

SUMARIO

EDITORIAL

Editorial (Pág. 2)

JURISPRUDENCIA

Concursos y Quiebras. recurso de queja. Cuestiones procesales.

Concursos. Revisión. Aclaratoria. Cómputo del plazo.

Cuestiones de prueba. (Pág. 3)

DOCTRINA

Inembargabilidad. Régimen de excepción. (Pág. 3 y 4)

Auto incriminación. (Pág. 4)

Derecho y sensibilidad. (Pág. 5)

La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. (Pág. 6)

Competencia del Juez de Ejecución. (Pág. 7 y 8)

Juicio por Jurados. (Pág. 9)

Mediación, orden público y paz social. (Pág. 10 y 11)

ACTIVIDADES

Propuesta Académica. (Pág. 12)



Es noticia conocida que la sociedad reclama cambios en el servicio de justicia, mayor celeridad en la resolución de conflictos, mejor atención al público, proximidad entre el juzgador y las partes, entre otros, críticas que concurren en un significativo nivel de descreimiento en la Institución Poder Judicial.

Resultan evidentes las necesidades nombradas, las que además se encuentran sobradamente diagnosticadas, presentándose tiempos en los que se ha de proceder a motorizar los cambios.

Muestra del reconocimiento de la problemática, y su asunción responsable por parte de los magistrados, es la concurrencia lograda en el mes de septiembre a la II Conferencia Nacional de Jueces, a la cual asistieron aproximadamente quinientos magistrados de todo el país.

Un dato no menor, se encuentra dado por la intervención de las entidades que organizaron el evento, así la participación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Asociación Nacional de Magistrados, la Federación Argentina de Magistrados, y la Junta Federal de Cortes completa el necesario esquema de fuerzas que deben sumarse para medir la factibilidad de la implementación de los cambios.

Son los jueces e Instituciones nombradas quienes abordaron los ejes cruciales en reclamo, compartiendo sus experiencias e inquietudes, haciendo sus aportes a la redacción de las conclusiones, mostrando que la realidad social, aunque con ciertos matices, resulta escenario común para los Poderes Judiciales de la Nación y las Provincias Argentinas.

Los temas trabajados en comisión fueron: I.- Independencia Judicial, II.-Disminución de la litigiosidad, y III.- Gestión Judicial, evidentes hitos a ser afrontados desde todos los ámbitos para lograr la mejora en la vida del servicio.

Desde el espacio generado en "Temas Judiciales", entendemos, resulta destacable la mencionada actividad, cuyas conclusiones tomaremos como pauta para el desarrollo de futuras ediciones, abordando cuestiones que posibiliten el desarrollo y la formación de los destinatarios, facilitando la comunicación de temas relevantes, y fundamentalmente promoviendo las ansias de quienes dedican generosamente parte de su tiempo libre a la investigación .

En estos tiempos es mucha la carga de trabajo que presenta la tarea que afrontamos, lo que asigna mayor valía a los aportes que se realizan para lograr la concreción de este material, motivo por el cual además de analizar la actividad que comentamos como un nuevo lugar desde el cual repensar nuestra tarea, reflexionamos una vez más sobre el mérito de quienes nos ayudan a continuar en el trabajo desarrollado en esta revista, que se distribuye en todas las dependencias del Poder Judicial y Ministerio Público de la provincia, operando como vía comunicante y como un lugar de reunión de ideas, el que intentamos mejorar desde la experiencia que obtenemos con cada edición, merituando la decisión de continuar sosteniendo el espacio para que todos podamos aprovecharlo, en un marco de compromiso con la función que desempeñamos.

Propiedad de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta

Departamento de Cultura e Investigaciones
Dra. Inés del Carmen Daher

Consejo Editorial

Director: Dr. Luis Félix Costas

Subdirector: Dr. Roberto Loutayf Ranea

Coordinadora: Dra. María Victoria Mosmann

Consejeros:

Dr. Froilán Miranda
Dr. Marcelo Ramón Domínguez
Dra. Mirta Avellaneda
Dra. Violeta Herrero
Dra. Patricia Di Paolo
Dra. María Rueda Torino

Recopilación de datos:

Sra. Eva del Carmen Barrozo

Arte y Diseño:

Sr. Néstor Osvaldo Cignetti

Información de contacto

Av. Bolivia 4671
Ala Norte - Ciudad Judicial

Tel. 0387 4258000 - Int. 1150
0387 4258224

escuela@justiciasalta.gov.ar
cultura@escuelamagistratura.gov.ar
www.escuelamagistratura.gov.ar

Impresión:

Mundo Gráfico - Córdoba 714
500 ejemplares - Nov-2007

Registro de Propiedad Intelectual
N° 544680

Publicación en Papel
ISSN 1669-8665

Publicación On-Line
ISSN 1669-8657

MATERIA: Concursos y Quiebras. (Tomo 112: 1073/1084 – 2/marzo/2007). **RECURSO DE QUEJA.** Cuestiones procesales. Concursos. Revisión. Aclaratoria. Cómputo del plazo. Cuestiones de prueba.

CAUSA: A.F.I.P. – D.G.I. VS. BOSCH TOVAR, FRANCISCO S/ CONCURSO PREVENTIVO – QUEJA POR REC. DE INCONST. DENEGADO (Expte. N° CJS 28.321/05)

CUESTIÓN RESUELTA: I. RECHAZAR el recurso de queja interpuesto a fs. 91/99 de autos y, en consecuencia, DECLARAR bien denegado el recurso de inconstitucionalidad.

DOCTRINA: Las cuestiones procesales resultan propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario, cuando han sido resueltas con fundamentos bastantes para sustentar el pronunciamiento como acto judicial válido.

Las decisiones que declaran inadmisibles los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa, mediante fundamentos de naturaleza procesal que bastan para sustentarlas, son ajenas a la instancia extraordinaria, como así también los agravios relativos a la hermenéutica de la ley de concursos, por remitir al análisis de cuestiones de hecho y de derecho común.

Por vía de aclaratoria no puede modificarse el modo de computar un plazo expresamente previsto por la ley concursal, pues lo contrario significaría que la voluntad de las partes entraría en juego en una materia en la que el legislador ha pretendido, por razones de seguridad jurídica, hacer correr los plazos de modo automático.

La revisión debe interponerse dentro de los veinte días hábiles judiciales posteriores a la fecha de la resolución respectiva. La notificación es automática, sin excepciones, a partir del día mismo del dictado de la resolución. Si ha mediado un pedido de aclaratoria, la fecha de la resolución debe entenderse como la fecha de la resolución aclaratoria, y no la fecha de su notificación.

Si bien para que una resolución judicial produzca efectos, debe ser conocida por el litigante, nada impide que el legislador haga computar un plazo desde la fecha de la resolución –y no desde la fecha de su notificación–, si esa solución guarda coherencia con el sistema en el que está inserto y el plazo acordado no impide, en los hechos, el ejercicio del derecho de defensa.

La divergencia del apelante con la interpretación de un precepto de derecho adjetivo, aún cuando el tema fuera opinable, no sustenta la tacha de arbitrariedad, cuya aplicación requiere un apartamiento inequívoco de la formativa prevista para el caso o una decisiva carencia de fundamentación.

La prescindencia por parte del a quo de determinadas pruebas, no basta por sí misma para invalidar la sentencia, si ésta ha hecho mérito de otros elementos de prueba arrojados regularmente al proceso, y con suficiente trascendencia como para sustentar su decisión

TRIBUNAL: Dres. Silisque, Ayala, Garros Martínez, Posadas

DOCTRINA: Dra. Di Paolo

LA CORTE DE JUSTICIA DE SALTA SIENTA CRITERIO RESPECTO DEL INICIO DEL PLAZO PARA INTERPONER DEMANDA INCIDENTAL DE REVISIÓN (art. 37 L.C.Q.)

