

ISSN 2408 - 4581



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO

número
//06
octubre / 2019



Editorial UGD
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina
Teléfono: +54 (0376) 4438677
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho
de la Universidad Gastón Dachary.
Octubre 2019

Contacto: editorial@dachary.edu.ar
Colección Revistas de la Editorial UGD



Sumario

| | |
|--|----|
| Abogado del niño | 4 |
| Alimentación, Derecho y rol del Estado | 10 |
| La prueba en el proceso civil: concepto, objeto, carga, medios y apreciación | 12 |
| Tutela anticipada y medidas autosatisfactivas | 20 |

STAFF

Rectora

Prof. Alba Pérez Chilavet

Secretaria de Extensión

Lic. Gabriela Lichowski

Director de Abogacía, UGD

Dr. Juan Manuel Lezcano

Editorial UGD

Esp. Paola A. Torres B.

ISSN 2408 - 4581

Editorial

Palabras del equipo editorial

La Revista del Departamento de Derecho ha sido pergeñada como un espacio para que toda la comunidad académica pueda compartir sus avances, investigaciones e inquietudes jurídicas. Y una Universidad la componen docentes y alumnos; es imposible pensarse de otra manera el mundo universitario. Es más, el alumno ha de ser el eje, el centro del quehacer universitario.

En este orden de ideas, en este número hemos privilegiado la prolífera actividad de investigación de los alumnos del postgrado de Especialización en Derecho Procesal de nuestra Casa de Altos Estudios, todos abogados, que han tomado el tan importante camino de profundizar su estudios en el área procesal.

Y es por ello que compartimos en esta entrega tres valiosos trabajos de investigación que han surgido en el contexto académico citado. Así compartimos las reflexiones de la Dra. Amalia Iriarte en relación a la temática tan importante y delicada a la vez referida al "Abogado del niño"; el trabajo del Dr. José Luis Maimó titulado: "La prueba en el proceso civil: Concepto, Objeto, Carga, Medios y Apreciación"; y el trabajo de la Dra. Mariángel Koziarski denominado "Tutela anticipada y medidas autosatisfactivas".

Agradeciendo el aporte de todos, esperamos este número sea de interés de los lectores. Y los invitamos a Uds, nuestros lectores, a participar y asumir un rol activo en los números que siguen, compartiendo sus trabajos.

ABOGADO DEL NIÑO

Por Dra. Iriarte Amalia Beatriz.

Abogada, Especialista en
Derecho Procesal de UGD.

INTRODUCCIÓN

La figura del abogado del niño encuentra su marco normativo en el art. 27, inc. c), de la ley 26.061, y se la entiende como una figura derivada del derecho del niño/adolescente a ser escuchado, así como a participar en toda cuestión que lo afecte, consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño.

En este punto es importante la mención de que "niño" para la Convención de los Derechos del Niño es toda persona que no alcanzó los 18 años de edad. Por su parte, el Código Civil y Comercial en el art. 25 define al menor de edad como toda persona que no adquirió los 18 años, reservando la denominación de "adolescente" para los que están dentro de la franja de los 13 a los 18 años, y la de "niño" para aquellos que se encuentren entre los 0 a 12 años.

En el trabajo intentaremos abordar un marco general de la figura del abogado del niño y de qué manera el niño, niña y adolescente inmerso en un conflicto, puede ser asistido en el caso de necesitar una asistencia técnica y como obtener. Una visión desde lo legal a nivel nacional y bajando a la línea provincial, por medio de las leyes que la regulan. También dejando de manifiesto la necesaria y urgente puesta en marcha de la aplicabilidad luego de una sanción de una ley provincial en lo que hace al derecho penal juvenil.

Se exponen también jurisprudencia, en rol a la doctrina sobre la figura del abogado del niño, así como la diferencia con otras representaciones, e intentaremos ofrecer soluciones a los fines de concretar la defensa técnica de los niños.

FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO EN ESTE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En la práctica, ya algunas provincias habían empezado con su tratamiento particular. La Provincia de Buenos Aires tiene una norma propia que regula la materia, la Ley 14.568, que está específicamente determinada sobre la base de edad y madurez suficiente y deja a interpretación del juez si existen intereses contrapuestos en el caso particular. Pero no hay un abogado del niño para todos, para graficarlo: Una pareja se separa, el marido deja de pasarle alimentos, la madre los reclama, allí no va a ser necesario un abogado del niño ¿Por qué se va a querer nombrar a un abogado del niño y no confiar que la madre va a defender bien los intereses de los hijos? Esto es lo que dice el Código ahora. En la medida que haya una necesidad, como en los casos típicos donde se nombraban tutores especiales a los chicos. Cuando se nombraba un tutor especial porque existían conflictos de intereses con los padres, si se trata de un chico de 11 a 15 años ¿Por qué un tutor y no un abogado de confianza del chico? En la práctica, los casos no se llenaron de abogados del niño.

LA CAPACIDAD

El Código mantiene lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que es la operatividad de la Convención de los Derechos del Niño, que incorpora como pauta constitucional el principio de autonomía progresiva. El Código trae específicamente a la autonomía progresiva como un principio para el ejercicio del derecho de los

chicos. El principio general continúa siendo que el niño ejerce sus derechos por medio de sus representantes legales, que se mantiene. El Código lo que hace es introducir de manera expresa la cláusula que autoriza: al que cuenta "con la edad y madurez suficiente" a realizar por sí mismo todos los actos que le son reconocidos por el cuerpo legal. Acá, vemos que el ámbito más fuerte es el del ámbito de la salud, donde había mucha ley especial, como la Ley de Derechos del Paciente, la cual establece la obligación de informar y de hacer participar a los chicos del proceso, recabar su opinión o su consentimiento en casos de gravedad importante. El Código toma todos estos principios introducidos por estas leyes especiales.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO - CAPACIDAD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Nuestro Código da la categoría de menor adulto, a pesar de que se encontraba en vigencia la Ley 26.061 que era la Ley Especial, que definía toda esta cuestión de la edad y madurez suficiente, la autonomía y demás. El viejo Código decía que a los 14 años se era menor adulto y entonces se mantenía esta pauta rígida, porque el Código Civil lo establecía así.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que un menor de 14 años es un menor impúber, y no aceptaba decisiones de este tipo. Es así que ahora deberá revisar su criterio cuando tenga que resolver sobre un caso al respecto.

Por otro lado, la Corte Interamericana considera que el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

Haciendo referencia a la Ley 26.061, en su art. 24 estableció el "derecho a

opinar y a ser oído": Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. En el art. 3 de la ley se determina el principio del interés superior diciendo: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Pese a esta regulación interna en el marco de nuestro país, **no está claro aún cómo y cuándo los niñas, niños y adolescentes, serán considerados como "parte" en el proceso judicial**, lo que implica poner en un serio riesgo la tutela judicial efectiva de los derechos de esta clase de sujetos. Los niños/as y adolescentes, que no alcanzaron la mayoría de edad no tendrían capacidad jurídica para ser parte en el proceso.

A partir del dictado de la Ley 26.061 se ha derogado la categorización de los "menores" por franja etaria, criterio que fuera sostenido por la CSJN, porque la representación legal del menor sumado a la intervención del asesor de menores, torna improcedente la

designación de abogado de confianza pues los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados.

PROCESO JUDICIAL CLÁSICO

Para hacer referencia al niño en el proceso, es de gran relevancia mencionar el derecho del niño a hablar y ser escuchado, no dejando de vista que, para muchas personas, un niño es alguien que no sabe, que no puede hablar, y, por lo tanto, no tiene voz en los asuntos en los que se discuten temas que le atañen a él. Etimológicamente, la palabra infante del latín **infans** implica el silencio y la traducción de la palabra 'infancia' que viene del latín '**infans**', significa 'el que no habla'.

En ámbito procesal, el derecho a ser oído y a tener un abogado de los Niños, Niñas y Adolescentes implica, que, el proceso judicial *ya no estará integrado solamente por dos partes adultas*, sino que la integración de la litis deberá realizarse con quien verá afectado tal derecho a la comunicación y no sólo con sus representantes legales. Por ello, las partes intervinientes tendrán que ser siempre: 1) los abuelos; 2) los padres del niño, niña o adolescente, con quien exista la controversia de las posiciones; y 3) el niño, niña o adolescente, respecto del cual el derecho sea discutido, en el caso de un régimen comunicacional; pero también en cualquier otro proceso en el cual se hallen derechos e intereses de adultos por un lado enfrentados entre sí y por el otro lado, los derechos e intereses de los Niño Niña o Adolescente.

Cuando analizamos la participación activa de los niños en el proceso judicial, la situación no es tan sencilla, y la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en relación a cómo y cuándo deben participar ellos en juicio. *Es una verdad indiscutible que a los NNyA se les ha reconocido "un estatus especial", en la legislación nacional y los Tratados Internacionales, otorgán-*

doles en determinadas situaciones "su carácter de parte (procesal), y que por ello están facultados para actuar en cualquier proceso "y a "contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle"¹. En tanto La Corte Interamericana², por su parte considera que el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

Conforme el sistema instaurado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral, a este régimen del Código Civil y Comercial se agrega, la figura del "abogado del niño", esto es, el debido patrocinio letrado de los niños, a efectos de la defensa técnica de sus derechos en el procedimiento judicial, para lo cual debemos revisar el concepto de "legitimación procesal" para su efectiva incorporación al proceso. Precisamente, garantizar el acceso a la Justicia significa también, que las normas contemplen mayor amplitud en la regulación de la legitimación activa en coherencia con el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes.

Solari Néstor, por su parte expone a que de conformidad con las disposiciones constitucionales y de la ley 26.061, se exige que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua.³ Estamos frente a la figura del abogado del niño no cumpliendo una función

de representación, sino que actuaría como letrado patrocinante del niño, y no trabajando como eje central en el lugar del niño; será la voz del NNYA, con sus escritos firmados por ellos, y en su propio lenguaje, sin perjuicio de lo dificultoso que se toman muchas veces el proceso judicial, que además deberán serles explicados en forma llana y conforme a su grado de madurez. Asegurando así, una participación del niño en el proceso, por medio de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad.

