

SUMARIO

INSTITUCIONAL

Editorial(Pág. 2)
Las mujeres se abren paso en la justicia(Pág. 3)

DOCTRINA

Conclusiones de las II Jornadas Nacionales y I Internacionales
"Hacer Justicia: una visión de género"(Pág. 4)
El derecho ante el género: mito o realidad(Pág. 5)
Cuestiones de competencia en razón del turno según la jurisprudencia de la
Corte de Justicia de Salta(Pág. 6-8)
Guarda con fines de Adopción(Pág. 9)
Aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil y Comercial al
trámite minero(Pág. 10-11)
Intervención voluntaria de terceros, imposibilidad de ampliar o modificar
demanda y representatividad adecuada en el proceso colectivo ambiental ... (Pág. 12-14)
Injerencia de la modificación del Código Civil en materia penal(Pág. 15)
Categorización de acreedores(Pág. 16-19)

ACTIVIDADES

Propuesta académica 2010 - Segundo semestre(Pág. 20)

1810 - 2010
Bicentenario de la Patria



Gral. Martín Miguel de Güemes
"Héroe de la Nación Argentina"
Ley Provincial N° 7389

EDITORIAL

Hemos asistido hace unos días a las “II Jornadas Nacionales y I Internacionales de Hacer Justicia – Una visión de Género – Rol de la mujer en la sociedad actual”, que convocara en nuestra ciudad de Salta, por segunda vez (la anterior fue en el año 2005), a expositoras de magistratura local, nacionales e internacionales (cuyas conclusiones de los talleres se publican en este número). Los días 10 y 11 del mismo mes de junio, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se realizó el “Encuentro Internacional sobre Violencia de Género” (Taller acceso a la Justicia y Defensa Pública). Ambos encuentros se destacaron no sólo por la jerarquía de los disertantes sino también por la calidad de las exposiciones.

La temática central no es nueva; tal vez si lo sea la motivación que conlleva. Es que aún cuando desde larga data la realidad nos apabulle, no resulta fácil acceder a los resultados pretendidos, los que se reclaman desde una posición de igualdad sino desconocida, simplemente ignorada.

Y es por ello que, al momento de analizar el contenido y aplicación de la legislación nacional, no pueden dejarse de advertir los problemas de su implementación referidos no sólo a la crítica generalizada respecto a que no mantiene un desarrollo consistente a lo largo de su texto, lo que obsta a su pretensión de integralidad (salvo en las definiciones) y a la falta de herramientas para prevenir, erradicar y sancionar, aún cuando se hable de “prevenir”, “erradicar” y “sancionar”. Es decir, hay una brecha notable entre el objeto explícito de la ley y la falta de herramientas. Una vez más estamos frente a definiciones en donde la pretendida integralidad no es tal. No se contempla la actuación del Estado frente a situaciones no observadas en el modelo homogéneo de la ley, variables que se entrecruzan dando entre sí multiplicidades, como por ejemplo los pueblos originarios.

Cabe tener en cuenta que, al incluir en la definición la referencia “basada en diferencias de poder” (standards internacionales lo incluyen), da lugar a planteos de inexistencia de gran importancia, como los casos de compañeros. Una vez más, aún reconociendo los avances en el aspecto legal, es claro que algunas definiciones limitan el campo de actuación.

Más allá de todos los cuestionamientos de esta índole, no podemos dejar de tener en cuenta que, lo esencial, pasa por las POLÍTICAS PÚBLICAS. Faltó un mayor ímpetu con relación a ellas. Es evidente que no resulta necesaria una ley para aplicarlas (es obvia la falta de seriedad al afirmar después de más de un año y medio, que obsta a la aplicación de políticas públicas la falta de reglamentación). Es innegable que, sin voluntad política tendremos una ley y nada más.

Por lo contrario, valga el reconocimiento y aplauso a las políticas judiciales implementadas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que más allá de las distintas Jornadas de trabajo realizadas con las Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias - “Hacia el logro de la igualdad en el acceso a la Justicia de Mujeres, Niños, Niñas y Adolescentes”-, la conformación de la Oficina de Violencia Doméstica (cuya réplica se está dando en distintas provincias, como el caso de Salta, con la necesaria adecuación a las realidades locales, y las lógicas limitaciones presupuestarias) y la Oficina de la Mujer; muestra una actitud positiva tendiente a lograr la ineludible motivación. Es que, si no se reconoce la existencia misma del problema, del conflicto, mal podemos pensar en las posibles soluciones y mejorarlas bajo el análisis objetivo y eficaz de sus resultados.

Si observamos el camino recorrido no podemos más que encontrar que siempre habrán buenas y malas noticias en cuanto a los resultados obtenidos; lo importante es –como lo dijo Alda Facio- no dejarnos atrapar por la desesperanza, no sucumbir a las pretensiones de la desesperanza. Aún cuando parezca inapropiado no puede dejarse de advertir que, recién en el año 1993, se nos reconoció a las mujeres como “humanas” (antes de ese reconocimiento la violencia contra las mujeres no era un atentado a los derechos humanos, y el tema no podía ser tratado en el ámbito de los organismos internacionales). Ahora, por lo menos una vez al año, los relatores hacen un balance de cómo está la situación sobre los temas de: la trata de personas, la educación sexual y otros de trascendental importancia. Todos los diplomáticos deben escuchar, ya no pueden alegar ignorancia.

Por eso -repitiendo nuevamente frases de la citada autora- todos estos logros debidos al movimiento feminista demuestran que las mujeres hemos logrado mucho cuando nos unimos a través de una ideología.

Subrayemos la importancia de adoptar una “Política de Igualdad de Género” basada en el reconocimiento de las diferencias entre mujeres y hombres, y la necesidad de considerarlas en todas las acciones que se ejecuten para que su resultado garantice a todas las personas el respeto a sus derechos, las oportunidades reales para su pleno desarrollo humano y la voluntad institucional de un verdadero acceso a la justicia. Desde el lugar que ocupemos en la sociedad según los roles y funciones que tengamos que cumplir, no dejemos de insistir, no dejemos de luchar, transitemos los caminos que tendremos que trazar porque no se llega a destino si no se empieza a caminar. Y recordemos, “NO HAY CAMINO QUE CONDUZCA AL ÉXITO; EL ÉXITO ES UNA ACTITUD INTERIOR QUE APORTAMOS A NUESTROS EMPEÑOS” (Wayne W. Dyer en “Caminos de Sabiduría”).

Consejo Editorial

LAS MUJERES SE ABREN PASO EN LA JUSTICIA

La vicepresidente de la Corte de Justicia, María Cristina Garros Martínez; la Defensora General de la Provincia, Adriana Arellano y la Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial, Liliana Loutayf Ranea, se refirieron a la participación de la mujer en la Justicia salteña.

Juez de Cámara en lo Civil y Comercial, Dra. Liliana Loutayf Ranea **“Nunca me sentí presionada”**

La Juez de Cámara en lo Civil y Comercial, Dra. Liliana Loutayf Ranea con su título de Escribana, fue nombrada en el Poder Judicial de Salta en 1968 como Secretaria del Juzgado de Instrucción Penal N° 3 del Distrito Centro. Fue la primera mujer en incorporarse a la estructura de un Juzgado Penal cuando por entonces las mujeres ni siquiera eran designadas como empleadas.

Aún así, destaca el clima de respeto existente en el Tribunal lo que le permitió realizar trabajos como cualquier otro funcionario.

Su trayectoria en el fuero Civil comenzó cuando se recibió de abogada y fue nombrada Secretaria. Posteriormente fue designada Juez de Paz Letrado, eran tiempos en los que las mujeres comenzaban a ocupar más espacio en la Justicia.

Es designada Juez del Juzgado Civil de 6ª Nominación y en 1984 pasa a ser Camarista Civil e integrar una Sala. Destaca de su trayectoria no haberse sentido nunca presionada o menoscabada por su condición de mujer, aunque pone de manifiesto que esto es producto de los grupos de trabajo que le tocó integrar y que se formó a partir de la carrera judicial.

Vicepresidente de la Corte de Justicia, Dra. María Cristina Garros Martínez **“Hay que acercar la Justicia a la gente”**

La vicepresidente de la Corte de Justicia de Salta, María Cristina Garros Martínez, llegó a la Justicia en 1973, cuando fue nombrada miembro de la Cámara en lo Laboral durante el gobierno de Miguel Ragone, cargo del cual fue removida durante la intervención de la provincia.

Cuando llegó a la Cámara lo hizo con la experiencia previa de haber trabajado con hombres, como con los representantes de los gremios, el del Tabaco y de los trabajadores del Ingenio San Isidro. Esto le permitió desenvolverse con comodidad, no sentir las diferencias, aunque admitió que siendo apoderada de la UTA apreció la agresividad de los empleadores.

Al ser dejada cesante con la intervención a la provincia con el golpe militar se fue del país a Bolivia donde tuvo que revalidar su título para poder seguir trabajando, y al volver encontró cambios.

Como Juez de la Corte de Justicia de Salta asumió en 2000, convirtiéndose en la primera mujer en integrarse al Alto Tribunal. Esto fue novedoso y por ello, muy comentado.

Admite que el impacto entre los Jueces de Corte fue grande porque no estaban acostumbrados a tener como par a una mujer, por lo tanto debía acomodarse y aceptar la estructura a la que se incorporaba. Pero ella llegaba con sus propias ideas y es así como en la primera entrevista con la prensa expresó que su propósito sería trabajar para implementar la informatización y capacitación en el Poder Judicial.

Esto se refleja en su desempeño en la Escuela de la Magistratura -que preside en la actualidad- y a cuya labor le dedica mucha atención porque entiende que los jueces deben estar actualizados, ella también. En cuanto a la Informatización cree que es una herramienta de trabajo, de interconexión. Su idea es acercar la justicia a la gente.

La Dra. Garros Martínez pertenece a la Fundación Jueces para la Democracia y a la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina (AMJA).

Respecto de AMJA, entidad que fuera fundada por la Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Carmen Argibay, sostuvo que es un espacio de mirada diferente de la Justicia, una mirada femenina de este poder del Estado con la finalidad de hacerla más accesible a todos los ciudadanos.

Destaca a nivel nacional y provincial los temas de violencia familiar y la protección de la familia, mujeres, niños.

De su paso por la presidencia del Consejo de la Magistratura tiene buenos recuerdos de consejeros y concursantes, y en su período no se hacía diferencia de género, sino que la selección se basaba en la idoneidad y perfil para el cargo.

Defensora General de la Provincia, Dra. Adriana Arellano **“La mujer tiene otra visión”**

La Defensora General de la Provincia, Dra. Adriana Arellano, asegura que su integración al Colegio de Gobierno del Ministerio Público junto a la Asesora General de Incapaces, Dra. Mirta Lapad, fue un hito porque anteriormente las funciones asignadas por la Constitución Provincial eran cumplidas por los dos Fiscales ante la Corte.