Como se evidencia del sumario precedente, la Corte local ha sentado criterio respecto del momento a partir del cual se computa el plazo de veinte días para la interposición de la demanda de revisión -art. 37 L.C.Q.- entendiendo que es tal la fecha de la sentencia de verificación de créditos, en consonancia con otros tribunales (entre otros: Cám. Apel. C.y C. Paraná Sala II “Grimaldi s/ Conc. prev.” L.L. Litoral 1999 pág. 1007).

Frente a esa postura, se sostiene el comienzo del plazo desde la notificación automática de la sentencia de verificación (entre otros: Trib. Sup. de La Rioja “Yumbo S.R.L.” L.L. Gran Cuyo 2000 pág. 576), mientras que un plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial distingue: a) si la sentencia del art. 36 se emitió dentro del plazo de 10 días de presentado el informe individual o del que previsiblemente debió ser producida conforme lo indicado en el auto de apertura del concurso o posteriormente, el término para revisar se computa desde la fecha de dicha sentencia; b) si la sentencia de verificación de créditos es posterior al momento en que previsiblemente hubo de ser dictada, el plazo del art. 37 se inicia con la notificación automática de la misma. (CNCom. en pleno 28/02/06; “Coop. Viv. Cred. y Cons. Activa s/inc.de rev.” L.L. 2006-C pág. 160).

*Dra. Mirta del C. Avellaneda
Consejera*

Doctrina

INEMBARGABILIDAD – RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Expresa Lazzari (Medidas Cautelares, pág. 372) que “Siendo el patrimonio la prenda común de los acreedores, los bienes del deudor quedan afectados al cumplimiento de sus obligaciones”.

No obstante, algunos de ellos son excluidos legalmente de esta responsabilidad resultando inembargables, lo que tiene lugar por razones de orden público, entendiéndose éste como el conjunto de principios existentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.

Consecuencia de esta circunstancia es la imperatividad de la norma que deviene obligatoria independientemente de la voluntad de las partes, pues ésta es sustituida por la voluntad social, careciendo de toda relevancia el consentimiento del deudor respecto del embargo.

La inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia adquiridos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional S.A. se ajustan al objetivo social y al carácter de orden público que tienen las normas legales que las consagran, criterio que concuerda con las funciones de fomento de la vivienda familiar atribuidas al Banco y con el espíritu de normas análogas

Doctrina

(como las que regulan el llamado bien de familia) y que tienen sustento constitucional en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Este régimen de excepción previsto por el artículo 35 de la ley 22.232 – Carta Orgánica del Banco Hipotecario S.A. – requiere que: a) el inmueble se encuentre gravado a favor del Banco Hipotecario S.A., b) que conserve su categoría originaria de única vivienda propia y c) que el crédito conserve su destino.

Los créditos otorgados en el ámbito de esta operatoria no son créditos comerciales otorgados con beneficio de lucro sino créditos de naturaleza social.

Esta inembargabilidad ejerce una función tuitiva del mutuario y su núcleo familiar, facilitando la adquisición de la vivienda a los sectores de la población con menos recursos y además posibilitando el afianzamiento de la misma.

Esto no implica una situación de privilegio para un determinado sector de la población ya que el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, debe ser entendido como la obligación de tratar de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias.

La Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “el artículo 35 de la Ley 22.232 es una disposición de orden público que responde a un claro objetivo social y de interés general por el cual se ha instituido la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y constituidos con préstamos del Banco Hipotecario” (CSJN Fallos 249:783, 256:572).

Por regla subsiste la garantía de inembargabilidad, aún con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario, siempre que se encuentren satisfechos los requisitos exigidos por el art. 35 de la Ley 22.232, esto es: vivienda propia habitada por el núcleo familiar.

Tal doctrina se justifica por la necesidad de sujetarse a la jurisprudencia sustentada en el tema por el más alto tribunal de la Nación, de forzosa observancia, por aquello de que carece de fundamento la sentencia de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

Sostener que el beneficio se extingue juntamente con el pago total de la deuda, o con la constitución de una obligación posterior importaría aceptar que ha sido instituido sólo en interés del Banco, pese a que éste está suficientemente asegurado con el crédito hipotecario, correspondiendo a quien pretenda ejecutarlo demostrar que desaparecieron los presupuestos que justificaron la inclusión del bien en aquel régimen de excepción.

Frente a la inscripción registral que hace saber que un inmueble se encuentra excluido del régimen común de responsabilidad patrimonial de su titular, incumbe a quien pretenda ejecutarlo, la demostración de que las condiciones que originariamente justificaron el beneficio, han dejado de tener vigencia.

Dras. Cristina Beatriz Pocoví y Lucía Brandan Vally

Secretarias del Juzgado de 1ª Inst. en lo Civil y Comercial de Procesos Ejecutivos 4ª Nom.

Doctrina

AUTO INCRIMINACION

Es sabido que el imputado puede declarar en el proceso y en el juicio, esto es en el debate oral y público, o no, sin que ello implique presunción de culpabilidad en su contra, en razón de la cláusula constitucional que prohíbe declarar contra sí mismo; la principal derivación de la misma sin pretender precisarla es:

Que toda declaración que haga el imputado en el proceso y en el juicio debe ser tomada como ejercicio del derecho de defensa del mismo, nunca para fundamentar la culpabilidad, ya sea a título de ésta o de dolo.

Elo implica que tal declaración por sí sola no fundamenta la condena, ya que deben tenerse en cuenta todas la circunstancias del caso concreto y ello se consigue a través del debate. En el mal llamado juicio abreviado, no hay juicio, ya que para ser tal se requiere acusación, defensa, prueba, alegato, sentencia y debe ser además oral, público, contradictorio y continuo; es decir un debate oral, propio del modelo acusatorio que sancionó el constituyente de 1853 y lo confirmó el de 1994. Aquí tales requisitos no se presentan, pues es una aceptación de la culpabilidad por parte del imputado a los fines de negociar la pena, siendo el mismo la parte más débil, de lo que resulta la violación de la cláusula constitucional “nadie puede ser penado sin juicio previo”. Así, la inviolabilidad de la defensa – Art. 18 de la Const. Nacional - se esfuma cuando se reclama la conformidad del imputado.

El considerando 5 del voto en disidencia de la sentencia recaída en la causa: “C/C GIMENEZ, Néstor René – Recurso de Casación” de la Corte de Justicia de Salta parece sugerirlo cuando dice: “que la modalidad de enjuiciamiento abreviado, debe ser efectuado con un criterio restrictivo que no priorice un enfoque utilitario, sino que tome particularmente en cuenta que el sistema acusatorio, a cuya máxima expansión cabe propender por imperativo de orden constitucional, es sustancialmente oral y público exigencia que emana expresamente del art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”

Dicho fallo declara inconstitucional el art. 360 del C.P.P. en cuanto establece como límite para la aplicación del juicio abreviado el máximo de seis años de privación de libertad, conminado en abstracto.

Tal declaración de inconstitucionalidad la realiza sin petición de parte es decir se declara la inconstitucionalidad de oficio por nuestro más alto tribunal local, dentro de la resolución de un recurso de casación, tal como lo fundamenta en el considerando 13.

Así planteadas las cosas, si ensambláramos el considerando 5 del voto en disidencia con el considerando 13 del voto de la mayoría, se abren las puertas para declarar la inconstitucionalidad del juicio abreviado en el caso concreto, pues la autoincriminación es absolutamente incompatible con la Constitución Nacional para regatear la pena, más aun cuando se afecta el principio de igualdad de armas en el proceso penal.

En efecto, el fiscal es el que requiere y aconseja la pena y el juez del procedimiento abreviado decide en base a la autoincriminación o declaración contra sí mismo, con la consecuente confusión de roles, que en el caso del procedimiento abreviado se advierte, y no puede decirse que con ello se gana en eficiencia y menor plazo pues la sanción del juicio oral público contradictorio y continuo también se justificó con los mismos argumentos.

En conclusión, ante la duda sobre la constitucionalidad de una norma de carácter penal, debe estarse por aquella que asegure la vigencia del sistema acusatorio y el juicio de carácter oral, público y contradictorio.