Sin embargo, como lo explica Moreno⁴, la actuación del abogado del niño no será en todos los procesos, sino exclusivamente en aquellos en los que se presenten conflictos u oposición de intereses de los padres o el tutor con el niño, o de ausencia de representantes necesarios, o ante el pedido mismo del niño en su caso.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Haciendo una breve reseña sobre la convención podemos decir que la misma es el tratado internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas que reconoce los derechos humanos básicos de los niños, niñas y adolescentes. *Siendo los cuatro principios centrales de la Convención: -La no discriminación. -El interés superior del niño. -El derecho a la vida, la supervivencia y de desarrollo. -La participación infantil.*⁵

Está plasmado en el articulado de la Convención de los Derechos del Niño el pleno reconocimiento a niños-niñas y adolescentes, desde el inicio de sus derechos como persona debiéndose conocer la influencia que han

tenido sus opiniones en el resultado del proceso; dejar expresar sus propias opiniones en todo asunto que le es propio a su persona, proporcionándole la posibilidad de tomar un conocimiento siempre adecuado a su grado de madurez, del asunto que lo afecta, para que sea capaz de comprenderlo. Garantizándoles que no serán interrogados en más oportunidades que las estrictamente necesarias para resolver el conflicto, para evitar la revictimización. Se los deberá tratar con consideración a su grado de madurez, situación de vulnerabilidad, y ante el desamparo en caso de resultar ser víctimas de delitos o actos violentos. Es clave poner énfasis en toda interpretación que deba hacerse en el principio de infancia; prosiguiendo a desarrollar entrevistas entre el NNYA, obteniendo un clima de cordialidad y de confidencialidad, para procurar la intervención interdisciplinaria cuando la necesidad así lo amerite. En el plano a lo que respecta al abogado del NNYA, deberá poder plasmar en los escritos las opiniones, deseos y expresiones propias del NNYA tal y como éstos expresen, evitando cambiarlas o realizar una interpretación. Como abogado del NNYA deberá preservar la privacidad y el acompañamiento continuo de sus clientes en todos los actos en que su presencia sea requerida, teniendo el abogado del NNYA, acceso libre en nombre y representación de su "cliente" a todos los informes, diagnósticos y exámenes que hayan sido realizados a ellos.

LEY II – N.º 16 (ANTES LEY 3820)

En el marco provincial, por medio de la regulada Ley II- No 16, antes Ley 3820, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adoles-

1 Kielmanovich, J. L. *El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. LL del 31/7/2012, pp. 1

2 Corte Interamericana, Opinión Consultiva N°17/2002, punto 102

3 Solari, N. *El derecho del niño al patrocinio letrado*; Comentario fallo CNACiv.

4 Moreno, G. D. *La Participación del Niño en los Procesos a través del abogado del niño*. Derecho de Familia.

5 <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/la-convencion-de-los-derechos-de-la-infancia/>

centes. El abogado del niño tendría la función de patrocinar y asistir jurídicamente a niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales y administrativos, en los cuales estén involucrados o en los que se controvierta un derecho.

Es una situación real y mayormente delicada cuando vemos vulnerados los derechos de niños, niñas y adolescentes en sus varios aspectos, desde lo educacional hasta en el marco de la salud, pasando obviamente, por los conflictos familiares por lo que atraviesan muchas veces. La figura del Abogado del niño, si bien no es de gran conocimiento para la población, lo que se debe lograr es instaurar el ejercicio del mismo, de tal modo que sea alcanzado a la gran mayoría de nuestros niños y sea de público conocimiento, dando la posibilidad de que, en el caso de ser necesario la justicia sea alcanzada por ellos sin costo alguno, porque esta demás decir que el niño no tienen dinero, no tiene empleo, entonces cómo se va a resolver una situación planteada, probablemente sea el Estado el que asuma esta defensa y contrate el servicio de un profesional. Siendo un aporte muy necesario para nuestros niños, niñas y adolescentes.

LA LUCHA: "EL ADULTO DUEÑO DEL NIÑO/ NIÑA Y ADOLESCENTE"

Esta de manera generalizada instaurada la cultura en la sociedad que el adulto es dueño del niño, algo totalmente erróneo. Partiendo de la base que éste es no solo reconocido como un individuo, sino a quien se le reconoce sus derechos, se le respeta la libre expresión, como bien lo vimos *ut-supra* en la Convención y en el marco de un proceso judicial como se desarrollaría la labor del profesional y el niño, a quien se lo ve inmerso en un conflicto.

En la provincia de Misiones por la Ley II No 16, se crea el Consejo pro-

vincial de garantías de los derechos de niños, niñas, adolescentes y la familia. Encargado de la articulación y de bajar de alguna u otra manera las políticas que se tengan al respecto en cuanto a la protección de niñas niños y adolescentes. Si bien como se pudo observar hay un marco legal que regularía la actividad en general de protección y reconocimiento de derechos, aplicación de los mismos. Pero es de destacar que actualmente la realidad que se vive en nuestra sociedad no es muy real a lo que se debería si se cumpliera la normativa. Hay muchos vacíos legales que nos dejan pensar que la ley si bien es amplia, abarca una gran y variada protección. Es muy escasa en cuanto a su aplicación. Hoy por hoy sin ir muy lejos en la rama del Derecho Penal, vemos un gran vacío, una brecha muy larga que cubrir y con la cual hay mucho por trabajar en beneficio no solo de la sociedad para que crezca como tal, sino en favor y para los niños que están en formación y por los cuales se debe velar desde seguridad, educación, salud y así también ver como se podría bajar normativamente la participación de los mismo en el proceso donde muchas veces están siendo los principales sujetos los menores.

Al adolescente necesita que se lo acompañe de alguna u otra manera con normativas adecuadas, en este ámbito de lo Penal sería una Ley Penal Provincial Juvenil. Intentar dar un marco más restaurativo para la justicia, logrando insertar en toda la conciliación, teniendo como eje la mediación para el caso que amerite la posibilidad. Esto nos permitiría como sociedad intentar ver al niño niña adolescente no verlo como un adulto.

EL NIÑO Y EL SER ESCUCHADO

Sobre la violencia que se da a veces en los jóvenes, se observa que hay una carencia del adulto y necesidad

de comprometerse en el crecimiento de nuestros niños. Señaló además que también "hay causales que vienen desde la casa, de una sociedad que lo excluye y una justicia que no sabe qué hacer porque no tienen una posibilidad sería de trabajar con este espacio juvenil", analizó. "Tenemos que empezar a pensar en medidas alternativas al encierro, en el contacto directo", señaló el Juez Cesar Giménez, en una entrevista en un diario local.⁶ En conclusión, una normativa instaurada, traería mejor seguridad y celeridad a la hora de trabajar a los auxiliares de la justicia.

JURISPRUDENCIA ACERCA DEL ABOGADO DEL NIÑO

El Máximo Tribunal confirmó una sentencia de la Cámara Civil que había rechazado el pedido de una menor que pretendía ser tenida como parte -por derecho propio y con el patrocinio de un abogado-, en el marco de un juicio de tenencia entre sus progenitores. Después de expresar que las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a la legislación de fondo, los Jueces señalaron que los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54 inc. 2º del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte.⁷

Los Ministros Lorenzetti y Maqueda sostuvieron que la decisión de la cámara de rechazar a la niña la posibilidad de constituirse en parte del proceso no resultaba irrazonable ni restringía su derecho de defensa y que dadas las circunstancias sobrevinientes -tenía más de 14 años al tiempo de dictarse la sentencia- resultaba innecesario examinar si al momento de

6 <https://misionesonline.net/2018/09/11/derechos-del-nino-nina-adolescente-senalan-la-necesidad-contar-una-legislacion-juvenil-misiones/>

7 <https://www.cij.gov.ar/nota-9389-La-Corte-Suprema-de-Justicia-fall-en-un-caso-sobre-abogado-del-ni-o-.html>

elegir a su letrada estaba capacitada para hacerlo.

En el caso mencionado anteriormente, La Corte en el precedente "M., G. v. P., C. A. s/ recurso de hecho deducido por la defensora oficial de 'M. S. M.'", de fecha 26/6/2012, la Corte Suprema de la Nación resolvió que el pedido de una niña menor de 14 años para ser tenida por parte en el juicio donde se debate su tenencia, la designación y remoción de un letrado patrocinante y el pedido de actuación por derecho son improcedentes, pues las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Es por ello que, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, y no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos. Agrega que la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 12, consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal.

Esta situación nos pone de manifiesto que la posición se reitera en los autos "P., G. M. y P., C. L. s/ protección de persona", de fecha 27/11/2012, donde la Corte reitera: Las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, determinando que son incapaces absolutos de hecho, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no vulneran los estándares internacionales en la materia, razón por la cual, los niños (en el caso, 8 y 9 años) no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como sería la designación o remoción de un letrado patrocinante, acto que sería nulo, de nulidad absoluta.

Se podría entender entonces, que la interpretación de la Corte Suprema

agrega un requisito no previsto por la Ley 26.061, ya que el abogado del niño intervendría sólo en determinados supuestos. Parecería que tal cuestión dependería circunstancialmente de las particularidades fácticas que cada caso presente en orden a las dificultades o complejidades. Ello es así ya que el mentado inc. c) del art. 27 no condiciona la garantía en manera alguna al requisito de que el juez la considere procedente. Obviamente tal inclusión urgente o temprana no sólo se considera cuando es "parte procesal" por los fundamentos que dio la Corte, sino en cuanto esté presente la particularidad de ser potencialmente "afectado" por el trámite (que el proceso pueda influir desfavorablemente, o sea perjudicar sus derechos). En efecto, deja al discrecional criterio judicial (o sea de quien va a decidir) la conveniencia o inconveniencia de designar abogado del niño en un caso determinado para los menores impúberes, rozando en ese aspecto el superado esquema tutelar, en franca y resistente retirada.

