



## Reflexiones sobre la eventual reforma de la Constitución de la provincia de Mendoza

C. Ignacio Giuffré

**SUMARIO:** I. Aproximación al tema.- II. Procedimientos de participación y de difusión.- III. Propuesta de asuntos para abordar en la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma.- IV. Reflexiones finales.

### I. Aproximación al tema

Mientras que en Mendoza se está verificando el centenario de la sanción de nuestra Carta Fundamental, se avizora tanto en los actores académicos como políticos la voluntad de abrir un debate en derredor de ella. En tal contexto, se ha de celebrar la iniciativa de dar esta postergada discusión sobre la actualización que los mendocinos tanto necesitan y merecen en torno a la reforma de la Constitución.

El pueblo local se halla frente a una oportunidad única y excepcional, consistente en la posibilidad de, por un lado, dejar atrás la legislación del siglo pasado que presenta límites para hacer frente a los desafíos del nuevo siglo y, por el otro, darse su propia ley, sus propias instituciones, de establecer lo que considera justo y lo que no, de reconocer más derechos y de modernizar la organización del poder del Estado.

En otras palabras, dado que por lo general se nace en un orden normativo ya establecido, lo que hoy se presenta significa una ocasión histórica e incommensurable para valerse del poder de elegir y decidir nuevas formas de vida, con distintas estructuras de sentido sobre hechos o acciones.

Disponer de una de las mejores constituciones del siglo, como hace cien años lo lograron los convencionales constituyentes mendocinos, no sólo redundaría en beneficio de este pueblo, sino que también sería un modo de emular a quienes sancionaron aquella Constitución pionera en el reconocimiento de derechos sociales, incluso previa a las de Weimar en 1919, de México en 1917 y de España en 1931.

El procedimiento de reforma total o parcial (art. 219) de la Constitución de Mendoza consta de tres etapas. En primer lugar, se precisa una ley que declare la necesidad de tal cambio (art. 220). Luego, esa intención de la Legislatura debe ser confirmada en una consulta popular por la mayoría de los ins-

criptos en el padrón en la próxima elección de diputados —recién en el año 2017— (art. 221). Finalmente, se inicia el proceso de modificación propiamente dicho ante una Convención Constituyente cuyos miembros son elegidos por el pueblo (art. 222).

En este cuadro, se ha de tener en claro que la producción del derecho no es una actividad aséptica, neutral y puramente técnica, sino que constituye una operación cargada de ideologías —los sujetos defienden distintos principios y valores— y que produce efectos políticos —distribuye poder en la sociedad, ya que establece estructuras de sentido: otorga derechos a unos y determina deberes o prohibiciones a otros; empodera a determinados sectores en desmedro de otros; ampara o no ciertas conductas; erige un orden económico, lo reproduce y lo legitima; permite ciertas relaciones entre las personas, sean antropológicas, de producción o del grupo familiar, a la vez que prohíbe otras; etcétera—.

De ahí que la producción del derecho en manos de grupos dominantes, implica un medio de dominación, de opresión, de reproducción de las relaciones hegemónicas, de expansión de las asimetrías sociales y de preservación de sus intereses y finalidades (Cárcova, 2012: 124). Mientras que en manos de los sectores opuestos, consiste en una formidable herramienta para avanzar en el reconocimiento de derechos hacia una sociedad más digna y equitativa.

### II. Procedimientos de participación y de difusión

Como primer paso, ante esta posible reforma, se hace imperioso llevar a cabo *procedimientos institucionales* a través de los cuales se pueda efectivizar el “derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos”, consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 23.1 Convención Americana de Derechos

Humanos, art. 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 20 Declaración Americana de Derechos Humanos).

Procedimientos participativos válidos resultan los coloquios y las jornadas programadas e impulsadas por parte de la Legislatura como desde las universidades para este año. Sin embargo, hay uno que reviste vital idoneidad: *las audiencias públicas*, que constituyen un instituto basado, por un lado, en uno de los imperativos del *axioma republicano* (art. 1 CN) cual es la publicidad de los actos de gobierno y, por el otro, en el *brocardo de soberanía del pueblo* (art. 33 CN), según el cual, el poder del Estado procede del pueblo, al ser éste el portador del derecho subjetivo a participar con igualdad de oportunidades en la formación democrática de la voluntad común, mediante la autodeterminación ciudadana.

Frente a este caso de gran interés colectivo, las audiencias públicas no sólo permitirían mejorar la información de los legisladores y los convencionales, sino que también facilitarían un mayor conocimiento para la sociedad civil que es quien debe aprobar el referendo citado. Pero además, ella podrá hacer manifiestos sus pretensiones, problemas e intereses para incidir en la formación institucionalizada de la voluntad de los legisladores y de los convencionales.

Las audiencias públicas no sólo institucionalizan esa *formación* de la voluntad y la opinión política de modo racional, sino que también garantizan el *medio mismo* en el que ella puede expresarse como voluntad común conformada intersubjetivamente por los miembros de una comunidad jurídica.

En este sentido, las audiencias públicas reflejan un ejercicio de la democracia deliberativa, que propone la adopción de procedimientos colectivos de toma de decisiones políticas de modo democrático, con participación directa o indirecta de todos los potencialmente

afectados por tales resoluciones, y basado en el principio de la argumentación dialógica entre los decisores.

En tal marco, es dable atender al *principio del discurso* de Habermas, que señala lo siguiente: “válidas son aquellas decisiones (y sólo aquellas) en las que todos los que pudieran verse afectados concurren a prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.

Este modelo de democracia, según Martí, está caracterizado por ocho *principios estructurales* constitutivos del proceso deliberativo: el de argumentación, el de un procedimiento abierto, el de inclusión, el de publicidad, el de procedimiento colectivo, el de procedimiento continuo y los de libertad e igualdad de los participantes.

El objetivo radica en desplazar la visión de la política centrada exclusivamente en el Estado, a partir de comprender que la ciudadanía también es capaz de acción colectiva. Ello es congruente con la sentencia del caso “Intendente Municipal Capital s/ amparo” (2014) de la Corte Suprema, donde se aseveró que “la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular”, pues es el pueblo soberano, quien reunido a través de sus representantes, estatuye la nueva Ley Fundamental.

Las audiencias públicas efectivizan la idea central de la democracia deliberativa, compuesta por la *interacción* entre órganos estatales institucionalizados y la formación de una opinión pública no institucionalizada. Tal manera de interactuar supone la posibilidad de decidir racionalmente las diferencias suscitadas en la sociedad, por lo tanto, implica una fuente de *legitimidad* de las decisiones políticas.

La influencia del espacio público puede lograr consolidar y desarrollar un alto grado de discusión respecto a un asunto colectivo y,

### DOCTRINA

Reflexiones sobre la eventual reforma de la Constitución de la provincia de Mendoza

C. Ignacio Giuffré ..... 1

### NOTA A FALLO

El estado de las cárceles y la prisión preventiva

Rafael Berrueto ..... 4

### JURISPRUDENCIA

PRISIÓN PREVENTIVA. Requisitos de procedencia. Control judicial inmediato. Duración razonable. Utilización como recurso de prevención del delito. Necesaria demostración del peligro procesal de la libertad del imputado. Principio de inocencia. Contradicción con el Estado de De-

recho. Actuación de oficio. Actuación del acusador. Casos de violencia de género o intrafamiliar (CS Mendoza) ..... 3

### ACTUALIDADES

Actualidad en Derecho Civil

Ariel Parellada y Santiago Rauek. .... 9

Actualidad en Derecho Administrativo

Facundo Díaz Araujo y Bernardo Talamonti Baldassarre. .... 10

Actualidad en Derecho de Familia

María V. Lizárdez. .... 11

en determinadas circunstancias, puede generar la adopción de decisiones por parte de los órganos institucionalmente establecidos con una alta dosis de calidad en términos de contenido, información, racionalidad, intersubjetividad y consenso.

De este modo, se fortalece el vínculo entre los ciudadanos y los funcionarios, a la vez que se abren canales de difusión y de control en los ámbitos de toma de decisiones políticas, vigorizando la esfera pública mediante la deliberación pública informal y no institucional que se genera al asistir a la audiencia o difundirla en directo, por ejemplo, a través de canales de televisión, Youtube, redes sociales, etcétera.

Lo vertido hasta aquí se justifica porque la experiencia mendocina constata que la única vía para concretar la reforma constitucional es llevando adelante mecanismos de participación y difusión, que son los capaces de cumplir con el exigente requisito del art. 220 de la CM, que conforme a la jurisprudencia, pide la concurrencia de más de la mitad, pero no del padrón sino de los votantes; requisito que se agrava si se tiene en cuenta que aproximadamente un 20% de la población no concurre a sufragar.

### III. Propuesta de asuntos para abordar en la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma

En los próximos párrafos se han de sugerir algunos puntos constitucionales considerados como menesterosos de tratamiento por parte de: en primer lugar, el Estado y la ciudadanía a fin de lograr un consenso inicial y básico sobre la reforma; en segundo término, la Legislatura al momento de dictar la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma; y por último, la Convención Constituyente habilitada para abordar los asuntos predeterminados por la mentada ley.

**1. Los Tratados Internacionales:** sería conveniente incluir un artículo que señale que en la provincia rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen; aclarando también, que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y que ésta no puede cercenarlos.

**2. La figura del Ombudsman:** es necesario el ingreso a la Constitución del Defensor del Pueblo, tal como lo contempla el art. 86 de la Carta Magna Nacional, como órgano independiente, portador de las mismas inmunidades y privilegios de los legisladores, designado con el voto de las dos terceras partes de las cámaras de la Legislatura, que dure en sus funciones cinco años, con legitimación procesal y cuya misión sea, por un lado, la de controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas y, por el otro, proteger los derechos humanos, garantías e intereses tutelados en la legislación mendocina, ante hechos, actos u omisiones de la Administración.

**3. La situación del Ministerio Público:** a fin de garantizar la efectividad de los derechos y garantías, resulta imprescindible: a) sacarlo de la esfera del Poder Judicial con el objeto de situarlo institucionalmente como un “órgano extrapoder”, pues tal ubicación es la que garantiza de manera cabal su independencia y autarquía financiera; b) independizar al Ministerio Público de la Defensa del Ministerio Público Fiscal a los efectos de asegurar la autonomía funcional, la autarquía financiera, la inviolabilidad de la defensa en juicio y la paridad de armas entre la parte Defensiva y la parte Acusadora; c) establecer la periodicidad de los cargos de Procurador General y Defensor Oficial. Todo esto es congruente con lo establecido en el art. 120 de la CN, como en el Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela” de la Corte Interamericana y en una resolución

de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA, AG/RES. 2821, XLIV-O/14).

**4. La autonomía municipal:** a más de veinte años del mandato del artículo 123 de Constitución Nacional, Mendoza no puede esperar más para reconocer la potestad de los municipios de dictar sus propias Cartas Fundamentales, mediante las convenciones que convoquen al efecto.

**5. Las comunas:** la reforma que institucionalice la autonomía municipal en Mendoza sería perfectamente compatible con la distinción de dos categorías de organización local: municipios y comunas, con el criterio distintivo del número de habitantes, atento a la búsqueda de una mejor descentralización política e institucional. Se conseguiría así, una relación de cercanía entre gobernantes y gobernados en las villas de Bowen, Uspallata, La Consulta, Palmira, Chacras de Coria, entre otras, a partir de la posibilidad de ellas de elegir a sus autoridades —una comisión de vecinos— y de definir sus destinos.

**6. Un sistema democrático o uno dialógico de control de constitucionalidad de normas:** a) *Un sistema democrático:* reconocido el control judicial de constitucionalidad como un modo de restringir el poder de las mayorías al darles a las minorías la facultad de impedir o demorar un cambio legislativo, se sugiere analizar un sistema bimodal de control de constitucionalidad, que mantenga el régimen de revisión judicial, pero que también incluya un mecanismo democrático de control constitucional. De este modo, a fin de recuperar el lugar del pueblo en la tarea colectiva de interpretación constitucional y construcción de significados constitucionales, los ciudadanos deberían tener la facultad de que sus reclamos sean resueltos por un jurado constitucional. Se trata de una opción útil cuando ellos tienen que defender sus derechos frente a grupos corporativos que pueden ejercer influencia sobre la judicatura (Spector, 2014: 194). b) *O un sistema dialógico:* su paradigma está en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982 que contempla la posibilidad de que cuando una decisión judicial invalide una ley con fundamento en la Carta, aquella pueda ser revocada, modificada o anulada por una nueva ley. Por supuesto que los términos de cualquier ley nueva se verían poderosamente influenciados por los argumentos de la decisión de la Corte. Así, un ejemplo del modelo deliberativo sería el siguiente: la Legislatura promulga una ley, posteriormente ésta es declarada inconstitucional por Tribunal Supremo, seguidamente la Legislatura puede o estar de acuerdo con esa interpretación y modificar la ley para que sea acorde a ella o bien volver a sancionarla igual, reconfigurada o luego de una consulta popular.

**7. El deber de efectuar un control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio:** se ha de consagrar la obligación no sólo de los operadores judiciales, sino también de “toda autoridad pública” (Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 2011) de ejercer el control de constitucionalidad y de convencionalidad de leyes, actos y omisiones de los restantes órganos de gobierno y de los particulares, incluso “de oficio” (Corte IDH, Caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, 2006).

**8. La conformación del Órgano Legislativo:** es imperiosa la representación de todos los departamentos en pie de absoluta igualdad en la Cámara de Senadores, tal como sucede con las provincias en el Senado de la Nación, a los fines de afianzar el federalismo provincial.

**9. La extensión de las sesiones ordinarias de la Legislatura:** conforme con el artículo 84 de la CM el período legislativo se extiende desde el primero de mayo al treinta de septiembre, vale decir que tal Órgano sólo cuenta con cinco meses de actividad. Lo cual es inconcebible, por ello, debería funcionar,

a lo menos, como el Poder Judicial, esto es desde febrero a diciembre con quince días de receso en julio.

**10. Los impedimentos para ser legislador:** se debe suprimir el obstáculo discriminatorio establecido en el artículo 65 de la CM para “los afectados por capacidad física”.

**11. Atribuciones de la Legislatura:** es menester modernizar y precisar las funciones del Órgano estatal más federal y representativo de la voluntad popular. En tal sentido, tres potestades novedosas son las consagradas en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional: a) proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la generación de empleo, al desarrollo científico y tecnológico; b) legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales; c) proteger los espacios audiovisuales.

**12. El Órgano Judicial:** con la finalidad de democratizar los servicios públicos de justicia, se han de introducir en el texto de la futura Constitución los siguientes aspectos: a) que los cargos no sean vitalicios o que su duración no se extienda a más de 75 años sin contar con la revalidación de la Legislatura —conforme el art. 99 inc. 4 de la CN—; b) que se acceda a ellos luego de procesos públicos y democráticos, aclarando que no pueden ser ocupados por personas que no demuestren un compromiso con los Derechos Humanos; c) el juicio por jurados, receptado en tres artículos de la Carta Nacional (24, 75 inc. 12 y 118).

**13. El laicismo estatal:** con el objetivo de dejar de colmar de privilegios a una religión determinada y colocarlas a todas en un pie de absoluta equivalencia, el Estado no cooperará a sostener culto alguno, quedando en consecuencia prohibido conceder subvenciones religiosas.

**14. Límites a la reelección de los cargos públicos electivos:** se debe terminar con la reelección indefinida tanto de los legisladores, como de los intendentes y concejales, aunque la situación de estos dos debe ser regulada en las Cartas que oportunamente erija cada municipio.

**15. El sistema de administración del agua:** atento al oasis que es Mendoza, se debe establecer una regulación específica sobre la preservación y uso equitativo del recurso hídrico. A su vez, es necesaria la participación de los usuarios en el Departamento General de Irrigación.

**16. La función social de la propiedad:** la Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema tienen establecido que no se puede concebir al dominio como derecho ilimitado, porque su reconocimiento no impide la existencia de restricciones, limitaciones o intervenciones del Estado en aras de compatibilizarlo con otros derechos, intereses opuestos y bienes colectivos. Una concepción contraria, sería antisocial; por ello su ejercicio debe ser regular y reglamentado. La función social de la propiedad tuvo asidero en la Carta brasilera de 1946 y en el Capítulo IV de la Constitución argentina de 1949, que llevaba por título “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”. Su fundamento era que para asegurar la libertad democrática, se debía regular la libertad de los poderosos que siempre traban la de los débiles.

**17. El derecho a la educación:** se ha de garantizar que la formación primaria y secundaria sea pública, universal, gratuita, laica y obligatoria.

**18. El derecho al voto desde los 16 años:** porque la legislación nacional instauró el sufragio op-

cional de las personas de 16 y 17 años de edad, pero solo para los cargos públicos electivos nacionales, no provinciales.

**19. La equidad:** en los últimos años se produjo un cambio en el paradigma del derecho de propiedad, de la justicia y de la igualdad. Hoy es inconstitucional pensar solo en la igualdad aritmética o formal (art. 16 de la CN), pues es obligatorio contemplar criterios de igualdad sustantiva o el principio de equidad.