Y en este sentido, Salta es una de las pocas provincias donde la Defensoría cuenta con una estructura propia, situación que se repite sólo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Nación, mientras que en el resto del país los defensores dependen del Fiscal General o de los Superiores Tribunales de Justicia.

Sostuvo que la tarea del Defensor es valiosa ya que muchas personas dependen de la Defensa Oficial y acotó que en estas, la mayor cantidad son mujeres. Advirtió que siempre tuvo buena relación con los hombres.

Manifiesta que la visión de la mujer aporta mucho en la defensa porque es distinta y más comprometida con la realidad ya que, cuando se defiende no sólo se mira a la persona, sino a su contexto social y familiar. El compromiso es todavía mayor cuando se trata de casos de violencia, alimentos o divorcios. En este sentido el compromiso de las defensoras con sus causas es total.

CONCLUSIONES DE LAS II JORNADAS NACIONALES Y I INTERNACIONALES “HACER JUSTICIA: UNA VISIÓN DE GÉNERO”

Taller "Violencia de Género"

Moderadoras: Lic. Violeta Carrique, Dra. Adriana Martorell, Dra. María Silvia Pace y Dra. Verónica Spaventa.

1. Aplicar el derecho de fondo (civil, penal, laboral, etc.) de acuerdo con los estándares que en materia de violencia de género contienen los instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos y la Ley N° 26.485.

2. Materializar a través de las prácticas la Ley N° 26.485.

3. Tratar cada caso de violencia de género atendiendo su singularidad pero sin perder de vista que la violencia de género es un fenómeno social que se origina en una matriz cultural que históricamente la legitimó.

4. Incorporar la perspectiva de género en las políticas públicas a través de las buenas prácticas.

5. Modificar las prácticas culturales que naturalizan y reproducen la violencia de género.

6. Los medios de comunicación tienen una gran responsabilidad en la reproducción de modelos sociales que naturalizan la violencia de género.

7. No hay causa que justifique la violencia de género.

Taller "Violencia de Género"

Moderadoras: Dra. Aurora Esther Figueroa y Dra. Nora Carina Quinteros.

1. Necesidad del dictado de una legislación a nivel nacional que excluya el test de embarazo de la rutina de los exámenes preoocupacionales afectando a mujeres que aspiren o estén en relación de dependencia pública o privada

2. El mismo implica: una intromisión a la intimidad, atenta contra la dignidad de la mujer y genera discriminación por causa de embarazo por lo que se considera violencia

3. La garantía de estabilidad, establecida en el 3° párrafo del artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo, debe suponer la nulidad del despido, con la consiguiente obligación por parte de la patronal de readmitir de forma inmediata a la trabajadora embarazada. Queda a criterio de la mujer elegir la reinstalación o permitir la indemnización que prescribe el artículo 178 de dicho cuerpo legal

4. Reconocer la función social de la maternidad porque las mujeres damos a luz a hombres y mujeres, reproducimos a la especie humana y no por ello vamos a ser castigadas sino que debemos ser protegidas por el estado

5. En nuestro país es necesario fortalecer las capacidades de los servicios de inspección de trabajo y de las judicaturas laborales, para que se aplique la normativa nacional y los convenios de la OIT sobre protección de la maternidad, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, sobre igualdad de remuneración y sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Para ello se requiere, también, un papel de liderazgo de los Ministerios de Trabajo con compromiso de acción relacionado con las condiciones de equidad entre los géneros.

6. Aplicación transversal de la perspectiva de género en las políticas públicas.

7. Impulsar campañas de información y capacitación destinadas a las mujeres trabajadoras para que tomen conocimiento de sus derechos laborales. Esto se puede lograr mediante una articulación entre los gobiernos municipales, los ministerios de trabajo e instituciones de capacitación y formación profesional.

8. Se advierte que el derecho de las mujeres a tener las mismas oportunidades laborales y a los mismos criterios de selección para el acceso al empleo, consagrado por el artículo 11 Inc. 1 a) de la CEDAW, no tiene vigencia en lo relacionado a tareas/oficios tradicional y culturalmente asignados a los hombres. Vg. Choferes de transporte público de pasajeros, trabajos en la construcción, oficios varios.

9. Que los obstáculos para desempeñar dichas tareas históricamente asignadas a los hombres, afectan especialmente el mejoramiento de las posibilidades laborales, abandono de trabajos informales y consecuente acceso a una mejor calidad de vida, de las mujeres que no han tenido acceso a la educación y por lo cual sólo están capacitadas para el desempeño de oficios.

10. Que para avanzar sobre dichos espacios tradicionalmente asignados a los hombres, la mujer sufre discriminación en razón del género y violencia institucional, simbólica, psicológica y económica.

11. La prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente establecido por la ley 26.390, sólo se puede valorar como un avance legislativo en cumplimiento del compromiso asumido por el estado a través del Art. 32 inc. 2 de la CDN, frente al contexto de pobreza, indigencia y precariedad laboral de las familias que impulsa a los hijos al desarrollo de tareas laborales.

12. El trabajo infantil prohibido por la ley 26.390 por debajo de la edad de 16 años, existe y afecta especialmente a las niñas, favoreciendo su no concurrencia a la escuela o propiciando la deserción escolar, ya que la carga del trabajo convierte a la escuela en otra carga. En este sentido las niñas, en particular las pertenecientes a los hogares más pobres, son incorporadas a edades muy tempranas en la realización de tareas domésticas que exceden la colaboración familiar prevista por el artículo 277 del Código Civil. Vg. Cuidado de hermanos menores, ancianos o enfermos, responsabilidad en la preparación de alimentos, lavado, etc. En otros casos, trabajan en ámbitos distintos a su familia. Vg. Servicio doméstico, venta ambulante, prostitución, etc.

13. Para combatir el trabajo infantil de las mujeres menores de edad, se debe atender a su verdadera causa que es la pobreza, para lo cual el estado debe implementar las políticas públicas pertinentes, cumpliendo con los compromisos asumidos en tratados internacionales.

EL DERECHO ANTE EL GÉNERO: MITO O REALIDAD

Hablar de “género” en la actualidad se vuelve un poco reiterativo y cansador por el empleo generalizado que se ha hecho del término y porque la mayoría de las veces se tiene la impresión de que en realidad al aludir a “género” nos estamos refiriendo a una situación de privilegio o bien, a una cuestión de hipersensibilidad social que no merece un amparo distinto del que goza el resto de los ciudadanos comunes. Sobre todo cuando la discriminación no se ciñe exclusivamente a la diferencia de sexos. Abarca todos los ámbitos de la vida, tales como la religión, las ideas políticas, la nacionalidad o simplemente el color de la piel.

¿Por qué entonces se acude recurrentemente a esta expresión?

Para responder este interrogante deberíamos indagar primeramente si las mujeres hoy en día, en este mundo acotado y globalizado, son verdaderamente discriminadas por el sólo hecho de serlo o, para decirlo en lenguaje llano y común, “por portación de sexo”.

Quienes se han respondido a sí mismos negativamente, deberían conocer lo siguiente.

Hace poco el diario *Crítica de la Argentina*¹, señalaba que pese a los avances en la igualdad entre los géneros, la responsabilidad de alimentar a las familias todavía recae en las mujeres, aunque también trabajen fuera de la casa. Deciden qué se come y se encargan de hacerlo. El trabajo citó un estudio estadístico de la consultora Datos Claros el cual reveló que, son las mujeres las que continúan sintiendo la responsabilidad de la comida de su familia, y que aún las que tienen un mayor poder adquisitivo o que trabajan, deben encargarse de qué comen los habitantes de la casa. El estudio se centró en chicas y señoras de 25 a 45 años que habitan en grandes ciudades, que fueron entrevistadas para ver de qué modo se sienten responsables sobre lo que se cocina en su casa.

Esto no es casual o antojadizo. Podemos verlo a diario y no solamente con relación a las actividades dirigidas a “la comida diaria”. También en lo concerniente al resto de las tareas domésticas. ¿A quién van dirigidos los avisos comerciales de productos para lavar la vajilla, el baño, los muebles, la ropa y el piso del hogar? ¿Han visto ustedes algún hombre con delantal de cocina, con excepción de los “chefs” o cocineros” que alaban un determinado aceite comestible o un aderezo para la comida, que aparezca en esos comerciales utilizando esos productos? En cambio, a menudo se ven varones –solos o acompañados- en propagandas de automóviles. Hace poco se lanzó una campaña televisiva sobre un suavizante para la ropa y el diálogo se establecía entre tres mujeres reunidas sólo para hablar de las virtudes del producto y cómo debía hacer una de ellas para lavar sus prendas de vestir. Esa situación resulta –a mi juicio- inverosímil.

Esto quiere decir que aún mantenemos estereotipos sobre cómo debe comportarse un hombre y una mujer. Qué es lo que se debe esperar de un hombre y qué de una mujer, como tales. Son modos de conducta no exteriorizados conscientemente pero que el medio social los impone como una marca indeleble y que a su vez, condiciona nuestra manera de ser. Aún se sigue pensando –si bien cada vez menos- que el hombre de algún modo debe ser quien más aporte a la economía del hogar y que la mujer tiene a su cargo la jefatura de las tareas domésticas. Para algunos hombres es insostenible que su esposa –en el trabajo- gane más que ellos. De modo idéntico, aunque son pocos los casos, existen situaciones en que solamente la mujer trabaja fuera del hogar y el marido se ocupa exclusivamente de los quehaceres domésticos.

Parecen inusuales pero que se van produciendo cada vez con mayor frecuencia no sólo en países como el nuestro, con economías periféricas o subdesarrolladas, sino en países con crecimiento económico sostenido. Está ampliamente difundida y demostrada la diferencia de sueldos entre una mujer y un hombre por un mismo cargo ejecutivo en una empresa privada. Es desfavorable para la primera, quien siempre obtiene una remuneración inferior por la misma tarea. Quizá en el único lugar en donde existe paridad de sueldos por igual función sea en la órbita estatal.

Todas esas “diferencias” –subordinadas mayormente por los estereotipos sociales- desencadenaron problemas de diversa índole que legislativamente tuvieron su reconocimiento a través de la ley 7403 (de violencia doméstica) y de la ley 26485 (de protección integral de las mujeres).

No importa en qué parte de nuestro planeta nos encontremos, tanto la violencia doméstica como cuanto la violencia ejercida en contra de la mujer se visualizan –lamentablemente- como un patrón uniforme que nos iguala negativamente a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad o ubicación geográfica. Para dar sólo un ejemplo, puede citarse que en España la violencia doméstica es un flagelo social tan arraigado, que se han creado juzgados especializados y un Observatorio de Violencia para determinar las políticas que se deben adoptar a fin de superar la problemática. No desconozco que la violencia existe por igual para hombres y mujeres, pero estas últimas son las que engrosan mayormente la fría estadística de muertes anuales por causa de la violencia física, espiritual, laboral, etc..