Y con respecto a la edad, la Convención sobre los Derechos del niño supedita la participación procesal de los niños a su capacidad progresiva y la ley 26.061 no establece límites de edad, por lo cual cualquiera que fuese la edad del niño tiene derecho a una defensa técnica. Asimismo, nos da a entender que tampoco es necesario que exista conflicto entre sus progenitores, es decir, que siempre que se encuentre en juego intereses de los menores de edad deberá contar con patrocinio letrado. La Ley 26.061, reconoce el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso y, por ende, obliga al Estado a designarle a todo niño, niña y adolescente, afectado por cualquier proceso administrativo o judicial, un abogado, independientemente de su edad. Cabe agregar que el art. 27, en ninguna de sus disposiciones, limita la procedencia del abogado de confianza a la existencia de intereses contrapuestos

con sus padres. Muy por el contrario, hace mención a este derecho en todo proceso, sin ningún tipo de distinción, que incluya al niño--adolescente.

Para el Código Civil y Comercial en el art. 26 intenta, independientemente de las dificultades prácticas, receptor la noción de capacidad progresiva, contemplada en el art. 5º de la Convención sobre los Derechos del niño, que es para nosotros un mínimo de reconocimiento de derechos, pero implica un serio retroceso con relación el art. 27 de la ley 26.061, que reconoce mayores garantías a los niños, niñas y adolescentes, superando el piso de reconocimiento de la Convención citada. En este escenario, el art. 27 de la ley 26.061 garantiza el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso y, por ende, obliga al Estado a proporcionarle a todo niño, niña y adolescente afectado por un proceso administrativo y judicial un abogado gratuito, cualquiera que fuera su edad, grado de comprensión y madurez, existan o no intereses contrapuestos con sus padres.

Es de valor remarcar que el Código, al supeditar la defensa técnica al supuesto de intereses contrapuestos con los padres, olvida el aspecto fundamental de la defensa, como límite a intervenciones arbitrarias del Estado, y transita por una lógica similar a la figura del tutor ad litem, ya contemplada en el Código Civil y ligada a la tendencia tutelar, de la cual no modifica ni avanza demasiado.

Para Laura Rodríguez, la fórmula elegida por el Código Civil y Comercial en el art. 26 intenta, independientemente de las dificultades prácticas, receptor la noción de capacidad progresiva contemplada en el art. 5º de la Convención sobre los Derechos del niño, que es para la Argentina un piso mínimo de reconocimiento de derechos, pero implica un serio retroceso con relación el art. 27 de la Ley 26.061, que reconoce mayores garantías a los niños, niñas y adolescentes, superando el piso de

reconocimiento de la Convención citada. En este escenario, el art. 27 de la Ley 26.061 garantiza el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso y, por ende, obliga al Estado a proporcionarle a todo niño, niña y adolescente afectado por un proceso administrativo y judicial un abogado gratuito, cualquiera que fuera su edad, grado de comprensión y madurez, existan o no intereses contrapuestos con su padres.⁸

Solari Néstor, sostiene que el derecho al patrocinio letrado del niño constituye una garantía mínima del procedimiento, tanto judicial como administrativo, independientemente de su edad, agregando que no pueden establecerse edades o condicionamientos para el ejercicio de esta garantía mínima reconocida por el ordenamiento jurídico.⁹

CONCLUSIÓN

Haciendo una leve conclusión acerca del desarrollo del trabajo La Convención sobre los Derechos del Niño nos muestra que tiende a la formalización, a nivel internacional, de un nuevo paradigma para la consideración de la infancia y la adolescencia desde el punto de vista de las políticas públicas. Como eje central se tendrán que asumir por el derecho interno una regulación en las materias de la infancia, logrando concebir a los niños como sujetos de derecho y no como simples destinatarios de posi-

bles acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado y muchas veces por los mayores. Constituye un instrumento que opera como ordenador de las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, buscando estructurar el reconocimiento de derechos y deberes recíprocos.

Entendemos que el abogado del niño resulta una figura de gran utilidad para la materialización de los derechos de un menor, que no debe estar supeditado ni a edades, ni a la existencia de conflicto con sus progenitores, en el entendimiento de que, para esos supuestos existe el asesor de incapaces (art. 103 del CCiv.yCom.) y el tutor especial (art. 109 del CCiv.yCom.).

Este derecho también implica el derecho de poder elegir al profesional que quiere que lleve adelante su patrocinio. En este tema va a existir una gran diferencia entre niño y adolescente, ya que, según nuestro Código Civil y Comercial, el segundo goza de presunción a favor para presentarse en juicio por sí solo con patrocinio letrado (art. 677). Es diferente el caso de los menores de edad "niños", en el que va a tener que evaluarse si tienen madurez suficiente para poder proceder a su elección.

La elección puede surgir de la confianza en el profesional elegido, o puede basarse en la especificidad del tema; ejemplo: un menor de edad músico que debe ser asistido en contratos con la discográficas; o bien,

como puede tratarse de un deportista, o en cuestiones más sencillas, como que son progenitores y desean entablar acciones judiciales en ese marco, hace a sus derechos que pueda elegir un abogado que tenga conocimiento sobre el tema.

En esto deseamos ser claros: entendemos que el menor de edad tiene derecho a elegir su abogado, debiendo prescindirse de los motivos que fundan su decisión, y este abogado puede o no tener la especialización en derecho de niñez, ya que ello dependerá del motivo por el cual el niño/adolescente lo solicita.

En el caso de que no haya elección por parte del menor de edad, se puede recurrir a los listados que están en los Colegios de Abogados, que se conforman con abogados especialistas en el derecho de niñez.

Y para concluir, hacer fuerza en la esfera de lo Penal que es de suma urgencia regular a nivel Provincial una Ley que nos encamine mejor en la tarea diaria para dirimir conflictos, entre otras tantas cosas. Brindando así mejor labor a los auxiliares de justicias.

8 Rodríguez, L. (2012). *El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el proyecto*. DFyP (julio), pp. 233.

9 Solari, N. (2015). *Derecho de las Familias* (pp. 737-738). Buenos Aires: La Ley.

BIBLIOGRAFÍA

• Kielmanovich, J. L. *El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. LL del 31/7/2012

• Rodríguez, L. (2012). *El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el proyecto*. DFyP, pp. 233

• Solari, N. (2015). *Derecho de las Familias* (pp. 737-738). La Ley. Buenos Aires.

ALIMENTACIÓN, DERECHO Y ROL DEL ESTADO

Por Dr. Juan Santiago Piñero.

Abogado especialista en Derecho Penal. Docente de la carrera de Licenciatura en Nutrición. UGD, Resistencia.

RESUMEN

¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho a la alimentación? ¿Puede el Estado distribuir derechos y obligaciones arbitrariamente? La correcta utilización de los instrumentos legales requiere de una mirada amplia que, afianzada en el principio de igualdad ante la ley, abarque la consideración de todas las personas a fin de evitar la utilización partidaria del poder público. El consagrado derecho a la alimentación no escapa a dicha reflexión y es un deber moral de la humanidad cuestionárselo constantemente, conteniendo la intervención del gobierno en la vida de las personas.

Palabras clave: Derechos, obligaciones, Estado, derecho a la alimentación.

EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

El derecho a la alimentación en nuestro país se encuentra regulado, en primer lugar, por los tratados internacionales incorporados mediante el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y luego por el derecho interno a través de los programas alimentarios, código alimentario y leyes respectivas.

En este sentido, el marco jurídico supranacional trazado por aquellos tratados, define y predetermina en una relación jerárquica a nuestro derecho nacional.

De acuerdo a dichos instrumentos legales internacionales, surgidos en el contexto de las posguerras y el avance del intervencionismo estatal, el Estado poseería un rol muy activo en la vida de las personas, a punto tal de convertirse en una suerte de garante de cierto 'nivel de vida' de la ciudadanía. Así,

por ejemplo, establece el artículo N° 11, 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación (...)".

Consecuentemente, estas consagraciones legales son adoptadas por los Estados integrantes de la comunidad internacional y desarrolladas a través de las vastas instituciones de gobierno.

DERECHOS Y OBLIGACIONES

Ahora bien, ¿qué significa realmente consagrar el derecho a la alimentación? En otras palabras, ¿cuál es el alcance de tal derecho?, ¿hasta qué punto puede el Estado intervenir en la vida privada de las personas para afianzarlo?, y finalmente ¿cuáles son las consecuencias necesarias de dicha intervención?

A todo derecho corresponde una obligación. Esta máxima es ineludible, pertenece al mundo fáctico, sus consecuencias son reales y contundentes. Es decir, si A tiene derecho a X, significa que B tiene la obligación de Z.

Esta proposición resulta evidente para todo el mundo cuando a obligaciones generadas entre civiles refiere. Por ejemplo, si A y B acuerdan que A proveerá a B el objeto X a cambio del cual B proveerá a A la suma de dinero S. Derechos y obligaciones son claros en este caso.

Sin embargo no sucede lo mismo cuando el Estado se autoproclama como una de las partes de la transacción. Y esta confusión posee varias razones, pero la principal resulta ser el hecho de que los gobiernos de turno suelen, por malicia o impericia, hacer

referencia tan solo a los derechos y nunca a las obligaciones. Y si bien, según nos adoctrinan, es el mismo Estado el que se erige en sujeto obligado a garantizar aquellos derechos (por caso, derecho a la alimentación), lo cierto es que dicho Estado no es más que una construcción ficticia, una suerte de disfraz, detrás del cual se esconden todas y cada una de las personas que se encuentren bajo su poder. En tal sentido, el tal Estado no posee recursos propios y por tanto, sólo puede cumplir su cometido extrayendo recursos de aquellas personas (¡incluso de los propios 'beneficiarios' del derecho!).