**20. El derecho a la información pública:** conforme con el principio republicano de gobierno (arts. 1 y 33 CN) que establece la publicidad de los actos de gobierno y conteste con lo reconocido por los Tratados Internacionales, se debe llenar el vacío legal existente en la provincia en torno a este derecho humano, puesto que es la única vía para ejercer eficazmente otros derechos, como es la participación en los asuntos comunitarios.

**21. El derecho a la protesta social:** no es un derecho más, sino uno de relevancia democrática, pues ayuda a mantener vivos los restantes derechos, sin él, todos los demás quedarían bajo amenaza, puestos en riesgo y sin posibilidades de reclamo. Por eso, es imperioso colocar por encima del derecho de libre tránsito, a la integridad de las personas, a la libertad de expresión, a sus facultades de peticionar ante las autoridades la defensa de lo que les corresponde y a cuestionar un sistema económico, condiciones de trabajo o una política social, como es propio de una democracia. Ello no sería más que, una regulación conforme a los estándares internacionales sobre el derecho humano a la protesta, que es uno de los medios esenciales de se dispone para promover y defender los intereses económicos y sociales de la ciudadanía. Si se reconoce un robusto derecho a la crítica política, es dable esperar que se ganen nuevos derechos, que siempre son el producto de luchas sociales.

**22. Los derechos laborales, gremiales y previsionales:** es imperioso ser creativos en su consagración en orden a lograr tanto la plena y definitiva ocupación de los trabajadores, como el completo desarrollo de la personalidad humana. Sería importante que la Convención Constituyente reconozca la titularidad del derecho a huelga no sólo a los sindicatos con personería gremial, sino también a las asociaciones sin ella y a los grupos de trabajadores. Además, se debería reproducir “el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección” como lo hace el art. 14 bis de la CN.

**23. El derecho a la identidad:** se ha de reconocer y garantizar el derecho a ser diferente, con la prohibición expresa de discriminar por motivos de raza, etnia, orientación sexual, ideología, nacionalidad o cualquier otra consideración.

**24. La igualdad de género:** su respeto impone, por un lado, redactar el texto constitucional desde una perspectiva conteste con los derechos de género y, por el otro, reconocer la equivalencia real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos tanto en el Estado como en la actividad privada.

**25. El derecho a la salud:** resulta necesaria la consagración de este derecho que se encuentra comprendido implícitamente en el derecho a la vida y que es definido por la Organización Mundial de la Salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (párr. 2º, Preámbulo de la Constitución de la OMS). Él se halla consagrado luego de la reforma nacional de 1994, cuando se utiliza el adjetivo “sano” para calificar al ambiente (art. 41) y como derecho de los consumidores y usuarios a “la protección de la salud” (art. 42). Se trata de un derecho multidimensional, puesto que dispone una faceta negativa —derecho a

confidencialidad, a negarse a ser objeto de tratamientos o prácticas médicas, a no ser discriminado, etc.— y otra activa —facultad de exigir servicios médico-hospitalarios, suministro de medicamentos, información, asistencia, etc.—.

26. *Los derechos de las personas con capacidades diferentes, niños, embarazadas y ancianos:* en razón de la edad, estado o capacidades, se ha de proteger a ciertas personas para que puedan gozar de todos los derechos; también se ha de garantizar el principio superior del niño.

27. *El acceso a la vivienda digna:* dada la emergencia habitacional existente, es de indudable importancia social que se introduzca en la Constitución y para que luego se fijen, por parte de los órganos de gobierno, procedimientos o planes promocionales para la adquisición de viviendas.

28. *La seguridad democrática:* el Estado tiene la responsabilidad de asegurar el libre ejercicio y goce de sus derechos de la población, que por su parte, debe ser respetuosa de la ley. Pero ante su quebrantamiento, él debe proveer los medios necesarios para individualizar a los responsables y sancionarlos cuando corresponda. La delegación de la seguridad en las policías, el incremento de las penas, el debilitamiento de las garantías constitucionales y las políticas centradas en el encarcelamiento masivo basado en la prisión preventiva, son los ejes recurrentes de estas políticas. Por el contrario, la seguridad democrática exige estrategias de abordaje integral que complementen las acciones del sistema penal con intervenciones de todas las áreas del Estado y que articulen las políticas de seguridad con otras políticas públicas. Una adecuada política criminal y de seguridad requiere: una policía eficaz

en la prevención, de alta profesionalidad y debidamente remunerada; una Justicia penal que investigue y juzgue en tiempo oportuno a quienes infringen la ley, garantice la plena observancia de las reglas del debido proceso y de la defensa en juicio; y un sistema penitenciario que asegure condiciones dignas de encarcelamiento y de ejecución de la pena con sentido resocializador. Por otro lado, se ha de generar una mayor protección para los sectores excluidos, de modo de no profundizar la desigualdad.

29. *La situación de las cárceles o centros de rehabilitación, los derechos de los internos y la figura del Procurador de personas privadas de libertad:* en Argentina hay cerca de sesenta mil personas privadas de libertad cuyas condiciones de detención son crueles e inhumanas, con sobrepoblación en las cárceles, comisarías e institutos de menores, sin políticas públicas efectivas de reinserción social, con una enorme mayoría de presos sin condena y con prácticas sistemáticas de violencia y tortura. El cumplimiento de las penas en un Estado de Derecho ha de respetar los derechos y garantías fundamentales, a la vez que ha de encargarse de que el cumplimiento de la prisión preventiva y de la pena se dé en condiciones dignas y aptas para la readaptación de la persona condenada, sin que contribuya, como hasta ahora, a la reproducción y agravamiento de los problemas críticos de violencia, injusticia y delito que se propone resolver. Un ejemplo ilustre a seguir, lo constituye el Centro de Rehabilitación Punta de Rieles en Uruguay.

30. *Los mecanismos de participación ciudadana:* las audiencias públicas en los ámbitos de cada uno de los órganos del Estado, la iniciativa legislativa popular y la consulta popular, efectivizan el principio de soberanía popular

y el derecho de la ciudadanía a participar de las decisiones políticas.

31. *El medioambiente, los recursos naturales y la función ambiental de la propiedad:* dado que en Mendoza —que es un oasis— la actividad empresarial y minera acucia el ambiente y los recursos de la naturaleza, se debería contemplar una amplia tutela en estos aspectos.

32. *Garantías:* es sabido que limitarse a reconocer extensos catálogos de derechos sin los medios para hacerlos valer, carece de sentido. Por ello, ha de incluirse en la eventual Constitución las garantías de hábeas corpus, hábeas data y amparo.

33. *La regulación de los monopolios y los derechos de los consumidores y usuarios:* tal categoría de personas vinculadas por la “relación de consumo”, generalmente, se encuentran desprotegidas frente al prestador, distribuidor, comerciante o productor de un bien o servicio. La consagración de estos derechos, procuraría superar la situación de desigualdad y desequilibrio, a partir de limitar la libertad de contratación de los empresarios y proveedores que se valen de su astucia, su poder o la necesidad de los usuarios, consumidores, pequeños productores o proveedores para perturbar los derechos de los más débiles. En ese marco, la intromisión jurídico-constitucional del Estado provincial en las relaciones económicas de consumo se halla justificada.

34. *Los derechos de los pueblos indígenas:* es tiempo de que estos derechos étnicos irruman en el texto constitucional luego de un largo período de “ceguera” donde solo se contemplaba el mundo de los blancos y “raciales” inmigrantes europeos. Así, es que se requiere un plexo de derechos especiales

que reparen las violaciones y las necesidades históricas insatisfechas de los indígenas.

IV. Reflexiones finales

A priori, no habría obstáculo alguno para oponerse a los puntos propuestos, dado que en su mayoría ya se encuentran reconocidos tanto en la Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como en los Tratados Internacionales y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales.

Dichos reconocimientos implican imperativos ineludibles, para los legisladores y convencionales que ejerzan el Poder Constituyente Derivado, a la luz del principio de supremacía, el cual determina que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales “son la ley suprema” y que “las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella” (arts. 31 y 75 incs. 22 y 24 CN).

Sin embargo, somos consientes de que si bien sobre algunos habrá consenso, ante otros —los originales que pueden hacer historia— se desarrollarán eufóricos debates que se han de afrontar con beneplácito, pero también con teorizaciones y profusos argumentos, que serán el producto del esfuerzo y del estudio al cual nos encontramos avocados, para avanzar —como se dijo— en el reconocimientos de derechos pendientes.

En síntesis, se ha de alentar a toda la comunidad a aprovechar esta ocasión inigualable que ofrece la coyuntura actual “para empezar el mundo de cero” —como decía Thomas Paine— e intervenir activamente en el reto de recrear una Mendoza más justa.

Cita on line: AR/DOC/939/2016

NOTA A FALLO

Prisión preventiva

**Requisitos de procedencia. Control judicial inmediato. Duración razonable. Utilización como recurso de prevención del delito. Necesaria demostración del peligro procesal de la libertad del imputado. Principio de inocencia. Contradicción con el Estado de Derecho. Actuación de oficio. Actuación del acusador. Casos de violencia de género o intrafamiliar.**

**Hechos:** Fue presentado un hábeas corpus correctivo y colectivo a favor de la totalidad de las personas privadas de libertad en la provincia de Mendoza, alojadas en las dependencias del Servicio Penitenciario Provincial que permanecen en esa situación sin control judicial. La Suprema Corte provincial hizo lugar a la acción.

- 1.- La práctica del sistema judicial, que se ha mostrado tolerante con las detenciones fiscales sin el debido e inmediato control jurisdiccional, resulta inconvencional, a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos y es palmariamente contraria al texto de la Constitución de la provincia de Mendoza, por lo cual toda persona privada de libertad durante un proceso penal tiene derecho a que su situación sea inmediatamente conocida y analizada por un juez de garantías, aun en los casos en los que el control jurisdiccional no haya sido requerido por el imputado o su defensor. [1]
- 2.- El encarcelamiento provisional no puede constituirse en el medio con el que

se pretende garantizar que ciudadanos que todavía gozan del estado constitucional de inocencia se resocialicen o no cometan delitos en el futuro, pues la prisión provisional no tiene la función preventivo-especial de educar al procesado o de evitar el riesgo de reiteración delictiva; este uso de la medida de coerción personal no es un buen indicador de la sensibilidad democrática de un sistema de justicia penal.

- 3.- La petición fiscal de prisión preventiva y la resolución que la ordena tienen que indicar los elementos de prueba que acreditan no sólo la existencia del hecho que se le atribuye al imputado, sino también aquellos que demuestran el peligro procesal que hace a la procedencia de la medida de coerción, pues aquel debe conocer qué indicios ha tenido en cuenta el fiscal para acusarlo de que eludirá la investigación o la pondrá en peligro, garantizando así su derecho de defensa no sólo respecto del hecho que se le imputa sino del peligro procesal que se le atribuye haber generado.
- 4.- En tanto la prisión preventiva cuestiona las bases del Estado de Derecho, al tratar al imputado como a un condenado sin juicio previo y sin que se respete su derecho a ser tratado como inocente, su admisibilidad debe quedar reservada a casos excepcionales y no, como lo hace la jurisprudencia, que ha convertido ese encierro en una regla general.
- 5.- Por más grave que resulte el hecho que se imputa a una persona, la prisión preventiva no puede justificarse si no se han reunido en su contra elementos

probatorios que permitan llegar a la conclusión de que existe una muy alta probabilidad de que resultará condenado en el juicio; esta interpretación gana en legitimidad frente al imputado, pues constituye un presupuesto objetivo de su procedencia la demostración, al menos provisoria, de su culpabilidad material.

- 6.- El peligro de fuga, que en la práctica representa el motivo más invocado para justificar las detenciones preventivas, no puede inferirse de criterios abstractos sino de las circunstancias concretas de cada caso en particular.
- 7.- Del mismo modo que el pedido fiscal de pena debe especificar el monto de aquella, la solicitud de prisión preventiva debe contener el tiempo por el cual el acusador considera que será necesaria la detención provisional para garantizar los fines del proceso; es tan inadmisibles una acusación por una pena de tiempo indeterminado, como inaceptable un requerimiento de prisión preventiva sin indicación del período de tiempo por el que se la solicita.
- 8.- Vencido el término la prisión preventiva requerida por el fiscal, sólo podrá prorrogarse a pedido del acusador, siempre que ofrezca razones que justifiquen que el encarcelamiento preventivo debe ser mantenido, sin que el período de la detención exceda el límite de lo razonable conforme al art. 7.5, CADH.
- 9.- La prisión preventiva no puede ordenarse de oficio y su mantenimiento

requiere de una solicitud por parte del acusador.

- 10.- En los casos de violencia de género o violencia intrafamiliar en relación con niños, niñas o adolescentes se debe preservar la seguridad de las víctimas al menor coste posible para el procesado, de modo que rigen en tales supuestos las reglas generales: no es legítimo el recurso automático a la prisión preventiva sin la utilización previa de medidas alternativas que puedan cumplir con el fin de protección de las víctimas y, al mismo tiempo, garantizar los fines del proceso; tampoco en estos casos es constitucionalmente legítimo el recurso a la prisión preventiva como medida de seguridad anticipada.

4141 — SC Mendoza, sala II, 23/12/2015. - Hábeas corpus correctivo y colectivo (Penitenciaria de Mendoza).

[Cita on line: AR/JUR/64333/2015]

[El fallo in extenso puede consultarse en [AtencionAlCliente.laleyonline.com.ar](http://AtencionAlCliente.laleyonline.com.ar) o en [Proview](http://Proview)]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”, —08/05/2012; LA LEY 2012-C, 527— se pronunció sobre el plazo razonable de la prisión preventiva.

Ver también. Entre otros: Corte interamericana de Derechos Humanos, “Bayarri vs. Argentina”, —30/10/2008, LLO—.

# El estado de las cárceles y la prisión preventiva

Rafael Berruezo

**SUMARIO:** I. El caso.- II. Fallos paradigmáticos.- III. Tratados internacionales en materia de prisión preventiva.- IV. Finalidad de la prisión preventiva.- V. Motivos que justifican la prisión preventiva.- VI. ¿Es constitucional crear delitos no excarcelables? - VII. Demora en la prisión preventiva.- VIII. Conclusiones finales.

## I. El caso

En el mes de diciembre de 2015 se conoció un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, cuyo desarrollo fue llevado a cabo por el Ministro Dr. Palermo al que se adhieren el resto de los integrantes del alto cuerpo de justicia mendocina. En el mismo se resuelve una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo, en favor de los alojados en el Servicio Penitenciario de la provincia de Mendoza. Cabe adelantar que coincido con los fundamentos de dicho fallo, que está demás decir que el mismo se encuentra perfectamente fundamentado, por lo cual hacer su comentario no es tarea fácil, por lo me dedicaré a resaltar algunos párrafos y tratar de hacer algún aporte, lo cual, insisto, no es fácil.

### a) Hábeas corpus correctivo

Las actuaciones se iniciaron con la presentación de una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo a favor de la totalidad de las personas privadas de libertad de la provincia de Mendoza, las que se encuentran alojadas en las dependencias del Servicio Penitenciario provincial, y ello en razón a que, según los presentantes, se ha vulnerado las garantías del debido proceso en cabeza de los órganos jurisdiccionales de la provincia, provocando el agravamiento de manera absolutamente ilegítima de las condiciones de detención de las personas privadas de libertad.

En la presentación se expresa que, de los poco más de 4000 detenidos que hoy tiene la provincia, 874 se encuentran privados de libertad por la autoridad que investiga su causa —y órgano acusador—, sin control judicial ni de ningún tipo y por lapsos que van de los pocos días hasta más de un año.

Esta situación inciden necesariamente en las actuales condiciones de sobrepoblación y hacinamiento que padecen las cárceles de la provincia de Mendoza, manifestando que la mitad de las personas privadas de libertad alojadas en los establecimientos penitenciarios de esta provincia son procesadas y se encuentran en cumplimiento de penas que aún no se dictan, en lugares de encierro que no se encuentran preparados para ello. Agregan que todos los penales de la provincia se encuentran en las mismas condiciones.

En este sentido podemos decir que esta situación que trasciende en la provincia de Mendoza, esto es la superpoblación de internos alojados en las cárceles, es un mal que aqueja a todo el país, y lo que se puede observar en general es que siempre tenemos más procesados que condenados alojados en las cárceles. Esta situación requiere un cambio urgente para cambiar la ecuación es decir, más condenados y menos procesados alojados.

Otro de los fundamentos expresados por los presentantes es que una vez que el Ministerio Público decide que están dadas las condiciones para la prisión preventiva, este da interven-

ción al Juez de Garantías, el cual generalmente se limita a ratificar —sin control— el pedido de prisión preventiva. Y así, el criterio de la privación de libertad como ultima ratio que plantea el Código Procesal Penal (art. 293) pasa a segundo plano y los controles sobre el llamado “riesgo procesal” pasan a una cuestión meramente formal. Por lo demás, entienden que, tratándose la prisión preventiva una medida provisoria y limitada, la justicia de garantías debería periódicamente controlar la persistencia de las causales objetivas en el caso particular que justifiquen mantener a la persona privada de libertad.

