo la provincia había decidido convocar a la actora y a Piedrabuena para tratar de solucionar el conflicto y continuar con la construcción del puerto.

Señaló que, con este objetivo, se habían firmado la Carta de Intención del 5 de octubre de 2010 (ratificada por decreto 2423 del 29 de octubre de 2010), y la Carta Compromiso del 18 de diciembre de 2010 (ratificada por decreto 358/2011). Y que, en cumplimiento de esta última y con la autorización del Poder Ejecutivo provincial (decreto 2381/11), la actora y Piedrabuena habían suscripto sendos acuerdos de cesión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de obra pública, así como de los derechos litigiosos que se encuentran en discusión en este expediente.

La actora manifestó que, en el marco de las negociaciones, la provincia había reconocido que no contaba con los recursos necesarios para financiar el emprendimiento. Entendió que ese reconocimiento era trascendente para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio. Y, por ende, ofreció los acuerdos y decretos mencionados como nueva prueba instrumental (ver fs. 656/657 vta.).

5º) Que lo atinente a la caducidad de la instancia remite a cuestiones fácticas y procesales ajenas, como principio, al recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, corresponde apartarse de tal regla cuando el examen de los requisitos para la procedencia de la perención se efectúa con injustificado rigor formal que afecta la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 320:1821; 324:3645; 329:1391, entre otros). Máxime cuando, como en este caso, la demandada también ha invocado la defensa de prescripción, con lo cual la recurrente podría perder la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en sede judicial (Fallos: 306:851; 319:2822; 324:3645).

6º) Que, en el sub lite, el a quo ha actuado con excesivo rigor formal y no ha ponderado debidamente los fundados argumentos planteados por la apelante al responder el pedido de caducidad presentado por el Fiscal de Estado.

En particular, la actora alegó que, en el curso de las negociaciones, la demandada había reconocido diversas cuestiones centrales debatidas en este pleito: que la provincia no contaba con los fondos necesarios para continuar con la obra; que los trabajos habían estado paralizados por casi diez años y que ello no era imputable a la contratista; y que la actuación de la empresa había sido satisfactoria. Explicó que, por ese motivo, “era absolutamente indispensable llevar a cabo la incorporación de los hechos denunciados, así como la agregación de documentos nuevos y ofrecimiento de prueba adicional”, mediante una ampliación de la demanda (fs. 697/710 vta., en especial, fs. 699 vta.).

Ante estos planteos, el Superior Tribunal local se limitó a señalar que “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia”. No se hizo cargo, por ejemplo, de que en la Carta de Intención del 5 de octubre de 2010 se había dejado expresa constancia de que la obra Nuevo Puerto Caleta La Misión “no ha podido finalizarse, llevando más de diez años suspendida con motivo de no haberse obtenido en ese lapso por parte de LA PROVINCIA los fondos suficientes para su continuación”. Tampoco de que, tanto en la citada Carta de Intención como en la Carta Compromiso del 18 de diciembre del mismo año, se manifestó que “hasta la actualidad la contratista ha preservado la obra ejecutada en condiciones idóneas ya sea para la continuación del Proyecto (...) o bien para reutilizarse en un proyecto alternativo”.

De lo expuesto puede colegirse, sin mayor esfuerzo, que las nuevas circunstancias denunciadas eran relevantes y conducentes para evaluar la procedencia de la pretensión.

7º) Que no obsta a esta conclusión el hecho de que, en varios de los acuerdos y decretos denunciados como hechos nuevos, la provincia dejara sentado que las manifestaciones allí realizadas no implicaban reconocimiento alguno con relación a los reclamos formulados en estos autos. Es que lo que correspondía evaluar en esta etapa no era el valor probatorio de los documentos, sino si éstos podían, eventualmente, tener alguna incidencia en el pleito.

8º) Que, por lo demás, esta interpretación es la que mejor se ajusta al criterio sentado por esta Corte en materia de caducidad de instancia, según el cual se trata de un instituto de interpretación restrictiva, cuya procedencia co-

rresponde descartar en los casos de duda razonable, en los que debe privilegiarse la solución que mantenga con vida el proceso (Fallos: 324:1459, 1992 y causa G.2744. XXXVIII “Galvalisi, Giancarla c/ Anses”, fallada el 23 de octubre de 2007).