El diario *El País de España*² dio a conocer no hace mucho una estadística que indicaba que sólo 23 países –17 europeos, 5 americanos y Japón- registran y hacen públicos los datos sobre muertes de mujeres a manos de su pareja o ex pareja³. El trabajo, con datos de 2003, sitúa a España a la cola de los países europeos en número de mujeres asesinadas por violencia de género, por debajo de países como el Reino Unido, Dinamarca, Finlandia o Suiza.

¿En qué lugar estamos nosotros? De acuerdo con la información obtenida en el sitio web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta el mes de noviembre de 2009 la Oficina de Violencia Doméstica informa que sólo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hay 5.900 casos registrados, de los cuales el 82% corresponde a denuncias efectuadas por mujeres, y el restante 18% a denuncias realizadas por hombres. En la ciudad de Salta esa estadística es muy superior, si se tiene en cuenta que mensualmente se reciben alrededor de 1.500 denuncias por violencia familiar, abarrotando de expedientes a los Juzgados de Familia. Ello sin contar los Distritos del interior de la Provincia.

Precisamente, en este nuevo milenio y pese a los logros que ha alcanzado la mujer, conforme a su capacidad, en todos los niveles de la vida (integra las fuerzas de seguridad del país, tiene representación parlamentaria obligatoria, ejerce la primera magistratura de la República, etc.), se ha sancionado la ley 26485, que tiene por objetivo revertir y hacer concreta la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres y eliminar cualquier forma de violencia en contra de ellas.

Entonces, sobre la base de los ejemplos brindados, la inquietud que nos convoca en este breve trabajo ha sido respondida favorablemente, incluso para aquellos que al principio se hubiesen mostrado en desacuerdo con tales premisas. Por ello, en derecho empleamos el término “género” con criterio realista, nunca peyorativo.

Para concluir, es evidente que la sanción de leyes tuitivas de género obedece a un contexto crítico y palpable que nos obliga, como operadores jurídicos a estar permanentemente alertas y –como sociedad- a buscar los mecanismos para evitar que sigan incrementando los indicadores negativos de violencia y discriminación. Entiendo que una herramienta útil para superar estos estigmas es la educación continua y el respeto ciudadano.

Notas:

¹ Edición digital del 13 de septiembre de 2009, “Las Mujeres sienten la cocina como una carga”, firmado por Tamara Smerling.

² Edición digital del 2 de junio de 2007.

³ Según el “II Informe Internacional de Violencia contra la Mujer del Centro Reina Sofía”.

CUESTIONES DE COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TURNO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DE SALTA.

Comentario y anotaciones de la Acordada 8691

Entre los conflictos de competencia penal que en el último año fueron elevados y resueltos por nuestra Corte de Justicia, un 52 % surgieron a partir de divergencias respecto a la asignación del turno¹. En este contexto, el presente trabajo persigue la finalidad de brindar a los operadores del sistema un instrumento práctico que permita acceder a los criterios que nuestro Máximo Tribunal Provincial, ha establecido respecto a estas cuestiones.

La Distribución de Causas

La distribución de las causas penales por turnos obedece –ante todo- a una cuestión de organización interna del Poder Judicial que tiende a una equitativa distribución del trabajo a fin de optimizar la administración de justicia, y sólo por extensión puede llamarse “competencia”. De modo que, no comparte los caracteres diferenciales que definen a la competencia propiamente dicha (materia, personas, lugar o fuero), por lo que no hace a la garantía del Juez Natural, y en consecuencia, no se encuentra comprometido el orden público. La principal diferencia que se advierte entre las reglas que rigen el reparto interno de las causas y las de competencia en sentido propio es que éstas pueden ser alteradas después de la iniciación del proceso o de cada etapa, en función de las conveniencias prácticas que se presenten, evidenciando de esta manera una mayor ductilidad. Asimismo, los criterios de reparto interno son establecidos por normas prácticas de alcance esencialmente administrativo, mientras que la fuente de la competencia propiamente dicha es siempre legal.

De este modo, la Corte de Justicia de Salta ejerciendo las atribuciones reglamentarias que confiere el art. 5º del C.P.P., ha fijado un conjunto de reglas tendientes a precisar el modo en que deben distribuirse las funciones entre los Juzgados en razón de los turnos. Los sistemas de distribución se encuentran contenidos en las siguientes Acordadas:

- Para los Juzgados de Instrucción Formal del Distrito Centro y las Cámaras del Crimen del Distrito Centro por Acordada 9422 Anexo I, punto A y C respectivamente.
- Para las Cámaras del Crimen del Distrito Norte por Acordada 10233.
- Para los Juzgados Correccionales y de Garantías del Centro; para su competencia en lo Correccional por las Acordadas 10323 y 10357; para su competencia en Garantías y para la distribución de las querellas de acción privada por Acordada 9422 Anexo I, Apartado B, puntos 1 (modificado por Acordada 9979) y 3.
- Para los Juzgados de Instrucción Formal y Juzgados Correccionales de Garantías y de Menores de los Distritos Judiciales del Sur y Norte por Acordada 10356.
- Para los Juzgados de Menores del Distrito Judicial del Centro por Acordada 8691 en su artículo 2º.

A través de la Acordada 8691 estableció pautas básicas y subsidiarias de asignación de competencia, y si bien esta reglamentación fue dictada con mira en los Juzgados de Instrucción, su aplicación, en la práctica y pretorianamente, se hizo extensiva a las Cámaras del Crimen y a los Juzgados Correccionales y de Garantías, y de Menores, resultando su interpretación la que ha provocado la mayor cantidad de divergencias entre los operadores del sistema. Por ello, a continuación he de referirme concretamente a esta reglamentación, exponiendo los criterios interpretativos que nuestra Corte de Justicia ha delineado.

Acordada 8691

Art. 3.- El art. 3 de la Acordada 8691 dispone como pauta básica para la distribución de las causas penales la fecha de consumación del supuesto hecho delictivo, cualquiera fuese la clase de infracción de que se trate. De este modo el aspecto relevante que ha de tenerse en cuenta para determinar cuándo se configura un delito y, de ello, derivar la consecuente asignación de competencia, es el relativo al momento de la realización de la acción típica (T. 136:592; 130:1011): No es dable equiparar, a los fines de establecer la competencia en razón del turno, la fecha de comisión del hecho con la de su descubrimiento, pues el aspecto relevante para establecer cuándo ocurre un delito, y de ello derivar la consecuente asignación de competencia, es el relativo al momento de realización de la acción típica (T. 80:41).

Tratándose de un concurso de delitos, la atribución de competencia en razón del turno debe efectuarse tomando en cuenta el momento de consumación del ilícito de mayor gravedad (139:895), cabe destacar que si ello no pudiese establecerse deviene automáticamente la aplicación de las pautas subsidiarias del art. 5º, y no cabe recurrir a la fecha de consumación de los otros ilícitos. Asimismo, debemos recordar que para los delitos en grado de tentativa se tiene en cuenta la pena establecida por la ley para la infracción consumada, pues el art. 30 impide hacer distinciones por el grado de perfeccionamiento del ilícito a los fines de la competencia (T. 118:477).

En tanto la Acordada 8691 toma en cuenta para establecer la competencia en razón del turno el momento de consumación del delito, a ese efecto carecen de relevancia los actos previos al perfeccionamiento de la figura: El delito de homicidio culposo se consuma al morir la víctima y este resultado integra el tipo en el injusto culposo, que no criminaliza una acción sino en virtud del efecto que provoca. Lo que implica necesariamente desechar, a los fines de la distribución funcional, todo el tramo de actos previos al perfeccionamiento de la figura (T. 112:241).

Ahora bien, cierta gama de delitos suelen generar posturas contradictorias entre los juzgados en cuanto al momento de su consumación. Frente a ello, nuestra Corte ha establecido ciertos parámetros a través de sus fallos, los que sólo indicaré a continuación a fin de no excederme en el espacio que se me ha otorgado para la publicación de este artículo: estafa (T. 136:587; 76:853), defraudación (T. 117:339; 86:851; 79:639; 75:493), calumnias e injurias (T. 136:665), administración fraudulenta (T. 139:641 y 125:763), instrumento público (T. 139: 895; 113:787; 83:347 y 93:1041), retención indebida (129:279; 79:375), instrumentación por escritura de un contrato en el que se enajenaron como libres

bienes alcanzados por restricciones emanadas de un proceso concursal (T. 123:991), falsificación de cheques (T. 121:319; 88:763), libramiento de cheque sin provisión de fondos (T. 59:1059), falsificación de pagaré (T. 99:71), sustracción de menores (121:807), delitos previstos en los arts. 172 y 173 del C.P. (T. 96:775).

Para establecer la competencia en los supuestos de delitos en grado de tentativa corresponde, en primer término, determinar la posibilidad de precisar la fecha del último acto de ejecución cumplido por el imputado: A este respecto, únicamente procede asignar relevancia a las actividades personalmente desarrolladas por el causante y no a las que ejecutan terceros como consecuencia del obrar de aquél, tal lo que ocurre con los procedimientos judiciales que representan un reflejo de la maniobra ardidosa (T. 77: 579). Haciéndose cargo de que en las hipótesis previstas por los arts. 42 y siguientes del C.P., en tanto las circunstancias lo permiten, el comienzo de ejecución puede prolongarse en el tiempo, el punto I art. 3º de la Acordada 8691 ha establecido que, en esos casos, la competencia corresponde al tribunal que se hallaba en turno al cesar la tentativa (T. 77: 97).

Art. 4.- El punto I, art. 4 de la Acordada 8691 consagra una regla que equipara a la certeza de la fecha de comisión del hecho, la seguridad acerca del turno en que esa circunstancia se produjo; esa pauta resulta aplicable si en la causa se reúnen varias constancias concordantes que permiten establecer que el ilícito se concretó en una determinada quincena: Para establecer si un hecho ha tenido lugar en una fecha precisa, o dentro de un determinado turno, no puede acudirse a deducciones fundadas en aspectos no probados en la causa, porque ello da lugar a la formulación de proposiciones controvertibles que, en rigor, sólo pueden despejarse con la actividad instructoria y resultan incompatibles con la aplicación de las pautas que fijan los arts. 3º y 4º punto I de la Acordada 8691 (T. 83:101). No resulta pasible la aplicación del art. 4º en la presente causa, pues en el espacio de tiempo señalado en la denuncia, en el cual podría haber ocurrido el presunto ilícito (entre el 26/06/07 y el 01/07/07), se encuentran comprendidos tanto el segundo turno de junio como el primer turno de julio, sin que existan constancias que permitan ubicar el hecho en uno de ellos. (T. 120:685).