### b) Fundamentos más relevantes del fallo

En los fundamentos del fallo, se comienza haciendo un análisis de la situación de las cárceles de Mendoza, y así se afirma:

*“En la provincia de Mendoza actualmente existen 4367 personas privadas de libertad de las que el 8% se encuentra fuera de los establecimientos penitenciarios, transitando la privación de libertad bajo la modalidad domiciliaria.”*

*“Ahora bien, del total de personas privadas de libertad, el 85% están bajo jurisdicción provincial y, aproximadamente, el 48% de aquéllos sin condena. La relación entre personas procesadas y condenadas ha empeorado en los últimos cinco años, siendo de 35% el número de personas procesadas en 2010, 36% en 2011, 37% en 2012, 40% en 2013, 45% en 2014 y 48% en la actualidad. Este dato debe analizarse con el crecimiento poblacional registrado en idéntico periodo y que va de 2626 personas en el año 2010 a la cifra actual.”*

*“Como señalan los presentantes, la población de nuestras cárceles crece exponencialmente con la consecuente elevación de los niveles de hacinamiento, extremo en algunas situaciones. La superpoblación carcelaria implica que todos los recursos necesarios para garantizar mínimas condiciones dignas y seguras son absolutamente insuficientes, lo que agrava las condiciones de alojamiento, higiene, seguridad, atención médica —por señalar sólo algunas— y propicia situaciones de violencia intracarcelaria e institucional de variada índole. En este último sentido, un dato más que significativo es la cantidad de dieciséis muertes registradas sólo durante este año.”*

*“Otra grave consecuencia del hacinamiento es la imposibilidad de alojar a las personas conforme a su situación judicial. De este modo conviven en nuestros establecimientos penitenciarios provinciales personas procesadas y condenadas, provinciales y federales, con condenas de distinta duración, por hechos de diferente complejidad y características; situaciones ésta que dificulta la consideración de las diferentes expectativas, necesidades y abordajes posibles mientras transitan el encierro. En este sentido la situación de las mujeres se ve empeorada pues la infraestructura edilicia de la Unidad Penal N° III impide cualquier clasificación siendo en éste y todos los demás establecimientos carcelarios de varones y mujeres, la convivencia el criterio de alojamiento.”*

*“Por lo demás, hay que destacar que la situación antes descripta no ha permanecido indiferente ni a la mirada de los organismos internacionales de promoción y defensa de los DD.HH. (en tanto rigen respecto de los Complejos Penitenciarios San Felipe y Almafuerte medidas cautelares ordenadas por la CIDH (Resolución 17/15 - MC 15/14 de 14 de mayo de 2015), ni tampoco a esta Suprema Corte*

*de Justicia. Así, la problemática inherente a la situación de los establecimientos penitenciarios de Mendoza ha sido abordada por este Tribunal desde una doble perspectiva. Por un lado, desde lo político-institucional, se ha intervenido de manera directa en aquel escenario. Por otro lado, desde lo estrictamente jurisdiccional, se ha procurado asegurar condiciones dignas de alojamiento para las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios de la provincia.”*

Como vemos el diagnóstico en grave y merece ser tratado con urgencia para intentar lograr un cambio en la situación. Resaltamos que esta situación no es muy distinta de los que se vive en otras provincias, y este fallo debería servir para provocar una reflexión seria y comprometida en las demás provincias.

Lo que llama también a la reflexión es que tal como veremos en la provincia de Mendoza se han tomado distintas medidas para pelear esta situación desde hace varios años atrás, pero sin embargo la situación no se ha podido revertir.

Así vemos que, “Por otra parte, desde esta Suprema Corte de Justicia se instaron y acompañaron distintas mesas de trabajo interinstitucionales para el abordaje de la problemática carcelaria y la definición de estrategias de intervención comunes para enfrentar la seria crisis que la afecta. En efecto, a partir del año 2012 se celebraron diversas reuniones con la presencia de autoridades del Poder Ejecutivo provincial; la Comisión Provincial contra la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Servicio Penitenciario provincial; Jueces de Ejecución Penal, entre otros- y federales —Procuración Penitenciaria de la Nación, PRO.CU.VIN. del Ministerio Público Fiscal de la Nación, la Fiscalía General de Apelaciones del ámbito federal con jurisdicción en Mendoza, la Comisión Cárceles de la Defensoría General de la Nación—. Además, en el transcurso del presente año, a instancias de esta Suprema Corte se han llevado adelante cuatro encuentros, en los cuales se convocó, además de las autoridades referidas, a la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, a la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, a todos los Juzgados de Garantías y de Instrucción de la Provincia.”

*“Por otra parte en los autos CUIJ N° 13-02859471-7, “Hábeas corpus colectivo y correctivo a favor de la totalidad de los detenidos alojados en la Unidad Penal N° I Boulogne Sur Mer” se ordenó a la Dirección General del Servicio Penitenciario y a la Subsecretaría de Justicia de la provincia de Mendoza que debían: a) adoptar medidas inmediatas y necesarias a fin de evitar que la cantidad de personas alojadas en los pabellones 6, 16, 18 A y 18 B supere la capacidad máxima real de cupo de los mismos; b) asegurar la inspección trimestral por parte de profesionales idóneos en la materia a fin de determinar las condiciones de seguridad y de higiene de los pabellones referidos; c) solicitar al Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza la elaboración de un plan anual de obras de reparación del Complejo penitenciario N° I, con particular énfasis en zonas de los sanitarios y duchas, a ser ejecutado en el marco del año calendario y la coordinación interministerial entre el Ministerio de Trabajo, Justicia y Gobierno —del cual depende el Servicio Penitenciario provincial— con el Ministerio de Salud, a fin de lograr una adecuada atención médica por parte del servicio público de salud de la Provincia para las personas privadas de libertad; d) implementar un mecanismo de distribución de viandas que garantizara la entrega de los alimentos respetando las cadenas de frío y/o calor que correspondan y el cuidado irrestricto de condiciones de higiene y salubridad; adecuándolo a los horarios de almuerzo y cena conforme los usos y costumbres locales al presente momento; e) elaborar un protocolo de*

*atención médica para la eficiente administración del cuidado y atención de la salud en contexto de encierro; considerando en particular cuestiones tales como: atención de emergencias, atención regular, chequeos periódicos, tratamientos crónicos, prescripción y entrega de medicamentos, tratamientos de complejidad, intervenciones quirúrgicas, gestión de turnos, entre otras; y, asegurando en la medida de las posibilidades la presencia médica en los lugares de encierro de las personas privadas de libertad; f) garantizar el cumplimiento efectivo de la Acordada N° 25.683 de esta Suprema Corte de Justicia, aprobado por decreto N° 100/14 del Poder Ejecutivo Provincial; g) garantizar al menos 6 hs. de recreación para las personas alojadas en el módulo 18 con acceso a sanitarios, luz solar y aire libre; así como también la disposición de un lugar adecuado, limpio y digno para la recepción de visitas de las personas privadas de libertad; h) garantizar ventilación y luz natural en las celdas, particularmente de los pabellones con modalidad sectorizada; i) dar cumplimiento efectivo al Programa de admisión de personas privadas de su libertad de ingreso primario aprobado por Resolución de la Dirección General del Servicio Penitenciario N° 877/13; j) disponer la recolección diaria de residuos y la colocación de recipientes destinados a los mismos en cada pabellón; k) garantizar la entrega regular de elementos de higiene personal; l) disponer la desinsectación y desinfección regular de pabellones 6, 16, 18 A y 18 B del Complejo Penitenciario Boulogne Sur Mer.”*

### c) Restricción de prisión preventiva

De la lectura del fallo se desprende que uno de los motivos que ha provocado la situación de hacinamiento en las cárceles de Mendoza, es el dictado de prisión preventiva y que no hace una correcta aplicación de la normativa provincial, en cuanto a que la misma debe interpretarse restrictivamente a la hora de disponerla.

*“Esto surge de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 6.730 y el art. 4 de la ley 1.908 al ordenar que «deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel”.*

A esto agreguemos que todo imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que de ese modo se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino (art. 14 C.N.) a la vez que tiene vigencia el principio de inocencia (art. 18 C.N.). Esta garantía acompaña en todo momento a la persona, especialmente en el caso de un proceso penal (art. 18, C.N. y art. 14.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por tal motivo, las medidas de imposición y cautela deben ser impuestas restrictivamente y conforme la normativa indicada (1).

Estos principios deben conjugarse con otro que rige en Argentina, esto es, el principio constitucional de presunción de inocencia, lo que significa —como se repite en forma invariable— que todo imputado debe ser presumido inocente hasta que una sentencia firme demuestre inequívocamente su responsabilidad penal (2).

A esto se le suma una cuestión que para nada es menor y que tiene que ver con las detenciones que ordena el Ministerio Público

(1) CLARÍA OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 454.

(2) VITALE, Gustavo L., Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes (A propósito de los casos “Barbará” y “Macchieraldo”), en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, Doctrina, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 92.

Fiscal y que luego no quedan sujetas a ningún control jurisdiccional, en razón de que éste no es solicitado por la defensa del imputado.

*“En efecto, en tanto el C.P.P. de la provincia de Mendoza no obliga al fiscal a someter al control de un juez de garantías la detención que ha ordenado, se ha constituido en práctica habitual que los imputados queden detenidos sin orden jurisdiccional hasta tanto se dicta el auto de prisión preventiva. Ahora, en razón de que la prisión preventiva se ordena mucho tiempo después del plazo de diez o seis días que establece la ley adjetiva (art. 345 del C.P.P. —ley 6730—; art. 307 del C.P.P. —ley 1908—), el resultado que arroja esta inadmisibles situación es que numerosas personas pasan muchos meses preventivamente encarcelados por una de las partes del proceso, sin que ningún juez haya convalidado dicha detención”.*

*“Esta situación ha quedado plasmada en el Informe sobre privación de libertad y proceso penal en la provincia de Mendoza - Agosto 2015 de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Según el mismo, se han relevado una gran cantidad de supuestos en los que, una vez que el imputado es privado de libertad por el fiscal, el juez de garantías recién interviene para el dictado de la prisión preventiva, luego de varios meses de ordenada la detención. Un dato que sirve a los fines de dimensionar la problemática denunciada es que, entre enero y septiembre de 2015, ingresaron al Servicio Penitenciario 1714 personas, pero sólo se registraron 757 solicitudes de prisión preventiva. Esto significa que, actualmente, cerca del 56% de las personas privadas de libertad aún se encuentran detenidas por orden fiscal sin auto de prisión preventiva dictada. En este sentido, un ejemplo paradigmático de esta situación proviene de una reciente solicitud de prórroga de la prisión preventiva requerida a la Sala II de esta Suprema Corte de Justicia en la que pudo constarse que el imputado había transcurrido 1 año y 8 meses detenido sin prisión preventiva (ver autos CUIJN° 13-02848781-3)”.*

Debemos decir que esta situación es altamente cuestionable constitucionalmente y debería ser revisada profundamente para una eventual reforma del Código Procesal Penal de Mendoza, ya que no se debería admitir que la prisión preventiva no cuente con el control jurisdiccional oportuno del juez de garantías, o que la medida sea exclusivamente dispuesta por el juez. Entiendo que a partir de este fallo se debería dar esa discusión, sobre todo a la luz de las consecuencias analizadas aquí.

A este indiscriminado dictado de prisión preventiva se suma que hay un elevado número de procesos en los que se ordena la prisión preventiva y que luego el proceso no terminan con la imposición de una pena sino con absolución u otras alternativas de solución del conflicto en las que acusado no termina condenado. Con lo cual, se termina utilizando a la prisión preventiva para garantizar los fines de un proceso en el cual luego queda demostrado que el recurso a la más grave medida de coerción resultó innecesario.

Es así que el principio de inocencia tiene naturaleza de límite al poder de persecución penal estatal (es un principio claramente contenido en tal poder). Por ello, precisamente, impide la imposición de medidas de coerción que, por su naturaleza, constituyan ya la propia sanción penal cuya ejecución pretende garantizarse (por lo cual, incluso, ningún imputado estaría dispuesto a prestar su consentimiento a su aplicación —tomando en consideración, a su vez, la extrema gravedad e irreparabilidad de los efectos

perniciosos que produce el encierro coactivo de personas)— (3).

Vitale expresa que la presunción de inocencia es directamente incompatible con el uso de la pena de prisión o cárcel con anterioridad a la sentencia firme de condena. Es decir, el encierro de personas del que no puede salirse por propia voluntad es, precisamente, aquello en lo que consiste la pena carcelaria. Todo encarcelamiento tiene, ópticamente, naturaleza punitiva, importando (en todos los casos) un trato como culpable (y si no, ¿alguien puede realmente entender que a quien se lo mantiene encerrado tras las rejas, perdiendo su libertad ambulatoria —y con ello el trabajo, los vínculos familiares y todo contacto con la vida en sociedad— se lo está tratando como inocente? Obviamente y en la realidad de las cosas, encarcelar significa siempre penar, inferir un sufrimiento con consecuencias irreparables, insusceptible de ser aceptado por nadie con anterioridad a la sentencia (4).

Además el art. 18 C.N. restringe a un individuo su libertad sólo cuando la privación sea consecuencia de una sentencia firme derivada de un juicio. Es por ello que, el estado normal de una persona sujeta a un proceso, antes de ser condenada, es la libertad ambulatoria (art. 14 C.N.) y únicamente se prevé la privación de libertad con carácter excepcional (5).

El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el encarcelamiento durante el proceso tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. En tanto que el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano determina que la privación de la libertad sólo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y, por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa.

*d) Requisitos para el dictado de la prisión preventiva*

En el fallo se dice: *“Por otro lado, se advierte que la práctica jurisprudencial utiliza, en lo discursivo, la teoría del «riesgo procesal», según la cual sólo puede ordenarse la prisión preventiva cuando el imputado no garantiza su sometimiento al proceso o cuando se especula con la posibilidad de que obstaculice la investigación. Sin embargo, en los hechos, el “peligro procesal” se deriva, en la mayor parte de los casos, de la amenaza de pena, de tal modo que si la eventual condena que pueda imponérsele al procesado será de cumplimiento efectivo, se ordena, sin más, la prisión preventiva del imputado. Dicho de otro modo, la práctica jurisprudencial ha transformado en no excarcelables los delitos cuya amenaza de pena impide pronosticar una condena de ejecución condicional. Por lo demás, también es posible constatar el incumplimiento del término de diez días, a contar desde la imputación, para el dictado de la prisión preventiva. La relajación de esta problemática ha llevado a que la prisión preventiva sea dictada como corolario de la investigación penal preparatoria y no en el comienzo de la instrucción, tal como lo pretendió el legislador al establecer el término de diez días para su dictado”.*

Para disponer la prisión preventiva se ha manifestado lo siguiente:

En primer lugar debe haber una necesidad concreta de coerción. Para explicar la coerción del imputado y el dictado de prisión

preventiva, dice Clariá Olmedo (6): *“a) Sistema autoritario: posee influencia en la idea inquisitiva, el proceso será utilizado como una pena por adelantado ya que el imputado se presume culpable, castigándose la mera sospecha por sobre la culpabilidad. b) Modelo democrático: encuentra influencia en el sistema acusatorio. La privación de libertad no sea utilizada como fin en sí mismo, esto es, como una pena, sino que existirán sólo medios instrumentales y cautelares, debido a la presunción de inocencia”.*

En términos de Roxin, los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea de Estado-ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, la regulación de este conflicto no se determina por aquella antítesis sino que el Estado está obligado por ambos fines: aseguramiento del orden por la persecución penal y la protección de la esfera de libertad del ciudadano (7).

Todas las constituciones de los países occidentales, los tratados de derechos humanos, la Convención Europea sobre Derechos Humanos tiene como fundamento la concepción de que la coerción personal del imputado constituye la excepción y que su restricción o limitación sólo es posible para asegurar de manera cautelar que el proceso pueda desenvolverse normalmente para alcanzar sus fines, con esto se justifica cada vez que exista un obstáculo para ello: por ejemplo, falseamiento de las pruebas, la posibilidad de eludir el cumplimiento de una eventual condena (8).

Es así que, claramente, la privación de la libertad antes de la sentencia condenatoria afecta derechos constitucionales (libertad ambulatoria, art. 14 de la C.N.). El artículo 18 de la Ley Fundamental exige que para que pueda limitarse ese derecho debe existir una sentencia condenatoria dictada por un juez; de ese modo las leyes procesales penales reglamentan las garantías reconocidas por la Constitución Nacional, determinando los casos y bajo qué condiciones las restricciones son permitidas. Dicha reglamentación tiene que adecuarse al régimen que define la Carta Magna, fuera de ella, las normas procesales son inconstitucionales (9) (la bastardilla me pertenece).

Roxin afirma que la prisión preventiva es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella tiene tres objetivos: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2) garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal, y 3) asegurar la ejecución penal (10).

Es decir que las medidas de coerción personal tienen por objeto evitar que el imputado pueda obstaculizar la investigación de la verdad aprovechando su libertad para borrar o destruir huellas del delito, sobornar o intimidar a los testigos, contactarse con sus cómplices, etc. (11).