9º) Que, finalmente, y solo a mayor abundamiento, cabe recordar que fue la provincia quien admitió que las obras estaban paralizadas desde el año 1999 por falta de fondos, e invitó a la actora a negociar en forma extrajudicial para intentar solucionar el conflicto y continuar con la construcción del puerto. Durante esas tratativas, la contratista actuó con voluntad conciliadora y aceptó la propuesta de cesión de derechos. Sin embargo, la promesa se frustró nuevamente, no por culpa de la actora, sino porque la provincia, una vez más, no consiguió los fondos para financiar la obra.

En este contexto, que el Fiscal de Estado solicite la caducidad de la instancia y oponga la defensa de prescripción de la acción, resulta un inadmisibles artificios tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito (Fallos: 313:1156; 319:1616; 329:1391; 335:1709) y, por ende, una conducta contraria al principio de buena fe que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico y debe regir la conducta de los entes estatales (Fallos: 312:1725; 318:2050; 320:521; 325:1787, entre muchos otros).

10) Que, por las razones expuestas, cabe concluir que el pronunciamiento impugnado ha incurrido en un exceso ritual que lo descalifica como acto judicial válido, con grave afectación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, por lo que corresponde dejarlo sin efecto.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. – *Ricardo L. Lorenzetti* (en disidencia). – *Elena I. Highton de Nolasco*. – *Carlos S. Fayt* (en disidencia). – *Juan C. Maqueda*. – *E. Raúl Zaffaroni* (su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI:

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, que hizo lugar al pedido del Fiscal de Estado y declaró la caducidad de la instancia (fs. 715/723 vta.), la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

2º) Que, en apoyo de tal decisión, el *a quo* consideró que la ampliación de demanda presentada el 8 de noviembre de 2011 no había sido un acto idóneo para interrumpir el curso de la caducidad, porque “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia, pero en modo alguno se tradujo en una alteración o modificación de los términos en los que originariamente se había trabado el conflicto”.

Asimismo, entendió que la nueva prueba instrumental ofrecida por la actora –en particular, el decreto 2381/11– no tenía incidencia alguna en el pleito, pues “los considerandos del citado acto reflejan la expresa salvedad efectuada por la Provincia en orden a que las manifestaciones efectuadas en el mismo no implicaban reconocimiento alguno en el marco del reclamo judicial en trámite”.

3º) Que de las constancias de la causa resulta que la actora es cesionaria del contrato de obra pública firmado el 24 de septiembre de 1996, mediante el cual la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur adjudicó la realización de la primera etapa de la construcción del Puerto Caleta La Misión.

Tal como surge de diversas pruebas obrantes en el expediente, la provincia no logró encontrar financiación para la obra licitada y ello llevó a la suspensión y posterior paralización de los trabajos por casi diez años (ver fs. 223/226, 250/252, 339/447 y 727/742 vta.).

Ante estas circunstancias, el 15 de septiembre de 2009 la contratista promovió demanda ante el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en los términos de los artículos 34, 53 y 54 de la Ley de Obras Públicas 13.064 y solicitó la res-

cisión del contrato por culpa de la provincia, así como el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

4º) Que, en su presentación del 8 de noviembre de 2011, la actora denunció la existencia de hechos y documentos nuevos que, según consideró, eran trascendentes para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio. Explicó que, ante la paralización de los trabajos y la falta de fondos provinciales para reanudarla, la empresa Servicios Navieros Piedrabuena S.A. Ingeniería Marítima había manifestado su interés en hacerse cargo del financiamiento y continuación de la obra. Por ese motivo la provincia había decidido convocar a la actora y a Piedrabuena para tratar de solucionar el conflicto y continuar con la construcción del puerto.

Señaló que, con este objetivo, se habían firmado la Carta Intención del 5 de octubre de 2010 (ratificada por decreto 2423 del 29 de octubre de 2010), y la Carta Compromiso del 18 de diciembre de 2010 (ratificada por decreto 358/2011). Y que, en cumplimiento de esta última y con la autorización del Poder Ejecutivo provincial (decreto 2381/11), la actora y Piedrabuena habían suscripto sendos acuerdos de cesión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de obra pública, así como de los derechos litigiosos que se encuentran en discusión en este expediente.

La actora manifestó que, en el marco de las negociaciones, la provincia había reconocido que no contaba con los recursos necesarios para financiar el emprendimiento. Entendió que ese reconocimiento era trascendente para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio. Y, por ende, ofreció los acuerdos y decretos mencionados como nueva prueba instrumental (ver fs. 656/657 vta.).