Art. 5.- Si no resulta posible la aplicación de las pautas básicas, el art. 5º nos indica como parámetro subsidiario a tener en cuenta, “el inicio de las actuaciones”, y a fin de establecer este parámetro nos menciona tres pautas, las que hacen referencia a las situaciones que prevé nuestro Código Procesal Penal en los arts. 182, 175 y 176 respectivamente. De este modo, la Acordada 8691 prevé las únicas dos hipótesis que pueden presentarse al inicio de las actuaciones penales, cuales son la determinación o indeterminación de la época de comisión del delito, estableciendo con claridad el tribunal que debe intervenir en cada uno de esos supuestos, para que el Juez competente, en cumplimiento a lo ordenado por el art. 190 del C.P.P., produzca su avocamiento y prevenga de inmediato a fin de que no se torne ilusoria la acción de la justicia. Ésta es, en definitiva, la tesis de la norma, la que, fundamentada en el postulado de pronta justicia, procura evitar dilaciones en la tramitación de las causas penales por cuestiones que no atañen al orden público. Por ello, es imprescindible que los operadores del sistema efectúen su aplicación teniendo presente su propósito, a fin de priorizar una efectiva y pronta administración de justicia, dejando de lado todas aquellas cuestiones que puedan afectar su eficacia con planteos innecesarios de incompetencia.

Esta circunstancia difiere cuando se nos presentan situaciones no contempladas, ante lo cual resulta necesario adecuar las pautas a través de una correcta interpretación: Cuando la “notitia criminis” consta en antecedentes judiciales que pasaron directamente de un tribunal del Fuero Civil de Personas y Familia al Ministerio Público, no media una denuncia en los términos de los arts. 169 y sgtes. del C.P.P., ni otra tramitación procesal penal que pueda equipararse; por ese motivo, debe estarse a la fecha en que las actuaciones, con el correspondiente requerimiento de instrucción fiscal, ingresaron al Juzgado Penal (Tomo 82: 27). Cuando los antecedentes que sirven de base a la formación de la causa provienen de un tribunal federal no se verifica ninguna de las dos situaciones descritas en el punto I, art. 5º de la Acordada 8691, pero puede considerarse que la recepción de las actuaciones en el Juzgado de Instrucción provincial guarda una innegable analogía con el supuesto de recepción de denuncia ante el tribunal previsto en dicha norma reglamentaria (T. 80: 317).

En aquellas causas que tramitan inicialmente bajo las normas del procedimiento sumario, y durante su curso el Fiscal Correccional advierte la configuración de un delito que excede su competencia, efectuando, en consecuencia, una remisión interna al Agente Fiscal quien requiere la instrucción, se ha señalado que: aún cuando los autos partieran de una denuncia en sede policial bajo las normas del procedimiento sumario, se formalizaran en el Ministerio Público Fiscal mediante pase interno hacia el Fiscal Penal, en virtud de la competencia material. Por lo tanto, al tratarse de la órbita del Ministerio Público, el inicio de las actuaciones se tiene por producido con el ingreso de ellas al Juzgado con el correspondiente requerimiento. (T. 142 363). Del mismo modo, cuando el Fiscal Correccional solicita excepción al Procedimiento Sumario ante el Juez Correccional, quien efectúa la conversión y remite las actuaciones al Juzgado de Instrucción, se asignó relevancia al ingreso de los antecedentes a sede jurisdiccional -al Juzgado Correccional y de Garantías- con el planteo fiscal de conversión del procedimiento sumario (139:335). Por lo tanto, podemos concluir que en los casos en los que ha tomado participación el Ministerio Público Fiscal, más allá de que las actuaciones inicialmente tramitaran bajo las reglas del procedimiento sumario, e incluso cuando estas se iniciaran a partir de una denuncia en sede policial, el “inicio de las actuaciones” se tiene por producido con el ingreso de ellas a sede jurisdiccional.ⁱⁱ

Art. 7º.- Esta regla se aplica en los casos en los que se ha producido la “radicación definitiva de la causa”, la cual nos permite soslayar la fecha de comisión del hecho a los fines de la atribución de competencia.

Ésta se produce esencialmente con el avocamiento: una de las consecuencias que produce el avocamiento, aunque tácito, es la radicación definitiva de la causa en el juzgado que lo dispone, por ello el tribunal, luego del avocamiento, no puede pretender desprenderse de una causa alegando razones relativas a la división de funciones (T. 138:939; 105:675; 134:199). En esta línea de pensamiento, ante un caso en el cual un Juez en su función de Garantías luego de hacer lugar al pedido del fiscal de autopsia al cadáver, ante una nueva solicitud -de pericia accidentalógica esta vez- declaró su incompetencia arguyendo que al momento del segundo pedido su turno había finalizado, la Corte sostuvo que la primera intervención había generado el avocamiento tácito, por lo que no podía, a posteriori, declinar su intervención, ya que ello llevaría a admitir una suerte de competencia provisoria o condicionada (143:429).

Asimismo, la norma nos señala dos supuestos en los cuales la radicación de una causa ante un juzgado se tendrá por definitiva:

a) Cuando el tribunal haya intervenido en el trámite de las actuaciones, mediante el desarrollo de actividades jurisdiccionales. Como lo enunciáramos anteriormente las disposiciones reglamentarias de los arts. 3º, 4º y 5º prevén con claridad el tribunal que debe intervenir por razón del turno, en consecuencia, en los casos de desconocimiento del tiempo en que acaeció el ilícito no es dable, tras la recepción de los autos, practicar medidas tendientes a despejar tal incógnita, correspondiendo entonces la lisa y llana aplicación de la pauta subsidiaria contemplada en el punto I art. 5º de la Acordada 8691. La averiguación de cualquier aspecto vinculado al hecho a investigar significa el desarrollo de una actividad de carácter instructorio apta para generar la radicación definitiva de los autos en el tribunal que la dispuso, de acuerdo a lo dispuesto en el punto I art. 7º de esa Acordada. (T. 105:675; 87:835). Es que, la intervención de los tribunales en el trámite de actuaciones penales sólo debe producirse a partir del convencimiento de su carácter definitivo, pues lo contrario comportaría la admisión de actividades jurisdiccionales de naturaleza provisoria o condicional que irían en desmedro del postulado de pronta justicia. (T.143:505; 111:293;). En casos puntuales se advirtió que, dicha consecuencia sólo puede derivar de la intervención expresamente asumida por el órgano judicial y no de las referencias que formulan las autoridades policiales en el desarrollo de actividades autónomas, que no obedecen a directivas específicamente impartidas por un Juzgado de Instrucción (T. 84:153). La radicación definitiva de los autos no puede tenerse por producida a partir de una providencia en la que no se adoptó ninguna decisión que permita inferir la intención del Juzgado de hacerse cargo del trámite de la causa (Tomo 87:807).

b) Si hubieran transcurrido cinco días hábiles desde la recepción de las actuaciones sin que se controvierta la competencia. Esta norma se funda en el evidente propósito de impedir que circunstancias que no atañen el orden público, sean argüidas en cualquier estado del proceso para producir el desplazamiento de las actuaciones y el consiguiente retraso de su tramitación. De allí que la oportunidad procesal para formular cuestiones de competencia en razón del turno se establece en el momento de la recepción de las actuaciones en el tribunal, correspondiendo que en ese momento se decline la competencia o se decida la intervención (T. 142:951; 126:495). De este modo si el juzgado que previno una vez recibidas las actuaciones otorgó intervención al Ministerio Público Fiscal y se expidió sobre su incompetencia en razón del turno, luego de transcurrido el plazo indicado en el punto I art. 7 de la Acordada 8691, en él debe tenerse por definitivamente radicada la causa (T. 120:1045). En este caso el expediente quedó radicado definitivamente en el Juzgado de Sexta Nominación porque atribuyó equivocadamente la competencia a un juzgado, y cuando subsanó el error y remitió las actuaciones al juzgado que consideró competente, ya habían transcurrido los 5 días hábiles que determina la norma (138:101).

El plazo establecido es para que el juzgado controvierta la competencia asignada y no para que haga efectiva la remisión de los autos en función de la resolución que en tal sentido hubiere emitido. De allí que sólo deben considerarse extremos relevantes la fecha de recepción de los autos y la de la resolución de incompetencia (T. 139:439; 126:343).

La Corte de Justicia tiene sentada doctrina en el sentido de que en los supuestos de declaraciones de incompetencia esencialmente defectuosas debe considerarse que el tribunal que las formula ha omitido el planteo de la controversia en tiempo oportuno: El tribunal que estima que la competencia le corresponde a otro, le incumbe, como deber primordial, otorgarle la debida intervención. Al declarar su incompetencia, el Juzgado de Instrucción Formal omitió dar la correspondiente participación al tribunal que consideraba competente, por lo que, tal planteo resulta deficiente, lo que tiene por efecto la radicación definitiva de la causa en dicho juzgado (142:733); el plazo debe contarse desde la recepción de los autos, extremo que no puede establecerse, si en los dos tribunales que intervinieron se ha incumplido el deber de dejar formal constancia de la fecha de ingreso mediante la imposición del correspondiente cargo. La aplicación de la norma no puede quedar subordinada a la observancia del deber de recibir las actuaciones con las formalidades que corresponde, pudiendo la Corte establecer la competencia a partir de la apreciación de las constancias que estime pertinentes. A tal fin puede tomarse en cuenta que la primer omisión de hacer constar la recepción de las actuaciones se produjo en uno de los Juzgados y disponer su intervención (T. 80:745).

Notas:

ⁱ (Según datos extraídos de Tomos CJS 130 a 140)

ⁱⁱ Recordemos que la Acordada 8691 fue dictada en el año 2001, cuando nuestro proceso penal sólo conocía el sistema mixto, en este contexto se tuvo en cuenta que cuando una causa penal tenía inicio en sede policial la actividad jurisdiccional se habilitaba mediante el parte preventivo, y era receptada por el juzgado sin que hubiera intervenido el Ministerio Público Fiscal.

Dr. Carlos Hernán Flores
Abogado Auxiliar

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

CAUSA: “Romero, Alfredo Hugo; Colque, Silvia Noemí por Guarda con fines de adopción” Expte. N° CAM-272971/9 – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial – Sala IV.

MATERIA: GUARDA CON FINES DE ADOPCION: requisitos.

Entrega de la guarda. Interés superior del niño. Registro único de adoptantes: falta de inscripción, efectos.