Es adecuado destacar algunos fallos nacionales y así la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, en oportunidad en el cual se sostuvo que no es suficiente para denegar la excarcelación o eximición de prisión la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a los ocho años, sino que dichas circunstancias deben valorarse en forma conjunta con los otros parámetros establecidos en

el artículo 319 del CPPN, para así determinar si existe riesgo procesal (Fallo Plenario N° 13 de la CNCas.Pen., 30/10/2008, “Díaz Bessone, Ramón Genero s/ recurso de casación”).

## II. Fallos paradigmáticos

En materia de dictado de prisión preventiva y su interpretación restrictiva, en nuestro país hay dos fallos claves, como los fallos “Barbará” y “Macchieraldo”, que modificaron la interpretación que se venía haciendo de forma por demás positiva al paradigma que rige la interpretación y aplicación de la prisión preventiva durante el proceso. Esta nueva concepción ha influido en forma notoria la fundamentación del dictado de esta medida cautelar excepcional, y requiere que se motive en forma suficiente en razón de peligros procesales. Los fallos citan en forma expresa jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, como diversos artículos de los pactos internacionales de derechos humanos. Asimismo se puede observar que el sistema interamericano de derechos humanos cita como fuente de sus precedentes fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a su vez aplica la Convención Europea de Derechos Humanos en el ámbito de la Comunidad Europea (12).

En “Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión” - CNCrim. y Correc. de la Capital Federal - Sala I - 10/11/2003, se dice:

*“Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra. Todas las Constituciones de los países occidentales, junto con los Tratados de Derechos Humanos, tienen la visión de que la coerción personal del imputado es la excepción y que su restricción o limitación solo es posible para asegurar cautelarmente que el proceso pueda desenvolverse para sus fines: falseamiento de las pruebas, y posibilidad de cumplimiento de la pena. Esto es en palabras de Cafferata Nores, cuando ella sea imprescindible”.*

*“En nuestro sistema constitucional —aún antes de la última reforma— el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que le impida tal derecho (art. 14 C.N.). La privación de la libertad antes de la sentencia, afecta este derecho constitucional, que además tiene como base al art. 18 de la Constitución Nacional, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal. A este panorama se agregan los Tratados sobre Derechos Humanos, antes explicitados, en virtud del art. 75, inc. 22 CN.14. En este sentido, las leyes procesales penales sólo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales (véase los artículos 71 CADH; art. 91 DUDH; art. XXV DADDH y art. 91 PIDCP). Por eso la interpretación de las normas procesales, en este ámbito debe ser restrictiva, prohibiéndose la analogía en contra del imputado. Esta cuestión no ha sido vista, por ejemplo, en otros ámbitos, cuando se aplica analógicamente el art. 348 C.P.P.N. en la mal llamada*

(3) VITALE, Gustavo L., Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes (A propósito de los casos “Barbará” y “Macchieraldo”), en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, Doctrina, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 93.

(4) VITALE, Gustavo L., Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes (A propósito de los

casos “Barbará” y “Macchieraldo”), en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, Doctrina, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 95.

(5) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 454

(6) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 461.

(7) ROXIN CLAUS, Derecho procesal penal, edit. Editores del Puerto, 2000, pag. 258.

(8) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 461.

(9) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 461.

(10) ROXIN CLAUS, Derecho procesal penal, edit. Editores del Puerto, 2000, pag. 257.

(11) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, edit. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 462.

(12) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 309.

consulta, no prevista por el ordenamiento procesal. El estado de inocencia, entendido de esta manera, acompaña a la persona durante toda su vida (art. 18 C.N. y art. 14.2 PIDCP); luego las medidas de imposición y cautelares deben ser restrictivas y de acuerdo a los artículos antes mencionados. De estas ideas básicas se deduce que el estado normal de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es la libre locomoción (art. 14 C.N.), por consecuencia, la privación de libertad será excepcional 16 (art. 280 C.P.P.N.).

“Se trata de analizar cuándo y cómo, de acuerdo a las normas constitucionales se puede restringir la libertad del imputado. Y a mi juicio la respuesta es clara y sencilla: sólo cuando la libertad del imputado lleve a un peligro de la realización del proceso, o de la aplicación de la ley sustantiva. Y esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso, falsifique pruebas, no comparezca al proceso, de modo que, como se dijo, se eluda tanto el proceso previo, como la sentencia, que está amparado por la Constitución. De ahí que la Constitución y las leyes permitan el arresto y la prisión del sospechoso, entendiéndose por tal aquel que carece de sentencia condenatoria firme. Arresto que sólo puede ser realizado por la autoridad judicial para evitar los peligros que se ciernen sobre el juicio previo. Los Tratados Internacionales son expresos sobre este punto: El art. 9.3. P.I.D.C.P. “El encarcelamiento durante el proceso tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (véase el art. 91 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). De todo ello se concluye que la privación de libertad sólo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa, en cuanto a los fines del proceso, y explicitado de manera bastante clara, en uno de los pocos aciertos, por el art. 319 C.P.P.N. Lo que decide la cuestión es, sin duda la necesidad que influye en la imposición y mantenimiento de la medida de coerción. Si desaparece esta necesidad, ya sea por desaparición de las razones que la hicieron necesaria, o por su atenuación, la medida de coacción debe ser sustituida o debe cesar por otra más leve, lo que lleva a la idea de provisionalidad. La idea esencial es que el arresto previo sólo es posible para evitar el gran peligro del riesgo de ese juicio previo”.

“La restricción de la libertad personal del imputado, mediante la prisión preventiva o provisional, es sin duda la medida más gravosa que se puede infligir dentro del proceso. Como bien se ha dicho, “la prisión provisional constituye la medida más grave que puede sufrir el ciudadano en el proceso penal antes de su condena. El imputado, aun cuando no ha sido probada su culpabilidad, es privado del libre ejercicio de uno de sus derechos más preciados, el derecho a la libertad de movimiento, junto con otras restricciones adicionales. En este sentido, la prisión provisional afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia”. Por eso es necesario buscarle límites, dentro, por supuesto, del respeto al Estado de Derecho”.

“En cuanto al peligro de obstaculización de la investigación la prudencia indica, como lo hace el art. 204 del código modelo citado, que sólo la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o que pueda influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que, por estar en libertad, pueda inducir a otros a realizar esas conductas. Estas circunstancias, que son de entidad en el curso de una investigación, especialmente al inicio, se van relajando a medida que nos aproximamos al cierre de la etapa instructoria, no pueden justificarse exclusivamente en el hecho de que la investigación se encuentra en ciernes

o incompleta, sino en el hecho concreto de que el imputado pueda llevar a cabo alguna de las conductas indicadas, porque los peligros procesales no pueden presumirse; debe haber elementos objetivos que los configuren”.

Por su parte en el fallo “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” - CNCP - Sala III - 22/12/2004, se dice:

“El Tribunal afirma “3º) Que por el art. 316, segundo párrafo, del C.P.P.N. (aplicable al ‘sub lite’ en función de lo prescripto por el art. 317 inc. 1º), se impone al juez la obligación de estimar la condena que, eventualmente, podría corresponder a la imputada en la causa, al momento de examinar un pedido de exención de prisión como el efectuado a fs. 38/50. En consecuencia, si se tiene en cuenta la pena máxima prevista por el art. 2º de la ley 24.769, en caso de ser condenado en esta causa, correspondería a MACCHIERALDO una pena cuyo máximo sería superior a los ocho años de prisión de la libertad. Asimismo, el mínimo de la escala penal en abstracto para los delitos que se imputan sería superior a tres años. Esta circunstancia constituiría un obstáculo insoslayable a la procedencia de la suspensión del incumplimiento de la pena...” (cfr. fs. 96vta). Lo expresado denota total ausencia de motivación “razones o motivos”, en otras palabras afirmación de hechos que habiliten aplicar la norma”.

“La insistencia en la aplicación de una presunción legal, sin valorar las circunstancias de la causa aparece nuevamente cuando expresan que “... este Tribunal, ha establecido en casos anteriores: ‘... en atención a lo que se prescribe por el art. 26 del Código Penal, y por los arts. 316 2º párrafo y 317 del C.P.P.N. (‘a contrario sensu’), queda claro que en los casos como el que se examina, en los que el imputado se enfrenta a la eventualidad de ser condenado a una pena mínima privativa de la libertad de cuatro años (confr. art. 867 del Código Aduanero), se advierte una presunción del legislador, que se encuentra incita en las disposiciones legales mencionadas, en cuanto a la sustracción a las órdenes del tribunal en que incurriría el imputado si recuperase la libertad, como consecuencia de la gravedad de la posible sanción que se imponga en la causa’. Por ende, la resolución apelada es ajustada a derecho y a las constancias de la causa, y no resulta necesario considerar la aplicación del art. 319 del C.P.P.N.’ (Regs. Nos. 994/98 y 1.360/01 de esta Sala ‘B’)...” (cfr. fs. 97/97 vta.). Tales afirmaciones tornan arbitrario el decisorio impugnado, ya que están desprovistas del necesario fundamento que es condición indispensable de las sentencias judiciales (Fallos 317:1790”.

“Tal como explicitáramos la resolución en crisis resulta violatoria de principios constitucionales y omite aplicar el principio rector en la materia “permanencia en libertad” durante el proceso, que el Código Procesal Penal de la Nación fija en el art. 280. Este vicio se patentiza en la inversión de la regla que hace la Cámara cuando interpreta: “...Si, con prescindencia de la calificación del hecho atribuido, la posibilidad que el imputado intente eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones fuera el sustancial principio limitativo de la restricción de la libertad personal a modo de cautela durante el proceso, así lo hubiera dispuesto el legislador de manera expresa, sin necesidad de efectuar previamente las enunciaciones de los arts. 316 y 317 del C.P.P.N. En consecuencia, por el art. 319 del C.P.P.N. se establece un principio de excepción al principio general de la limitación a la restricción de la libertad personal durante el proceso, de aplicación a los casos en los que, por estimarse posible, que se configure alguna de las situaciones establecidas por la norma, pese a la calificación legal del hecho o a la situación procesal de la imputada, no resultan viables la

excarcelación o la exención de prisión... Que, por otra parte, tampoco se advierte la existencia de alguna circunstancia particular, en este caso específico, en virtud de la cual pudiera sostenerse que la aplicación de la presunción legal a la cual se hizo referencia por el considerando anterior de la presente resulte irrazonable o desproporcionada, o que exceda la finalidad de asegurar la aplicación de la ley sustantiva” (cfr. fs. 99/100”.

“Que la privación de la libertad “no debe ser la regla”, constituye un principio expreso constitucionalizado (art. 9 inc. 3º del PIDCP). Alberto Bovino enseña que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (arts. 14 y 75 inc. 22 de la C.N. y arts. 8.2 CADH y 14.2 PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) —art. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 9.1 del P.I.D.C.P. y art. 7 CADH—. (El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos, publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As. 1998, págs. 148/9”.

“De la simple lectura de la resolución impugnada, obrante a fs. 96/101, se desprende que los magistrados, omitieron expresar por qué motivos consideraron que Macchieraldo “tornaría ilusorios” los fines del proceso. Los fundamentos utilizados tienen como único sustento la calificación de los hechos atribuidos, al sostener que su penalidad torna imposible que transite en libertad el proceso (art. 316 del C.P.P.). De lo expuesto se concluye que solo valoraron que el delito imputado a Ana María Luisa Macchieraldo —evasión agravada— sería inexcusable, en atención a las reglas objetivas de aplicación al caso que su criterio, no admitirían prueba en contrario. De esta manera se obvió un requisito que hace a la esencia del estado de derecho “poner claramente de manifiesto en el pronunciamiento los motivos que indicaban, las circunstancias en las que se basaban” (Gialdino, Rolando E., La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos, publicado en la Revista Investigaciones 3 (1999) de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Bs. As., 2000, pág. 679”.

“La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no existiera peligro alguno (Bovino, op. cit., pág. 144). El peligro referido, se vincula directamente con la posibilidad de fuga del encausado, así el art. 9 inc. 3 del PIDCP establece que “...la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a la garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (el resaltado nos pertenece). Así se indica que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena prevista para éste son factores que debe tener en cuenta el juez para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir de esa manera la acción de la justicia (cfr. Informe 12/96, párr. 86 e Informe 2/97 párr. 28 de la CIDH). Sin embargo, cabe resaltar que “la gravedad del delito no justifica por sí sola una prisión preventiva sino que deben evaluarse otros elementos” (Gialdino, op. cit., págs. 696/7), sino que la adopción de este tipo de medida cautelar “debe basarse exclusivamente en la probabilidad que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo. Sin embargo, la privación de libertad previa a la sentencia no

debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social” (Informe 12/96 de la CIDH, párr. 89”.

“Como corolario “...no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal como el codificador lo ha expresado de manera terminante en el art. 316 del C.P.P.N...” (C.N.A.C.C., Sala I, causa nro. 21.143, “Barbará, Rodrigo Ruy—exención de prisión—”, rta. 10/11/03, Voto Dr. Donna [Fallo en extenso: elDial - AA1CD2]). Es decir, las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción iure et de iure, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo solo constituyen un elemento más a valorar, con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo, por elusión”.

Es de este modo como se deben analizar cuáles son los requisitos fundamentales, que ponen en jaque el estado de inocencia de una persona en el proceso penal, para el dictado de la prisión, sin una condena que declare culpable al acusado de un delito. Se tiene en consideración que el debate actual reside en ponderar la fundamentación de esta medida de coerción y la interpretación de la norma procesal que dispone la imposibilidad de la excarcelación por el monto de la pena en expectativa, y la presunción de que el acusado intentará eludir la acción de la justicia (13).

De acuerdo con el criterio de los fallos mencionados, sólo resulta legítimo el encarcelamiento durante el proceso penal en la medida en que, en el caso concreto, sirva para neutralizar un real y probado peligro de entorpecimiento de las investigaciones o un verdadero y acreditado peligro de fuga del imputado (14).

El mayor mérito de las decisiones referidas consiste en dejar en claro que el órgano judicial está obligado a probar el peligro para el proceso que importaría la libertad del imputado en caso que deba resolver, resultando ilegítima toda pretensión de presumir iuris et de iure tal peligrosidad procesal de la pauta que fuere. Es decir, ninguna pauta, por grave que fuera, puede ser considerada suficiente para tener por probado, sólo en función de ella, el peligro de frustración del proceso. Por ello es que se dijo que “las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción iuris et de iure” (voto de Ángela E. LEDESMA). Igualmente se expresó que “las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no pueden tener efectos iuris et de iure. Existe en nuestro país una larga tradición que se opone a la caracterización de delitos no excarcelables, a la que no podemos menos que adherir, razón por la cual ... las reglas acerca del encarcelamiento durante el proceso siempre deben ser cotejadas con los elementos del caso” (voto de Gustavo A. BRUZZONE). No hay delito, entonces, cuya imputación impida el ejercicio del derecho constitucional a la libertad durante el proceso (15).

### III. Tratados internacionales en materia de prisión preventiva

La prisión preventiva tiene sustento en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución luego de la reforma de 1994, en el art. 9º, párrafo 3 del PIDCyP, y en el art. 7º, párrafo 5 de la CADH. El principio de inocencia se prescribe en los arts. 14, párrafo 2 del PIDCyP y 8º párrafo 2, de la CADH. Por otro lado, la libertad ambulatoria está prescripta en el art. 9º párrafo 1 del PIDCyP, y en el art. 7º párrafo 1 de la CADH. Así queda claro que la prisión preventiva constituye una medida de coerción en el proceso penal, que sólo debería tener como fines asegurar la realización del proceso, el juicio y la ejecución de la pena (16). Siempre entendidos de manera restrictiva en consonancia con lo que venimos expresando.

(13) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 313.

(14) VITALE, Gustavo L., Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes (A propósito de los

casos “Barbará” y “Macchieraldo”), en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, Doctrina, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 102.

(15) VITALE, Gustavo L., Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes (A propósito de los casos “Bar-

bará” y “Macchieraldo”), en Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, Doctrina, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 103.

(16) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 311.

IV. Finalidad de la prisión preventiva

La detención de una persona sin condena que declare su culpabilidad, constituye una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, y como tal debe ser interpretada como medida excepcional, y sólo puede ser utilizada con fines del proceso. La utilización de una detención con fines de prevención general constituye una violación a una de las garantías procesales consagradas en las revoluciones liberales del siglo XVIII, en tanto el Estado, como Estado de Derecho sólo puede privar de la libertad a una persona, que es inocente, luego de la realización de un juicio. Señala Ferrajoli que si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos, sino también por las penas arbitrarias, las presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y verdad, sino también una garantía de seguridad, o si se quiere, de defensa social, de esa seguridad ofrecida por el Estado de Derecho, expresada en la confianza en la justicia, como defensa ante el poder punitivo (17).