Dr. Carmelo Eduardo Paz

**Secretario de Primera Instancia - Juzgado Correccional de Garantías y Menores II Nominación
Distrito Judicial del Sur - San José de Metán**

DERECHO Y SENSIBILIDAD

No es fácil dar rostro humano al Derecho. ¿Qué conspira contra ello? Muchas cosas, según las investigaciones de destacados juristas.

Desde mi personal punto de vista, el fundamento o justificación de la existencia del Estado y del Derecho reside en la necesidad de procurarnos una vida social pacífica. Mientras Robinson Crusoe vivió solo en su isla, la autonomía lo ubicó cómodamente en el ámbito de la moral autorreferente; no obstante, entrado Viernes en su círculo existencial, tuvo que nacer el Derecho. Siendo, entonces, el objetivo de lo jurídico, la paz social, podríamos esperar que todos los habitantes del territorio pudieran tener una relación sincera y real con nuestra ciencia, mas ocurre que "en la producción de su vida social los hombres realizan cotidianamente una enorme cantidad de actos con sentido y efectos jurídicos, buena parte de los cuales -sin duda la mayoría de ellos- no son percibidos como tales. Esto es, dichos actos no son comprendidos en sus alcances y significaciones legales" (Cárcova, 1998-18, cursiva en el original). Agrega el autor en idéntica página: "Son actos a través de los cuales se modifican los patrimonios, se alteran relaciones familiares, se adquieren o se pierden derechos materiales o inmateriales, se contraen obligaciones, etcétera. Se trata, en sentido estricto, tanto de acciones, como de omisiones."

Dentro de esas conductas que los ciudadanos o habitantes realizan u omiten no sólo se encuentran las que podríamos llamar domésticas o privadas, sino también aquellas que abarcan el ejercicio del sufragio y las formas de participación ciudadana, el control de los actos de gobierno, el derecho de peticionar a las autoridades, y los derechos y garantías constitucionales que les asisten. Porque existe "una brecha profunda entre la organización y funcionamiento de las formas institucionales y la efectiva comprensión que los individuos poseen de esa organización y tal funcionamiento, que en tan gran medida los influye y determina" (Cárcova, 1998-18).

Si partimos de la premisa innegable de que el Derecho es una forma paradigmática de expresión de la cultura, que la cultura es constituida por el lenguaje y constituyente de él, y de la afirmación inexorable de que el Derecho es una práctica social discursiva, verdadero proceso social de producción de sentido "constituido por palabras, pero también por comportamientos, símbolos, conocimientos. Que es, a un mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican; pero que también es lo que, entre los súbditos, opera como sistema de representaciones" (Cárcova, 1998-114), advertiremos que en el ámbito de lo jurídico lo que existe es la "opacidad", la "no transparencia". Porque, ciertamente, desde lo oscuro es más fácil "dominar". Y nada que tenga que ver con el lenguaje es inocente (Barthes).

Determinado, así, que el derecho es opaco para no ser comprendido, con lo cual la finalidad de su opacidad se revela claramente, será bueno ver cuáles son las fuentes de esta cualidad negativa. Por supuesto, también sin inocencia, porque lo que propongo es que empecemos a trabajar para cambiar las cosas, para cambiar el objetivo, instando a buscar un derecho cognoscible y comprensible para todos los que serán afectados por él. Esto implicará muchas cosas, pero antes de ocuparme de ellas y teniendo presentes las enseñanzas de Carlos María Cárcova, diré que las causas próximas de la opacidad jurídica son, por un lado, la marginalidad, la pobreza y el ajuste y, por el otro, la anomia y la aculturación.

Sobre ajuste, pobreza/indigencia y marginalidad los latinoamericanos tenemos mucho que decir y, si se me permite el giro literario, mucho aún por llorar. La caída del estado keynesiano produjo ya no desigualdad en los aspectos social, económico y jurídico (Ghersi, 1997-1080) sino la exclusión en esos mismos ámbitos, polarizando la situación de tal manera que los que quedaron en la cima tienen "derechos a" todo; los de la base circulan por el terreno movedizo de la angustia y el desplazamiento: allí moran, desde fines de los 80, los "sin derecho a". Dice Ghersi que entre las décadas de 1930 y 1980 el problema se planteaba no como inclusión/exclusión sino como de escala piramidal donde existía heterogeneidad cuantitativa y cualitativa, pero donde había inclusión básica, sistemática y estructural: allí podrían darse discusiones individuales sobre derechos, o colectivas, pero el elemento básico era la inclusión en el derecho. En la actualidad asistimos, al contrario, a la desgovernabilidad que se produce frente al mercado, con la consecuente segregación jurídica de ingentes masas de personas (obreros/as, mujeres, niños/as, ancianos/as, discapacitados/as, etcétera).

Por su parte, la anomia (falta endémica de cumplimiento de las normas) y la aculturación (fenómeno según el cual una cultura extranjera se implanta en una cultura autóctona, hoy más actual que nunca, a raíz de las migraciones) también producen el desconocimiento de lo jurídico. Y como todo ello reconoce la subyacencia de la ideología - mucho me temo que en el pesimista sentido napoleónico del término-, los grupos dominantes manejan el Derecho como herramienta de duro control social sobre los dominados, principales desconocedores de aquél.

La denunciada cualidad de "opaco" de lo jurídico tiene variadas manifestaciones; yo, en mi muy acotada experiencia laboral (a Salta, mediana ciudad), encuentro que ella causa problemas en dos tópicos puntuales: la ignorancia iuris y la ficción legal. Razones de espacio me obligan a sólo dejar planteado el tema, para generar el futuro debate. Sin embargo, puedo proponer el cambio que prometí. Y aunque se me tilda, con razón, de utópica y soñadora, creo que es posible modificar lo denunciado. Para reincluir a los que, primero excluidos de los alimentos y, luego, del conocimiento, hoy están confinados más allá de las fronteras del derecho. Para re-humanizar a aquellos que la globalización y el egoísmo humano han empujado fuera de los márgenes de la decencia y la dignidad.

Mi propuesta apunta a la educación, no a la de las áreas logicomatemáticas sino a la del mundo emocional, a la de la sensibilidad, sin temor a afirmar que ella es fuente de los más bellos florecimientos humanos, como, por ejemplo, el conocimiento, la paz, la poesía. "Los servidores públicos leen cada vez menos literatura, que es donde descubrirían una visión más compleja de la vida humana" (Nussbaum, 1997-33). Quizás necesitaríamos más jueces poetas, como sostiene la autora citada, considerada como la más importante filósofa norteamericana viviente. Recordando al inolvidable Walt Whitman (aquél de las verdes "hojas de hierba", que se cantaba "a sí mismo"), cree que los poetas tienen una misión democratizadora, misión de inclusión, imaginación, comprensión y voz... (Nussbaum, 1997, 167). Comparto con ella este pensamiento y agrego que la sensibilización emocional de las personas las determina para construir la democracia, para sustentar conductas éticas, para aprender a dejar definitivamente el papel de amo, pero también el de esclavo. No está nada alejado de este pensamiento el filósofo francés Edgar Morin ("La cabeza bien puesta," 2.003).

Es mucho y en demasiados campos donde hay que actuar educando; sin embargo, quizás, quienes estamos en los gabinetes de la Justicia, podamos ayudar a iluminar y transparentar este Derecho que amamos con pasión, bajándolo útilmente hacia el dolor, la exclusión y la desesperanza de aquellos que se nos acercan y para servir a los cuales también hemos dado un juramento. Ojalá que con nuestra actividad jurídica-judicial podamos convertirnos en poetas de la esperanza, para una humanidad mejor...

Pues aunque sea difícil dar rostro de mujer o de hombre al Derecho, no es imposible. Basta con trabajar en ello.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Cárcova, Carlos María - "La opacidad del derecho", Edít. Trotta, Madrid, 1998
- 2) Ghersi, Carlos A., "La Posmodernidad Jurídica", LL 1997- C -1075.
- 3) Nussbaum, Martha - "Justicia Poética", Trad. de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, Barcelona (España), 1.997
- 4) Touraine, Alain - "El nuevo paradigma - Para comprender el nuevo milenio", Trad. de Agustín López Tobajas, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2.006.