Henry Hazlitt (2018), rememorando a Frederic Bastiat, nos ha ilustrado sobre tal circunstancia hablando de "la falacia que pasa por alto las consecuencias secundarias" (p.53). En otras palabras, la comúnmente denominada 'falacia de lo que no se ve'. Extrapolando tal enseñanza de las ciencias económicas al derecho, podríamos afirmar que los derechos, a diferencia de las obligaciones, son fácilmente observables. Ello no sólo por la frecuente hipocresía de las personas, sino también por el constante bombardeo mediático del gobierno respecto a los mismos; por el contrario, rara vez las obligaciones son

reconocidas por la sociedad. A decir verdad, qué poco durarían tales derechos si las personas, pese a los engaños del Estado, se reconocieran como los verdaderos obligados.

Nótese la irracionalidad de aquellos arbitrarios planteos que, implementar completamente el enunciado del citado art. 11 (garantizar la alimentación de toda persona) llevaría necesariamente a alcanzar la mortandad mundial por inanición, pues en tanto todas las personas deban recibir alimentación, no habría quien la otorgara (todos seríamos sujetos de tal derecho pero nadie resultaría sujeto obligado).

EL GOBIERNO REGULANDO LA VIDA

Por otra parte, y totalmente relacionado al punto anterior, debemos advertir que toda reclamación al Estado y/o toda proclamación que el mismo emita en consecuencia, significa necesariamente un menoscabo a la libertad individual.

En tal sentido, los Estados pertenecientes a la comunidad internacional, es decir los autoproclamados Estados Benefactores, al pretender garantizar los derechos se erigen asimismo en reguladores de los mismos. Pun-

tualmente en lo que al derecho a la alimentación refiere, los gobiernos, coherentemente con su natural tendencia intervencionista y reguladora, no se conforman con el otorgamiento de vouchers de alimentos, sino que incluso pretender dirigir dicha alimentación en cierto sentido determinado. Los programas alimentarios y leyes como la N° 26.905 de Regulación del consumo de Sodio son claros ejemplos al respecto. ¿Puede el gobierno de turno regular la forma en que nos alimentamos, vestimos, educamos, etc.? ¿Vale la pena ceder en tal grado nuestra libertad al poder público?

CONCLUSIÓN

Debemos como sociedad hacer una fuerte revisión del rol que asignamos a los gobiernos de turno incluso en temas sensibles como la alimentación. El Estado no puede garantizar derechos de unos sujetos, cuya puesta en práctica consista en obligar arbitrariamente a otros, no solo por la evidente injusticia que ello representa, sino porque conduce a resultados absolutamente contraproducentes al tiempo que inconsistentes con el sentido mismo de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Hazlitt, H. (2018). *La Economía en una lección*. Buenos Aires: Unión Editorial, 8va edición.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 4ta edición.
- Leoni, B. (1991). *Freedom and the Law, Indianapolis: Liberty Found*, expanded third edition.
- Leoni, B. (2008). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Unión Editorial.
- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Econó-

- micos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p.3
- República Argentina. Boletín Oficial Ley Nacional Argentina N° 23.313, Boletín Oficial, Bs. As. 17/04/86. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/23782/norma.htm>
- República Argentina. Boletín Oficial Ley Nacional Argentina N° 25.724,

- Boletín Oficial, Bs. As. 27/12/02. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/80000-84999/81446/norma.htm>
- República Argentina. Boletín Oficial Ley Nacional Argentina N° 26.905, Boletín Oficial, Bs. As. 13/11/13. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/220000-224999/223771/norma.htm>
- Von Mises, L. (2018). *La acción humana*. Madrid: Unión Editorial, 12a edición.

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: CONCEPTO, OBJETO, CARGA, MEDIOS Y APRECIACIÓN

Por José Luis Maimo.

Abogado, Docente Universitario
y Alumno de la Especialización
en Derecho Procesal de la UGD.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se tratará de reflejar la importancia de la prueba en el proceso civil, conceptualizando la misma y de la aplicación y de los derechos y deberes de los jueces en el proceso, su mayor protagonismo y amplitud, como se fue ampliando las funciones de los mismos en la actualidad, comentando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; de los hechos en el objeto de la prueba, de los admitidos, presumidos, notorios, evidentes normales, de los sistemas de la carga probatoria, de la carga de la prueba en la sana crítica, de las fuentes y medios de prueba distinguiendo las mismas. Del concepto y de los sistemas de la apreciación de la prueba y valoración en la sana crítica al llegar a la sentencia.

CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba es utilizada generalmente cuando designamos a los distintos medios con los cuales puede acreditarse la existencia de un hecho, tratándose de pruebas testimoniales, periciales, documentales, informativas, etc. Es una actividad compleja de los sujetos, destinada a demostrar la existencia o las cualidades de personas o cosas. La teoría general de la prueba en el derecho procesal incluye el estudio del objeto, los medios y fuentes, la carga y la valoración de la prueba.

Etimológicamente, el vocablo prueba (al igual que *probo*) deriva de la voz latina *probus*, que significa bueno, honrado, así pues, lo que resulta probado es

bueno, es correcto, es auténtico.

La prueba judicial constituye el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso¹.

Se debe procurar convencer al juez que ha alcanzado la verdad, de que ésta existe de por sí, en forma independiente de toda relación con el sujeto, que ese conocimiento de la misma, coincide con la verdad utilizando todos los medios probatorios que autorizan las leyes procesales, estos hechos objeto de prueba deben haber sido afirmados por las partes, verificando el juez, de las afirmaciones.

Respecto del contenido del estudio de la prueba, Muñoz Sabaté agrega los problemas de averiguación o de investigación: "si la prueba es solo demostración de unas afirmaciones, ello presupone que previamente se ha seguido algún método o desarrollado alguna labor para alcanzar el conocimiento de eso que luego se afirma como cierto"².

Actualmente se incluyen entre las facultades o deberes de los jueces la posibilidad la existencia de fuentes de pruebas como testigos, documentales etc., aun cuando ellas no han sido mencionadas por las partes.

PRINCIPIOS Y SISTEMAS PROCESALES

Los principios procesales son aquellas reglas mínimas a las que deben

1 Sentis Melendo, S. (1978) *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio* (pp. 33). Buenos Aires: EJEA.

2 Muñoz Sabaté, L. (1991) *La prueba de la Simulación* (pp. 4). Bogotá: Temis.

sujetarse un proceso judicial para poder ser, debido proceso, de conformidad lo establece nuestra Constitución Nacional en su artículo 18 "inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos".

Estos estándares mínimos tratan de asegurar el derecho de defensa de las partes en lo que refiere a la igualdad, bilateralidad y congruencia y ante el incumplimiento se estará violando el debido proceso.

La igualdad donde se establece las paridades de circunstancias y condiciones, igualdad entre iguales, no excluir o favorecer a una parte y de contemplarse de manera diferente situaciones estimadas diferentes, que no sea discriminatorio, que no sea arbitrario, ni a propósito en contra de determinados individuos o clases de personas.

Cuando vemos la bilateralidad o contradicción, es necesario que ambas partes sean oídas por el juez, antes de que éste dicte alguna resolución, existiendo casos que por su celeridad y seguridad como en los procesos cautelares, se notifica la resolución una vez trabada la medida, la que podría ser impugnada por el interesado ante el mismo juez que la dictó por un recurso de reposición o de apelación ante un tribunal superior.

Del principio de congruencia podemos decir que va a imponer al juez que cuando dicte su sentencia, deberá hacerlos de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, de no ser así lesionaría el derecho de defensa en juicio, debido a que las partes tuvieron en cuenta en su estrategia los medios de ataque o defensa de acuerdo con el objeto del proceso, el juez debe resolver sobre lo planteado por las partes como pretensiones y defensas de acuerdo al art. 163 inc.6 del CPN "el juez debe dictar sentencia de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas

según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes, y condenando o absolviendo de la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte.

La tendencia actual es flexibilizar la congruencia: con relación a los hechos el CPN dispone, que la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustentación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos (art. 163, inc. 6. 2da parte).

En los procesos que se debaten cuestiones de familia o pretensiones de contenido económico social, se permite una mayor actividad oficiosa e, incluso, la posibilidad de resolver ultra petita, como también en materia laboral, también se flexibiliza la congruencia en el proyecto de proceso civil colectivo al establecer que la sentencia colectiva resolverá la controversia de la forma más amplia posible, decidiendo sobre pretensiones individuales y transindividuales, declarativas, constitutivas y de condena, con independencia de lo solicitado por las partes, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio injustificado para las partes y el principio de audiencia sea preservado (art. 16)

El principio de legalidad de la Constitución Nacional impone la jurisdicción de derechos para los jueces y tribunales del estado: "Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso" (art. 18 Const. Nac.) referida específicamente para el derecho penal es aplicable a todos los procesos judiciales, éste principio debe interpretarse referido a una legislación determinada y no con carácter general como requisito para el debido proceso.

Respetando los principios enunciados el legislador puede imponer siste-

mas procesales diferentes, inquisitivo, dispositivo, preclusión o unidad de vista, escrito u oral.

En el proceso civil predomina el sistema dispositivo, el cual confiere mayores facultades a las partes. El juez no puede iniciar de oficio el juicio. No puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes. Debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo. La sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado. El juez no puede condenar más, ni a otra cosa que la pedida en la demanda.

ALCANCE DE LOS DEBERES Y DE LAS FACULTADES DEL JUEZ

Respecto de la prueba, la facultad del juez, se ha discutido y se sigue discutiendo sobre su alcance. Esner nos recuerda que el proceso civil no persigue la averiguación de la verdad sino el dictado de una sentencia que ponga fin a un conflicto de intereses del modo más justo posible, limitando las facultades del juez por esta premisa. En la actualidad son muy pocos los que censuran la necesidad de que el juez esclarezca los hechos antes de dictar sentencia. Indica Taruffo que el proceso civil debe estar orientado hacia la búsqueda de decisiones que-para ser justas- deben fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos controvertidos; "la verdad de la determinación de los hechos es una condición, si bien, obviamente, no suficiente para la justicia de la decisión"³.