En un Estado constitucional de Derecho el hombre no puede ser instrumentalizado en aras del Estado ni de la sociedad. La razón de ser legitimante de la autoridad pública, pero a la vez limitante, es el hombre. Ninguna mayoría circunstancial, por aplastante que sea, vale más que la dignidad y el respeto a los derechos fundamentales de cualquier individuo, los que deben ser protegidos por el Estado de Derecho, incluso respecto del accionar e interés de las mismas mayorías. Las hipótesis de peligro social son además incompatibles con un Derecho Penal de acto y no de autor. El Derecho Penal liberal se afianza en la concepción de la libertad de decisión del hombre. Éste es para el Derecho general, y para el Derecho Penal en particular, titular de garantías básicas, cualquiera fuere su condición. Esta visión es absolutamente incompatible con aquella que vea a un sospechoso —al que todavía no se le ha comprobado responsabilidad penal por un hecho ilícito— como aquel al que hay que encarcelar para evitar que pueda infraccionar la ley (18).

Es por ello que la postura de la doctrina y jurisprudencia más moderna en tanto que sólo los peligros procesales pueden justificar esta medida. La doctrina clásica explica que luego del interrogatorio no se justifica la detención de la persona, por cuanto éste es inocente, y ha desaparecido la posibilidad de que altere la prueba. Asimismo, para Beccaría, el peligro de fuga no se puede justificar en la pena esperada, sino que el ciudadano tiene miedo a la prisión preventiva, y de no existir ésta se presentaría al juicio (19).

“Si la función de la prisión preventiva es garantizar, de manera subsidiaria, los fines del proceso penal, la jurisprudencia no puede transformar en regla la aplicación excepcional de esta medida de coerción, derivando el riesgo procesal de la sola circunstancia de que la eventual condena que pueda imponérsele al acusado no revestirá la forma de ejecución condicional. Este modo de proceder constituye un verdadero fraude de etiquetas, pues se sale a la “caza” de un peligro procesal que de ningún modo queda acreditado por el solo hecho de que la condena a imponer deberá ser efectivamente cumplida. De este modo, se utiliza a la teoría del riesgo procesal no para asegurar los fines del proceso sino para asegurar en prisión preventiva el cumplimiento efectivo de una condena que no podrá revestir la modalidad del art. 26 del Código Penal. En este sentido, se ha

dicho que “la sola sospecha de que el imputado, por el monto de la pena que se espera en caso de recaer condena, intentará eludir la acción de la administración de justicia penal no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. [...] ¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, sin admitirse prueba en contrario, el peligro de fuga? ¿Esta presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?” (PASTOR, Daniel, “El encarcelamiento preventivo”, en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, MAIER (comp.), Buenos Aires, 1993, pp. 50-55). Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, la afirmación según la cual la práctica jurisprudencial ha convertido a la prisión preventiva en un adelanto de condena es apenas refutable”.

“Ahora, si a la prisión preventiva, en los casos antes mencionados, se la tiene como un equivalente funcional a la pena, se hace necesario rodear aquella decisión de todas las garantías que le preceden a esta última. En efecto, si el encarcelamiento cautelar se ordena en contra de una persona que todavía conserva el estado constitucional de inocencia, la misma no puede imponerse con menos garantías que las que se requieren para la imposición de una pena. Dicho más claramente, del mismo modo que en un sistema procesal penal acusatorio rige el principio *nulla poena sine accusationem*, tampoco la prisión preventiva puede ser dispuesta sin previa acusación”.

“Ello tiene al menos tres consecuencias. En primer lugar, el encierro cautelar no puede ser ordenado de oficio en un sistema acusatorio, sino a pedido de parte, tal como lo señala la ley adjetiva en el art. 348 del C.P.P. según ley 6730”.

“En segundo lugar, que en el caso concreto estén acreditados los presupuestos formales y materiales para el dictado de la prisión preventiva es una cuestión de exclusiva competencia del órgano acusador. En efecto, la carga de la prueba respecto a la gravedad del hecho y los elementos de convicción sobre la responsabilidad del imputado, así como la demostración del peligro procesal en el caso concreto deben quedar en las exclusivas manos del acusador”.

“En tercer lugar, del mismo modo que el pedido fiscal de pena debe especificar el monto de la misma, la solicitud de prisión preventiva debe contener el tiempo por el cual el acusador considera que será necesaria la detención provisional para garantizar los fines del proceso. En efecto, es tan inadmisibles una acusación por un pena de tiempo indeterminado, como inaceptable un requerimiento de prisión preventiva sin indicación del período tiempo por el que se la solicita. El plazo de dos años y sus respectivas prórrogas constituye el plazo máximo de prisión preventiva, pero de ello no se deriva que el requerimiento del encierro cautelar pueda realizarse válidamente sin indicación del plazo por el que se solicita. Por esta razón, el fiscal debe indicar en su solicitud por cuánto tiempo considera necesario el encarcelamiento provisional del acusado, señalando cuáles son los indicios que demuestran el peligro concreto de fuga o de entorpecimiento de la investigación. El juez de garantías, por su parte, podrá conceder un término igual o menor al solicitado, pero en ningún caso puede otorgar la prisión preventiva por más tiempo que la requerida por el fiscal. Ahora, previo al vencimiento el término ordenado en la resolución, el fiscal podrá solicitar una prórroga del plazo de la prisión preventiva, siempre que justifique que subsiste su necesidad, en razón de que se mantienen los presupuestos formales y materiales que facultan su imposición. Dicho con un ejemplo: si el fiscal solicita la

prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento probatorio, debe indicar claramente cuál es la prueba que necesita asegurar, cuál es el tiempo que demandará su producción y sobre esa base señalar cuál es el tiempo de prisión preventiva que resultará necesario para garantizar la producción de esa prueba. Pues bien, sólo podrá solicitar una prórroga de la prisión preventiva si agotado el tiempo de la misma subsiste el riesgo procesal. Ahora, si no se produjo la prueba por demoras imputables al propio fiscal, no estarán justificadas las razones para prolongar la detención del imputado más allá del plazo inicial fijado. Lo dicho resulta también extensible a las circunscripciones judiciales en donde rige la ley 1908, de modo que el juez de instrucción, al disponer la prisión preventiva, deberá señalar el término de duración de la medida de coerción, con la adecuada justificación del mismo”.

“La exigencia según la cual no hay prisión preventiva sin acusación y su derivación en el sentido de que la solicitud de prisión preventiva debe contener la indicación fiscal de la duración de la misma, constituye una garantía para el control del encarcelamiento preventivo, en el intento evitar prisiones preventivas indeterminadas y no sujetas a revisión alguna. En efecto, la garantía del plazo razonable prevista por distintos instrumentos internacionales se extiende no sólo en relación a la duración del proceso en sí mismo sino, además, a las medidas de coerción dispuestas en relación al imputado. También el imputado tiene derecho a una prisión preventiva por tiempo razonable. La razonabilidad del plazo de la prisión preventiva no siempre viene dada por el plazo máximo de duración de la misma. Sin embargo, la práctica judicial ha convertido en regla tanto el agotamiento del término de duración de prisión preventiva, como la automatización en la concesión de prórrogas, cuando no siempre se dan los motivos que la justifican”.

V. Motivos que justifican la prisión preventiva

a) Peligro de fuga

La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se torna injustificada. Además, si esta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianza, o en caso extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia (20).

La justificación del encierro pretendidamente cautelar (por obra criterios objetivos) lo que produce, por vía de la presunción de fuga, es precisamente la derogación de la presunción de inocencia en un importantísimo número de asuntos penales (21).

Esta idea en rigor se trata de una hipótesis de incomprensión. Se piensa que el acusado utilizará su libertad para sustraerse a la acción de la justicia ocultándose para enervar

su convocatoria. Ferrajoli lo encuentra inhábil para fundamentar un pronunciamiento de prisión preventiva, y funda su crítica en tres argumentos: en primer lugar, que en sociedades informatizadas e integradas internacionalmente como las actuales, es muy difícil lograr una fuga definitiva, dado que el fugado será, tarde o temprano, encontrado; en segundo lugar, que la fuga pone al acusado en una situación de clandestinidad y permanente inseguridad, con lo que ya tendrá bastante castigo; y en tercer lugar, en los casos en que el imputado fugare, ya se habría conseguido la finalidad de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del Derecho Penal; el peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse (22).

b) Necesidad de investigación

La complejidad de una causa puede justificar el dictado de prisión preventiva, hasta tanto se efectúe los interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorando o conspirando con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad. En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 2/97, considera que no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado (23).

Por otro lado el riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva (24).

En el fallo “Ávalos” (25) el tribunal, a pesar de la gravedad de los delitos reprochados, se dictó el procesamiento del imputado sin prisión preventiva por considerar que no existían riesgos procesales. Desde el punto de vista del entorpecimiento de la investigación, el tribunal valoró que “... la amplia labor ya desplegada, que ha importado la incorporación de numerosas diligencias probatorias... permiten afirmar que la pesquisa desarrollada no corre riesgo serio y cierto alguno...”. Esta idea ya había sido esbozada en la causa “Fernández” (26). En este caso, el juez de primera instancia había considerado la existencia de peligro de entorpecimiento de la pesquisa a raíz del intento del imputado de apoderarse de una de las fotografías que se le exhibieron al momento de prestar declaración indagatoria. Pero la Cámara descartó este argumento toda vez que la investigación estaba prácticamente concluida (27).

La Comisión Interamericana considera que, cuando estas medidas de prueba han finalizado desaparece este motivo, por lo cual la justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

(17) FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, edit. Trotta, 1997, pág. 549. Cita de Pinto Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 312.  
(18) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 148.  
(19) FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, edit. Trotta, 1997, pág. 558.

Cita de Pinto Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 312.  
(20) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 315.  
(21) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 135.

(22) FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, edit. Trotta, 1995, pág. 558.  
(23) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 315.  
(24) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 315.

(25) CCC, sala I, causa 25.298, “Ávalos, Alejandro Marcelo s/ sobreseimiento”, del 31/3/2005, suscripta por los jueces Bruzzone y Rimondi.  
(26) “Fernández, Gastón A.” del 22/3/2005, L.L. del 6/5/2005, suscripta por los jueces Bruzzone y Rimondi.  
(27) D’ALBORA, Nicolás F., Fallo “Barbará”: “Leading case” o la aplicación de conocida jurisprudencia a

En la misma inteligencia se sostuvo que el riesgo de presión sobre los testigos es un justificativo legítimo para ordenar la prisión y evitar que sean amenazados. Sin embargo, igual que en el caso anterior, al realizarse estas pruebas el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva (28).

En la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos se individualiza como una condición indispensable para la procedencia de la prisión preventiva la existencia de una sospecha razonable, exigencia que se hace surgir de la prohibición de arbitrariedad, del principio de excepcionalidad y del principio de proporcionalidad, ya que ante la insuficiencia de sospecha debe en todo caso prevalecer el interés del particular en el mantenimiento de su libertad sobre el de la sociedad en una persecución penal de carácter eficiente (29).

#### c) Gravedad del delito y su pena

Si bien se sostiene que el tipo de delito y la pena que este tiene debe ser tenido en cuenta a la hora de aplicar la prisión preventiva, pero sucede que la sola referencia a la gravedad del delito y de la pena por sí mismos no pueden justificar el dictado de prisión preventiva, en tanto se desvirtuaría la finalidad cautelar de ésta, convirtiéndola en una pena anticipada (30).

En el caso “Metznetter” (31), la Corte Europea consideró como motivación de la detención la transferencia de fondos y el viaje del acusado al extranjero, como los lazos que tenía en el exterior. Es decir que las condiciones personales del acusado en cada caso deben ser ponderadas por los jueces. Es así que la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser considerada a partir de los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que la mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Por ello, ni no se demuestra de esta forma el peligro de fuga, corresponde disponer la libertad sujeta a garantías suficientes (32).

El legislador con la presunción de derecho *juris et de jure* de que ante el posible dictado de una sentencia condenatoria de cumplimiento efectivo, el acusado fatalmente se ausentará para evitar cumplirla, por lo que le dice al juez que deberá inexcusablemente detenerlo antes de la sentencia. Pero como vemos en lo manifestado arriba, que no es lo único a analizar sobre la posible fuga o no comparencia ante la justicia del imputado, sino que deben evaluarse otros aspectos que de una idea de una posible fuga.

De aceptarse esta presunción *juris et de jure*, estaríamos partiendo de una base de presunción de condena y no de inocencia. Esta apreciación, a no dudarlo, se contrapone con el mandato constitucional de dispensar al imputado el tratamiento de inocente hasta tanto se demuestre lo contrario en la sentencia, tal como se establece en la Constitución Nacional y en varios de los textos internacionales que ella incorpora en su artículo 75, inc. 22. La decisión de la detención la estarían adoptando el denunciante y el legislador, de un modo mecánico (33).

El razonamiento en que se basa este tipo de interpretaciones de la ley incluye una sustancia especulativa que afecta la dignidad personal del sometido a proceso. En el pronóstico, se reduce al acusado a una condición de protozario y no de ser racional superior. Decimos esto, porque entender que el acusado (en determinados delitos, con penalidad mínima o máxima de cierta entidad) inevitablemente intentará eludir la acción de la justicia implica atribuirle un comportamiento propio de sistema de “arco reflejo”, mecanismo de constatación experimental por medio del que se verifica que aplicado un estímulo negativo a un ser animal primario (por ejemplo una ameba), ésta se retrae alejándose del estímulo; mientras que distinto es el comportamiento —de atracción— si el factor expuesto es positivo. Es decir que se mira al hombre acusado como que se comportará sólo guiado instintivamente, tratando de enervar el riesgo o la posibilidad de daño personal. Sin embargo sabemos que la condición humana, más allá de la inocencia o culpabilidad del sujeto, es la de constituir un ser moral, normado, gregario, arraigado a un medio y a una cultura, con afectos y un sinnúmero de cualidades y calidades por las que es de esperar que se aliste y disponga a poner término a la incertidumbre (34).

En definitiva, una resolución restrictiva de la libertad no se podrá considerar como suficientemente fundada si no incluye la apreciación de aspectos personales del encausado y de la causa que pueden servir de base para ponderar la necesidad de su detención (35).

Deben armonizarse las previsiones limitativas con el principio de inocencia y sus derivaciones, entre ellas el derecho a conservar la libertad durante el proceso, y concluir que las pautas rígidas pretendidamente objetivas que constan en disposiciones procesales sobre exención de prisión y excarcelación, relativas a la gravedad del hecho, no deben emplearse aisladamente, como criterios de peligrosidad absolutos o desprovistos de relación con otros aspectos concretos que presente el caso (36).

Es así que no debe interpretarse en forma literal las disposiciones de los Códigos Procesales vigentes relativas a la eximición de prisión o excarcelación, que parecen indicar que debe analizarse en forma excluyente si el delito atribuido es de aquellos que habilitan o no —desde un punto de vista objetivo— la libertad provisoria. Al razonar de ese modo puede llegarse a edificar la noción de peligrosidad procesal del imputado en función de parámetros que arbitrariamente prescindan de la situación puntual de éste, limitando la cuestión a criterios de carácter netamente objetivo, basados en la magnitud de la pena amenazada. Se crearían de ese modo límites que el juez no podría traspasar haciendo alusión al carácter cautelar del encarcelamiento preventivo, es decir a su orientación a procurar la acción de la justicia, el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva al caso concreto (37).

En referencia al punto en tratamiento, Fleming y López Viñals, expresan que, tal como ha sido concebida la regulación de la exención de detención en los ordenamientos procesales

que la imponen en aquellos casos en que una eventual condena no podrá ser aplicada en forma de ejecución condicional (por superar los tres años de prisión, art. 26 del Cód. Pen.), atando su procedencia a la no efectividad de la eventual condena, o por superar la escala penal del delito atribuido determinados parámetros de pena conminada en abstracto, ya sea en su mínimo, máximo o promedio de ambos, puede generar una limitación irrazonablemente extensa al derecho a permanecer en libertad durante el proceso, que no se compadece con la necesaria apreciación concreta de un riesgo puntual, emergente de las circunstancias de la causa íntegramente evaluada, contra el que deba disponerse la restrictiva cautelar. Estas normas rígidas en el establecimiento de las hipótesis que pretenden obligar al juez a detener **resultan normas inconstitucionales** en cuanto imitan la soltura con afectación brutal de la presunción de inocencia, pecando por exceso en sus propósitos reglamentarios; pero a la vez también aparecen como insuficientes, pues no otorgan a los jueces penales el margen que puede ser necesario para restringir la libertad cuando, fuera de los casos tabulados en razón de la escala penal, se verifiquen circunstancias de evidente riesgo de que el imputado evada la acción de la justicia o dificulte la investigación. En estos supuestos la reglamentación procesal peca por defecto (38) (lo resaltado me pertenece).

#### VI. ¿Es constitucional crear delitos no excarcelables?

La creación de categorías de delitos no excarcelables consagra un criterio de carácter absoluto que aparece establecido al servicio de un propósito totalmente diferente del que debe orientar el encarcelamiento provisorio como instituto de naturaleza esencialmente cautelar, destinado a tutelar exclusivamente el normal desarrollo del proceso; se pretende con estas maniobras reforzar o intensificar el orden penal para combatir determinados géneros de delincuencia que se individualizan como críticos (39).