5º) Que lo atinente a la caducidad de la instancia remite a cuestiones fácticas y procesales ajenas, como principio, al recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, corresponde apartarse de tal regla cuando el examen de los requisitos para la procedencia de la perención se efectúa con injustificado rigor formal que afecta la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 320:1821; 324:3645; 329:1391, entre otros). Máxime cuando, como en este caso, la demandada también ha invocado la defensa de prescripción, con lo cual la recurrente podría perder la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en sede judicial (Fallos: 306:851; 319:2822; 324:3645).

6º) Que, en el *sub lite*, el *a quo* ha actuado con excesivo rigor formal y no ha ponderado debidamente los fundados argumentos planteados por la apelante al responder el pedido de caducidad presentado por el Fiscal de Estado.

En particular, la actora alegó que, en el curso de las negociaciones, la demandada había reconocido diversas cuestiones centrales debatidas en este pleito: que la Provincia no contaba con los fondos necesarios para continuar con la obra; que los trabajos habían estado paralizados por casi diez años y que ello no era imputable a la contratista; y que la actuación de la empresa había sido satisfactoria. Explicó que, por ese motivo, “era absolutamente indispensable llevar a cabo la incorporación de los hechos denunciados, así como la agregación de documentos nuevos y ofrecimiento de prueba adicional” mediante una ampliación de la demanda (fs. 697/710 vta., en especial, fs. 699 vta.).

Ante estos planteos, el Superior Tribunal local se limitó a señalar que “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia”. No se hizo cargo, por ejemplo, de que en la carta de intención del 5 de octubre de 2010 se había dejado expresa constancia de que la obra Nuevo Puerto Caleta La Misión “no ha podido finalizarse, llevando más de diez años suspendida con motivo de no haberse obtenido en ese lapso por parte de LA PROVINCIA los fondos suficientes para su continuación”. Tampoco de que, tanto en la citada carta de intención como en la carta compromiso del 18 de diciembre del mismo año, se manifestó que “hasta la actualidad la contratista ha preservado la obra ejecutada en condiciones idóneas ya sea para la continuación del Proyecto (...) o bien para reutilizarse en un proyecto alternativo”.

De lo expuesto puede colegirse, sin mayor esfuerzo, que las nuevas circunstancias denunciadas eran relevantes y conducentes para evaluar la procedencia de la pretensión.

7º) Que no obsta a esta conclusión el hecho de que, en varios de los acuerdos y decretos denunciados como hechos nuevos, la provincia dejara sentado que las manifestaciones allí realizadas no implicaban reconocimiento alguno con relación a los reclamos formulados en estos autos. Es que lo que correspondía evaluar en esta etapa no era el valor probatorio de los documentos, sino si éstos podían, eventualmente, tener alguna incidencia en el pleito.

8º) Que, por lo demás, esta interpretación es la que mejor se ajusta al criterio sentado por esta Corte en materia de caducidad de instancia, según el cual se trata de un instituto de interpretación restrictiva, cuya procedencia corresponde descartar en los casos de duda razonable, en los que debe privilegiarse la solución que mantenga con vida el proceso (Fallos: 324:1459, 1992 y causa G.2744. XXXVIII “Galvalisi, Giancarla c/ Anses”, fallada el 23 de octubre de 2007).

9º) Que, por las razones expuestas, cabe concluir que el pronunciamiento impugnado ha incurrido en un exceso ritual que lo descalifica como acto judicial válido, con grave afectación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, por lo que corresponde dejarlo sin efecto.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. – *E. Raúl Zaffaroni*.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DON CARLOS S. FAYT:

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase. – *Carlos S. Fayt*. – *Ricardo L. Lorenzetti*.

Querellante:

Constitución: Administración Federal de Ingresos Públicos; procedencia (art. 23, ley 24.769). **Recursos:** Casación: inobservancia de normas procesales; procedencia.

1 – *Corresponde hacer lugar al recurso de casación y tener como parte querellante a la Administración Federal de Ingresos Públicos, pues en el caso de los delitos denunciados –reducción a servidumbre y trata de personas– investigados por el funcionamiento de dos talleres textiles no se puede sostener que no resulte afectada la integridad de los recursos de la seguridad social, y, con ello, que sea también el Estado particular ofendido por dichas conductas, en una parte sustancial, en tanto titular de la hacienda pública, supuesto en el cual la ley lo faculta a constituirse en parte del proceso (arts. 82, cód. procesal penal y 23, ley 24.769) (de la mayoría).*

2 – *Corresponde rechazar el recurso de casación, pues el hecho prima facie investigado no evidencia ese interés directo que el art. 82 del cód. procesal penal exige y, por lo tanto, el criterio adoptado por el a quo de no tener a la Administración Federal de Ingresos Públicos como parte querellante se encuentra a salvo de la tacha de arbitrariedad, a la luz de los criterios emanados de la doctrina jurisprudencial de nuestro más alto tribunal, y, del mismo modo, no denota el fallo puesto en crisis yerro en la aplicación de la ley sustantiva en los términos del art. 456 del cód. procesal penal (de la disidencia del doctor GEMIGNANI). A.L.R.*

58.660 – CFed. Casación Penal, sala IV, marzo 13-2015. – Pretensio querellante: AFIP s/legajo de apelación (causa nº CFP 5400/2013/1/CF1).