Es cierto que el proceso civil no persigue la averiguación de la verdad, pero también lo es que el juez tiene el deber de lograr convicción respecto de los hechos afirmados por las partes.

El principal deber del juez es dar una sentencia justa, o lo más justa posible. Debiendo utilizar todos los medios que el modelo judicial le brinda, las partes

3 Taruffo, M. (2002). *Elementi per una teoria Della decisione giusta*. Bologna.

tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo surgieron los hechos controvertidos, el sistema le da una serie de instrumentos para cumplir con su deber y si no lo usa, no podrá dictar una sentencia justa, en caso de dudas debe ordenar la diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes, de persistir las dudas podrá usar la regla de la distribución de la carga de la prueba, y quien la incumplió tendrá una sentencia desfavorable. El juez puede ordenar a una de las partes que produzca determinada prueba porque está en mejores condiciones de hacerlo, bajo apercibimiento de considerar su omisión como indicio en su contra, si el ordenamiento procesal no lo autoriza a distribuir la carga de la prueba según las circunstancias del caso. Nadie está obligado a producir prueba ni a su favor ni en su contra, son siempre cargas que tienen consecuencias desfavorables para quienes las incumple. El Código Procesal Civil de la Nación, pone a cargo de una de las partes el suministrar prueba a la otra en algunos casos, como en el supuesto de que un documento se encuentre en poder de una de ellas, el juez intimará su presentación en el plazo que determine y la negativa constituirá indicio en su contra.

LÍMITES A LOS PODERES-DEBERES DEL JUEZ

Límites establecidos en el CPN

- 1) Tiene que mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5,c)
- 2) Debe respetar el derecho de defensa de los litigantes (art.36 inc. 4) No quebrantar el principio de igualdad
- 3) En cuanto al derecho de defensa
 - a) la prueba ordenada oficiosamente debe ser producida con todas sus for-

malidades legales y con el contralor de las partes b) el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva, cuando la ausencia de ella permite suponer, con fundamento, que los litigantes restringieron sus ataques y defensas sobre la base de la omisión probatoria de su contrario y no produjeron prueba que se oponga a la que, después, ordenó el juez.

4) Como señala Devis Echandía, la parte que suministra la prueba puede perseguir una de dos finalidades: satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte, en el primer caso, podemos denominarla prueba de cargo y en el segundo, de descargo, contrapueba, o prueba contraria. La prueba de cargo y la contrapueba tienen por objeto el mismo hecho, con una finalidad opuesta (si aquella busca probar su existencia, ésta tratará de demostrar su inexistencia)⁴.

LA JURISPRUDENCIA. DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Después de la sanción del CPN, los tribunales comenzaron a aplicar las normas referidas a los poderes-deberes de los jueces, con criterio restrictivo; se seguía insistiendo en que el juez, no podía suplir el error, la omisión ni la inactividad de las partes.

Sin embargo, la CSJN, con fecha 23 de diciembre de 1980, resolvió por mayoría, una importante cuestión vinculada con los deberes-poderes de los jueces en materia probatoria. En el caso se había agregado un documento en la cámara de apelaciones, que la misma cámara estimó fundamental, pero, a pesar de ello, no lo consideró por haber sido acompañado en forma extemporánea.

La CSJN dejó sin efecto la sentencia dando importantes argumentos al

tema que estamos tratando

a) Debe evitarse que la aplicación literal e indiscriminada de normas procesales conduzca a vulnerar el derecho sustancial; ello sucedería si el juzgador se desinteresara de la consideración de un medio probatorio que se muestra como decisivo para la solución de la causa;

b) La normativa procesal, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tiene por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de derechos;

c) Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos;

d) La ley procesal dispone que los jueces y tribunales podrán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, CPBA)⁵, facultad que se torna de irrenunciable ejercicio en casos donde la prueba es decisiva para la solución de la Litis;

e) La CSJN casó la sentencia de la cámara de apelaciones sin juzgar sobre el fondo del asunto y ni siquiera sobre el valor del elemento probatorio de que se trataba. Simplemente se limitó a decidir sobre la extemporaneidad de su presentación en juicio, en atención al papel concluyente que el propio tribunal a quo asignó a aquel;

f) Para la CSJN cuando se trata de prueba esencial para la solución del litigio, los jueces tienen el deber de ordenarla a fin de esclarecer los hechos, supliendo la negligencia en que pudieron haber incurrido los litigantes.

A partir del caso "oilher", los tribunales inferiores comenzaron a aplicar la doctrina que emanaba de él, la cámara nacional de apelaciones en

4 Devis Echandia, H. Teoría... T. I, pp. 528-529.

5 El juicio tramitaba en San Nicolás, Provincia de Buenos Aires.

lo civil, sala E, resolvió que el juez estaba facultado para ordenar la producción de pruebas no ofrecida por las partes, reiterando que es deber de los magistrados la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, que tiene que prevalecer sobre cualquier interpretación en contrario, derivada de una rígida aplicación de la ley procesal⁶.

En realidad, lo que se busca no es la verdad, sino la certeza del juez, y que no se trata de apartarse de la ley procesal sino de aplicar los poderes-deberes que esa ley atribuye a los jueces.

Sagues, al enunciar los supuestos de sentencias arbitrarias casadas por la CSJN, denomina, arbitrariedad por omisión en la averiguación de los hechos; ello se produce cuando el magistrado no ha tomado las medidas conducentes para esclarecer los hechos de la causa, prescindiendo así de la preocupación por el valor justicia, lo que priva a la sentencia de su calificación como acto judicial". A ello se agregan otros supuestos que el mismo autor llama "exceso ritual en la apreciación de la prueba"

Refiriéndose específicamente a la carga de la prueba el alto tribunal resolvió: "las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a efectos de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal"⁷.

OBJETO DE LA PRUEBA

Los autores tratan la cuestión a los hechos que deben probarse, dentro de lo que denominan objeto de la prueba.

Objeto de prueba puede ser cualquier hecho cuya demostración tenga

interés para el proceso; pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados: no lo son los admitidos, los notorios, los evidentes, los normales, etc.

Hay necesidad de probar los hechos conducentes articulados por las partes en los escritos constitutivos del proceso o alegado cómo hechos nuevos, siempre que no estén exentos de prueba.

a) Hechos pertinentes y conducentes

El art. 356, inc. 1, del CPN alude a los hechos pertinentes cuando impone al demandado la carga de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, el silencio del accionado, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. La locución "hechos conducentes" es empleada en los art 359 y 360 del CPN, referida a la apertura de la prueba y al contenido de la audiencia preliminar: el juez recibirá la causa a prueba, si se hubiesen alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes" (art 359, CPN); en la audiencia preliminar el juez oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba (art.360 inc. 3, CPN).

b) Hechos articulados

Según el art. 364, párrafo 1, del CPN, "no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos". Solo se prueban los hechos introducidos al proceso oportunamente; esto es, en los escritos de la demanda y reconvenición, en sus contestaciones, al oponerse una excepción o promoverse un incidente. Los hechos que suceden con posterioridad a los escritos constitutivos del proceso

o anteriores, pero desconocidos por las partes, pueden alegarse, en primera instancia, hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el art. 360 del CPN, si fuesen posteriores, en segunda instancia, dentro del quinto día de notificada la providencia que ordena poner el expediente en la oficina a fin de que los apelantes presenten las expresiones de agravio art.259 y 260 CPN. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificatorios o extintivos, producidos durante la sustanciación de juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos" art. 163 inc. 6

Explica palacio, la expresión de la ley "aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos" se refiere al límite temporal para su invocación pero no exime al interesado de sus cargas probatorias, ni descarta la necesidad de que la parte contraria sea oída acerca de la respectiva cuestión; el cumplimiento de la carga probatoria sin embargo, no es exigible cuando el hecho se encuentra configurado por el mero transcurso del tiempo o por la sanción de una nueva norma jurídica⁸.

HECHOS EXENTOS DE PRUEBA

Ciertos hechos a pesar de ser conducentes y articulados no necesitan ser probados para que el juez los considere en la sentencia: son los que están exentos de prueba:

a) HECHOS ADMITIDOS

Puede ser expresa o tácita; la primera; la primera torna innecesaria la prueba, excepto en ciertos procesos donde, por estar interesado el orden público, el hecho tiene que probarse a pesar de la admisión de la contraria, tal

6 CNCiv., sala F, 19-10-90, LL 1991-C-335,DJ 1991-2-383; sala E, 16-9-82 LL1983-A-263; Rep. ED 14-734, N 47

7 Sagues, N. P. (1984). *Recurso extraordinario*. T. II, pp. 707. CSJN, 6-2-2001, "Galli de Mazzcchi, L. V. c/Correa, M. A. y otro". Buenos Aires: Depalma

8 Palacio, L. E. (1993). *Derecho Procesal Civil*, 4ª reimp. T. V, pp. 438. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

es lo que sucede en los divorcios con-
tenciosos.

La admisión tácita, sus efectos están contemplados en el art. 60 del CPN referida a la rebeldía: "en caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración"

El art. 356 inc. 1 del CPN, que dispone la carga del demandado, cuando contesta la demanda, de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañan. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrán por reconocidos o recibidos, según el caso".

b) HECHOS PRESUMIDOS

LEGALMENTE

Las presunciones legales pueden ser absolutas, en cuyo caso el hecho está exento de prueba, o relativas, estas últimas producen una inversión de la carga probatoria.

El hecho exento de prueba es el que se encuentra amparado por una presunción legal absoluta, y por ello la ley declara ineficaz la prueba contraria a la presunción e inútil la que sea favorable a ella. Sólo es necesario acreditar la existencia del hecho previsto por el legislador para que proceda la presunción legal.

c) HECHOS NOTORIOS

Son hechos que no necesitan ser probados, por su notoriedad pública. Existe consenso general acerca de su existencia, el juez puede hacer mérito, en su sentencia, al hecho notorio.