Desde hace mucho tiempo que se vienen levantando autorizadas voces por la abrogación de la categoría “delitos no excarcelables”, sosteniendo su inconstitucionalidad, así Pessoa, Zaffaroni, Pastor entre otros (40).

En referencia a la inconstitucionalidad de la creación de la categoría de delitos no excarcelables, Cevalco, sostiene que, el estado jurídico de inocencia, del que goza todo ciudadano, por imperio del artículo 18 de la Ley fundamental, tampoco puede ceder en orden a la gravedad del delito imputado, pues es tan inocente antes de la sentencia el acusado de un hurto simple como el de un homicidio calificado. Frente a la contundencia de tal norma constitucional, es evidente que toda disposición procesal que pretenda otorgar validez a una restricción a la libertad no sustentada en los parámetros expuestos, de respeto al estado jurídico de inocencia, resulta inconstitucional. Lo importante de dicha previsión es que al garantizar que la prisión preventiva sólo podrá sustentarse en la presunción fundada de entorpecimiento del proceso o fuga y la prohibición de contemplarla como “regla general”, no son más admisibles las presunciones

legales que disfrazaban criterios peligrosistas contrarios al Estado de Derecho y se invocaron para cohonestar las normas procesales, que permitían denegar la excarcelación por el monto de la pena prevista para el delito y otros aspectos objetivos similares. Éstas, en realidad, han sido derogadas automáticamente con la vigencia de la reforma constitucional de 1994 en todo el país y en lo que hace a la ley procesal nacional, directamente debe considerarse abrogado todo el sistema, ya que cualquier decisión acerca de la excarcelación o exención de prisión debe ser analizada a la luz de aquella norma procesal constitucional (41).

#### VII. Demora en la prisión preventiva

El fallo de la Corte Mendocina desnuda otra realidad que es el tiempo que duran las prisiones preventivas, así se expresa que: “Según el informe sobre la situación carcelaria en la provincia que elaboró la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de esta Suprema Corte de Justicia, se analizaron los libros de autos interlocutorios de dos juzgados de garantías de la primera circunscripción judicial, que registran las resoluciones dictadas entre el 17 de marzo de 2014 y el 17 de octubre de 2014 en un caso y entre el 28 de febrero de 2014 y el 24 de octubre de 14, en el otro. Pues bien, de este análisis surge que, en dicho período, estos juzgados resolvieron 216 autos de prisión preventiva. En el mismo período, en base en los datos proporcionados por la Dirección de Estadísticas del Poder Judicial, en los seis juzgados de garantías se resolvieron 713 autos de prisión preventiva, de modo que la muestra trabajada representa, aproximadamente, el 30% del total de autos resueltos en esos meses”.

“Ahora, en relación al destino de las causas en las que se dictaron esas prisiones preventivas, al momento en el que se procesaban estos datos en agosto de 2015, el 39% concluyeron con la libertad del imputado (76); en tanto que el 32% todavía se encontraban en trámite (62). La actualización de estos datos al 17 de noviembre de 2015 arroja conclusiones todavía más preocupantes, pues de la misma surge que ya el 47% de esas prisiones preventivas terminaron en libertad (98); sólo el 31% en condenas (64); el resto, el 25,36%, todavía continúan en proceso (45)”.

Y un dato sumamente preocupante es la cantidad de causas donde se dicta prisión preventiva y luego no tienen condena, es decir, una persona es privada de su libertad por haber indicios suficientes que para considerarlo autor o partícipe de un delito y luego de un período de detención no tiene condena. Es cierto que para dictar prisión preventiva no es necesaria una certeza de la partición de la persona en el hecho, pero, entiendo que debemos dirigirnos a un cambio de criterio y seguir lo prescripto en los códigos procesales, en cuanto a la aplicación restrictiva, y así dictar prisiones preventivas en casos graves y donde realmente existe peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

“Una proyección aproximada de estos porcentajes podría arrojar que del 100% de los procesos en los que se ordenan prisiones preventivas, el 60% no terminará en condenas”.

“Como puede advertirse, tanto las estadísticas exhibidas por el citado informe como la proyección aproximativa de las mismas resultan inquietantes por varias razones. Por un lado, los números demuestran que en la mayor parte de los procesos la prisión preventiva que se ordena resulta innecesaria para asegurar los fines del proceso. En efecto, si el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad real, garantizando la imposición y ejecución de la condena que eventualmente pueda corresponderle al acusado, y la mayor parte de los procesos en los que se dicta la prisión preventiva terminan sin condena, pues entonces la mayor parte de esas prisiones preventivas no resultaron necesarias. La legitimidad de la prisión preventiva debe ser seriamente puesta en tela de juicio si sistemáticamente se demuestra ex post su falta de necesidad en el caso concreto”.

un caso “común”, Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 323.

(28) Informe 2/97, CIDH.

(29) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 146.

(30) Informe 12/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

(31) TEDH, “Metznetter vs. Austria”, 1 EHRR, 198, pag. 12.

(32) PINTO, Ricardo M., La investigación penal y las garantías constitucionales, edit. Ediciones La Rocca, 2009, pág. 322.

(33) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 136.

(34) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, págs. 136/137.

(35) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 137.

(36) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 139.

(37) CHIARA DÍAZ, Carlos, El proceso penal y la coerción personal, en Revista de Derecho Procesal Penal, N° 2005, Excrcarcelación. Doctrina, edit. Rubinzal Culzoni, pág. 13 y ss.

(38) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, págs. 150/151.

(39) FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 152.

(40) PESSOA, Nelson, Fundamentos constitucionales de la exención de prisión preventiva y la excarcelación, edit. Hammurabi, 1992, pág. 35. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables, en Doctrina Penal, año 7, 1984, págs. 535/536. Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte general, edit. Ediar, 2000, pág. 161. Pastor, Daniel R., El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, edit. Editores del Puerto, 1993, págs. 43/64.

(41) CEVASCO, Luis Jorge, cita de Fleming Abel, López Viñals Pablo, Garantías del imputado, edit. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 153.

## VIII. Conclusiones finales

Como vemos el fallo comentado ha desnudado una realidad que pocas veces se mira y se analiza, y menos se toman medidas como las que aquí se han intentado y se han dispuesto.

Sabemos que lo que se dice no es una realidad exclusiva de la provincia de Mendoza sino que sucede en todo el país, por lo que creo que muchos otros Superiores Tribunales de provincias y la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberían leer y analizarla atentamente y empezar a trabajar sobre el tema, esto es, en primer lugar a que se dicten más fallos imponiendo una interpretación restrictiva del dictado de prisiones preventivas, y en

[42] <http://www.mendozapost.com/nota/25606-polemica-por-un-fallo-mendocino-que-permitiria-liberar-presos/>.

segundo lugar a tener una política más activa de mejorar las condiciones de las cárceles y en caso de ser necesario la construcción de nuevas que cumplan con condiciones mínimas de seguridad para todos, alojados y personal del servicio penitenciario.

Con relación a la aplicación restrictiva del dictado de prisiones preventivas, es necesario para cambiar la ecuación ya que en las cárceles debemos tener más condenados que procesados, ya que hoy es una constante que la cárceles cuentan con más procesados que condenados.

Una realidad que no puede soslayarse y que tiene consecuencia inmediata en el dictado de prisiones preventivas, es la presión de los medios de comunicación que ante un hecho se solicita la prisión preventiva, y hacen creer a la población que si no se dictó dicha medida no hay justicia, como si la prisión preventiva ya fuera la condena. Es por ello el fenómeno

del adelantamiento de pena que significa hoy la prisión preventiva.

Es así que se debe trabajar con los medios de comunicación y a través de ellos difundir los verdaderos alcances de la prisión preventiva, y que esto no es la pena.

Y por otro lado hay que trabajar mucho más en que los tribunales cuenten con todos los medios necesarios para poder llevar a cabo las investigaciones que sean necesarias para aumentar el número de condenas. De esta forma se cambiará la ecuación, más condenados y menos procesados en las cárceles, y de esta forma la población entenderá que para que haya justicia no es necesario el dictado indiscriminado de prisiones preventivas, ya que luego de la investigación por más que no hubiera estado detenido se llega a una condena con el respeto de todas las garantías en el proceso, y un eventual cumplimiento efectivo de la condena.

Por último, y como ejemplo de lo manifestado, basta con ver el título de la prensa con la que trascendió a los medios locales y nacionales el fallo comentado, “Polémica por un fallo mendocino que permitiría liberar presos” (42) entre otros, y cuando se lee los comentarios allí vertidos se advierte que no han leído el fallo y que se sigue negando la realidad allí manifestada.

Este fallo no debería pasar desapercibido, sino que debería ser el punta pie inicial para el debate que nuestro país se está debiendo, como ya lo manifesté, en primer lugar, para discutir y modificar si fuera necesario el régimen del dictado de prisiones preventivas, y en segundo lugar, el mejoramiento de las cárceles todas.

Cita on line: AR/DOC/428/2016

## ACTUALIDADES

# Actualidad en Derecho Civil

## Ariel Parellada y Santiago Rauek

### 1. Obligaciones

#### i) Daños y perjuicios. Accidente de tránsito. Prioridad de la derecha en calle de doble mano

La Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Ira. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 11/12/2015, en autos “Orace, Cristian Leonardo y otros c/ Morales Páez, Gabriel y otros p/ daños y perjuicios” (causa n° 51.557) sostuvo que la regla de prioridad de paso del vehículo que llega a una encrucijada o bocacalle por la derecha no se pierde por la existencia de doble mano.

La alzada, confirmando la sentencia de primera instancia, dijo que la existencia de doble mano, si bien no hace perder la prioridad, sí la relativiza, pero en el caso los que gozaban de esta prioridad “relativa” era quienes circulaban por la derecha teniendo en cuenta los carriles de circulación respectivos.

Además, el Tribunal recordó un precedente del mismo cuerpo en el que sobre el tema se dijo que no sólo se trata de la resolución del caso concreto, primer punto de mira del magistrado, sino y también de propender al mejoramiento del tránsito, en una provincia y un país en donde las reglas “de la calle” no son claras, y que se caracterizan por el desorden, la falta de respeto por el otro, y en no pocos supuestos, por el desconocimiento de los textos que disponen cómo debemos comportarnos en la conducción de los automotores.

#### ii) Daños y perjuicios. Responsabilidad del dueño o guardián por riesgo o vicio de la cosa. Cosas inertes. Carga de la prueba

La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Ira. Circunscripción Judicial d e Mendoza, en fecha 09/12/2015, en autos: “Molina, Fabio Ernesto c/ Provincia de Mendoza y otros p/ daños y perjuicios” (causa n° 51.111), confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó una demanda de un particular contra la provincia de Mendoza y la Dirección de Parques y Zoológicos fundándose, principalmente, en la falta de prueba sobre el carácter vicioso o riesgoso de la cosa.

Si bien se demostró que el actor había sufrido un corte de consideración, el Tribunal de alzada sostuvo que no surge probado que la cosa inerte

(botella de vidrio) haya sido la causa activa del daño.

Expresó la alzada que cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno y otro u el perjuicios; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando, cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormal de la cosa o su vicio.

Dijo la Cámara también que al apelante le correspondía demostrar la existencia del riesgo o vicio —más aún, le incumbe demostrar que existía una cosa riesgosa y por qué circunstancias era tal— y la relación de causalidad entre uno y otro y el perjuicio.

### 2. Contratos

#### i) Contrato de mutuo hipotecario. Ejecución. Alegación por parte de la ejecutada de la aplicación de las normas más favorables de defensa al consumidor

La Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Ira. Circunscripción Judicial de Mendoza, en fecha 02/12/2015, en autos: “Baygorria, María Deidamia c/ Llorente, Alicia Beatriz p/ ejecución hipotecaria” (causa n° 51.111), confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda de ejecución hipotecaria.

La apelante solicitó la nulidad de la sentencia aduciendo en sus agravios que la relación jurídica que vinculó a las partes está dada por un contrato de mutuo encuadrable en un contrato de consumo, debiéndose aplicar la normativa consumeril más favorable, lo que no hizo el juez a quo.

No obstante, la Cámara rechazó el recurso de apelación diciendo que más allá de calificar la relación jurídica que vinculó a los litigantes como relación civil o de consumo, lo cierto es que ni el derecho de propiedad ni los derechos de los consumidores escapan a la razonable reglamentación, y se adhirió al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, al decir que la restricción de los plazos y limitación de las defensas que rigen en el proceso ejecutivo, en manera alguna vulnera o compromete garantías superiores de orden constitucional,

frente a la posibilidad de revisión posterior, en donde será satisfecho todo interés.

Siguió diciendo también la alzada que la discusión sobre la relación civil, comercial o consumeril de la relación que pretende traer el ejecutado resulta ajena a los estrechos márgenes que previó el legislador para que discurra la ejecución acelerada.

Culminó la Cámara estableciendo que no surge patente en el sublite ni la calidad de consumidora ni de persona especialmente vulnerable de la demandada, y aun cuando pudiera sostenerse dicha calidad, ello no sería óbice para admitir una razonable reglamentación a sus derechos. En este sentido, el proceso de ejecución hipotecaria ha sido reglamentado como proceso de conocimiento abreviado, limitando las excepciones y las pruebas, dejando a salvo lo que excede dicho marco ejecutivo para el proceso ordinario posterior, conjugando de esa forma la defensa en juicio de los derechos con la posibilidad de acceder a mutuos o préstamos de consumo. Aunque se admitiera la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores al sublite, lo cierto es que no concreta la recurrente cuál o cuáles habrían sido las defensas de las que se habría visto privada de oponer en el proceso ejecutivo y habrían modificado la suerte del litigio. En relación a la afirmación de la recurrente de que el inmueble hipotecado constituye la vivienda de su hijo menor, se trata de una cuestión novedosa, no planteada oportunamente y huérfana de todo tipo de prueba a su respecto, independientemente de la relevancia del argumento. Finalmente, no se visualiza el alegado perjuicio grave e irreparable atento la posibilidad de recurrir al juicio ordinario posterior.

### 3. Derechos reales

#### i) Acción posesoria. Actos posesorios. Caso de actos realizados en una parte del inmueble y su posible extensión a toda la cosa. Inmueble de grandes extensiones. Pastaje de animales

La Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la 2da. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 10/09/2015, en autos “Rostagno, Sergio Alfredo Miguel c/ Muñoz, Antonio y otros p/ acción posesoria” (expte. n° 1902) confirmó la sentencia de grado por la que se rechazó la acción posesoria intentada.

En el marco de una disputa por la posesión de tierras rurales, el judicante no tuvo por probada la efectiva relación de poder por parte del actor sobre la fracción de tierra objeto de proceso.

La Cámara, al comentar los actos posesorios que debieron acreditarse en el juicio, sostuvo que el derogado art. 2384 del Cód. Civil pasó con algunos cambios al art. 1928 del Código Civil y Comercial de la Nación, y el hecho de que en la nueva ley se haya suprimido la expresión: “bastando hacerla en algunas de sus partes”, no debe interpretarse que, en virtud de la reforma, la adquisición de la posesión exija la ocupación o la realización de actos posesorios sobre cada una de las partes de un inmueble, pues en la medida que la cosa esté determinada, tal exigencia sería irrazonable. No obstante, antes y ahora, esa regla constituye una presunción que admite prueba en contrario, y su aplicación se encuentra limitada por el requisito de la vacuidad, incluido por Vélez Sarsfield en el art. 2383 del Cód. Civil, y que ha pasado —con nueva redacción— al art. 1926 del Código Civil y Comercial de la Nación.

También consideró el Tribunal de alzada que con respecto al pastaje de animales como acto posesorio, dado el carácter naturalmente errante del ganado y su necesidad de abreviar, resulta discutible que el mero pastaje de los animales en campo abierto y sin agua, constituya un acto posesorio, por falta de continuidad y permanencia. No obstante, si esos mismos actos se realizan sobre un predio mensurado desde hace años como propio de quien apacienta allí el ganado, se evidencia un vínculo fuerte diferente con la tierra, propio de quien la aprovecha para una explotación agropecuaria.

#### ii) Acción posesoria de despojo. Requisitos

La Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la 2da. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 30/11/2015, en autos “Maranesi, María Elisa c/ Vargas, Teresa del Valle p/ acción posesoria” (expte. n° 51.360) rechazó el recurso de apelación de la demandada y confirmó la sentencia de grado que se hizo lugar a la acción de despojo promovida por la actora y sostuvo principalmente que la actora estaba ejerciendo la tenencia del inmueble y la demandada ingresó al mismo forzando la cerradura.

Explicó la alzada que el despojo se configura cuando el poseedor o el tenedor quedan excluidos contra su voluntad, de manera absoluta, en su relación material con la cosa, ya sea en forma parcial o total.

Señaló la Cámara que el accionante debe probar: a) la posesión o la tenencia; b) el despojo y c) la fecha del despojo; todos estos extremos fueron acreditados y que el hecho de que la actora haya estado ausente de la casa por un corto período de tiempo no implica que exista un abandono del inmueble, toda vez que lo normal es que las personas que habitan una

vivienda no permanezcan las 24 horas en la misma, a los efectos de que no se considere que ha sido abandonado. Diversas situaciones lleva a los habitantes de la vivienda a ausentarse de la ella: laborales, educacionales, de salud, vacaciones, etc., lo que no implica suponer el abandono de la misma.