En la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de marzo del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos, como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 36/43 de la presente causa CFP 5400/2013/1/CF1, caratulada:

“Pretense Querellante: AFIP s/ legajo de apelación” de la que resulta:

I. Que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital, con fecha 7 de abril de 2014, resolvió confirmar la resolución obrante a fs. 14, en cuanto declaró inadmisibles la petición formulada por el doctor J. P. F., en representación de la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social de la AFIP, para ser legitimado en el rol de querellante durante el trámite del proceso (fs. 32/33).

II. Que contra esa resolución interpusieron el recurso de casación los doctores G. G. A. y J. C. R., en representación de la AFIP, con el patrocinio letrado de los doctores Ariel Dansaut y María Belén de las Mercedes Longo, el que fue concedido por el tribunal *a quo* (fs. 46/vta.), y mantenido en esta instancia a fs. 54.

III. Los impugnantes encauzaron el recurso por la vía de ambas hipótesis previstas por el art. 456 del C.P.P.N., por considerar inobservado lo dispuesto por el artículo 82 del C.P.P.N. y el artículo 23 de la ley 24.769, desatendiendo así el derecho de la AFIP de constituirse en parte querellante en razón de que hechos como los denunciados vulneran directamente la integridad de los Recursos de la Seguridad Social, y revelan circunstancias que podrían configurar los delitos de evasión previsional tipificados en los artículos 7 y 8 de la ley 24.769, siendo dicho organismo el encargado de la aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución judicial de los Recursos de la Seguridad Social.

Agregaron que el artículo 23 de la ley 24.769 establece la obligación de la AFIP de asumir el rol de querellante en nombre y representación del Fisco Nacional, en aquellos delitos que afectan los Recursos de la Seguridad Social; y que no puede desconocerse la estrecha relación que existe entre dicho organismo y cualquier acto que ponga en peligro la correcta percepción de los recursos cuya integridad debe preservarse. Con independencia de las funciones atribuidas al Ministerio Público Fiscal.

Solicitaron los impugnantes que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y que se case la decisión recurrida.

Hicieron reserva de caso federal.

IV. Que cumplido el plazo previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., y transcurrida la etapa prevista por el 468 del C.P.P.N. de lo que se dejó constancia en autos (fs. 57 y 61), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Realizado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: doctor Gustavo Hornos, doctor Juan Carlos Gemignani y doctor Mariano Hernán Borinsky.

El señor juez *Gustavo M. Hornos* dijo:

I. En punto a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, esta Cámara ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que el pretense querellante posee la facultad de recurrir ante esta instancia, dado que

“...a quien se le ha denegado su pretensión para asumir tal función procesal (querellante) no agota su capacidad recursiva en la apelación ante la segunda instancia correspondiente, sino que, en búsqueda de una decisión fundada por parte del Tribunal que se ha pronunciado, derecho innegable que se ampara en la garantía constitucional del debido proceso contemplado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, tiene la facultad de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso extraordinario, y, lógicamente, a esta Cámara Nacional de Casación Penal a través del recurso de casación” (cfr.: causa Nro. 553: “Celles, Francisco y Celles, Mabel Beatriz s/recurso de casación”, Reg. Nro. 869 de esta Sala, rta. el 23/6/97; y Sala I: causa Nro. 37: “Borenholtz, Bernardo s/recurso de casación”, Reg. Nro. 44, rta. el 28/9/93; criterio que fuera luego sentado por esta Cámara Nacional de Casación en pleno, el 23 de junio de 2006, en el fallo plenario Nro. 11: “Zichy Thyssen, Federico; Ivanishevich, Alejandro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”).

Asimismo, el recurso de casación interpuesto ha satisfecho los recaudos mínimos de fundamentación requeridos por el artículo 463 del C.P.P.N.