DOCTRINA: La guarda de un menor es un derecho-deber de sus padres orientado a la protección integral del hijo, en el marco dado por los arts. 264, 265 y sigtes. del Cód. Civil. La importancia del otorgamiento de la guarda para la vida del niño hace que la ley la rodee de exigencias substanciales, que comprenden las condiciones personales de quien o quienes (cónyuges) la solicitan (arts. 312, 315, 317, inc. c) y concordantes), la situación del menor y de su familia biológica y, en ciertos casos, la conformidad de sus padres (art. 317, incs. a), b) y d), Cód. Civil. Por sobre todo, prevalece el principio del “interés superior del niño”, conforme el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) en la reforma de 1994, y ello se expresa en la evaluación de la situación y necesidad del niño, y de las condiciones de quien o quienes piden la guarda preadoptiva (Abel Fleitas Ortiz de Rosas, en la anotación al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala A del 12/5/98, publicado en La Ley, t. 2000-D, p. 351). El otorgamiento de la guarda preadoptiva, si bien sólo puede ser otorgada por el juez competente (art. 316, Cód. Civil), y carece de validez a tal fin la efectuada por escritura pública o acto administrativo (art. 318), este principio no impide, que en caso de existir una previa guarda de hecho, el juez valore sus antecedentes y circunstancias para resolver en la forma más conveniente para el interés del niño. La guarda de hecho es una institución legítima, que debe ser tenida en cuenta al momento de otorgarse por vía judicial la guarda preadoptiva y, en su caso, la adopción; y que cabe reconocer prioridad a quienes han ejercido la guarda de hecho por voluntad de los progenitores y reúnen los requisitos para ser adoptantes, sobre los inscriptos en los registros o listas judiciales. Las condiciones y objetivos substanciales de la guarda preadoptiva deben prevalecer sobre los aspectos formales de procedimiento y que, en particular, el control judicial no es un fin en sí mismo pues su sentido es asegurar la protección del interés superior del niño.

El “acta de entrega” con firmas certificadas por el Juez de Paz, lejos de instrumentar un acto prohibido por la ley desde que el funcionario se limitó a certificar las firmas de los suscribientes, constituye un medio idóneo para cumplir funciones probatorias del hecho pasado ante su presencia, que no es la entrega de la guarda, sino el hecho de que la guarda existe en cabeza de los actores; además de probar el tiempo de la misma (cf. Francisco A.M. Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa, Código Civil Comentado – Derecho de Familia, Tomo II, p. 153).

El art. 317 del Cód. Civil establece como requisitos, bajo pena de nulidad, para el otorgamiento de la guarda, que: a) se debe citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción; b) tomar conocimiento personal del adoptando y c) tomar conocimiento de las condiciones personales, edades, aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del ministerio público y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.

La jurisprudencia se orienta a juzgar que la ley 24.779 no impone como requisito para el otorgamiento de la guarda preadoptiva que el menor y los postulantes a la adopción se encuentren inscriptos previamente en el registro único de aspirantes que organiza el artículo 2° de la ley citada. Al respecto ha dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que el registro simplemente constituye un medio instrumental como tal ordenado a la consecución de un fin.

Tampoco es requisito que la persona haya nacido para iniciar el trámite, por lo tanto ante una solicitud de ese carácter en vistas a la posterior adopción, interpuesta con anterioridad al nacimiento del niño, corresponde instrumentar un trámite abreviado, tendiente a la pronta acreditación de las circunstancias fácticas pertinentes mediante las medidas asistenciales necesarias y las que obligatoriamente dispone el art. 317 del Cód. Civil a fin de resolver sobre la idoneidad del solicitante (cf. CNCiv., sala A, La Ley, t. 2000-D, p. 350).

VOCALES: Dra. Graciela Carlsen - Dr. José Gerardo Ruiz

Fallo completo en página web: Expte. 272971/09 Sala IV, Tomo XXXI, Folio 872/876, 7/12/09

Dra. Graciela Carlsen
Juez de Cámara de Apelaciones Civil y Comercial - Sala IV

APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL AL TRÁMITE MINERO

Nota a Fallo de la Cámara Civil y Comercial, Sala IV en Expte. N° 19.314 – **Cantera “ San Javier del Río Ancho”**

Resulta de interés el presente decisorio pues constituye una oportunidad para efectuar un análisis de las normas que rigen los trámites mineros, poniendo para ello el acento en la aplicabilidad supletoria del Código de Procedimiento Civil y Comercial.

Se trata la presente de una solicitud de cantera ubicada en terrenos comprados por la Provincia y afectados a la Subsecretaría de Tierra y Hábitat, razón por la cual se ordenó en autos que, previo a todo trámite, presentase el solicitante autorización de la mencionada dependencia. Según constancias del expediente, dicho organismo no sólo no otorgó tal conformidad sino que además intimó al peticionario al cese de tareas extractivas en los terrenos aludidos.

El juez de grado rechazó la solicitud con el fundamento de que se trataba de una mina de tercera categoría, perteneciente por ello al propietario del suelo y respecto de la cual el Estado, en este caso el Provincial, podía o no dar su consentimiento para la explotación, arts. 2, 5 y 201 del Código Minero.

La Cámara Civil y Comercial, Sala IV, confirmó el fallo de primera instancia no haciendo lugar al recurso de apelación por considerarlo formalmente inadmisibles ya que la providencia que ordenaba que, previo a todo trámite, debía el solicitante acompañar la autorización de ente autárquico, se encontraba firme y consentida. Como consecuencia de ello, consideró que los agravios vertidos devenían tardíos ya que, según jurisprudencia de esa misma Sala, son inapelables aquellas providencias que son consecuencia de una resolución anterior, consentida y firme.

La procedencia del análisis de la admisibilidad formal tiene fundamento en las facultades que otorga a ese tribunal el art. 240 del Código Procesal Civil y Comercial cuya aplicación supletoria es ordenada por el art. 1° del Código de Procedimiento Minero.

Con motivo del fallo de la Sala IV se pone el acento en las normas procedimentales aplicables al trámite minero, efectuándose a continuación primero un somero análisis de las normas procesales específicamente mineras, para luego mencionar los casos en que aplicándose supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial debe éste armonizarse con la normativa procesal minera, cuando se trata de cuestiones reguladas por ambos cuerpos legales.

El Derecho Minero, con mayor frecuencia que las otras ramas del derecho, contiene normas de forma en su legislación de fondo. Ello es debido, en parte, a que todas las fuentes que ha consultado el codificador, tanto en libros como en códigos, provienen de países unitarios, entre ellos Chile, Bélgica, Austria, Francia, a su experiencia forense adquirida –como juriconsulto y jurisperito– en los estrados chilenos y en opinión de Cano: “... sería más preciso atribuir el criterio del Doctor Rodríguez en esta materia, más a sus convicciones que a su defectuosa información...” ya que éste habría expresado en varias oportunidades sus ideas centralistas.

Por su parte, la Ley Nacional N° 24228ⁱⁱ, se encuentra vigente y contiene algunas normas de procedimiento minero.

Sobre la base de lo normado por el Código de fondo, el Código de Procedimiento Minero (Ley N° 7141) ha establecido los procedimientos legales de actividad minera en la Provincia de Salta, derogando en su mayoría los artículos del Decreto Ley N° 430/57, del que resulta aplicable al trámite minero la parte de su articulado que ha quedado vigente.

Dispone el Código de Procedimiento Minero en su artículo 1°: “El procedimiento de las actividades regidas por el Código de Minería y demás leyes de la materia se regirá por las disposiciones del Código de Fondo y de este Código. El Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Provincia será de aplicación supletoria en toda cuestión no regulada especialmente en el presente.”

El Código Procesal Minero, contiene normas que regulan los procedimientos de solicitudes de permisos de exploración, manifestaciones de descubrimientos de minas de primera, segunda y tercera categoría, servidumbres, etc., regulando incluso el proceso contencioso minero en atención a las características particulares de la materia. Sus disposiciones generales se apartan en algunos casos de lo regulado al respecto por el Código Procesal Civil y Comercial, y al aplicarse este último supletoriamente es menester, como ya se mencionó, efectuar un análisis de la aplicación de estos cuerpos legales en los casos previstos por ambos.

Así, en el art. 2 del Código de Procedimiento Minero se encuentra regulada la Competencia de Autoridad Minera, resultando inaplicables al trámite minero los artículos 1 a 5 del Código de Procedimiento Civil y Comercial, del que es aplicable su artículo 6, según jurisprudencia del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 8ª Nominaciónⁱⁱⁱ.

El artículo 3 del Código de Procedimiento Minero dispone que la Autoridad Minera sólo podrá ser recusada con justa causa, excluyendo por tanto la aplicación de los artículos 14 a 16 del Código Procesal Civil y Comercial.

En lo atinente a los Deberes y Facultades de los Jueces y Secretarios del Juzgado de Minas son de aplicación los artículos 5 del Código de Procedimiento Minero, 8 y 13 del Decreto Ley 430/57 y 35, 36, 37, 38, 39 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial.

El artículo 4 del Código de Procedimiento Minero, en concordancia con el artículo 5 de la Ley Nacional N° 24.228, dispone que el impulso minero corresponde tanto a la autoridad minera como al peticionante y que cuando se hubiere paralizado el trámite durante sesenta días por causa imputable al interesado, se le emplazará para que en el término de cinco días lo continúe, bajo apercibimiento de declarar el abandono del mismo con la pérdida de los derechos, y archivo de las actuaciones. La jurisprudencia no se ha pronunciado aún al respecto, sin embargo considero que por la aplicación armónica del artículo 5 del Código Procesal Minero y el art. 313 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial, resultarían inaplicables al trámite regular minero las normas que regulan la caducidad de instancia, las que sí se aplicarían cuando

aquel deviene en contencioso.

En relación a la actuación de los particulares ante los estrados de la Autoridad Minera, y por la aplicación armónica de los artículos 7 del Código de Procedimiento Minero y 56 del Código Procesal Civil y Comercial, para el trámite minero regular no es requerida obligatoriamente la actuación con patrocinio letrado, salvo cuando aquel acaece contencioso, se trate de alegatos o expresiones de agravios, se promuevan incidentes o se pida nulidad de las actuaciones, en cuyo caso son de aplicación los artículos 57 y 58 del Código Procesal Civil y Comercial, y el segundo párrafo del artículo 7 del Código de rito Minero.

En lo atinente a las Notificaciones, se encuentran éstas previstas en los artículos 18 a 25 del Código de Procedimiento Minero, siendo por ello sólo aplicables a este respecto los artículos 146 a 149 del Código Procesal Civil y Comercial.

Los artículos 26 a 28 del Código de Procedimiento Minero regulan lo referente a los Plazos, deviniendo por tanto inaplicable al trámite minero lo regulado por los artículos 155 a 158.