### 3. Derecho procesal

#### i) Recurso de apelación. Materia del recurso. Cuestiones no planteadas en primera instancia y llevadas luego a la alzada: improcedencia

La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Ira. Circunscripción Judicial de Mendoza, en fecha 02/12/2010, en el juicio caratulado; “Lopez, José Antonio c/ La Rural Bodegas y Viñedos S.A. p/ ordinario” (causa n° 51.015) rechazó el recurso de apelación intentado por la parte demandada por haber esta introducido en la apelación cuestiones no propuestas al tribunal de primera instancia, dijo que de lo contrario se vulneraría el ámbito de actuación específico de la alzada como revisor de sentencias, violándose también la competencia en razón del grado prevista por los arts. 4 y 133 del Código Procesal Civil de Mendoza.

Sostuvo la alzada que la aseveración del desconocimiento que se atribuye a la sentencia en cuanto a la práctica bodeguera y en especial, el trato de la Bodega La Rural con sus productores, a que todos los acuerdos de elaboración y conservación de uva en depósito se hacen por periodos anuales y que el cobro del tiempo excedente en forma anual se justifica porque la vasija queda inutilizada, constituyen cuestiones de hecho que debieron articularse y, eventualmente probarse, ante la primera instancia.

También dijo el Tribunal que los argumentos introducidos como agravios, carecen de apoyo en las constancias del proceso, toda vez que no formaron parte de las defensas introducidas en la etapa de traba de la litis, lo que impide su análisis en esta sede. Se advierte que las alegaciones implican, en definitiva, la invocación de hechos que, en caso de ser controvertidos, se constituyen en objeto de prueba (art. 177 del CPC, Mza.) por lo que deben introducirse al litigio en la etapa de la traba de la litis.

#### ii) Honorarios. Necesidad de ejecutoriedad del auto regulatorio de honorarios. Expediente en la C.S.J.N. Oponibilidad del convenio transaccional a los profesionales actuantes

La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Ira. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 09/12/2015, en autos “Pedrosa, Hugo y otros c/ Partido Demócrata de Mendoza p/ ejecución de honorarios” (causa n° 51.669) rechazó el recurso de apelación deducido y confirmó la sentencia de primera instancia al disponer que la resolución regulatoria de honorarios ejecutada en la causa, no adquirió estado de firmeza y, por ello, no cumplió con la pauta liminar fijada por el art. 282 del Código Procesal Civil de Mendoza que dispone que la sentencia o auto que regula honorarios de profesionales, peritos y otros auxiliares de la justicia, podrá ser ejecutada, una vez “ejecutoriada”.

La controversia estaba dada porque la sentencia que hizo lugar a la demanda en el juicio principal y que reguló los honorarios que luego se ejecutaran, fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal este que ordenó la suspensión de los procedimientos de ejecución mientras se sustanciaba el recurso de queja. Paralelamente, y antes que el máximo Tribunal de la nación se expidiera sobre el fondo, las partes celebraron un convenio transaccional, comprensivo de capital e intereses.

Dijo la Cámara que como consecuencia, las regulaciones respectivas nunca quedaron eje-

cutoriadas, ya que no hubo decisión de la última instancia a la que llegó el caso, esto es, la Corte Federal, que no se pronunció sobre el fondo del asunto por suscribirse en forma previa, el convenio transaccional aludido.

Recordó, en este sentido, que la sentencia o auto “ejecutoriados” son aquéllas que y ano admiten recurso judicial alguno, pudiendo exigirse su cumplimiento por lo medios procesales disponibles en cada ordenamiento. Podría decirse que la resolución adquiere ese estado cuando han culminado los trámites legales y la decisión adquiere, así, el carácter de cosa juzgada.

Dijo además la Cámara, que el pleito finalizó por transacción mientras tramitaba el recurso de queja ante la Corte de la Nación, que no llegó a decidir sobre el fondo de la cuestión. Además, el Tribunal agregó que la falta de homologación del convenio no es óbice para arribar a tal conclusión, máxime considerando que los recurrentes consintieron en modo expreso su incorporación.

Terminó aseverando la alzada que, además, el convenio transaccional realizado entre las partes principales es oponible, en cuanto a la base regulatoria de honorarios, a los abogados que no participaron de la transacción, por ser criterio sostenido y reiterado tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Murguía, Elena), como por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Sala I. L.S 375-103).

#### iii) Juicio por cobro de pesos. Carga de la prueba. Desadjudicación de plan por parte del Instituto Provincial de la Vivienda

La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Ira. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 04/12/2016, en autos “Quevedo, Antonio Luis c/ Instituto Provincial de la Vivienda p/ cobro de pesos, (causa n° 51.206) confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda por cobro de pesos por considerar que el actor no logró demostrar que había entregado dinero al demandado en el marco de la compra de un lote para que el IPV construya una vivienda en base a un plan del instituto que luego fuera desadjudicado al actor.

La alzada expresó que las alegaciones del actor no se demostraron ni surgieron de los elementos obrantes en la causa, toda vez que el dinero que adujo haber pagado el actor y por cuya restitución demandó, nunca ingresó al patrimonio del demandado.

Recordó el Tribunal las nociones clásicas sobre carga de la prueba, porque dijo que conforme a lo dispuesto por el art. 179 del Código Procesal Civil de Mendoza, en general, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que no fueron reconocidos por la contraria; en particular, corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien los invoca como base de su pretensión; las de los hechos extintivos e impeditivos, a quien los invoca como base de su resistencia.

#### iv) Principio de congruencia. Allanamiento a la pretensión de división de condominio. Forma de realización

La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la 2da. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 09/12/2015, en autos “Membrive, Felix Ángel c/ Maldonado Vargas, Miguel p/ división de condominio” (expte. n° 3134) hizo lugar parcialmente al recurso de apelación y modificó la sentencia de primera instancia solamente en lo atinente a la forma en la que debía dividirse el condominio que existía sobre un inmueble entre actor y demandado.

La Cámara tuvo en cuenta que previo al juicio, el difunto esposo de la demandada había suscripto un convenio con el actor de división de condominio en el cual se establecía la forma de división, y que cuando se notificó la demanda, la accionada se allanó a la pretensión “en razón

de haber sido convenida extrajudicialmente la división de condominio por mi difunto esposo”. No obstante, el juez de primera instancia al hacer lugar a la demanda expreso: una vez firme y consentida la presente resolución y para el caso que las partes no se pongan de acuerdo sobre la forma de practicar la venta del inmueble, se procederá como está dispuesto para la ejecución de sentencias, conforme lo dispone por el art. 218 inc. V del Código Procesal Civil de Mendoza.

Dijo la alzada que el art. 218 inc. V en mención se aplica al caso en que las partes no se hayan puesto de acuerdo, pero en el caso, existe un acuerdo preexistente entre los condóminos, por el cual decidieron poner fin a la copropiedad y acordaron la forma de dividir el inmueble en común. Dicho acuerdo privado de división y adjudicación de fracciones celebrado constituye un contrato válido del que emerge la obligación de los contratantes de elevarlo a escritura pública (conf. art. 1185 del Código Civil). A su vez, el actor, sucesor particular de uno de los condóminos funda su pretensión de división en los términos de dicho acuerdo y la sucesora universal del otro condómino se ha allanado a esa pretensión. Así, se advierte que el señor Juez a quo se apartó de los términos en que quedó trabada la litis: dividir el condominio conforme lo acordado en el convenio.

Razonó la Cámara por último diciendo que lo que correspondía en el caso es mandar a liquidar el condominio en la forma pactada, para lo cual habrá que proceder a suscribir la correspondiente escritura pública, en los términos ya acordados, cumpliendo con los requisitos legales y reglamentarios vigentes.

#### v) Preparación de vía ejecutiva. Desconocimiento de firmas. Intereses sancionatorios por el desconocimiento de la firma

La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la 2da. Circunscripción Judicial de Mendoza, con fecha 14/12/2015, en autos “Buscemi, Daniel Carmelo c/ Gonzalez, Horacio Roberto p/ Cobro de pesos” (expte. n° 2876) confirmando la sentencia de primera instancia sostuvo que es procedente en el caso la aplicación de intereses sancionatorios debido

a una conducta procesal. En el caso la misma estuvo dada por el no reconocimiento de firma en la documentación que el actor utilizó para preparar la vía ejecutiva, lo que sumó el trámite del proceso generando una demora mayor.

Explicó la alzada que ordenamiento procesal mendocino prevé en el art. 22 la obligación para litigantes, representantes y abogados el deber de probidad y lealtad, expresando al tribunal los hechos verdaderos, pudiendo ser objeto de sanciones si se apartaren de esos principios. La posibilidad de aplicación de intereses sancionatorios se estableció en la ley 3939, que disponía que “en los demás procesos, el deudor, perseguido judicialmente y que litigue sin razón valedera, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media (2 1/2) el establecido en el art. 1, a la fecha de sentencia. Los jueces, de oficio, graduarán el acrecentamiento de la tasa, atendiendo a la mayor o menor malicia con que haya litigado el deudor”. La noma fue derogada por la ley 7198, pero en el art. 2 se volvió a establecer una disposición similar: “El deudor perseguido judicialmente y que litigue sin razón valedera, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media (2 1/2) el establecido en el art. 1°, a la fecha de sentencia. Los jueces, de oficio, graduarán el acrecentamiento de la tasa, atendiendo a la mayor o menor malicia con que haya litigado el deudor”.

Argumentó el Tribunal que en el caso el demandado desconoció la firma y el contenido de la documentación que se le exhibió y ocasionó con ella la necesidad de promoción de un proceso sumario, en el que quedó acreditado mediante la pericia caligráfica rendida que las firmas que se le atribuían le pertenecían. Se trata de una situación típica en la que el deudor niega la firma y luego se descubre que es verdadera, es decir, de una conducta mañosa que no puede tolerarse, una maniobra desleal, una articulación de mala fe sin apoyo fáctico o jurídico alguno, respecto de la cual no existe duda de que no obedece a un simple error, sino que trasunta claramente dolo procesal, que ha tenido por único fin entorpecer el curso de la justicia y dilatar el pago.

Cita on line: AR/DOC/941/2016

## Actualidad en Derecho Administrativo

*Facundo Díaz Araujo y Bernardo Talamonti Baldassarre*

#### 1. Retención del carnet de conducir por falta grave de tránsito. Inconstitucionalidad. Falta de uso del cinturón de seguridad

La Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, el 14/12/15 en la causa N° 251.032/51.685, caratulada “Garay Diego Sebastián c. Provincia de Mendoza p/ acción de amparo”, consideró inconstitucional la retención del carnet de conducir efectuada a un conductor a quien se atribuía la falta de utilización del cinturón de seguridad.

La resolución resulta confirmatoria en este punto de la sentencia del Séptimo Juzgado en el Civil que ordenó la restitución de la licencia de conducir retenida.

Si bien reconoce que el no uso del cinturón de seguridad constituye una falta grave o gravísima (art. 85, inc. 2, ap. j) de la ley 6082) considera que esa medida implica una sanción anticipada, y como tal irrumpe claramente en abierta violación de derechos reconocidos

constitucionalmente. En particular, afecta el derecho de propiedad relacionado con el uso y goce del vehículo de su propiedad, como también el derecho de la libre circulación con su vehículo, además del derecho de defensa en juicio. La posición sigue el sentido del precedente “Carlucci; L.S. 355-248” de fecha 5 de septiembre de 2.006; LL Gran Cuyo 2006 (febrero), 86: cita on line AR/JUR 5361/2005). Recordó, haciendo suyas, las consideraciones del precedente en el sentido de que como medio de coerción estatal la legitimidad de la medida debe considerarse limitadamente (restrictivamente) y que en el caso no superaba el test de razonabilidad (desde que se autoriza la circulación con el comprobante de la infracción vial pero se retira el carnet que habilita esa circulación).

Finalmente, se expide sobre la disponibilidad del uso del cinturón de seguridad, vale decir si constituye una acción privada y, por ende, disponible para los interesados su utilización (art. 19 Const. Nac.). Al decidir, cita a María Angélica Gelli —pág. 184— y a Carlos Santiago Nino —Ética y Derechos Humanos,

Astrea, 2ª edición, 1989, pág. 441— y expresa: “...una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar” (Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, 2ª edición, 1989, pág. 441).

Señala la resolución que la imposición del uso del cinturón de seguridad no implica la imposición de ninguna “virtud” o preferencia moral para el usuario, no afecta el principio de autonomía personal ni mucho menos el plan de vida que cada persona puede elegir libremente para sí.

Consideró además que la omisión de usarlo puede configurar un daño a terceros, desde que está comprobado científicamente el aumento de lesiones que se producen en su consecuencia y que aun cuando el Estado no pueda exigir que cada individuo contribuya a incrementar el producto nacional, no puede objetarse por el contrario el interés en no tener una población con altos índices de incapacidad que incrementan costos en salud pública.

En conclusión afirmó que no resulta inconstitucional la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad para quienes circulen en vehículos por la vía pública.

## 2. Responsabilidad del Estado

### i) Nulidad de adjudicación en licitación. Adjudicatario coautor de la nulidad

La Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Com., Minas, de Paz, Trib. y Fam. de la 2ª Circ. Jud. de la Prov. de Mendoza, sita en el departamento de San Rafael de la Provincia de Mendoza, en fecha 11/09/2015, en autos “Cabrera y Comp. Sociedad Colectiva c/ Municipalidad de San Rafael p/ ordinario” (Causa n° 27.263/11.600), tuvo oportunidad de dictar sentencia frente a la demanda que perseguía la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la adjudicataria de una licitación que, habiendo comenzado a ejecutar los servicios y obras licitados, vio caer por nulidad el acto administrativo que le adjudicó las tareas. Surge de la resolución que se trató de una licitación de tránsito medido adjudicada por el plazo de 15 años, de los cuales transcurrieron un poco más de 4 años en los que la beneficiaria prestó los servicios.

La razón por la que se truncó la actividad licitada resultó la pretensión nulificatoria del acto de adjudicación interpuesta por otra aspirante en la misma licitación y la causa de la nulidad tuvo relación con una modificación de la oferta o propuesta original que habría quebrado la igualdad de los oferentes. La nulidad del acto administrativo había tenido lugar en la sede de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y en el marco de una acción procesal administrativa en la que la pretendiente de la indemnización tuvo intervención en calidad de tercero coadyuvante.

La sentencia de Cámara refiere que la demandante tuvo conocimiento de acción procesal administrativa por la que se atacó la adjudicación, pues la Suprema Corte la citó como tercero coadyuvante litis consorcial (art. 16 ley 3918), no obstante lo cual se limitó a presentarse y constituir domicilio, sin plantear defensas, por lo que el fallo dictado en ese proceso contencioso-administrativo le es oponible.

La Cámara señala que la Corte provincial, en la sentencia que declaró la nulidad de la adjudicación, determinó que la adjudicataria (ahora actora-recurrente) provocó con su actuar en la licitación la nulidad del acto ad-

ministrativo de adjudicación, al modificar su propuesta original alterando las condiciones esenciales de la oferta, considerándola —por tal motivo— como co-causante de la nulidad del contrato administrativo.

La resolución destaca que la Suprema Corte, al resolver la acción procesal administrativa declaró que el error esencial fue que el oferente iniciador haya modificado su propuesta original reduciendo la rentabilidad mínima asegurada y alterando las condiciones esenciales de la oferta. Así entonces, no se ha cumplido con el procedimiento previsto en la ley 5507, al permitirse una presentación de oferta iniciadora diferente a la que se formuló inicialmente, con lo que se ha perdido la calidad que se le había conferido y por ende corresponde decretar la nulidad de la adjudicación, haciendo lugar, en este aspecto, a la acción procesal administrativa.

En consecuencia, la Alzada afirma que resulta inadmisibile la invocación de la actora-apelante de que no tenía conocimiento de los vicios que afectaban el acto en tanto fue coautor de ese vicio. También consideró improcedente la acción en tanto configura la alegación de la propia torpeza y la propia falta de diligencia, que impide considerar respecto de la demandante su buena fe o la exclusiva responsabilidad de la administración pública; destacando que cuando el propio actuar (en el proceso licitatorio) del adjudicatario es el que originó la nulidad del contrato —cuestión de absoluta relevancia a los fines del rompimiento del nexo causal—, no tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, pues ha sido co-responsable de la nulidad provocadora de los daños que reclama.

### 3. Amparo por mora de la administración. Principio de claridad. *Iura novit curia*

#### i) Amparo por mora: falta de claridad en la pretensión; tutela judicial efectiva; principio *iura novit curia*; recalificación de la acción; protección derecho a trabajar

La Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Com., Minas, de Paz y Trib. de la 1ª Circ. Jud. de la Prov. de Mendoza, en fecha 23/11/2015, en autos “Barrionuevo, Analía Viviana c/ Dirección General de Escuelas p/ amparo” (Causa n° 255.654/51.438), revocó el fallo apelado que se limitó a rechazar la acción de amparo con fundamento en que la arbitrariedad e ilegalidad del acto lesivo no eran manifiestas, pero sin tratar la mora de la Administración también invocada por la actora.