II. En primer término, cabe recordar que el tribunal de la anterior instancia sustentó su decisión en la sustancial consideración de que el ahora recurrente no se encuentra habilitado para asumir el rol de querellante, en tanto no se aprecia que el organismo recaudador, teniendo en cuenta las funciones que le han sido asignadas conforme los Decretos n° 618/97 y 1231/01 ostente la calidad de damnificado directo de los delitos de reducción a la servidumbre y trata de personas que se investigan aquí, condición esta que se exige ineludiblemente para la asunción del rol de querellante; y que la evasión o la sustracción al control del organismo recaudador no resulta una pauta definitoria de los delitos denunciados en estos actuados, si bien es un extremo más a valorar.

III. Ahora bien, respecto de la sustancial cuestión presentada, corresponde señalar que, tal como lo sostuve en el precedente “Eraso” citado (causa nro. 8264: “Eraso, Raúl Alfredo y otro s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 12.744, rta. el 4 de diciembre de 2009), al que habré de remitirme ahora en relación a la cuestión planteada, se encuentra fuera de discusión que el Ministerio Público Fiscal es el órgano estatal específico de persecución penal pública.

Que, sin embargo, diversas leyes particulares legitiman a otros organismos estatales diferentes, para intervenir como querellante en el proceso penal, con sus mismas facultades, deberes y responsabilidad –sin desplazar a la fiscalía–. Y esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 23 de la ley 24.769, en cuanto le acuerda dicha facultad al organismo recaudador, al prever que “...podrá asumir, en el proceso penal, la función del querellante particular a través de funcionarios designados para que asuman su representación”.

Esta regla adquiere sentido ni bien se mira que en los llamados “delitos de acción pública” se denomina que-

rellante, en principio, a la persona, de Derecho público o privado, portador del bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento, esto es, sintéticamente, al *ofendido* por ese hecho punible, en lenguaje común para el derecho procesal penal (cfr. el artículo 82 del C.P.P.N.).

En aquellos supuestos, la intervención de estos organismos del Estado como parte querellante en el proceso penal, encuentra específico fundamento en el tipo de bienes jurídicos afectados por el delito de que se trata, por lo que parece legítimo que, lejos de actuar como órgano jurisdiccional, se constituya en parte del proceso (cfr. el fallo “Gostanián Armando s/ recurso extraordinario” (G.1471. XL, rta. el 30/5/06).

Es más, en relación al caso, en este punto del análisis efectuado, corresponde tener presente que en tanto el artículo 82 del C.P.P.N. establece que: “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante...”, deviene necesario precisar, entonces, qué persona resulta “particularmente ofendida” en los términos de la ley en el caso concreto, para poder así determinar quién se encuentra habilitado para intervenir como querellante en un proceso donde se haya iniciado una acción penal pública.

No se protege solamente el bien jurídico tutelado por la norma penal y que aparece violado por la conducta que constituye el contenido de la imputación, sino también a aquellos bienes garantizados secundaria o subsidiariamente.

Así, la invocación del bien jurídico protegido por el concreto delito imputado para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantizados; de manera que siempre que derive un perjuicio directo y real, quien lo sufre se encuentra legitimado para ejercer el rol de querellante.

En el caso de los delitos denunciados no puede sostenerse que, en su consecuencia, no resulte afectada la integridad de los Recursos de la Seguridad Social, y, con ello, que sea también el Estado particular ofendido por dichas conductas, en una parte sustancial, en tanto titular de la Hacienda Pública; supuesto en el que la ley lo faculta a constituirse en parte del proceso como querellante (arts. 82 del C.P.P.N. y 23 de la ley 24.769).

Dicha conclusión, a la luz del principio de la división de poderes, no presenta ningún riesgo de que se confundan el ente ejecutivo con el órgano independiente que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 120 de la C.N., tiene a su cargo la función de promover la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República; en tanto, obviamente, el alcance de esta normativa, junto con el artículo 5 de la C.N., debe completarse, armoniosamente, con el derecho a impulsar el proceso que le otorga a la querrela el artículo 82 del C.P.P.N. al disponer que “toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso,

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 16, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que AZCONA MESIAS, VIOLETA nacida en Lima, Perú, el 02 de mayo de 1974, con D.N.I. n° 94.041.171 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Buenos Aires, 17 de diciembre de 2014. **Silvina A. Bracamonte**, sec. I. 1-4-15. V. 6-4-15 4224