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO:

La autonomía de la voluntad que se manifestaba como irrestricta en el siglo anterior, en la época presente, reflejando un fenómeno que se ha denominado de socialización del contrato (y no sólo del contrato de trabajo) ha quedado reducida en general y particularmente en nuestro país a márgenes estrechos, determinados por la ley del estado y por las normas del convenio colectivo.

La libertad de contratación comprende, por un lado, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quien va a hacerlo (libertad de conclusión) y la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato (libertad de configuración interna). La intervención del Estado en el campo contractual laboral, determinando condiciones mínimas de trabajo irrenunciables que forman parte del órgano público laboral, implica que se le atribuye al contrato de trabajo un interés social y consecuentemente que se restringe la libertad de contratación de las partes. Éstas conservan en general plenamente, la facultad de concluir el contrato (facultad de celebración) pero el estado o las partes colectivas (asociaciones sindicales y sectores empresarios), fijan las líneas generales del contrato (condiciones mínimas de labor) que forman el marco contractual dentro del cual las partes pueden expresarse pero no reduciéndolas. Aun respecto de las condiciones contractuales relativas a la determinación concreta de la prestación comprometida, adecuado al marco normativo mencionado, a decidirse que ellas sean equitativas (no desproporcionadas) y acordes con la buena fe y la funcionalidad exigibles a los actos del empresario. Es decir que aún aquellas facultades están sujetas a ponderables restricciones. De tal modo en la actualidad a diferencia a lo que ocurrió en la época liberal, la voluntad contractual está considerablemente limitada con miras a que el negocio refleje una justa composición de los intereses en juego (los de la empresa, los del trabajador, y los de la comunidad). Pero en nuestra época éste no es un atributo específico del contrato de trabajo, pues el control alcanza una parte esencial del derecho contractual. Se manifiesta en los contratos de masa y en todos aquellos que comprometan el suministro de bienes vitales (Ley de Defensa del Consumidor N° 24240).

Como observa Justo López, “bajo las líneas directrices de la doctrina liberal individualista el derecho del trabajo, tanto el individual como el colectivo, es rigurosamente imposible. El derecho del trabajo, históricamente, ganó su espacio en oposición a esa doctrina, es decir restándole espacio a ella. O sea, imponiendo el estado ciertos límites (progresivamente ampliados) a la autonomía de la voluntad”.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo con voto de la Dra. Liliana Paz de Gómez, tuvo oportunidad de pronunciarse en el siguiente supuesto de hecho.

En un precedente en que se discutió la antigüedad de un chofer de colectivo urbano cuya línea fue objeto de traspaso, estableciéndose el mismo, por una ordenanza municipal que poseía como anexo un contrato entre la empresa adquirente del nuevo corredor y la Municipalidad de la Ciudad de Salta, por el cual el nuevo prestador se comprometía a absorber a empleados de determinada empresa, reconociéndole la antigüedad que tenían originariamente.

La demandada se agraviaba por cuanto el Juez de 1ª Instancia omitió considerar la condición bajo la cual se constituyó la relación de empleo, sosteniendo para ello que quedó acreditado por la absolución de posiciones de los actores como por los recibos de sueldos, que las partes pactaron expresamente que ingresaban sin reconocimiento de antigüedad alguna, lo que implica que las mismas prescindían de compromiso asumido por la empresa ante el Municipio y voluntariamente celebraron un contrato de trabajo autónomo donde convinieron que lo hacían sin antigüedad y ello es ley para las partes.

El Tribunal sobre este particular dijo: “La autonomía de la voluntad no es oponible al orden público laboral, por lo que no puede invocarse el asentimiento de los actores a la condición de la contratación que alega la empresa demandada, que en modo alguno puede interpretarse como resignación de derecho que por su naturaleza son irrenunciables, tal como lo prescribe el art. 12 de la Ley de Contratos de Trabajo y que a su vez tiene directa conexión con el art. 7 de igual cuerpo legal, que invalida los pactos que contengan condiciones menos favorables para el trabajador que las que contengan las normas legales, convenios colectivos, o laudos con fuerzas de tales, o que resulten contraria a ella; como con lo normado en el Art. 13 de la L.C.T. en tanto anula las cláusulas contractuales que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por las leyes o convenios colectivos de trabajo.

De modo que al referirse expresamente la ley, a la convención de partes, que suprima y reduzca derechos ya previstos por la ley de Contrato de Trabajo, los estatutos profesionales, o las convenciones colectivas, sólo bastará que se afecten tales derechos reduciéndolos, sin necesidad de que sean suprimidos para que la nulidad de la convención surja procedente.

Así entonces, esta naturaleza imperativa del derecho laboral, lo distingue del derecho privado y lo hace formar parte del orden público, característica que aparece claramente aplicable en función de la propia naturaleza de las relaciones económicas de la producción, que requieren una regulación inderogable, mínima, y de conformidad al concepto de los derechos sociales de todo individuo. Por lo que la norma de orden público laboral ampara determinadas condiciones mínimas en beneficio del trabajador, para quien son irrenunciables, pero que una vez que éste asegura ese mínimo querido por ley, la libertad contractual recobra plena vigencia. (Ord. Verón, Rodolfo – Barrios, Juan Domingo – Flores, Rubén Oscar - Torrejón, Wilfredo Benítez vs. Eduardo Ale S.R.L.” – Expte. N° 11.761/05, -4-5-05, fl. 326/331 Cám. Apel. del Trabajo – Sala II – Voto: Dra. Liliana E. Paz de Gómez).

Bibliografía:

- a) Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo – Tomo I, pág. 10.
- b) López, Justo, Enciclopedia Jurídica Omeba Derecho del Trabajo: Concesiones Ideológicas, Tomo V, apéndice pág. 203.
- c) Jurisprudencia Autos “Ordinario – Verón, Rodolfo – Barrios, Juan Domingo – Flores, Rubén Oscar - Torrejón, Wilfredo Benítez vs. Eduardo Ale S.R.L.” – Expte. N° 11.761/05, 4-5-05, fl. 326/331 Cám. Apel. del Trabajo – Sala II – Voto: Dra. Liliana E. Paz de Gómez.

Dr. José Manuel Pereira
Secretario Cám. Apel. del Trab. Sala II

COMPETENCIA DEL JUEZ DE EJECUCIÓN

1.- Sin duda resulta novedoso para nuestras Leyes de enjuiciamiento penal, el que se incluya en la Sección pertinente de la Competencia en razón de la materia, la norma específica que regle la Competencia del Juez de Ejecución.

No puede negarse que ello constituye un verdadero avance jurídico, ya que aparte de las soluciones prácticas que la norma receptada proporciona sobre la base indudable, que todo lo que hace a la aplicación de la pena impuesta en relación directa al interno ya tiene evidentemente un amparo jurisdiccional, la que subordina la actividad de la autoridad administrativa siempre en resguardo de los derechos del condenado, no sólo en orden a condiciones de convivencia, reeducación vinculada a la naturaleza de la pena impuesta, régimen de visitas o traslados en la mayoría de los casos por motivos de enfermedad, sino que posibilita un control más directo y eficiente por órgano judicial competente y con intervención concreta a aquellos fines, involucrando toda la necesidad de poder razonadamente formular opiniones específicas respecto de indultos, medidas de seguridad o unificación de penas, lo que se respalda por un grupo de especialistas fundamentalmente siquiátricos, sociólogos y asistentes sociales, de actuación directa e imprescindible.

Sobre esta materia, el Código de Salta vigente desde 1985, ya recepitó un artículo expreso (29), en el que se otorgaba a un "Juez de Ejecución", la facultad de resolver los incidentes para hacer efectiva la pena y medidas de seguridad, incluyendo la Libertad Condicional. En lo destacable, aparte de que la incorporación normativa de la competencia del Juez de Ejecución, resultaba como hemos dicho, de toda ponderación, se agrega la intervención del Juez aludido, en el caso de recursos establecidos a medidas disciplinarias que hubiesen sido dispuestas por la Dirección General de Institutos Penales.