En cuanto a los recursos en contra de las resoluciones de la autoridad minera, el artículo 128 para el recurso de reposición establece el plazo de cinco días para su interposición, y no contiene como lo hace el art. 238 del Código de Procedimiento Civil y Comercial la limitación de su procedencia sólo en contra de las providencias simples. Sin embargo, jurisprudencia reciente del Juzgado de Minas ha interpretado que si bien el art. 128 C.P.M. no diferencia entre resoluciones definitivas o de mero trámite, el mencionado distingo es efectuado por el art. 129, ya que dispone que las primeras sean impugnadas mediante el recurso de apelación directo y, como consecuencia de ello, que contra las resoluciones definitivas no puede interponerse recurso de revocatoria sino que ellas deben ser impugnadas mediante la interposición de apelación directa^{iv}. El mentado artículo 129 dispone que el recurso de apelación debe concederse libremente, aplicándose al trámite de estos dos recursos, efectos, etc el Código Procesal Civil y Comercial.

Las presentes consideraciones han sido efectuadas sobre la base del estado actual de la jurisprudencia. En consecuencia, nada obsta a que en el futuro se dicten pronunciamientos en sentido contrario a las interpretaciones aquí vertidas.

Notas:

ⁱ GUILLERMO J. CANO. "Código de Minería de la República Argentina anotado con sus fuentes". Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1944. t. I, Pag XXIX.-

ⁱⁱ Norma del Congreso Nacional que ratifica el "Acuerdo Federal Minero", suscripto en 1.993 por el Poder Ejecutivo Nacional y los señores Gobernadores de las Provincias que fija, entre otras cuestiones, los lineamientos básicos de las normas procesales, impositivas, etc. a dictarse en cada Provincia y las acciones destinadas a captación de inversiones.-

ⁱⁱⁱ En Expte. N° 276376/9 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 8ª Nominación se declara incompetente para intervenir en esos autos por aplicación del art. 6 inc 1º del Código Procesal Civil y Comercial y los remite nuevamente al Juzgado de Minas y en lo Comercial de Registro - Expte. N° 276376/9 – "BHP BILLITON WORLD EXPLORATION INC. (SUC. ARGENTINA) c/ SIMÓN DUBOIS – INCIDENTE DE REDARGUCIÓN DE FALSEDAD" - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 8ª Nominación – 11 de setiembre de 2.009 – fl. 1071 – Libro III.

^{iv} Expte. N° 19.672 y su acumulado Expte. N° 19.666, "Mina TACA SALA II" – Juzgado de Minas y en lo Comercial de Registro – 4 de Noviembre de 2.009 – Protocolo N° 38, fl. 293.-

Dra. Graciela Vanessa Liverato
Abogada Auxiliar del Juzgado de Minas y en lo Comercial de Registro

INTERVENCIÓN VOLUNTARIA DE TERCEROS, IMPOSIBILIDAD DE AMPLIAR O MODIFICAR DEMANDA Y REPRESENTATIVIDAD ADECUADA EN EL PROCESO COLECTIVO AMBIENTAL (una vez más, el caso “Mendoza” como ejemplo)

1. Objetivo de estas líneas.

En el presente trabajo propongo analizar tres providencias dictadas en el marco de la causa “Mendoza”, por medio de las cuales se resolvieron diversos pedidos de intervención de terceros y ampliación de demanda formulados por afectados, asociaciones civiles, fundaciones y el Defensor del Pueblo de la Nación.ⁱ

Con este análisis pretendo demostrar los graves riesgos que acarrea la prohibición establecida por el art. 30, 2do. párrafo de la Ley General del Ambiente N° 25675 (en adelante “LGA”)ⁱⁱ y la consiguiente mayor exigencia de controlar en el proceso colectivo ambiental la calidad del representante colectivo (requisito de admisibilidad de toda acción colectiva, según sostuviera la propia Corte al fallar en “Halabi”).

2. Intervención voluntaria del Defensor del Pueblo de la Nación y un frustrado intento de ampliar la demanda.

El primer sujeto que se presentó en la causa para integrar el polo activo de la relación procesal junto con los actores (recordemos: 17 afectados) fue el Defensor del Pueblo de la Nación. En lo que más interesa para este análisis, por medio de dicha presentación la figura intentó ampliar demanda contra 14 municipios.

En la sentencia dictada el 24/08/06, la Corte resolvió que más allá de la legitimación autónoma que corresponde reconocer a la figura con relación al asunto que se discute en la causa, era inadmisibile la pretensión de ampliar demanda en los términos indicados toda vez que los actores no habían dirigido reclamo alguno contra los municipios. En virtud de esta última circunstancia, la Corte sostuvo que lo pedido por el Defensor del Pueblo infringiría “el preciso alcance subjetivo asignado por los pretensores a la reclamación que han formulado en el sub lite” (consid. 2º).

Luego de referirse a las razones de economía procesal que justifican la intervención voluntaria de terceros en un proceso en trámite, el Tribunal afirmó que tal fundamento “es desplazado y deja de ser predicable” cuando por medio de la intervención se persigue modificar el contenido objetivo y subjetivo de la pretensión promovida por el actor “pues lo impide el principio dispositivo que –en la cuestión que se trata- mantiene su sitial preeminente para procesos de esta índole”.

Si resulta por lo menos cuestionable la afirmación de que el principio dispositivo mantiene un sitial preeminente en el marco de un proceso colectivo (de cualquier tipo, no sólo ambiental); mayor perplejidad arroja lo que continúa diciendo la Corte, a saber (el subrayado me pertenece): “Ello es así, pues la condición del demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal le confiere la absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un límite infranqueable que desecha de plano todo intento –de parte del tribunal o de cualquier tercero- de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es ajeno a su interés declarado.” (consid. 3º).

Según la Corte, el hecho que “en actuaciones de esta naturaleza” se hayan morigerado ciertos principios vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales “no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de las reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir a este proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción de este Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura” (consid. 4º).

Por las razones indicadas (sobre las cuales volveré más adelante), la Corte rechazó la ampliación de demanda pretendida y se limitó a admitir al Defensor del Pueblo como tercero en los términos del art. 90 del CPCCN.

3. Intervención voluntaria de diversas ONGs y otro frustrado intento de ampliar la demanda.

Poco menos de una semana después, la Corte resolvió otros pedidos de intervención en la causa (sentencia del 30/08/2006). En esta oportunidad se trataba de siete organizaciones no gubernamentales que, además de invocar el art. 30 de la LGA para intervenir como terceros, pretendían citar en tal carácter al CEAMSE (Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado) y a los mismos 14 municipios contra los cuales buscó ampliar la demanda el Defensor del Pueblo. Asimismo, intentaron incorporar nuevas peticiones como objeto de discusión.ⁱⁱⁱ

La Corte analizó los estatutos de las organizaciones interesadas y reconoció legitimación para actuar sólo a cuatro de ellas por entender que sus fines estatutarios guardaban necesaria vinculación con la pretensión ventilada en el expediente.^{iv} Sin embargo, tal reconocimiento no implicó hacer lugar a las nuevas pretensiones que aquéllas buscaban incorporar al debate, así como tampoco a las citaciones peticionadas. Así, invocando lo resuelto con relación al Defensor del Pueblo y la “sustancial analogía” que guardaban ambas situaciones, el Tribunal admitió la participación de las ONGs en carácter de terceros pero denegó la ampliación de demanda intentada.

4. Intervención voluntaria de otra ONG y pedido de acumulación de procesos promovido por nuevos afectados. Una peligrosa línea de corte.

El 20/03/2007 el Tribunal dictó otra sentencia con el objeto de resolver: (i) un nuevo pedido de intervención de parte de una ONG; y (ii) un pedido de acumulación de procesos incoado por setenta personas en el marco de la causa “Verga, Angela y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Medida cautelar”.^v

La primera de dichas pretensiones no innovaba demasiado con respecto a las anteriores promovidas por otras ONGs. Es por ello que la Corte, por mayoría, se limitó a analizar el objeto estatutario de la organización y -encontrando que guardaba relación con lo que se discutía en la causa- admitió su participación como tercero con cita del precedente de fecha 30/06/2006 y “con igual alcance” que el reconocido a sus pares en tal oportunidad.

En cuanto a la segunda petición (esto es, la de acumulación de procesos), la mayoría de la Corte consideró que también resultaba aplicable lo dispuesto por el art. 30 de la LGA. Por tal motivo, dispuso admitir la participación de los afectados en carácter de terceros en el marco de la causa “Mendoza” y denegó la pretensión autónoma formulada en la causa “Verga” por ser posterior en el tiempo. Hasta aquí, entonces, nada nuevo.

Lo que torna interesante esta sentencia es que la Corte puso un límite a futuras intervenciones de sujetos interesados.

Recordando lo que había sostenido al resolver el pedido del Defensor del Pueblo en cuanto a: (i) su condición de “director de este proceso”; (ii) la rigurosidad con que debe ejercer las facultades ordenatorias que le reconoce el art. 32 de la LGA; y (iii) el hecho que la morigeración de ciertos principios no puede habilitar la introducción de planteos que terminarían por convertir a la causa en una “actuación anárquica”; el voto de la mayoría del Tribunal echó mano (nuevamente) a sus atribuciones ordenatorias y dispuso que procedería a rechazar “mediante la mera cita del presente toda petición por la cual cualquier persona pretenda incorporarse a esta causa con fundamento en el art. 30 de la LGA”.

¿Cuál es el fundamento esgrimido para sostener semejante limitación? Pues que “a esta altura de la litis” la condición de afectados y/o interesados en cuanto al daño colectivo se encuentra “suficientemente representada”. ¿Cuál es el fundamento que sostiene semejante afirmación? No pude encontrar ninguno.

El fallo contó con una disidencia de los Ministros Fayt, Petracchi y Argibay. Disidencia que genera interrogantes aun más serios que la decisión tomada por la mayoría. Sucede que estos Ministros fueron más a fondo en la limitación mencionada y rechazaron de plano la intervención de la ONG y de los afectados que habían promovido la causa “Verga”.

Para fundar su decisión señalaron que la intervención de nuevos terceros “significaría ahondar la complejidad inherente a un proceso que –por su naturaleza e implicaciones- es genuinamente excepcional”. En este orden de ideas, afirmaron que de hacerse lugar a los pedidos en análisis se afectaría la garantía constitucional de defensa en juicio de actores y demandados en cuanto comprende el derecho a obtener una sentencia en tiempo útil, y podría llegar incluso a frustrarse la jurisdicción constitucional de la Corte en el asunto. Máxime cuando –según sostuvieron- una decisión favorable “debería propagarse frente a toda futura pretensión análoga”.

Según la disidencia, este modo de decidir no excluye ni restringe los derechos individuales ni colectivos de los interesados. Ello así en la medida que: (i) con respecto a los primeros, se mantiene intacta la atribución de promover las acciones de daños y perjuicios pertinentes ante los tribunales que corresponda; y (ii) con respecto a los segundos (prevención y recomposición del medio ambiente, así como también el resarcimiento del daño de incidencia colectiva), la pretensión común de quienes dicen ser damnificados y de la asociación presentante se superpone con el objeto de la demanda inicial, “por lo que la decisión que se dicte tendrá un efecto expansivo como es característico a procesos de esta naturaleza”.