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 16, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que BUSTAMANTE QUINTERO, PATRICIA DEL CARMEN, nacida en Talca, Chile, el 27 de octubre de 1981, con DNI N° 94.354.876 ha peticionado la concesión de la ciudadanía, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pe-

dido. Buenos Aires, 12 de septiembre de 2014. **Silvina A. Bracamonte**, sec. I. 6-4-15. V. 7-4-15 4215

SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 49 a cargo del Dr. **Oswaldo Onofre Álvarez**, Secretaría única a cargo de la Dra. **Viviana Silvia Torello**, sito en Uruguay 714, piso 7°, CABA, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de don JOSE GARCIA, a los efectos que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 10 de marzo de 2015. **Viviana Silvia Torello**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4222

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 42, sito en la calle Uruguay 714, piso 2°, CABA, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores del causante Don CHICOTE MIGUEL ANGEL. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 13 de marzo de 2015. **Laura Evangelina Fillia**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4228

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 101, Secretaría única de Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de LUIS ALBERTO BARBERIA OSCARIZ. El presente deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 9 de marzo de 2015. **Alejandro Cappa**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4222

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 35, cita y emplaza a herederos y acreedores de ENRIQUE FONDO, para que dentro del plazo de 30 días comparezcan en autos a hacer valer sus derechos. Publíquese edictos por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 6 de marzo de 2015. S.L. **Gustavo G. Pérez Novelli**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4218

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 42, secretaria única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de CELIA MOSCOVICH a los efectos de que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 25 de marzo de 2015. **Laura Evangelina Fillia**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4219

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 17, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ZULEMA JULIA BAIBIENE (L.C. 0.081.783). Publíquese por tres días. Buenos Aires, 19 de marzo de 2015. **Mariel R. Gil**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4223

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 93, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de OSVALDO NESTOR MARTINEZ. Publíquese por 3 días en El Derecho. Buenos Aires, 11 de marzo de 2015. DG. **María Marta Insinger Outon**, sec. int. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4210

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 49, Secretaría Única, sito en la calle Uruguay 714 piso 7°, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de WILLIAMS ADELA MIRIAM. El presente deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 4 de febrero de 2015. **Viviana Silvia Torello**, sec. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4214

El Juzgado Civil N° 95 cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de MIGUEL ANTONELLI. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, 12 de febrero de 2015. **María de las Mercedes Domínguez**, sec. int. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4209

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de días a herederos y acreedores de LILIANA MIRTA FERRARI a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 25 de marzo de 2015. **Adrián E. Marturet**, sec. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4208

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 103 a cargo del Dr. **Martín A. Christello**, Secretaría a mi cargo, sito en la Av. de los Inmigrantes 1.950 piso 1°. Cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Don ISAAC NATAN MIZRAHI a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, marzo 20 de 2015. **Eduardo Alberto Villante**, sec. I. 1-4-15. V. 7-4-15 4226

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 49 cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de MANUEL RODRIGUEZ, a efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de marzo de 2015. **Viviana Silvia Torello**, sec. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4207

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 49 cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de AIDA JUFE. El presente edicto deberá ser publicado por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 9 de marzo de 2015. **Viviana Silvia Torello**, sec. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4211

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 105, cita y emplaza a herederos y acreedores de don GRACIELA BEATRIZ CALDERON, por el plazo de treinta días, a fin de que hagan valer sus derechos. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 26 de febrero de 2015. B. **Georgina Graspas**, sec. int. I. 6-4-15. V. 8-4-15 4213



EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan”.

Es decir, que si bien puede sostenerse, en principio, que estos organismos estatales con legitimación para querellar representan al Estado, al igual que el Ministerio Público Fiscal, de ello no se deriva necesariamente una identidad absoluta de intereses y funciones entre los mismos que permita concluir que en estos casos se “duplique” o, mejor dicho, se “superponga” la intervención estatal en idéntico sentido, constituyendo el “exceso” pretendido, violatorio del principio de razonabilidad de los actos de gobierno (art. 28 de la C.N.).

Y es en este aspecto que considero aplicable a supuestos como el planteado en autos, la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Gostanián”, ya citado, en cuanto a que “...con base en el principio de separación de poderes, no hay ningún riesgo de que se confundan el ente ejecutivo y aquel que tiene la titularidad... de la acción pública...”. Ello, sin perjuicio de que el Estado debe a sus habitantes un accionar fundamentado y debidamente coordinado de sus diferentes estamentos y representantes.