Lo precedente, ha remplazado con ventajas - siempre en referencia a la materia de ejecución-, tanto respecto de las penas como de las medidas de seguridad y a la "Ejecución Civil" principalmente, que fuera casi en todos los Enjuiciamientos del país receptada en forma amplia, entendiéndose y corresponde no olvidarlo, que la competencia de autoridad administrativa que cumple órdenes del Juez de la Causa, en particular la Dirección de los Establecimientos Penitenciarios, se subordina en todos los casos, al Juez o Tribunal de Ejecución, que en dichos Ordenamientos estaba reservado al Órgano Jurisdiccional que en única instancia impuso la condena, ya sea que se tratase de una Cámara en lo Criminal, de un Juez Correccional, o de Juez de Menores.

2.- Se hace referencia expresa a tópicos importantes reservados al Tribunal que lo dictó, o específicamente al Juez de Ejecución, que son quienes deben intervenir en las resoluciones judiciales vinculadas a la Ejecución Penal, principalmente a la libertad condicional y a las medidas de seguridad.

LIBRO V EJECUCIÓN

Destacamos, en esa oportunidad inicialmente, y ahora nos remitimos a los conceptos vertidos, el indudable avance jurídico que significa que haya un "Juez de Ejecución", al margen de indicar, en modo preciso, el antecedente valioso de Salta, que concretó la Ley 6345, del 26 de septiembre de 1985, en su artículo 29, creando la posibilidad convertida así en exigente realidad, de que se regulara la competencia de órgano jurisdiccional con esa denominación, interviniese para resolver todas las cuestiones incidentales que se relacionaron con la necesidad de hacer efectiva la pena y medidas de seguridad, señalando, por otra parte, las facultades del Juez, para intervenir en las vías impugnativas, frente a resoluciones propias de las sanciones disciplinarias impuestas por la Dirección General de Institutos Penales.

Corresponde agregar, que la actividad jurisdiccional se amplía, al legislarse sobre la ejecución civil, con vinculación que corresponde destacar con la autoridad administrativa, en materia que regula la actividad, particularmente de la Dirección de los Establecimientos Penitenciarios, que en todos los casos, debe cumplir disposiciones expresas de Juez o Tribunal de Ejecución.

4.- La referencia concreta a la Ejecución, según el caso, la explica en brevísimas palabras con exactitud, Edwards, quien, luego de citar a Claría Olmedo, entre otros aspectos en lo que resulta importante, cuando dice, que la Ejecución, que nosotros llamaríamos Ejecución forzada, como segunda etapa, que sostuvo como primera, otra cognoscitiva a la que puso fin la sentencia, "capta principalmente la condena penal, y/o medida de seguridad, cuando esté en la sentencia del Tribunal Penal", agrega en párrafo aparte, que el artículo atribuye competencia al Tribunal que dictó la resolución judicial, para su ejecución o, en su caso, al Juez de Ejecución, que tendrá también competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes, que se planteen durante el trámite que nos ocupa.

5.- La afirmación precedente fija, en forma concreta y taxativa, por parte de la Ley, que tanto el Tribunal, como el Juez, tiene competencia para disponer, en pronunciamientos concretos, la solución a planteos o situaciones incidentales, que la ejecución demande.

6.- Sin duda, que las comunicaciones a que se refiere la disposición que anotamos, son las específicamente dispuestas por la Ley, comprendiendo, en resumen el poner en conocimiento la pertinente resolución jurisdiccional dictada, dentro del trámite propio de la Ejecución, al Registro Nacional de Reincidencias, a las autoridades carcelarias, y a otros Tribunales y autoridades cuando corresponda, entre las que podemos incluir, en forma destacada y como una exigencia práctica en la materia, al hacer saber todo ello a las Policías respectivas, a los fines de la confección de los respectivos prontuarios, o en caso de ser necesario, de procurar la captura del condenado.

1.2. LA JUSTICIA DE EJECUCIÓN

La creación de la figura del Juez de Ejecución como mecanismo procesal para garantizar la vigencia de principio de judicialización de la ejecución y asegurar un control adecuado de la administración en un ámbito especialmente conflictivo como es el carcelario, no significa por supuesto, prescindir de la actividad de la administración en la ejecución de las medidas de encierro; sino sólo un nuevo acomodamiento de las funciones judiciales y administrativas en la etapa de la ejecución. Sin embargo, la delimitación de las actividades administrativas y judiciales en esta etapa no es una tarea sencilla y es uno de los aspectos que más conflictos ha generado en los países que profundizaron la judicialización con la creación de la figura de juez de ejecución o el juez de vigilancia penitenciaria. La participación de dos poderes del Estado en un mismo ámbito genera innumerables problemas y tensiones de poder difíciles de resolver. Por otra parte no podemos perder de vista que el servicio penitenciario ha funcionado

durante mucho tiempo como un organismo militarizado aislado de los demás que componen el sistema penal y reacio a aceptar el control judicial y cualquier otro tipo de control externo, incluso el de las autoridades del Poder Ejecutivo del que dependen funcionalmente. Aunque esta situación se ha revertido con el advenimiento de la democracia, y el servicio penitenciario demuestra hoy una apertura a las demás instituciones del sistema penal y a la sociedad en general.

Por estos motivos es necesario delimitar claramente el ámbito de actuación de los jueces de ejecución, tanto en la resolución de los incidentes de la etapa procesal de ejecución de las penas privativas de la libertad a fin de garantizar el éxito del proceso de afianzamiento del principio de judicialización, como en las funciones de control de vigilancia de las garantías de las personas privadas de libertad. Según entendamos, aunque la legislación no ha tenido el grado de precisión que el conflicto al que hemos hecho referencia requería, permite arribar a las soluciones dogmáticas adecuadas atendiendo al principio de judicialización.

LEY DE EJECUCIÓN DE PENAS

La Ley de Ejecución 24.660, intenta resolver la cuestión de su ámbito de aplicación. El artículo 2129 establece de manera clara: "Esta ley es complementaria del Código Penal". A su vez, el artículo 228 ordena a las provincias revisar sus legislaciones para adoptar su contenido a las disposiciones de la Ley nacional. El texto de ambas normas, aparentemente coherente, es en realidad contradictorio. Si las normas de la Ley 24.660 integran el Código Penal (legislación de fondo), el mandato contenido en el artículo 228 para que las provincias modifiquen su legislación en la materia no era necesario. Antes bien, las normas de la ley 24.660 debe ser de aplicación directa en todo el país sin necesidad de adaptaciones o reconocimientos legislativos en las provincias (CN.art 75, inc 12). Sin embargo, como veremos, esta solución no ha sido admitida de manera pacífica.

La pretensión del legislador nacional de regular de manera uniforme para todo el país en materia penitenciaria no es una innovación de la ley 24.660. Ya la "vieja" Ley Penitenciaria Nacional contenía normas con la misma intención y similar redacción a la de las normas que estamos analizando. Lo cierto es que el mandato legal no fue interpretado de manera similar por todas las provincias y el objetivo de "integración del sistema penitenciario nacional" no se completó en los casi cuarenta años de vigencia de la vieja Ley derogada.

La doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la facultad del Congreso de la Nación para legislar en materia penitenciaria. El principal argumento utilizado para fundar esta posición es la necesidad de garantizar a las personas que deben cumplir penas privativas de libertad un trato "igual" (en los términos del artículo 16 de la Constitución Nacional) en toda la República. El criterio es acertado: no caben dudas de que el principio de igualdad exige que dos penas iguales se ejecuten de manera igual en todo el país y que el hecho de que conviertan en penas diferentes sólo porque sea diferente la provincia donde deben cumplirse constituye una violación al mentado principio.

A la misma solución, pero por diversas razones, arriba Daniel Eduardo Vicente cuando analiza el ámbito de validez de la Ley 24.660. Para este autor, la necesidad de aplicar la ley nacional de inmediato, o sin esperar la modificación de leyes provinciales, se extrae del hecho de que las normas de la ley de ejecución constituyen la reglamentación mínima de derechos humanos reconocidos constitucionalmente (CN, art. 18 y pactos internacionales de derechos humanos en función del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) que integran un bloque de legalidad federal que, por ende, debe tener aplicación directa e inmediata en todo el país.