Así las cosas, tenemos que el criterio de todos los miembros de la Corte conduce al mismo lugar, sea en modo inmediato (postura de la disidencia) o a partir de futuras presentaciones (postura de la mayoría): nadie más podrá actuar en la causa como tercero en el polo activo de la relación procesal.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que los interesados no pueden promover un nuevo proceso colectivo debido a lo dispuesto en el art. 30, 2do. párrafo de la LGA; y a ello sumamos que tampoco pueden participar en la causa en carácter de terceros, ¿qué opción les queda disponible? ¿Simplemente sentarse y esperar? Si la respuesta es afirmativa (lo cual parece evidente), ¿no estamos ante una flagrante vulneración del derecho de acceso a la justicia? Porque si bien es cierto lo sostenido por la disidencia en cuanto a que quedan a salvo las acciones individuales, no sucede lo mismo con la colectiva (cuyo resultado producirá cosa juzgada aun en contra de los intereses del grupo, salvo que la demanda fuera rechazada por insuficiencia probatoria).

Mayoría y disidencia presentan distintos argumentos para justificar la solución que proponen. La mayoría, como ya señalé, estima que los intereses de los miembros del grupo ya se encuentran suficientemente representados en la causa. Cómo llega a esta conclusión no podemos saberlo ya que no hay explicación alguna que sustente tal afirmación. En cuanto a la disidencia, si bien no surge del todo claro cómo jugaría el “efecto expansivo” de la sentencia a dictarse a la hora de justificar la prohibición de eventuales intervenciones, una lectura posible es suponer que el mismo tornaría innecesaria la participación de nuevos sujetos. Claro que esta lectura no tiene mucha lógica porque, a mi modo de ver, el carácter expansivo de la sentencia más que justificar la prohibición debería operar exactamente en sentido contrario. Es decir: si la sentencia afectará a los integrantes del grupo como si hubieran estado presentes en el proceso (insisto: salvo insuficiencia probatoria, excepción expresamente prevista en la LGA), se supone que ello exige que el sistema les permita participar de algún modo, sea como terceros (tal como lo prevé dicho cuerpo legal) o bien de alguna otra manera que los habilite –al menos- a controlar que quienes están llevando adelante la discusión lo hagan en debida forma.

A título anecdótico, cabe señalar que finalmente los 14 municipios fueron incorporados en la discusión. Claro que para ello fue necesario que los 17 actores originarios (que representan un grupo de más de 3.000.000 de personas), hicieran eco de lo pedido sin suerte por otros sujetos y ampliaran su pretensión.

5. El principio dispositivo en el marco del proceso colectivo.

Cuando resolvió el pedido de intervención del Defensor del Pueblo de la Nación, la Corte justificó la imposibilidad de permitir que éste ampliara la demanda con fundamento en el principio dispositivo. En ese orden, como hemos visto, afirmó que tal principio “mantiene su sitial preeminente” en este tipo de procesos, y luego se refirió al actor como “único titular activo de la relación jurídica procesal”, lo cual le acuerda “la absoluta disponibilidad de su pretensión”. En virtud de ello, señaló que las decisiones discrecionales que aquél adopte constituyen un “límite infranqueable que desecha de plano todo intento –de parte del tribunal o de cualquier tercero- de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es ajeno a su interés declarado”.

Estos argumentos generan cierta perplejidad, en la medida que el principio dispositivo es uno de los primeros que resulta flexibilizado a la hora de repensar el sistema procesal en clave colectiva. Entiendo que los postulados que la Corte presentó para justificar la prohibición de ampliar demanda podrían haber en el escenario de un litigio individual, mas no en un caso colectivo. Distintas razones me convencen de ello.

En primer lugar, porque aun cuando actualmente se pone de resalto el aumento de los poderes del juez en el proceso individual, la suma de aquellos que se le atribuyen en el proceso colectivo es inconmensurablemente mayor: “Se trata de la defining function del juez, de la que habla el derecho norteamericano para las class actions” (PELLEGRINI GRINOVER, Ada “Derecho Procesal Colectivo”, RDP 2006-II). En efecto, tal premisa encuentra reflejo en el Manual for Complex Litigation, elaborado por el Federal Judicial Center norteamericano con destino a todos los jueces federales del país. Allí se reconoce que la piedra de toque del

mecanismo de las acciones de clase es el rol activo del juez, quien -lejos de dejar librada la suerte de la acción colectiva a la voluntad de las partes- se erige como un verdadero manager del proceso.

En segundo lugar, porque tampoco entiendo acertada la afirmación efectuada en el sentido de que el actor cuenta con la absoluta disponibilidad de la pretensión (afirmación derivada, a su turno, de una aplicación a ultranza del principio dispositivo). Es que no resulta posible conciliar este postulado con los límites impuestos a la intervención de terceros. Si se limita la participación en el debate de sujetos que sufrirán las consecuencias de lo allí resuelto, es porque se supone que quienes están actuando en el proceso representan sus intereses adecuadamente. Al menos así debería pensarse, o caeríamos en un círculo vicioso (y peligroso). Si quienes actúan en el proceso representan mucho más que sus propios intereses (premisa elemental de un sistema procesal colectivo), es evidente que no pueden disponer de la pretensión como si actuaran en el marco de un proceso individual. Y esto es algo que la propia Corte parece haber reconocido recientemente al fallar en la causa “Halabi”, donde señaló que “la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos (...) debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular” (consid. 11º).

Finalmente, resulta por lo menos curioso que la Corte sostenga la vigencia del principio dispositivo en los términos indicados unos pocos meses después de haber dictado la primera sentencia de la causa (20/06/2006), donde ejerció prácticamente todas las facultades ordenatorias e instructorias que el CPCCN acuerda a los jueces (“deberes” desde la reforma de la Ley N° 25.448).

6. La representatividad adecuada, su relevancia en este tipo de procesos y algunas conclusiones a la luz de lo decidido en los tres casos analizados.

No es posible ahondar aquí sobre los alcances de la noción de representatividad adecuada, establecida en el sistema de acciones de clase norteamericano como un prerrequisito de la pretensión colectiva [Federal Rule of Civil Procedure 23(a)(4)]. Basta con subrayar que tal prerrequisito es el pilar fundamental del sistema.

En efecto, el mecanismo de las class actions descansa sobre la ficción de considerar a todo el grupo presente en el proceso a través de un representante que los integrantes de aquél no eligieron voluntariamente. Con motivo de este tipo anómalo de representación, el control de la calidad del representante en el caso concreto opera como reaseguro de la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo. Y en tal carácter, legitima constitucionalmente todo el sistema. La idea, puesta en términos muy generales, es garantizar –mediante ese control– que los miembros del grupo obtengan un resultado similar que el que hubieran obtenido de actuar individualmente.

El análisis conjunto de estas tres decisiones que la Corte Suprema argentina tomó en el caso “Mendoza” pone en evidencia la necesidad de controlar que el legitimado colectivo que promueve el proceso represente adecuadamente los intereses del grupo. Y esto implica ir mucho más allá del análisis estatutario o de la mera corroboración del carácter de afectado en cabeza de quien promueva un proceso colectivo por daño ambiental.

Es que para poder justificar una decisión que afecte los intereses de los miembros del grupo (cualquiera sea el sistema que se adopte con respecto a los alcances expansivos de la cosa juzgada) el reconocimiento de legitimaciones colectivas en modo abstracto (arts. 43 y 86 de la CN, art. 30 de la LGA) debe encontrar correlato en el control puntual de quien, frente a un conflicto determinado, pretende arrogarse la calidad de representante. Insisto: si el juez no controla (y asegura mediante tal control) que, en ese caso concreto, quien se autonoma como representante colectivo pueda llevar adelante una vigorosa defensa del grupo, la cosa juzgada expansiva no podrá justificarse constitucionalmente.

Y si esto funciona así a modo de principio en cualquier sistema procesal colectivo, mucho más clara se presenta la importancia del mentado control en el marco de una norma como la LGA, que en su art. 30, 2do. párrafo impide no sólo promover nuevas demandas sino también –a la luz de los fallos analizados– modificar o ampliar la que hubiera sido iniciada en primer término. Es por ello de esperar que el criterio sentado en “Halabi” con respecto a la necesidad de controlar la calidad del representante sea trasladado correctamente al proceso colectivo ambiental y, eventualmente, receptado en forma positiva para aventar cualquier duda al respecto.

Notas:

ⁱ Todas las sentencias analizadas aquí se encuentran disponibles en la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (www.csjn.gov.ar). El número de la causa “Mendoza” es M. 1569.XL.

ⁱⁱ “Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”.

ⁱⁱⁱ Conformar un comité especial de expertos, inmediata implementación de un sistema de acceso a la información, crear un organismo interjurisdiccional para la cuenca, obligar a conformar un fondo de compensación ambiental, exigir la contratación de los seguros legalmente contemplados, etc.

^{iv} Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Fundación Greenpeace Argentina, Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Asociación Vecinos de la Boca (consid. 2º). Por falta de esa “necesaria vinculación” fue rechazada de plano la intervención de Fundación Metropolitana, Fundación Ciudad y Poder Ciudadano (consid. 3º).

^v Causa V.625.XLII.

Francisco Verbic
Asesor de Gabinete de la Secretaría Legal y Técnica de la
Gobernación de la Provincia de Buenos Aires.
Especialista en Derecho Civil.
Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho Procesal II Civil y Comercial de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata.

INJERENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA PENAL

El día 22 de diciembre de 2009 se publicó en el Boletín Oficial de la Nación la última reforma al Código Civil modificando el Art. 126 y con ello se disminuyó la edad para cumplir la mayoría de edad de veintiún años a dieciocho. En los debates parlamentarios de ambas Cámaras hubo pocas oposiciones a la mentada modificación, estimando la mayoría de los congresales que disminuir a dieciocho años significaba un cambio positivo para nuestra Nación. A tales conclusiones llegaron tomando en consideración la capacidad de dicho grupo etario para ejercer plenos derechos en materia civil y comercial, contraer matrimonio o emanciparse.

El tema que nos ocupa radica en la importancia que el cambio de legislación produce en materia de Derecho Penal.

La mayoría de edad coincide ahora con el tope de imputabilidad absoluta, conforme el Art. 1 de la Ley 22278 modif. 22803, así como con la edad para ser admitidos en un centro de detención para mayores.

Como consecuencia, algunas normas procesales sufren alteraciones relevantes. Así, por ejemplo, el segundo párrafo del Art. 445 del Código Procesal Penal salteño, admitía que los padres o tutor del imputado menor de edad dedujeran recursos a favor del mismo, siempre refiriéndose a menores de veintiún años, debiendo ahora interpretarse que sólo podrán recurrir los padres o tutor de un menor de dieciocho años de edad.