Propicio entonces que se haga lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 36/43 por los doctores G. G. A. y J. C. R., en representación de la AFIP, con el patrocinio letrado de los doctores Ariel Dansaut y María Belén de las Mercedes Longo, y que se revoque la resolución impugnada de fs. 32/33, y que se tenga por parte querellante al doctor J. P. F., en representación de la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social de la AFIP. Sin costas (arts. 470 y 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez *Juan Carlos Gemignani* dijo:

I. Que doy por reproducidos los sucesos y agravios puestos de relieve en el voto que antecede.

En base a esos elementos, habré de apartarme de la solución propuesta por mi colega preopinante.

II. En efecto, tal como sostuve en la causa nro. 16.253 de esta Sala IV caratulada “Álvarez, Enzo s/ recurso de casación”, reg. 828/13, rta. el 23/03/12; comparto la opinión que considera que al referirse a la persona “...particularmente ofendida...” el artículo 82 del C.P.P.N. exige un daño o peligro concreto en los términos de la legislación civil, lo cual no se verifica en el presente.

Es que la regla del premencionado artículo 82 del C.P.P.N. alude “...a la denominada legitimación para obrar o legitimación procesal, dato que hace referencia a quienes actúan en el proceso y quienes se hallan especialmente habilitados para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. Dicha condición es propia de la persona que, de modo especial, singular, individual y directo se presenta afectada por el daño o peligro que el delito comporta, comprende a los mencionados en primer término por el art. 1079, CC” (cfr. cfr. D’Albora Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, 7ª edición, pág. 199).

Cabe recordar que el artículo 1079 del Código Civil de la Nación establece que “[l]a obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquél a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiera sufrido, aunque sea de una manera indirecta”, es decir que mientras que el primero de los mencionados podrá ser querellante, el segundo tendrá solamente derecho a exigir la reparación mediante acción civil resarcitoria (cfr. en igual sentido Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, 4ª edición, tomo III, p. 354).

También se ha sostenido que “...la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no se ha excluido la protección subsidiaria de otros bienes garantidos, siempre que derive perjuicio directo y real, quien

lo sufre se encuentra para ejercer el rol de querellante...”. (cfr. D’Albora ob. cit., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, 7ª edición, pág. 201).

En orden al caso puntual que nos convoca, entiendo que el hecho “*prima facie*” investigado, no evidencia ese interés directo que la norma exige y por lo tanto, el criterio adoptado por el *a quo* se encuentra a salvo de la tacha de arbitrariedad, a la luz de los criterios emanados de la doctrina emanada de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal (Fallos: 311:948, 1945 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909).

Del mismo modo, no denota el fallo puesto en crisis, yerro en la aplicación de la ley sustantiva en los términos del artículo 456 del C.P.P.N., lo que me lleva a homologar la decisión recurrida.

III. En razón de ello, propicio al acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por los letrados representantes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, con costas (arts. 456 inc. 1 y 2, 470 y 471 a “contrario sensu” y 531 del C.P.P.N.).

Así voto.

El señor juez doctor *Mariano Hernán Borinsky* dijo:

Conforme surge del requerimiento fiscal de instrucción (arts. 180 y 188 del C.P.P.N., fs. 9/10 del presente incidente), las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la denuncia formulada por el Subdirector General Técnico legal de los Recursos de la Seguridad Social de la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, “A.F.I.P.”), a raíz del resultado que arrojó un procedimiento de verificación y fiscalización realizada en los dos talleres textiles ubicados en la calle La Rosa de esta ciudad, altura ... y ..., respectivamente. Dicho procedimiento estaba “destinado a comprobar el cumplimiento de obligaciones previsionales respecto del taller ubicado en la calle La Rosa ..., cuya titularidad pertenece a F. C. M. [...], quien no se encuentra inscripto como empleador en la AFIP”.

En el marco de dicho procedimiento, se detectó que en dicho taller había 11 trabajadores de nacionalidad boliviana en el taller sito en La Rosa ..., de los cuales 5 manifestaron residir en dicho lugar. Todos explicaron que trabajaban jornadas laborales extensas de hasta 13 hs. diarias, por las que percibirían remuneración inferior al salario mínimo previsto en el Convenio Colectivo de trabajo, inclusive en algunos casos inferior al 50% de dicho monto. Asimismo, se verificó que existía relación entre dicho taller y el ubicado en la misma calle, altura ... Ambos estarían siendo alquilados por la misma persona, los empleados de uno se encontraban en el otro y los establecimientos compartían algunas firmas como clientes.