A una posición similar se suma modernamente Eugenio Zaffaroni. Sin perjuicio de mantener su postura sobre la necesidad de garantizar el principio de igualdad en la ejecución de las penas en todo el país, afirma que este principio "no puede interpretarse de modo perverso y que, por ende, la cláusula pro homine prohíbe una igualdad para peor, o sea que el principio de que no puede lesionarse la igualdad en la ejecución penal se satisface con un estándar mínimo de garantías que puede y debe establecerlo el estado federal.

Partiendo de esta premisa, Zaffaroni justifica la posibilidad constitucional de que las provincias dicten leyes en las se amplíe el marco de derechos y garantías previstas en la legislación nacional que sólo actúa como un marco de referencia mínimo, al que las provincias deben ajustarse pero que pueden superar siempre que sea en beneficio de una mayor amplitud de los derechos de las personas privadas de libertad.

La idea resulta atractiva pero estimo que requiere mayores precisiones. La aplicación del principio que propone Zaffaroni parece sencilla al analizar el alcance de los derechos de los internos que se derivan de tal relación generada con el Estado por la privación de la libertad. Así, por ejemplo, no hay dudas de que una provincia podría regular un régimen de visitas más amplio o una remuneración mayor del trabajo penitenciario. Mayores problemas presenta la cuestión de la definición de las características en lo que respecta la calidad del encierro y su duración; ¿puede, por ejemplo, una provincia modificar el plazo de cumplimiento de pena necesario para que un condenado obtenga la libertad condicional o la libertad asistida?

A mi entender, y sin perjuicio de la validez de los argumentos que he reseñado, la necesidad de legislar de manera uniforme para todo el país sobre el contenido de las penas privativas de la libertad se extrae también, y principalmente, de una correcta interpretación acerca de alcance y las consecuencias de la vigencia del principio de legalidad ejecutiva (CN. Art. 18) que, de manera clara, exige al Congreso de la Nación el dictado de normas materiales que definan el contenido cualitativo de las penas antes de la comisión del hecho ilícito.

La solución a la disputa sobre las competencias legislativas del Estado federal y las provincias en materia de ejecución penal requiere, por lo tanto discriminar en el texto de la ley de Ejecución, cuales son las normas de derecho penal material (definición legal del contenido de la pena), las Procesales y las de Derecho Administrativo. En lo que respecta a las normas penales materiales, nos resulta claro que integran el derecho común que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación. En estos aspectos, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad tiene plena vigencia en todo el territorio de país, sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adhesión o modifiquen sus normas tal como pretenden el Art. 228 de la Ley 24.660. En el caso de las normas procesales o administrativas, al estar comprendidas en las facultades legislativas reservadas por las provincias deben ser dictadas por las autoridades legislativas provinciales. Sólo a estas últimas normas puede referirse el art. 228 de la ley 24.660: a indicación a las provincias sobre la necesidad de adecuar su legislación al nuevo texto normativo se refiere a las normas procesales y administrativas y no a las reglas de fondo que se aplican desde la sanción de la ley sin necesidad de pronunciamiento alguno por parte de las legislaturas provinciales.

Dr. Francisco Mascarello
Juez de Ejecución y Sentencia – Distritos Centro y Sur.

JUICIO POR JURADOS

Se habrá hecho aplicación del desuetudo?

Cabe advertir que desde la sanción de la Constitución en el año 1853, se dispuso la facultad del Congreso de establecer el juicio por jurados (en su Art. 24), para que el ciudadano que ha cometido una conducta disvaliosa, sea juzgado por sus pares.

Tal situación se ha mantenido inmutable en el tiempo, pese a las diferentes reformas constitucionales, hasta el presente. Sin embargo, desde ese momento y hasta ahora, no se ha efectivizado su implementación.

Entre algunos de los probables motivos por los que no se ha dado cumplimiento a tal norma constitucional, podríamos referir a un supuesto pensamiento del legislador nacional para implementar el sistema, como ser inconveniencia, desconfianza, prejuicio, soberbia, temor de pérdida del poder por parte de los órganos del Estado, o temor de venganza de los ciudadanos llamados a integrar el tribunal.

Puede verse a diario que la sociedad pareciera exigir algo más que “justicia” y la efectivización del derecho ante una conducta disvaliosa. Los medios muestran hasta el hartazgo, cuando no exacerbando, la pasión o sentimientos de la gente y de la víctima. No bastando ya la realización del proceso, sin importar en lo sucesivo la culpabilidad o inocencia del acusado. Sólo importa la “venganza” contra el presunto ofensor. Venganza que no queda en su persona, sino que también se traslada a sus familiares, allegados y bienes personales, cuando no los de un tercero, mediante el ataque a su casa, (arrojando piedras o quemándola). A su vez, no es sólo el ofendido el que reacciona de esa forma, sino también sus allegados, amigos, vecinos, cuando no meros oportunistas.

Pareciera que la sociedad ha retrocedido en materia penal, una suerte de involución de la civilización, en donde no satisface la función punitiva del Estado, debiendo procurarla por sí el propio ofendido. Esto es, luego de la evolución desde la venganza del clan, o de la familia, la ley del talión, hasta llegar al Estado que se reserva para sí el derecho de penar al infractor de la ley penal, pareciera que no basta una condena.

Es necesario, parece, que el infractor, mientras dura la investigación, luego durante el juicio y a posteriori, la eventual condena, debe sufrir la privación de su libertad, aunque legalmente no corresponda. Entonces no basta para el ofendido que “se haga justicia”, sino que pareciera necesario, aniquilar al otro sin importar que la ley permita o disponga la libertad de la persona.

Podríamos llegar a pensar entonces que el legislador nota una cierta inconveniencia en la aplicación del juicio por jurados, y por ello su no implementación y realización de la norma constitucional. Norma que por otra parte no resulta en una redacción imperativa, sino facultativa, ya que expresa que el congreso “...promoverá”... el juicio por jurados. Y no utiliza en su redacción otros términos de carácter imperativo, como podría haber sido quizás “garantizará el juicio por jurados”. Tal vez, sólo sea desidia o falta de interés por la efectivización de la norma constitucional.

Dicho esto, como probables causas de falta de implementación del juicio por jurados, si el argumento fuera la falta de condiciones de los ciudadanos para ocupar un cargo de tamaña trascendencia, podría contestarse que resultaría oportuno hacer hincapié y profundizar los conocimientos de la población, para que puedan comprender la significancia de tal instituto de neto corte republicano.

Tal responsabilidad del ciudadano, no puede ser tratada a la ligera en el sentido de disponer la implementación sin más, sin considerar que tal conducta de los ciudadanos juzgando a sus pares -bajo la órbita de un juez técnico que fije la pena y efectúe el control de legalidad (junto con las partes como el fiscal y el defensor), según el sistema que se elija- se agota sólo con la ley que así lo disponga. Resultando necesario un mayor y efectivo examen del tema y la adecuación de las estructuras para ello.

Es entonces que deberán considerarse las cuestiones de forma para su implementación, en cuanto al número de integrantes, conformación de jueces técnicos, estructura para alojarlos durante el juicio, derechos y deberes; establecer a quién le corresponderá la motivación o fundamentación de la sentencia. Puntos estos que escapan a estas breves líneas y su objetivo, lo que no quita que puedan ser tratados en el futuro.

Sí, debe tenerse presente que la doctrina vigente, entre ellos un autor salteño, considera conveniente la implementación del juicio por jurados. A punto tal que a nivel nacional existieron dos proyectos en el Congreso de la Nación, y que actualmente se encuentra vigente tal tipo de juicios en la Provincia de Córdoba.

Lo único discutible, y para ser consecuentes con la normativa constitucional, es que el legislador debe tratar este tema definiendo cuál es el criterio del Estado respecto de la realización del valor justicia, implementando el Juicio por Jurados o decidiendo la supresión de esa norma. Como integrantes de un Estado de Derecho no podemos hacer oídos sordos.