La sentencia de primera instancia originaria del Segundo Juzgado de Gestión Asociada expresó que no advirtió con claridad y evidencia una vulneración en los derechos constitucionales de la accionante. Manifestó que no es posible decir que la decisión de no otorgar el certificado de aptitud por las condiciones de salud de la docente sea de una arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, ya que no se acredita que su derecho a reintegrarse haya sido vulnerado teniendo en cuenta el historial médico que la propia amparista describió y acompañó. Consideró que la acción de amparo resulta improcedente cuando se trata de cuestiones en las que no surge con total nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se arguye, sino que se trata de temas opinables o que requieran mayor debate o prueba. En relación al caso concreto resolvió que la propia actora hace referencia a las distintas alternativas de acción que tiene, agregando una más la demandada, por lo que, existiendo vías idóneas de índole administrativa estas deben ser agotadas, ya que de otra manera se desvirtúa la naturaleza del amparo convirtiéndolo en un remedio ordinario para cualquier violación a un derecho constitucionalmente reconocido. En ese razonamiento la primera instancia resultó en el rechazo de la demanda.

La Cámara relata que la demanda no fue clara en los términos de la pretensión: en el

“objeto” la accionante pide se le asignen tareas docentes por estar apta médicamente, pero en el “petitorio” solicita que se ordene emplazar a la demandada a que resuelva el reclamo en sede administrativa sobre su situación laboral. La Jueza de Primera Instancia rechaza la acción expidiéndose sólo respecto del primer aspecto, omitiendo resolver la petición sobre la mora de la accionada.

La Cámara efectúa un completo detalle de la normativa, jurisprudencia y doctrina referida a la acción de amparo, destacando que el derecho a la tutela judicial efectiva impone una interpretación más justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia, debiéndose interpretar el principio *pro actione* en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

En ese contexto, señala que el principio *iura novit curia* habilita a calificar, recalificar o reconducir la acción, la materia litigiosa y las peticiones, a la luz del derecho de fondo, con el único límite de cómo quedó determinada la plataforma fáctica al trabarse la litis.

Fundada en esos argumentos, revoca la sentencia apelada, no en cuanto a que la arbitrariedad o ilegalidad no eran manifiestas, sino porque considera que la sentenciante originaria debió haberse expedido también sobre la mora de la Administración invocada —aunque confusamente— por la accionante.

Destaca que el amparo por mora contribuye a la moralización administrativa, y que este tipo de acción —que no implica valorar la cuestión de fondo— tiene como finalidad corroborar la falta de pronunciamiento de la Administración y obligarla a que se expida expresamente, sin necesidad de agotar la vía administrativa.

Finalmente, afirma que la mora de la Administración en definir la situación de la actora puede afectar su derecho al trabajo, el cual

está cabalmente protegido por la Constitución nacional y Tratados Internacionales.

Consideró que de las constancias de autos surge de manera clara que la amparista se encuentra inmersa en un estado de incertidumbre respecto a su situación laboral que no puede permanecer indefinida en el tiempo y que la mora de la administración en su resolución implica una omisión arbitraria e ilegal que lesiona el derecho constitucional de obtener un pronunciamiento expreso, resultando evidente, en este sentido, que la vía de la acción de amparo por mora es procedente ante el silencio o la ambigüedad antes señalada, sin que para ello resulte necesario agotar la vías administrativas.

Esa situación de incertidumbre de la amparista, a criterio de la resolución que se describe, la habilita a concurrir ante los tribunales en busca de la protección judicial de sus derechos subjetivos constitucionalizados, sin la necesidad de agotar una vía administrativa que torne ilusoria aquella protección, por lo que, reiterando que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizados por los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponen una interpretación más justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia, el amparo debe ser, de alguna forma, reconducido a sus justos términos (amparo por mora previsto en el art. 3º del dec.-ley 2589/75), conforme a las facultades que otorga al juzgador el art. 46, inc. 9º, del C.P.C., y, en ese sentido se resolvió admitirlo, revocándose la sentencia de grado y ordenando a la D.G.E. que, en el plazo de 30 días de notificada la presente, concluya a través del dictado del acto administrativo pertinente con la situación denunciada por la amparista por razones de salud.

Cita on line: AR/DOC/938/2016

# Actualidad en Derecho de Familia

María V. Lizárdez

## I) Derecho a la Salud. Interés superior del niño. Medida autosatisfactiva

El 1º Juzgado de Familia de la primera circunscripción de Mendoza, con fecha 2 de setiembre de 2015, en autos N°1129/15 - “C.M.E. y J.R.M. c/ O.S.D.E. p/ medidas cautelares”, hizo lugar a una medida precautoria, ordenando a una Obra Social la incorporación de tres menores al plan médico de sus padres biológicos, encontrándose aun en trámite la solicitud de inscripción de los niños como hijos de los actores.

La sentencia considera que se han cumplido los extremos requeridos por el código de rito respecto de la procedencia de las medidas cautelares.

Explica que si bien la verosimilitud del derecho, en el caso, no surge de las partidas de nacimiento debido a que en ellas figura un vínculo filiatorio distinto, el extremo se tiene por acreditado con un estudio de ADN acompañado, de dónde resulta que los menores son hijos de los actores.

Respecto al peligro en la demora, lo fundamenta en el derecho a la salud, a contar

con una cobertura médica, y su tutela preventiva.

Se explaya en la especialidad que merece el derecho de Familia respecto a la flexibilización de las rígidas normas procesales, y las amplias facultades de dirección del proceso en pos de la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Concluye que en el caso en análisis se ve involucrado el derecho a la salud y el interés superior de los niños, por lo que sin prejuzgar respecto a la identidad filiatoria de los menores, decide ordenar la incorporación de los tres niños al plan médico de los actores, intertanto se resuelva la determinación jurídica de filiación.

## II) Gestación por sustitución. Inscripción de nacimiento. Medida autosatisfactiva

El 1º Juzgado de Familia de la primera circunscripción de Mendoza, con fecha 15 de diciembre de 2015, determinó que la filiación materna y paterna de tres menores nacidos a través de la técnica de gestación por sustitución, corresponde al matrimonio que aportó el material genético y ordenó la

inscripción del nacimiento en nuevas actas, como así también la confección de los documentos de identidad con los datos filiatorios determinados.

Considera que la vía procesal a la que recurren los presentantes para solicitar la inscripción del nacimiento de los tres niños —acción declarativa de certeza— es la adecuada, e imprime al caso el procedimiento previsto en el art. 76 bis de la ley 6354: medida autosatisfactiva, dado el vacío de la ausencia de soluciones en la conflictiva planteada, la falta de contradicción e intereses contrapuestos entre los presentantes involucrados y la necesidad de tutela actual y efectiva.

La sentencia analiza la regulación de la atribución de la maternidad en el derecho argentino (prueba del nacimiento e identidad del nacido) e identifica el conflicto que se suscita frente a las técnicas reproducción humana asistida, específicamente la gestación por sustitución al presentarse la disociación entre “maternidad genética” y “maternidad gestacional”, en el caso, el matrimonio aportó el material genético y la madre de la aportante prestó su útero para la gestación.

Señala que la voluntad procreacional, entendida como “el querer engendrar un hijo”, es el elemento más relevante en la determinación filiatoria, la voluntad de quienes participaron en el acto.

Observa que la legislación argentina no regula la gestación por sustitución, pero tampoco la prohíbe, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial. Expone los argumentos por los cuales recomienda que esta práctica debiera ser regulada.

Concluye que hacer lugar a la petición de los actores es lo que mejor corresponde al interés superior de los nacidos, por lo que asimismo impone a los progenitores —en momento que sus hijos adquieran mayor edad y madurez suficiente para entender— la obligación de informarles respecto su origen gestacional.

### III) Capacidad restringida. Persona de apoyo. Derecho transitorio

La Cámara de Apelaciones de Familia de la Primera Circunscripción de Mendoza, con fecha 30 de noviembre de 2015, en autos N° 1172/14/6F — 450/15, caratulados “ALMEIDA, Andrea Cristina Dora p/ determinación de Capacidad”, resuelve modificar la sentencia de grado, disponiendo la restricción del pleno ejercicio de la capacidad de la actora.

El a quo decidió declarar la incapacidad de hecho de la tutelada, y a pesar de compartir el mismo criterio, sólo por cumplimiento de la manda judicial que impone nuestra ley de rito, la representante del Ministerio Pupilar apela la sentencia.

Llegados los autos para resolver a la Cámara de Familia, ha ocurrido la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

La sentencia, previo a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, analiza qué derecho deberá aplicar conforme a lo establecido en el art. 7 CCyCN, determinando que en autos la condición de salud de la persona que autoriza a restringir judicialmente su capacidad, existe con anterioridad a la vigencia del nuevo código pero se prolonga en el tiempo. Por lo que corresponde resolver a la luz de la nueva normativa de fondo.

El régimen de capacidad del nuevo Código limita la declaración de incapacidad y la designación de un curador a los supuestos de personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio, o formato adecuado y el sistema de apoyo les resulte ineficaz.

Concluye que a la tutelada no se la debe subsumir en la categoría de incapaz absoluto de obrar a la que refiera la nueva legislación —categoría excepcionalísima— debido a que no surge de la prueba rendida los extremos antes aludidos.

Por lo que se adopta un sistema de capacidad restringida sólo respecto a los actos de disposición y administración de bienes, designando una figura de apoyo para su asistencia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara de Familia en autos N° 3660/13/1F - 449/15, caratulados “DISANTO, Fabiana Norma p/ determinación de la capacidad”; autos N° 2814/12/8F - 502/15, caratulados: “8va. Asesoría de Menores e Incapaces en representación de AROCA, Elsa Yamila p/ proceso de determinación de la capacidad jurídica de las personas”; autos N° 925/14/2F - 399/15, caratulados: “ARENAS, Ignacio Adriano p/ determinación de capacidad”; autos N° 483/14/3F - 493/15, caratulados “FRITES, Brian José María p/ determinación de incapacidad”; autos N° 2883/8/7F - 544/15, caratulados: “ROCHA, Alexis Rubén p/ Insania”; autos N° 2727/13/7F - 471/15, caratulados “VANINI, Alberto Ramón p/ Insania”.

### IV) Divorcio causado. Divorcio incausado. Derecho transitorio

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, con fecha 15 de diciembre de 2015, en autos N° 17/14/4F - 287/15, caratulados “BRABAGNOLO, Victorio c/ OVEJERO Sabina p/ divorcio vincular contencioso”, resuelve confirmar sentencia de grado y declarar el divorcio vincular causado (causal objetiva) no obstante haber entrado en vigencia el nuevo CCyCN al momento de sentencia.

En autos, se interpone demanda de divorcio causal objetiva por separación mayor a tres años, se reconviene por causal subjetiva (abandono voluntario y malicioso).

El punto central a decidir es el alcance del art. 7 CCyCN con relación a los juicios de divorcio contenciosos en trámite y sin sentencia firme y las consecuencias que de ello derivan para la resolución en la Alzada.

Con voto mayoritario la Cámara —tras analizar las distintas posturas doctrinarias en lo que refiere a la interpretación del art. 7 CCyCN— determina aplicar al caso la normativa vigente al momento de la interposición de demanda

Entiende que lo que produce el quiebre de la situación y su modificación es la interposición de la demanda que patentiza la pretensión de dar por terminada la relación matrimonial. Es éste el momento que deberá tomar el magistrado para resolver.

Considera que ésta es la posición que mejor ampara derechos constitucionales como: defensa en juicio, debido proceso y principios procesales como el de congruencia.

Con voto en disidencia se sostuvo que la ley a aplicar debió ser la vigente al momento de dictar sentencia.

Es decir, se aplica la ley vigente al momento en que se produce la causa constitutiva, modificativa o extintiva de la relación o situación jurídica. El matrimonio se disuelve (ergo, o extingue) con el divorcio y para que haya divorcio se requiere de una sentencia judicial, por lo que la ley a aplicar para resolver el divorcio es justamente la ley vigente al momento en que se dicta la sentencia.

Para finalizar, las posturas determinadas por la cámara se ven reflejadas asimismo en la condena en costas. La postura mayoritaria, al hacer lugar ver al divorcio causado, condena en costas a la apelante vencida, a diferencia de la postura minoritaria, que ofreció una solución distinta de haberse decidido conforme su criterio: costas en el orden causado, al aplicar la nueva normativa de donde surge que no se podría encuadrar a las partes ni en vencedores ni vencidos.

### V) Filiación. Impugnación paternidad. Filiación extramatrimonial. Derecho transitorio

La Cámara de Apelaciones Familia de la primera circunscripción de Mendoza, con fecha 23 de noviembre de 2015, en autos N° 486/13 - “LUCERO, Jorge c/ Nelson PEREZ y Leticia Isabel OLGUIN p/ impugnación paternidad - Filiación Extramatrimonial”, originarios del Primer Juzgado de Familia, rechaza el recurso de apelación interpuesto por los demandados, confirmando la sentencia de primer instancia, la cual hizo lugar impugnación de la filiación matrimonial paterna de la menor y la emplazó en el estado de hija extramatrimonial del actor.

En la primer instancia, se hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del código de Vélez planteada por el actor, —la citada norma no legitimaba al padre biológico de la menor para peticionar la impugnación de la filiación matrimonial paterna—.

Pasados los autos a segunda instancia la Cámara en primer lugar analiza el agravio expresado por los recurrentes respecto a

la procedencia de la inconstitucionalidad y determina que dicho análisis, a partir de la entrada en vigencia del nuevo C.C. y C.N. ha devenido en abstracto ya que la norma en cuestión ha sido derogada.

Funda su conclusión en el art. 7 del C.C. y C.N., del cual se desprende la aplicación de la nueva ley al caso. Al estar en presencia de una situación en curso de ejecución —la sentencia impugnada desplaza del estado de hija matrimonial a la menor causante, emplazándola en el estado de hija extramatrimonial— significa que la situación jurídica no se encuentra agotada al momento de resolver la apelación.

Enseña asimismo que la nueva ley en su art. 590 confiere legitimación para accionar al presunto padre biológico por lo que prescinde de analizar los demás agravios respecto a éste punto.

Acto seguido, examina el agravio referido a la falta de comparecencia de los demandados a realizar la prueba biológica —ADN— a la luz de la nueva normativa, la cual establece que ante la si ninguna de las alternativas para realizar la prueba biológica que consigna la norma es posible, el juez debe valorar la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. No le da fuerza de presunción pero tampoco sigue siendo un indicio simple y esboza posiciones doctrinarias respecto a la necesidad o no de que este indicio sea reforzado por otras pruebas.

Concluye que en el caso, dicha discusión es inoficiosa por cuanto existen una serie de elementos probatorios que corroboran el indicio derivado de la negativa a someterse al examen genético.

Relata que identidad personal es el conjunto de características, tanto estáticas (las que no varían en el tiempo como la clave genética, nombre, físico) como variables (se modifican a través del tiempo y expresan el patrimonio ideológico-cultural de cada persona, como la religión, creencia, actividad, carácter, inteligencia, esto es, la personalidad que se proyecta al exterior).

Enseña que en los casos como el analizado, se reclama filiación existiendo emplazamiento, es decir, que el resultado de tal pretensión está sujeto a las resultas de la remoción (previa o simultánea) de aquel estado; y es allí, justo, cuando más fácilmente se puede verificar la tensión entre las dos vertientes que conforman el derecho a la identidad.

No obstante ello, entiende que su “superior interés” es que no permanezca con una identidad falsa, por lo que determina corresponde hacerle saber su realidad biológica a la mayor brevedad posible, puesto que, de lo contrario, seguirá construyendo su identidad en base a una falsedad que no puede consolidarse a través del tiempo.

Cita on line: AR/DOC/942/2016

SECRETARIOS  
Ariel G. Parellada  
Olga Castillejo de Arias

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

María Gabriela Ábalos  
Víctor Bazán

Olga Castillejo de Arias  
Angélica Correa  
Pascual E. Alferillo  
José García Castrillón  
Horacio C. Gianella  
Ariel G. Parellada  
Liliana T. Negre de Alonso  
Alejandro Pérez Hualde

Fernando Pérez Hualde  
Gladys Puliafito  
Roberto Stocco  
Dante M. Vega

#### COLABORADORES

Alicia Boromei De Barroso

Ignacio Boulín Victoria  
Horacio Cuervo  
Rosana Dottori  
Sebastián Elias  
Daniela Favier  
Héctor Ricardo Fragapane  
Silvina Furlotti  
Fernando Gabriel Games

Santiago José Gascón  
Augusto M. Guevara  
Marina Isuani  
Claudio Leiva  
Elsa B. Madrazo  
Silvina Miquel  
Roberto Monetti  
Andrés Nicosia

Sergio Parellada  
Alejandro Piña  
Pablo Quirós  
Silvina Ruth Scokin  
María Josefina Tavano  
María Gabriela Yarke  
Carlos A. Livellara