El hecho notorio es conocido por el juez fuera del proceso, pero se trata

de afirmaciones consideradas como verdad indiscutible por una colectividad 16 Calamandrei. La exención de la prueba del hecho notorio no excluye la carga de afirmarlo, como expresa Calamandrei, no existe, al lado de la máxima iura novit curia, que establece el deber del juez de conocer y aplicar de oficio las normas jurídicas, una máxima paralela notoria novit curia que consagre el deber del juez de conocer de oficio los hechos notorios y de tenerlos en cuenta aún sin que las partes los afirmen.

d) HECHOS NORMALES

A falta de pruebas, los hechos deben suponerse conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas. El que alega en pleito la capacidad normal de discernimiento, de juicio o de voluntad de un sujeto adulto, no necesita probarla; tendrá que probarla quien alegue lo contrario.

e) HECHOS DE CONOCIMIENTO PERSONAL DEL JUEZ

Los hechos notorios, que simplemente son de conocimiento personal del juez no son tenidos por ciertos por un determinado grupo social, sino que el magistrado sabe de su existencia por haber sido testigo, habiendo adquirido tal conocimiento fuera del proceso.

El juez no puede hacer mérito en su fallo de los hechos que él conoce, si los mismos no son notorios.

LA PRUEBA DEL DERECHO

a) Derecho nacional

La nota del art. 13 del Código Civil expresa: "la ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba ". El juez debe aplicar la ley nacional aun cuando no haya sido alegada por las partes, e inclusive en el caso de que estas la hayan alegado mal.

b) Derecho extranjero

En relación con este derecho, el art. 13 del código civil dispone: "la aplicación de leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes".

La ley 22.434 incorporó al CPN el siguiente texto: "si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio.

La prueba en el derecho extranjero debe consistir en la remisión del texto de la ley vigente requerida a la embajada del país de que se trate. No son suficientes las opiniones académicas.

CARGA DE LA PRUEBA

1) Concepto de carga jurídica

El término carga tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en español se acepta de la voz latina onus. Antes de que la expresión carga fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el onus latino latino era traducido como peso.

Actualmente carga es un vocablo que tiene su propio significado dentro de la teoría general del derecho

La carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables que podría ocasionarle su omisión.

MEDIOS DE PRUEBA

FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA

La distinción entre las fuentes y los medios de prueba permite una mayor comprensión de las cuestiones vinculadas con la teoría general de la prueba.

Ya Bentham nos habla del objeto fuente de la prueba y de la prueba que de ese objeto resulta, y nos dice que puede conservarse el objeto en su carácter natural y ordinario y perecer en su carácter de prueba; como sería el caso del testigo que no puede decla-

rar por una enfermedad que altera su memoria o sus facultades intelectuales o por un cambio de residencia que lo sustraiga a la acción de la justicia⁹.

Para Carnelutti "testimonio, documento e indicio son las tres fuentes típicas de prueba"¹⁰.

Devis Echandía afirma que "testimonio, documentos indicio son los tres medios típicos"¹¹.

Como bien afirma Carnelutti, no se trata de una cuestión de palabras y no es importante como sean llamados los dos conceptos, pero si conveniente que cuando se utiliza uno u otro término sepamos de qué se está hablando.

A fin de que la distinción entre medios y fuentes tenga utilidad práctica, reservamos el primer término a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independiente de él, que tienen conocimiento o la representación no se refieren directamente al hecho de probar sino a otros de los que puede deducírsela existencia de aquel, las personas o las cosas son fuente de presunciones o indicios.

La prueba documental, los documentos son fuentes, pero su presentación al juicio se hace en la forma establecida por la ley procesal, que también prevé la manera de comprobar la autenticidad en caso de desconocerse un documento privado, o de impugnarse el instrumento público.

La prueba de informes, los hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante son fuentes; el oficio de solici-

tar el informe y la contestación a tal requerimiento son los medios

En la prueba de confesión, la parte que absuelve posiciones es la fuente, mientras que la declaración es el medio.

En la prueba de testigos, el testigo es la fuente, e igual que en el caso anterior, su declaración es medio de prueba.

En la prueba de peritos, las personas o cosas que van a ser objeto del examen pericial son fuentes, mientras que el perito y su dictamen son los medios de prueba. A diferencia del testigo, el perito es medio y no fuente de prueba, ya que el segundo conoce los hechos dentro del proceso y una vez que es designado por el juez, es por lo tanto fungible, y se puede designar tantos peritos como el juez lo considere necesario.

En el reconocimiento judicial, los lugares o cosas sobre las que versará.

IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE MEDIOS Y FUENTES DE PRUEBA

Distinguir los medios de las fuentes de prueba nos permite explicar las facultades judiciales para esclarecer los hechos controvertidos, en efecto el juez civil puede ordenar medios de prueba para verificar los hechos afirmados por las partes, pero en principio, no puede investigar la existencia de fuentes de pruebas. Puede ordenar de oficio la realización de un peritaje, nombrar a los peritos, fijar los puntos de pericia, disponer que se practique otra pericia por el mismo perito u otro de su elección. Si en cambio no puede investigar la existencia de personas que puedan declarar como testigos porque ellas son fuentes de prueba.

También la distinción entre fuentes

y medios determinará el límite entre las leyes sustanciales y las procesales, para tratar el tema de la prueba. Siendo materia exclusivamente procesal la regulación de los medios de pruebas.

INDICIOS Y PRESUNCIONES JUDICIALES

Según el art. 163, inc. 5, del CPN las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica". La ley procesal excluye en la enumeración precedente las presunciones absolutas y relativas que surgen de la ley sustancial.

En rigor lo que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción son los indicios; las presunciones son la consecuencia de la labor intelectual del juez para extraer conclusiones de los indicios.

Éstos son fuentes de presunciones judiciales y le permiten afirmar al juez que es probable, según las reglas usuales de la vida práctica, que el hecho controvertido haya o no existido¹².

NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN GENÉTICO

El art. 4 de la ley 23511 dispone "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá

9 Bentham, Tratado... cit. T. II, pp. 323

10 Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*, trad (pp. 195). De Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.

11 Devis Echandía, H. Teoría... cit. pp. 153, y El abogado y la prueba, en Problemática... cit. pp. 572

12 Rocco, U. (1939). *Derecho Procesal Civil*, trad (pp. 429). De Tena, F. de J. México: Porrúa.

indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” esta norma concuerda con el art. 253 del código civil (texto según ley 23.264), según el cual en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas. Como todo indicio, no puede estar aislado; por lo menos debe encontrarse precedido por circunstancias acreditadas que hagan “verosímil o razonable” la pretensión. La negativa del emplazado a someterse a los exámenes y análisis genéticos constituye, sin duda, un indicio que podríamos denominar “privilegiado”, por el grado de verosimilitud que otorga esa actitud a la pretensión de la parte contraria; pero ello no impide que el juez aprecie las razones que invoque el perjudicado para justificar su negativa¹³.

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Concepto

Se habla de apreciar o de valorar la prueba, tomando el primer vocablo de su acepción figurada de reconocer y estimar el mérito de las personas o de las cosas. En tal sentido, ambos términos son sinónimos y resulta indiferente la utilización de uno u otro.

En principio el juez apreciará la prueba en el momento de dictar la sentencia definitiva.

Ello no excluye que también la apreciación durante su producción; señala con acierto Gorphe que a medida que son buscados los elementos de las pruebas, van siendo fiscalizados y apreciados para efectuar una selección y eliminar lo impertinente¹⁴ en nuestro derecho positivo existen normas que imponen al juez vigilar el desarrollo del proceso y juzgar el valor de las pruebas que se ofrecen y que se van produciendo.

Además, el art. 364 del CPN dispone en su segundo párrafo que no deben

ser admitidas las pruebas manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias. Esto exige también una valoración de las ofrecidas.

Sin embargo, esa valoración parcial hecha durante el curso del proceso no obliga al juez respecto de su apreciación final y, en tal sentido, puede rechazar como elemento de convicción una prueba que ha sido admitida, si al sentenciar considera que no debió serlo.

SISTEMAS

Se ha anunciado tres sistemas de valoración de las pruebas, a saber:

El de las pruebas legales, el de la libre apreciación o libre convicción, y el de la sana crítica.

a) En las pruebas legales, es el legislador quien le señala al juez el valor que este debe acordar a cada medio probatorio. Ese valor anticipado es impuesto al magistrado sin que importe el grado de convencimiento que le produjo en el caso concreto que debe juzgar. De nuestro derecho es prueba legal el instrumento público, que hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo, o que han pasado en su presencia (art. 993 Código Civil).

b) En la libre convicción -afirma Couture-, el razonamiento del juez no se apoya necesariamente en la prueba que le exhibe el proceso ni en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de ese método, el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad “con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos”¹⁵.

c) La sana crítica exige un proceso

lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho proceso. Partiendo del significado literal, sana crítica es el arte de juzgar de la bondad y verdad de las cosas sin vicios ni error: constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar, y pensar acerca de una cosa, en el caso, acerca de la prueba producida en el proceso. Como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del razonamiento es la lógica, sana crítica es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de experiencia. Las reglas de la lógica no pueden ser ignoradas por el juez, tales como los principios de identidad, del tercero excluido, de la doble negación y de no contradicción.

LA SENTENCIA

No obstante, la apreciación hecha durante la tramitación del proceso, es en la sentencia donde el juez valorará la totalidad de la prueba producida. Señala Calamandrei que el juez tiene una triple actividad una vez que decidió que hechos merecen o tienen necesidad de ser probados:

- a) Asunción de la prueba
- b) Interpretación de la prueba y
- c) Valoración de la prueba

El juez tiene que resolver, confrontando varios juicios de hecho, a menudo contradictorios, si tales juicios deben ser considerados correspondientes a la realidad objetiva de los hechos y en qué medida, y cual de varios juicios contradictorios entre sí debe prevalecer sobre los otros, esto constituye la valoración de la prueba¹⁶.