Dr. Horacio Guillermo Córdoba Mazuranić
Secretario Letrado Fiscalía Penal N° 2

MEDIACIÓN, ORDEN PÚBLICO Y PAZ SOCIAL INTRODUCCIÓN

Para los que abordamos a diario al proceso contencioso administrativo tal como lo diseña Varela en su conocido código para la Provincia de Bs. As. a principios del siglo pasado y que cuya arcaica matriz casi sin innovación alguna continúa vigente en distintas provincias del país, la pretensión de aplicar herramientas propias de los métodos RAD a la relación entre el particular y el Estado aparece, cuanto menos, como una cuestión espinosa.

En tal sentido, la legislación sobre mediación dictada por la mayoría de las provincias, confirma tal impresión, por cuanto se ha excluido expresamente de sus términos a los conflictos que se generan entre el particular y el Estado.

Tal situación permite plantear la hipótesis de ampliar los escenarios donde los mecanismos de autocomposición de intereses puedan ser aplicados de cara a la violencia estructural que se advierte en la sociedad, definida como insatisfacción de necesidades básicas a fin de contribuir a la construcción de una paz sustentable, en el entendimiento de que la imposibilidad de resolver los conflictos de modo eficiente constituye también una necesidad básica insatisfecha.

MARCOS NORMATIVOS VIGENTES

Una breve consulta de la normativa que rige el procedimiento de mediación en nuestras provincias, corrobora lo expuesto.

En efecto, la ley nacional 24573 en su art. 2 exime de la mediación obligatoria a las causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas son partes.

En Córdoba (ley 8858), se excluyen todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares. Con fórmulas similares se pronuncian las leyes de Salta, San Juan y Santiago del Estero (leyes 7324, 7454 y 6452, respectivamente).

Por su parte, provincias como Chaco (ley 4498), Río Negro (ley 3847) y Tucumán (acordada 179/04) efectúan una salvedad: la expresa voluntad del organismo pertinente de participar en el procedimiento de mediación.

En esta orientación, es Santa Fe (Ley 11622), la provincia que da un paso adelante al disponer la exclusión del procedimiento de mediación sólo en los casos en que el Estado Provincial o sus entes descentralizados actúen como personas de derecho público.

EN BÚSQUEDA DE UN NUEVO ENFOQUE

La normativa citada en último término, que implica un importante avance en la gestión de los conflictos entre los particulares y la Administración, parte de la comprensión de que en la actividad estatal encontramos dos clases de actos: los realizados utilizando prerrogativas de poder, es decir, con "imperium" y los actos de gestión que efectúa como mero particular. El derecho administrativo se aplica a los primeros, mientras que los segundos quedan sometidos al derecho privado. En otras palabras: lo que provoca la actuación del derecho administrativo es la actuación del Estado revestida de ciertas prerrogativas, entendiendo por tales las realizadas por medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del derecho privado. Debe tenerse en cuenta, por tanto, si el Estado obró como Poder Público.

Al respecto también es útil recordar la distinción entre acto administrativo y acto civil. Como lo señala Marienhoff, para determinar con precisión si el contrato es o no administrativo propiamente dicho, es indispensable establecer si las obligaciones asignadas a la persona contratada vincúlense o no, en forma directa e inmediata, a las funciones esenciales o específicas del Estado, a los fines públicos propios de éste, o si el contrato incluye cláusulas exorbitantes del derecho común. Si el objeto de la contratación o del acto administrativo que se cuestione sólo se relaciona mediatamente con el fin estatal, no se diferencia del vínculo que puede generarse entre dos particulares.

Como se puede observar, esta cuestión si bien no es novedosa, todavía requiere de un abordaje profundo que tiene mucho que ver con la "desmistificación" del Derecho Administrativo, tarea encarada por la doctrina desde hace un tiempo atrás. Se reniega, así, de la premisa del Estado centralizado, paternalista y autoritario en búsqueda de un nuevo modelo de base democrática e igualitaria, en procura de la garantía de los derechos del particular.

En definitiva, se puede afirmar que soplan nuevos aires en la dogmática del derecho administrativo tendiente a la revalorización de los derechos y garantías fundamentales del ciudadano.

Es aquí, entonces, donde aparece la oportunidad de establecer un vínculo dinámico entre la mediación y el Derecho Administrativo en sentido amplio, en procura de aplicar todo el bagaje que ofrece la técnica de la autocomposición de intereses a la gestión de los conflictos que se cristalizan en las denominadas vías recursivas y reclamativas que debe transitar el particular en sede administrativa y cuyo fracaso se encuentra casi siempre presagiado; en el proceso contencioso administrativo propiamente dicho, en el intento de flexibilizar sus conceptos, aligerar nociones tales "habilitación de la instancia", "plazo de caducidad de la acción" entre otros, a fin de facilitar el acceso a la justicia y desterrar ciertos dogmas relacionados con la imposibilidad de modificar las cuestiones que quedaron precisadas en sede administrativa y que dificultan sobremanera arribar a decisiones eficaces, expeditas y que eviten sobrecargar los tribunales del fuero competente.

Pero al mismo tiempo no debe olvidarse, ya que no es útil ponerse anteojeras al respecto, que si existe tanta dificultad y resistencia en aceptar la mediación en el derecho privado, mayores serán los prejuicios y vallas en este ámbito caracterizado por la dispar posición que ocupa el administrado de cara al obrar estatal, comprobación que se opone a la premisa básica del procedimiento de mediación: "la legitimación del Otro".

Pero, como lo señalara Fernad Braudel, historiador francés citado por Schnitman, "Las ideas son cárceles de larga duración, fuera de las cuales no podemos vivir". Es decir, tendemos a estancarnos y encerrarnos a escuchar propuestas distintas a las habituales (primer paso para abrir la puerta a la auténtica Legitimidad del Otro) Es allí donde se sostiene la posibilidad de generar nuevas ideas-llaves como superación de aquélla o flexibilizar las "certezas" explicativas que provocan el referido encierro.

ÁMBITOS PROPICIOS PARA APLICAR LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO

Es posible recurrir a la mediación para gestionar los conflictos que se generan entre el ciudadano y el Estado cuando, en primer lugar, éste actúa como un particular: en su actividad mercantil, en ciertas contrataciones, en los casos en que debe enfrentar su responsabilidad aquiliana, reclamos patrimoniales en general; liquidación de indemnizaciones. Al mismo tiempo, debe favorecerse la redacción de cláusulas de sometimiento a mediación en la etapa de impugnaciones en el trámite de licitaciones públicas, en el procedimiento de reclamos ante los Entes Reguladores por la prestación de un servicio esencial o, cuando está en juego una prestación que involucre el derecho a la vida o salud. En los supuestos donde sea irrenunciable el ejercicio de potestades públicas, auspiciar

reformas legislativas, que consagren la posibilidad de que la Administración celebre acuerdos sin alterar las competencias atribuidas a sus organismos.

ESTADO Y PARTICULAR: INTERESES COMUNES

En mediación hemos aprendido a trabajar sobre los “intereses comunes”. Son las necesidades, deseos, temores, expectativas que subyacen en las posiciones de las personas, que es lo que se hace visible, se exterioriza; también son definidos como las ventajas que una parte deja obtener para lograr un acuerdo aceptable, pueden ser ventajas con respecto al dinero, tiempo, modos de resolver los conflictos. Se trata, en definitiva, de atender a las “necesidades socio-culturales”. Estas constituyen maneras sistemáticas y aceptables que la gente ha hallado para lograr los fines de las instituciones y los grupos principales. Dentro del concepto puede incluirse la necesidad de encontrar nuevas maneras de resolver los conflictos

Trabajando, entonces, sobre dichos intereses comunes, cabe efectuar dos interrogantes: ¿Cuál es la finalidad del obrar administrativo? y ¿Cuáles son, por su parte, los intereses socioculturales en su relación, obviamente con el Estado?