En consecuencia, se advierte que lo afirmado por el “*a quo*”, en orden al alcance del objeto de investigación en el caso de autos y a la consiguiente calidad de damnificado directo de la A.F.I.P. en el caso en examen, no se ajusta a las constancias obrantes en la causa. En efecto, conforme lo destaca mi distinguido colega doctor Gustavo M. Hornos en su voto, en el caso de los delitos denunciados en autos no se puede sostener que, en su consecuencia, no resulte afectada la integridad de los recursos de la seguridad social y, con ello, que sea también el Estado particular ofendido por dichas dichas conductas, en una parte sustancial, en tanto titular de la hacienda pública; supuesto en el cual la ley lo faculta a constituirse en parte del proceso como querellante (arts. 82 del C.P.P.N. y 23 de la ley 24.769).

Con las precedentes consideraciones y, compartiendo en lo sustancial los argumentos desarrollados por el doctor Gustavo M. Hornos en su voto, adhiero a la solución que ha propiciado al acuerdo.

Por ello, en virtud del acuerdo que antecede, por mayoría, el tribunal *resuelve*:

Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 36/43 por los doctores G. G. A. y J. C. R., en representación de la AFIP, con el patrocinio letrado de los doctores Ariel Dansaut y María Belén de las Mercedes Longo, Revocar la resolución impugnada de fs. 32/33, tener por parte querellante al doctor J. P. F., en representación de la

Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social de la AFIP. Sin costas (arts. 470 y 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada Nº 15/13 –Lex 100–, CSJN). Remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. – *Gustavo M. Hornos*. – *Juan C. Gemignani*. – *Mariano H. Borinsky*.

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Colombia decide si las parejas homosexuales pueden adoptar niños

La Corte Constitucional colombiana tiene en sus manos la decisión sobre la posibilidad, en general, de las parejas del mismo sexo de adoptar niños. Recordemos que hace pocos meses esa misma Corte Constitucional avaló las adopciones consentidas en el caso de homosexuales, esto es, permitió a una persona la adopción del hijo biológico de su pareja homosexual. Ahora está en juego la adopción, en general, por parejas homosexuales.

Se trata de la acción pública de inconstitucionalidad (Expte. D-10315), presentada en 2014 por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas, contra los arts. 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y contra el art. 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

El demandante considera que estos artículos son contrarios al Preámbulo y a los arts. 1º, 13, 42 y 44 de la Constitución colombiana, así como al art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aduce que las leyes demandadas desconocerían el derecho fundamental a la dignidad humana, reconocido en la Constitución de Colombia, al impedir a las parejas homosexuales ser percibidas como familias. Las normas también son acusadas de desproteger a las parejas homosexuales y de humillarlas. Asimismo, las mencionadas leyes, según el actor, significarían una violación del principio constitucional del pluralismo, teniendo en cuenta la última jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el art. 42 de la Constitución y el concepto de familia. Igualmente, se estaría generando una violación del derecho a la igualdad, al implicar una discriminación en razón de la orientación sexual, vedando a los homosexuales el acceso al matrimonio y a la adopción de menores. Con respecto a este último punto, se argumenta que la oportunidad del niño en situación de abandono de tener una familia debería ser considerada más importante que la orientación sexual de los adoptantes.

El miércoles 4 de febrero pasado, la Corte Constitucional sometió el tema a votación, de lo cual resultó un empate entre los magistrados. Por esta razón, se nombró al conjuce José Roberto Herrera Vergara para que decidiera sobre la cuestión de fondo.

Recientemente, se fijó para el miércoles 18 de febrero la reunión de la Sala Plena de la Corte Constitucional para escuchar los argumentos y la decisión del Dr. Herrera Vergara sobre la adopción de niños por parte de las parejas del mismo sexo.

Al respecto, es necesario aclarar que está en juego, en este tema, el interés superior del niño, y es este principio el que debe fundamentar las decisiones a tomar. Recordemos que, según gran parte de la literatura científica existente respecto del tema, el ejercicio de la sexualidad de los padres no es indiferente para los hijos y, por lo tanto, afecta su interés superior. Si bien se trata de una materia muy debatida, es al menos reconocido que estamos ante un terreno experimental, al que de ninguna manera es posible someter a niños en un estado tal de vulnerabilidad.

Para acceder a todos los documentos mencionados, puede visitarse: www.observatoriointernacional.com.

MARÍA INÉS FRANCK
www.observatoriointernacional.com
Febrero de 2015

VOCES: ADOPCIÓN - DERECHO COMPARADO - FAMILIA - FILIACIÓN - DERECHOS HUMANOS - MATRIMONIO - MENORES - PERSONA - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER JUDICIAL - ESTADO EXTRANJERO