En un sentido podría decirse que la ley es lo que los jueces expresan en su sentencia, y aun cuando aquella no

13 SCJBA, 7-7-98, JA 1998-IV -450; CNCiv., sala I, 19-1°-2006, DJ 2007-1-939

14 Gorphe, F. (1950). *De la apreciación de las pruebas*, trad (pp. 37). De Alcalá Zamora y Castillo, L. Buenos Aires: Ejea.

15 Couture. *Fundamentos...* cit, pp. 273

16 Calamandrei, P. *La génesis lógica de la sentencia civil, en estudios...* cit, pp. 379

diga lo que a los jueces le hacen decir, se aplicará de esa manera si se han agotado las instancias judiciales; o, en sentido opuesto, que el juez debe limitarse a aplicar la ley y por ello un buen juez es sólo aquel que aplica la ley con precisión.

La solución no está en ninguno de los extremos, al sentenciar el juez desarrolla las siguientes etapas:

Determina cuales son las cuestiones a resolver, para ello considera la demanda y su contestación, la pretensión del actor y las defensas del demandado, estas cuestiones son clasificadas de manera tal que la procedencia de una pueda tomar innecesario el análisis de las demás.

Establecidas las cuestiones sometidas a su decisión, el juez busca la norma o normas jurídicas que contemplan cada una de esas cuestiones.

Partiendo de la norma elegida, el juzgador separa los presupuestos de hecho de esas normas.

Verifica los presupuestos de hecho de las normas que dan fundamento a la pretensión o la defensa hayan sido debidamente afirmado por el litigante a quien favorece la aplicación de las mismas; en caso contrario la pretensión o defensa será rechazada.

Recién en el momento de comprobar si los hechos afirmados han sido debidamente probados, haciendo la interpretación y valoración de la prueba.

Si algún hecho no ha sido probado, el juez ordenará las diligencias necesarias para esclarecerlo, pero si persiste la duda establecerá quien tenía

la carga de la prueba y, por lo tanto, a quien perjudica la falta de pruebas.

El silogismo judicial en el que la premisa mayor es la norma jurídica y la premisa menor, el hecho cuya certeza se ha establecido, y que se encuentra contemplado en la norma, sirve para comprobar si la decisión final es correcta. Ésa es la última actividad que realiza el juez y ello después de haber decidido el litigio, a fin de confirmar el acierto del fallo. Si la norma, los hechos comprobados y la conclusión no forman un silogismo perfecto es por qué hubo una falla en el razonamiento y, en ese caso, el magistrado debe revisar las distintas etapas cumplidas, el sentido del juez, su palpito o su instinto, solo habrá sido útil si la decisión final es la conclusión del razonamiento lógico que parte de la norma del derecho.

CONCLUSIONES

En mi opinión personal apenas unas líneas que tratamos de incursionar en un tema inagotable como la prueba en el proceso civil, angustiosa tarea de la prueba judicial, de donde saldremos airoso y consagrados, y otras veces negados y resignados, en la praxis judicial son muy pocas las cuestiones en que la discusión y el tema litigioso sean estrictamente jurídico o de puro derecho, hecho y derecho concurren a configurar la Litis. Quiero resaltar que en los últimos tiempos se advierte una importante evolución en la jurisprudencia, especialmente referido al activismo de los jueces en el proceso,

de su actuación y presencia en la audiencia preliminar, que puede ordenar pruebas de oficio, y muchas otras, no dejando dudas de la importancia que tiene en el proceso la etapa más importante, la probatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil, trad.* De Alcalá Zamora y Castillo. N. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- Gorphe, F. (1950). *De la apreciación de las pruebas*, trad. De Alcalá Zamora y

Castillo, L. Buenos Aires: Ejea.

- Rocco, U. (1939). *Derecho Procesal Civil*, trad. De Tena, F. de J. México: Porrúa.
- Roland, A. (2008). *La Prueba en el*

Proceso Civil, 3 ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

TUTELA ANTICIPADA Y MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Por Dra. Mariangel Koziarski.

Abogada, Alumna de la
Especialización en Derecho
Procesal de la UGD.

INTRODUCCIÓN

El derecho es una ciencia dinámica que día a día se va actualizando. Las normas jurídicas son pensadas y elaboradas bajo el estímulo de necesidades que van surgiendo en la sociedad y en una época determinada.

Así en los últimos años, tanto la jurisprudencia como la doctrina, ha comenzado a distinguir ciertas situaciones merecedoras de tutela jurisdiccional urgente que no se encuadran dentro del sistema cautelar clásico, sin embargo y dentro de la práctica se acude a la invocación de la medida cautelar genérica o innominada a los fines de obtener protección jurisdiccional de los derechos, por no existir en la legislación otra vía procesal más eficaz e idónea.

La nota tipificante de las medidas cautelares y medidas autosatisfactivas es la ubicación de esta última dentro de los procesos urgentes, caracterizados por la celeridad, que obliga a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad con la finalidad de acordar una tutela eficaz y rápida.

En cuanto a las medidas autosatisfactivas a diferencia de la tutela anticipada que sí es una medida cautelar innovativa, aquélla no lo es, es un procedimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional que se agota con su despacho favorable, de ahí lo de auto-satisfactiva, no siendo necesario entonces la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis, muchas veces se la haya cali-

ficado como una cautelar autónoma.

En el presente trabajo se resaltarán los aspectos fundamentales de cada uno de los temas propuestos, pretendiendo dar claridad a la confusión que existe entre algunas tutelas muchas de ellas que conceden con carácter cautelar, tales como el denominado "anticipo de tutela", los "procesos de trámites urgentes" y las llamadas "medidas autosatisfactivas".

TUTELA ANTICIPADA

Es una medida cautelar innovativa, se otorga en un proceso principal y es accesoria de éste.

Es una medida cautelar debido a que tiene todos los caracteres de esta, aún cuando su objeto se identifica total o parcialmente con el objeto del proceso al cual accede, por lo cual deben extremarse los recaudos para su procedencia. Además, se tramita con audición de parte o sea que no es inaudita parte.

*"La Tutela anticipada se nos presenta como la posibilidad de un anticipo de jurisdicción sin que esto importe una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante."*¹

*"En caso que la medida cautelar solicitada importe el anticipo de una eventual sentencia favorable, debe surgir la verosimilitud en el derecho en forma manifiesta de los elementos de la causa: requiere algo más que un fumus bonis iuris."*²

En el código de procedimiento nacional, está prevista en el art. 230 del CPC y C de la Nación a pesar de que su título alude solamente a la medida de no innovar, ello así porque el texto de ese artículo dice expresamente "que

1 CNJN, 7-8-97, E.D.176-61, con nota de Morello, A. M. *La tutela anticipada en la Corte Suprema*.

2 JNFed.CC, N° 1, 7-12-2009, *Grupo Clarín SA y otros s/ Medidas Cautelares*. MJ-JU-M-51851-AR, MJJ51851

se concederá no solo cuando el peligro estuviere en modificar la situación existente sino también cuando ese peligro radique en mantener la situación de hecho o de derecho”³. Y es lo que resolvió la Corte Suprema de Justicia en el conocido caso “Camacho Acosta”.

“Hay procesos en que el juez debe pronunciarse urgentemente y antes de la sentencia definitiva, ordenando el cumplimiento inmediato de su mandato a fin de impedir un gravamen irreparable”.⁴

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones, el art. 241 dispone: “Sin que configure prejuzgamiento, el juez puede, a requerimiento fundado de quien tiene un interés legítimo y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvencción, cuando concurren los siguientes extremos:

1- convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta;

2- urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionario la frustración del derecho a la salud o a la vida, o un daño irreparable equivalente;

3- otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionario se encuentre legalmente exento de darla. (Código Procesal Civil y Comercial, de Familia y Violencia Familiar – de la Provincia de Misiones. Ley XII N° 27 – Ante Ley 2335 – Pág. 130 – Jus textos jurídicos).

Continúa el art. 242 del CPCC y VF de la Provincia de Misiones: Procedimiento. Efectos: “Solicitada la tutela, el Juez debe fijar una audiencia con carácter urgente, a la que deben ser citadas las partes interesadas notificándolas personalmente o por cédula, por carta documento o acta notarial y

se celebra con quienes comparecen.

Concluida la audiencia, resuelve sin otra sustanciación. La resolución se notifica a las partes no comparecientes personalmente o por cédula.

Si el solicitante o quien lo represente no comparece a la audiencia, la tutela debe ser rechazada y no puede ser solicitada con igual carácter en lo sucesivo.

El art. 243 del CPCCy VF de la Provincia de Misiones dispone sobre Modificación. Recurso y dice: “La tutela anticipada puede ser revocada o modificada al tiempo de la sentencia, o por vía de incidente durante la secuela del proceso si cambian las condiciones tenidas en cuenta para disponerla. Se consideran también al efecto las actitudes procesales de las partes, en cuanto de ellas surjan indicios de abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio.

Si a pedido de parte, el juez considera que la medida es obtenida sin derecho o con abuso de derecho, debe declarar la responsabilidad del requirente, condenándolo a los daños y perjuicios.

El régimen de cumplimiento y de recursos es el establecido para las medidas cautelares. Concedida o no la tutela el proceso prosigue hasta su finalización”. - (Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones. Ley XII N° 27 – Antes Ley 2335 – Juan Manuel Lezcano. Ius Textos).

El anticipo de la tutela se legisla expresamente en los procesos de alimentos (Art. 544 CCyCN) y de desalojo (arts. 680 bis y 684 bis CPCC).

La CSJN aceptó esta protección prematura antes del dictado de la sentencia definitiva. El actor, en un proceso de indemnización de daños y perjuicios, reclamó que se dictara una medida cautelar innovativa que impu-

siera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos; el juez de primera instancia desestimó la medida en una resolución que fue confirmada por la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, fundamentalmente porque, de adentrarse el tribunal en el examen de la cuestión debatida, implicaría emitir opinión sobre el *thema decidendum*.