Para intentar contestar la primera, resulta útil recurrir a la noción de interés público por cuanto es su satisfacción concreta la que legitima el actuar estatal. Se trata de un concepto móvil, contingente y que varía en relación con el momento, lugar y las circunstancias de hecho. Es el que existe en un momento determinado y no en otro (cubrir una determinada vacante; efectuar una campaña de vacunación frente a una epidemia determinada). Se trata como lo explica Osorio, de la utilidad, conveniencia de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Como lo señala Cassagne, la garantía de la satisfacción del interés público no se contrapone con el interés particular del administrado afectado en forma directa por el acto viciado y ambos están interesados en restaurar en la misma sede administrativa ese orden jurídico lesionado.

También es indispensable mencionar el concepto de orden público, definido como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos.

En igual orden de ideas, el principio de legalidad, sintéticamente definido como el sometimiento del actuar administrativo a la ley, implica al mismo tiempo una técnica para garantizar la libertad al asegurar al ciudadano su defensa ante un acto administrativo ilegítimo.

Concretando, entonces, interés público, orden público y principio de legalidad como bases del obrar estatal, bajo el atalaya, siempre, del carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades públicas.

Paralelamente y de modo contradictorio, estos intereses aparecen como obstáculos a la autocomposición del conflicto en el ámbito estatal. Ello sin embargo, frente a la crisis de los sistemas convencionales de resolución de disputas, que sin duda lesionan el derecho de acceder a la justicia en sentido amplio, las herramientas que brindan los métodos RAD no deben ser preteridas. Cuales son, por su parte, los citados intereses socioculturales en su relación, obviamente con el Estado?

Obtener un trato igualitario, respuestas en tiempos razonables, superar los largos peregrinajes por dependencias administrativas, menores costos, y tiempos prudentes. Lograr la transparencia en el obrar estatal. Que el administrado pueda acceder a sus actuaciones y conocer su situación puntual ante la Administración. Superar la ambigüedad de la respuesta estatal, inclusive su arbitrariedad manifestada en muchas ocasiones en la desviación de poder de sus decisiones, donde el ciudadano se exhibe inerme frente al Estado.

En definitiva, el administrado necesita superar la sinrazón de las barreras que impiden el verdadero acceso a la justicia en el sentido amplio al que refiere Gladys Álvarez que implica no sólo que los ciudadanos ejerzan sus derechos sino que sus conflictos sean solucionados adecuada y oportunamente ya sea dentro de la estructura jurisdiccional del Estado o a través de una amplia y heterogénea red de resolución de conflictos.

Puede resumirse lo dicho en la necesidad del particular de encontrar contención en el Estado ya que las barreras culturales, económicas, etc. -la ignorancia y la pobreza son los peores enemigos- a las que refiere Álvarez, imponen un actuar estatal positivo, que genere opciones adecuadas para resolver los conflictos ya que, de otro modo, éstos corren el grave peligro de ser abordados a través de la violencia.

PROPUESTA

Tamizando, entonces, los intereses, necesidades, expectativas de la sociedad con los referidos principios que edifican el obrar estatal, a fin de determinar la posibilidad de aplicar las herramientas que nos ofrece la mediación al ámbito de la administración pública y al proceso contencioso administrativo, surge, como pauta medular el principio de legalidad. Ello significa encarar una modificación de la legislación que la haga flexible o permeable a la recepción de la mediación como técnica de gestión de los conflictos en el ámbito del derecho público sin amenaza o menoscabo del orden público, el que en el supuesto de peligrar, siempre encontrará resguardo a través del control judicial. Y por otro lado, existen innumerables disputas en los campos ya señalados, en los que el Estado no ejercita su “imperium”, donde puede crearse un espacio, un escenario propicio para aplicar herramientas RAD porque, precisamente, es el interés público –el del particular y del Estado- el que se encuentra herido y busca su restablecimiento. No hay contradicción posible, no se vulnera el orden público, se busca respetarlo, restablecerlo a fin de que la maquinaria estatal funcione con eficiencia. Basta con una interpretación razonable que contemple el fin que se pretende conseguir, que en definitiva, se resume en la voluntad de disminuir la conflictividad social.

CONCLUSIÓN

Adhiriendo al modelo transformativo, que luce como el más indicado para lograr el verdadero cambio de paradigma que permita instalar la tan anhelada cultura para la paz, lo ensayado precedentemente pretende ser un aporte para el análisis de los conflictos entre los particulares y el Estado de cara a las herramientas que ofrece la mediación, en la comprensión de que las nociones de orden público, interés y prerrogativas públicas no pueden conspirar en su contra. Al abordar el mentado enfoque transformativo, el conflicto surge como una oportunidad de cambio, de crecimiento, de madurez en las relaciones humanas -que también involucran a los vínculos que se generan entre los particulares y el actuar de la administración pública-, espacio en el cual es imperioso forjar una nueva forma de vinculación que, de modo esencial, parta del respeto, reconocimiento y revalorización del ciudadano como protagonista de sus propias contiendas que permitirá, a largo plazo, modificar la tan intrincada relación entre el administrado y el Estado.

Dra. Marcela von Fischer
Secretaria Relatora de la Corte de Justicia de Salta

Actividades

Magistrados y Funcionarios

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL

“**Posgrado de Derecho de Daños**”, implementado mediante convenio con las universidades nacionales del Litoral y Salta, iniciado en el mes de abril y con finalización en el mes de diciembre de 2008.

“**Taller de Análisis de la Ley de Violencia Familiar**”, con la participación inicial de los señores jueces del fuero civil y de familia.

DEPARTAMENTO DE CULTURA E INVESTIGACIONES

Continúa el desarrollo del Programa “**La Justicia sale a las Escuelas**”, con visitas a los establecimientos educativos de todos los Distritos Judiciales de la Provincia.

Se renovó el Convenio Marco de colaboración Académica entre el Ministerio de Educación y la Escuela de la Magistratura que dio inicio a este Programa.

Permanece expuesta la Muestra “**Arte Inaugural 2007**” en las instalaciones de la Escuela.

DEPARTAMENTO DE FORMACIÓN INICIAL

En fecha 1 de agosto de 2007, tuvo lugar el Acto de Clausura y entrega de Diplomas a los asistentes al Curso de Formación Inicial – 7º Ciclo Año 2006. Esta es la primera promoción de abogados que concluye el ciclo con la nueva modalidad de cursado de clases teóricas, tutorías y prácticas tribunalicias.

Simultáneamente se desarrolla el “**8º Ciclo Año 2007**” que se encuentra en la etapa de Pasantías.

DEPARTAMENTO DE FORMACIÓN CONTINUA MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

“**Nulidad. Clases de Nulidad. Términos para oponerla. Requisitos Procesales.**”

Disertantes: Dr. José Antonio Sola Torino, Dr. José Gerardo Ruiz y Dr. Oscar Gustavo Koehle

Fecha: 8 de Noviembre de 2007

Horario: 17:00 a 20:00 horas

Lugar: Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta.

Destinado a: Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público de la Provincia y Abogados

ÁREA DE CAPACITACIÓN DE EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL

“**Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data**”. Segundo Curso

Disertantes: Dras. Mónica Corrado, Patricia Sar y Liliana Zelaya.

Horas reloj: 6.

Fechas: 15, 20 y 21 de noviembre de 2007.

Horario: 13:30 a 15:30.

Lugar: Escuela de la Magistratura.

Destinado a: empleados de todos los fueros.

“**Introducción a la lucha contra incendios**”

Disertante: Sr. Víctor Lalú

Horas reloj: 7

Fechas: 5, 6 y 9 de noviembre de 2007.

Horario: 13,00 a 15,00 y 14,00 a 17,00 .

Destinado a: empleados que se desempeñan en Servicios Generales.

“**Gestión de residuos en la Ciudad Judicial**”

Disertante: Ing. Roxana Larrea y la Arquitecta Gabriela Poliotto.

Horas reloj: 8

Fechas: 12, 13, 15 y 19 de noviembre de 2007

Destinado a: empleados que se desempeñan en Servicios Generales.