Al revocar la decisión recurrida por el recurso extraordinario, la Corte (con la única disidencia del Dr. Adolfo R. Vázquez) fijó doctrina sobre los siguientes puntos:

a) Si bien es cierto que las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, tal principio cede cuando la decisión produce agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible;

b) La medida cautelar innovativa es el medio adecuado para evitar un perjuicio grave e irreparable, aún cuando configurare un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa;

c) Se trata de una medida excepcional y exige una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión;

d) En ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa– existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, y ello no importa

3 Placio, L. La venerable antigüedad de la llamada cautelar innovativa y su alcance actual. *Revista de Derecho Procesal*, 1, 105. Edit. Rubinzal-Culzoni

4 Ver Peyrano, J. W. (1981). *Medidas cautelares innovativas*. Buenos Aires: Depalma. Ver también del mismo autor: Pasado y presente de la medida cautelar innovativa, en J. A. 1990-II-773; la “verosimilitud” del derecho invocado, como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar innovativa, en L.L. 1985-D-110

prejuzgamiento.

e) El mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante, y lleva insitu una evaluación del peligro de permanencia en la situación del peticionario a fin de habilitar una resolución que concilie – según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado.

La posibilidad de anticipar la tutela es admitida mayoritariamente por la doctrina y por las legislaciones más modernas. Como un antecedente ya lejano en nuestro país mencionamos el artículo 375 del código civil, que desde su primera redacción dice que en el juicio de alimentos “desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrán decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo”. (En el Proyecto: Art. 543 y 544, anteriormente citados).

PROCESOS DE TRÁMITES URGENTES – MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS:

“En muchas oportunidades se confunde la tutela anticipada, la medida “autosatisfactiva”, el proceso urgente e, incluso, la acción preventiva del art. 1711 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. La acción preventiva se ejerce mediante un proceso de conocimiento pleno que culmina con una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, tiene por objeto evitar un daño, su continuación o agravamiento; el peligro reside en la posibilidad de agravar un daño en el sentido previsto en el art. 1737 del citado Código.”

Las medidas cautelares son siempre provisorias y el peligro que justifica su dictado es la demora; el art. 1713 del CCyCN dispone que la sentencia que se dicte en la acción preventiva debe disponer en forma definitiva o provisoria obligaciones de hacer o no hacer, pero en este caso la provisionabilidad no es de carácter procesal, como sucede en las cautelares, sino que el juez, apreciando cual es el daño que se pretende evitar, puede establecer un límite temporal al mandato hasta que desaparezcan las causas que pueden originarlo o agravarlo.

“La medida autosatisfactiva”, denominación para algunos autores incorrecta fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios fallos. (322:4520; 327:4495; 330:5251; 331:2287 entre muchos otros) señalando que no es posible otorgar una medida con carácter definitivo sin respetar el principio de bilateralidad; incluso en el caso “Bustos” (Fallo 327-4495), con cita de una sentencia anterior del mismo Tribunal, dijo expresamente: las medidas cautelares denominadas “autosatisfactivas” han sido descalificadas por la Corte.”⁵

“Para conceptualizar la medida autosatisfactiva siguiendo a Jorge Peyrano diremos que se trata de UN REQUERIMIENTO URGENTE formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables y que se agota con su despacho favorable, no siendo necesario la ulterior tramitación de una acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, como ocurre con las medidas cautelares, lo cual como después veremos es de suma importancia.

Estas “medidas autosatisfactivas” son una especie dentro del género de los procesos urgentes (como serían el amparo, hábeas corpus, las resoluciones anticipatorias) que se caracterizan por ser el factor TIEMPO de una relevancia superlativa.

Su diligenciamiento es inaudita pars,

aunque se reconoce la posibilidad de disponer una comprimida sustanciación.

Debe haber una existencia de fuerte probabilidad de que lo requerido es atendible y no una simple verosimilitud. Se habla aquí de evidencia y peligro de frustración de un derecho.

La contracautela queda a criterio del juez, aunque no son medidas cautelares, sino, valga la redundancia, integran los procesos urgentes.

En la Provincia de Misiones está reglada en el art. 636 del CPC y C Y VF y dispone: “Ante solicitud fundada de parte, precisando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia, aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, los jueces, aún cuando el actor no lo hubiese solicitado formalmente bajo esa denominación, pueden despachar excepcionalmente medidas autosatisfactivas cuando se encontraren reunidos los siguientes recaudos:

a) sea necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal y siempre que no exista otra vía para tutelar el derecho;

b) el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no requiriendo una declaración judicial adicional vinculada a un proceso principal.

Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente, el juez puede exigir la prestación de caución real o personal determinando en estos casos la vigencia.

Art. 637 del CPCC y VF: Trámite. Los jueces pueden decretar directamente la medida autosatisfactiva peticionada.

Excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y

reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

La citación a la audiencia o, en su caso, el traslado correspondiente y la sentencia se notificarán por cédula, carta documento o acta notarial, que se diligenciará en el día, con habilitación de días y horas inhábiles. Las demás notificaciones se efectuarán por ministerio de ley.

Art. 638 del CPCC y FV: Recursos: Para impugnar la medida autosatisfactiva ordenada, el legitimado podrá optar entre la interposición directa del recurso de apelación o en su subsidio al de revocatoria, que será concedido con efecto devolutivo, o promover el proceso de conocimiento que corresponda. Elegida una vía, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

Rechazada la medida autosatisfactiva, el actor puede interponer recurso de apelación, o promover el proceso de conocimiento que corresponda.

Art. 639 del CPCC y VF: Ninguna de las vías indicadas en el artículo precedente impide el cumplimiento inmediato de la decisión judicial impugnada.

Los jueces pueden ordenar discrecional y fundadamente la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva otorgada, en el supuesto de que el legitimado acredite prima facie la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Como primer elemento que servirá como andamiaje del resto del presente trabajo resultará imperativo delimitar el concepto y alcance de los procesos urgentes.

El elemento distintivo y tipificante del proceso urgente tiene que ver con la gravedad del daño efectivo y potencial, su inminencia y su irreparabilidad, la imposibilidad de subsanar el perjuicio por cualquier otra vía.

Como dejamos establecido más arriba, dentro de los procesos urgen-

tes están comprendidas las medidas cautelares, las cuales aseguran la satisfacción futura del interés sustancial comprometido ante la necesidad de ejecutarse en su momento la sentencia de mérito. Se llama cautelar el proceso cuando sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, por ello la voz cautelar significa "prevenir", "pre-caver" y da la idea del carácter provisorio de la medida.

Las sentencias anticipatorias tienden a satisfacer el interés sustancial comprometido antes de la sentencia de mérito, a fin de evitar la frustración irreparable de dicho interés.

"Con la tutela autosatisfactiva o medida cautelar autosatisfactiva se persigue igual finalidad, pero no dentro de un proceso de conocimiento continente sino en el marco de un proceso especial y autónomo que se extingue al agotar su objeto con la obtención de la tutela.

Se podría alegar en contra de estas medidas urgentes, y como se verá con detenimiento en etapas posteriores del presente trabajo, que se pone en riesgo la seguridad jurídica. Pero es importante señalar que pueden existir valores de jerarquía superior a la misma seguridad.

En base a lo expuesto se puede definir al proceso urgente como aquél cuya procedencia y admisibilidad exige más allá del peligro en la demora una fuerte probabilidad o cuasi certeza que sean atendibles las pretensiones del accionante, cuya falta de tutela inmediata produce un perjuicio irreparable para éste". -

En este tipo de medidas algunos prefieren la primera denominación porque entienden que la medida debe tomarse respetando los principios fundamentales del proceso.

CONCLUSIONES

En todo el presente trabajo he recalado los aspectos relevantes y puntos tipificantes de cada una de las medidas

que he abordado, por un lado, la Tutela Anticipada, como medida cautelar innovativa, y por el otros la Medida Autosatisfactiva como especie dentro del Género de los Procesos Urgentes, no llegando a ser una medida cautelar, pero asemejándose en cuanto la necesidad de una solución urgente por parte del órgano jurisdiccional.

Las medidas autosatisfactivas son autónomas, pueden ser despachables inaudita parte o no de acuerdo a las circunstancias en la cuales sean solicitadas, se agotan con su despacho favorable, son mutables o flexibles. Necesitan de certeza o fuerte probabilidad que existe, se refleja en evidenciado peligro en que el peligro en la demora representado en la falta de protección a ese interés le acarreará un perjuicio irreparable. Comparte con las cautelares su carácter de proceso urgente.

La tutela anticipada no es autónoma sino accesoria de otro proceso principal o continente. Esta comparte ciertos rasgos con la medida autosatisfactivas, pero aun así se diferencian en algunos aspectos.

BIBLIOGRAFÍA

- Arazi, R. Rojas, J. A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales. Tercera Edición ampliada y actualizada* (pp. 1132-1134). Rubinzal Culzoni Editores.
- Lezcano, J. M. *Código Procesal Civil y Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones. Ley XII N° 27. Ante Ley 2335. Jus textos jurídicos.*

CITAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CNJN, 7-8-97, E.D.176-61, con nota de Morello, A. M. *La tutela anticipada en la Corte Suprema.*
- JNFed.CC, N° 1, 7-12-2009, *Grupo Clarín SA y otros s/ Medidas Cautelares.* MJ-JU-M-51851-AR, MJJ51851
- *Revista de Derecho Procesal*, 1, 105. Edit. Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. W. (1981). *Medidas cautelares innovativas.* Buenos Aires: Depalma.

- Peyrano, J. W. (1990). Pasado y presente de la medida cautelar innovativa, en J. A. -II-773
- Peyrano, J. W. (1985). La "verosimilitud" del derecho invocado, como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar innovativa, en L.L. -D-110
- Scaraffia, G. *Las medidas autosatisfactivas* [Documento PDF]. Recuperado de <http://todosxderecho.com/recopilacion>



E
UGD

EDITORIAL