Pero uno de los cambios más apreciables, entendemos, se produce en la aplicación de la agravante genérica del Art. 41 quater del código de fondo el que prescribe que "Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo".

Hasta el presente la aplicación de tal normativa generó discordancias jurídicas. Un primer sector de la doctrina estimaba que el agravante de la pena era aplicable a aquellos mayores de dieciocho años que cometieran un delito con la intervención de menores de tal edad. Fundamentaban tal postura en la distinción entre la mayoría de edad necesaria para otorgar actos de la vida civil (Art. 126 del CC) y el límite de punibilidad absoluta a los dieciocho años de edad, conforme a la Ley N° 22278. De no aceptarse esta hipótesis, la franja etaria entre los dieciocho y veintiún años de edad estaría sujeta a la misma escala penal que los menores imputables.

Por el contrario, otro buen sector estimaba que los delitos se calificaban cuando el mayor contaba al menos con veintiún años de edad por ser ésta la mayoría legal del Código Civil, no admitiendo más que estrictas reglas de interpretación a la hora de aplicar agravantes (prohibición de analogía, Art. 18 de la CN).

Estas divergencias jurídicas dieron lugar a jurisprudencias diametralmente opuestas hasta que finalmente predominó la segunda de las posturas.

El problema, con la mentada modificación al Código Civil, ha devenido abstracto, ello así toda vez que si la mayoría de edad en la actualidad se obtiene a los dieciocho años, toda persona plenamente imputable que cometa un delito con la intervención de un menor, verá incrementado en un tercio el mínimo y el máximo de la pena aplicable a su conducta.

Y como consecuencia de ello, aquellos delitos que si bien eran graves, por su penalidad admitían la eximición de detención (Art. 305 del CPP de Salta) hoy ya no les cabe tal beneficio. Así, por ejemplo, un robo calificado por ser cometido en poblado y en banda, previsto y reprimido por el Art. 167 inc. 2º del CP con pena de prisión de tres a diez años, con la aplicación del 41 quater hoy no admite el citado beneficio para todo imputado mayor de dieciocho años al incrementarse a cuatro años el mínimo de la pena aplicable, y por ende, no susceptible ahora de condenación de ejecución condicional (Art. 26 del CP). Lo mismo sucederá, por ejemplo, para delitos cuyo mínimo se encuentra en los tres años de prisión, tales como lesiones gravísimas (Art. 91 del CP), abandono de personas calificado por el daño (Art. 106 del CP), reducción a servidumbre (Art. 140 del CP), coacción agravada por el uso de arma (Art. 149 ter inc. 1º del CP), abigeato calificado (Art. 167 ter segundo supuesto del CP), usura calificada (Art. 175 bis del CP), incendios (Art. 186 del CP), piratería (Art. 198 del CP), y demás.

Como corolario, se puede advertir que los representantes del pueblo en las Cámaras Legislativas tomaron decisiones enfocadas o enderezadas a provocar – conforme a los debates – modificaciones en el plano de la capacidad civil, sin ponderar a cabalidad las derivaciones que este cambio de legislación pueden resultar sobre un conglomerado de leyes, como es en el caso bajo estudio donde se puede ver afectada la esfera de libertades ciudadanas al variar la posibilidad de aguardar en libertad los resultados de un juicio oral.

Notas:

ⁱ Nuevo texto del Art. 126 del CC: "Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años"

ⁱⁱ 129 diputados a favor, seis en contra y cuatro abstenciones

ⁱⁱⁱ Art. 41 quater Incorporado por ley 25.767

^{iv} Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala 4ª, 16/7/2004 – Guida, Matías y otros, LNO nro. 70013341 y v. Dictamen del Procurador General de la Nación del 29/8/07 en "Guerrero Guzmán, Samuel Elías s/recurso de casación", S.C.G. 474, L. XLIII

^v Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala 7ª, 12/12/2003 – Gálvez, Sandro D.

^{vi} Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de feria A, 13/1/2004 – Fotia, Javier Alejandro

^{vii} Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala 1ª, 17/12/2003 – Barrionuevo, Juan S.

^{viii} V. fallos citados

CATEGORIZACIÓN DE ACREEDORES

Según el art. 41 LCQ: "categorización": presupuesto ineludible de la diversidad de propuestas (la mas positiva y feliz de las modificaciones que introdujo la 24522 según doctrina mayoritaria.

Puede decirse que otorga al DEUDOR: MAYOR MARGEN DE NEGOCIACIÓN CONCORDATARIA contribuyendo a FACILITAR LA SOLUCIÓN PREVENTIVA.

Del mismo modo que se califica de equivocados los basamentos en los que se cimentaba la cuestión en la ley 19551, ya que partía de una base falsa: una igualdad que no existía. Por ello es que el instituto es compatible con el espíritu de la nueva ley: replanteo total de la empresa en crisis.

Sin duda, acreedores diferentes asumen actitudes desiguales –frente al deudor común- en tanto son expresión de INTERESES DIVERSOS.

Finalidad de la categorización: RESPONDE A UNA REALIDAD FÁCTICA avalada por el propio SENTIDO COMÚN

* no sólo en orden a la diferente naturaleza del crédito

* diferente personalidad del acreedor

* p/v económico-financiero

* capacidad patrimonial de sacrificio para acompañar al deudor a salir

SINCERAR ELACUERDO --- POSIBILITARLO

Principio de igualdad: Se mantiene y constituye la misma justificación de la quiebra (medio tendiente a hacer efectiva esa igualdad).

Se mantiene también en el concurso pero ADAPTADO A SUS OBJETIVOS E INTEGRADO CON LOS DEMÁS INTERESES QUE CONVERGEN EN LA CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA (diferentes a los de la falencia). Los acreedores no se enfrentan aquí a un patrimonio liquidado que hay que repartir, lo que descarta la posibilidad de vincular la "pars conditio creditorum" con la llamada "ley del prorrateo". Aquí nada se reparte, con lo que el criterio para distribuir los efectos desfavorables de la insolvencia no puede ser el mismo que en la quiebra (sacrificio proporcional como parámetro propio de liquidación insuficiente).

Deberá atenderse a la prestación de recibir y a los demás intereses que los vinculan al concursado, amenazados por el eventual fracaso de la solución preventiva (cobran sentido aquí no en la quiebra porque existe un bien "la empresa en marcha" que genera intereses necesarios de tutelar ya que no siempre son sólo sus créditos lo que los acreedores tienen comprometidos en el concurso, sino la propia subsistencia mercantil. Y mantenerla puede ser conveniente, puede ser indiferente o bien, puede quererse su desaparición).

Por lo demás, cuando se habla de **igualdad** en el concurso preventivo, no se hace referencia a un concepto estático y medible sólo en términos monetarios. Sino que, la **diversa posición de los acreedores frente al concurso integrada con variados intereses requiere que se determine en función de otros parámetros**, y aplicar una misma pauta a todos sin atender sus eventuales diferencias conduce a un resultado contrario al que se intenta lograr.

La igualdad continúa fundando el concordato pero sin la soberbia pretensión de equiparar posiciones diferentes sino **reservando el tratamiento igualitario para los que, agrupados en cada categoría, guarden entre sí cierta sustancial similitud**. Notas similares a las delineadas por la CSJN ("distintas situaciones se someten a distinto trato siempre que concurren razones objetivas de diferenciación que no puedan tacharse de irrazonabilidad, ni establezcan discriminaciones arbitrarias") **ello así se adapta a las pautas de la justicia distributiva a tutelarse en el concurso**, que al no tener como norte el equilibrio que es propio de las relaciones de cambio es coherente que la ley regule la posibilidad de adaptar y coordinar los esfuerzos enderezados a hacer factible el mantenimiento de la empresa (partiendo de la suposición de que hay un interés general en que todos contribuyan a su salvaguarda).

Según la CSJN el principio de igualdad tiende a la protección de las desigualdades naturales, la nivelación absoluta de los hombres es quimérica y contraria a la naturaleza humana (tiene dicho Colombes Garmendia).

A su vez, Rouillon da primacía al valor **superación de la crisis de manera no liquidativa** (no es una abolición lisa y llana del principio, sino la reformulación de esa igualdad de trato lo que se refleja en que la categorización debe responder a un criterio de agrupación que sea un razonable denominador común y no al mero voluntarismo del deudor).

Sujeto activo: únicamente el DEUDOR CONCURSADO.

Destinatarios: sindicatura y juez concursal.

La iniciativa es para el deudor de un trámite donde está prevista la participación –directa o indirecta- de los intervinientes en la verificación previa. El síndico dará su opinión en la oportunidad del informe general (a.39) y los acreedores podrán observar dicho informe en la oportunidad del art. 40 (por eso la ley comienza a computar el plazo de 10 días que tiene el juez para resolver sobre la categorización luego de que vence el plazo de observación (a.42).

No se corre vista al síndico de la propuesta de categorización. Al pronunciarse en la oportunidad del art. 39 deberá circunscribirse a **si el agrupamiento propuesto es posible dentro del concurso preventivo** y, excepcionalmente deberá dictaminar de manera fundada acerca de la "incongruencia" del agrupamiento en el concurso o sobre su "manifiesta irrazonabilidad". EL SÍNDICO NO DEBE NI PUEDE OPINAR ACERCA DE LA EFICIENCIA DE LA CLASIFICACIÓN EN ORDEN A LOGRAR LA APROBACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE ACUERDO NI MUCHO MENOS PROPONER UNA DETERMINADA CATEGORIZACIÓN.

Los acreedores o quienes hayan solicitado verificación tienen oportunidad de ser oídos formulando observaciones al informe general del síndico. Solamente la podrán cuestionar por manifiesta irrazonabilidad (o tal vez por error en el encasillamiento) PERO NO POR CONVENIENCIA A SUS INTERESES (la disconformidad en este último caso podrá expresarse no aprobando la propuesta de pago).

Están facultados para observar la categorización los acreedores insinuados, incluso los que no hubieran sido declarados verificados o admisibles pero hubieran promovido incidente de revisión.

Plazo: la mayoría de los autores entiende que desde los 10 días de la resolución del art. 36 (Rouillon, Villanueva). Colombes Garmendia aclara que, si bien el art. 41 dispone que el concursado presentará la propuesta de clasificación y agrupamiento en el plazo de 10 días "en que debe ser dictada" la resolución del art. 36, al decir más adelante dicho artículo que los acreedores a categorizar son los "declarados verificados y admisibles", queda claro que no puede haber propuesta de categorización sin que se haya cumplido aquella etapa.

En contra de esta postura Rivera opina que se computa desde que la resolución del art. 36 "debió" y no desde que se dictó, por lo que la falta de pronunciamiento no interrumpe el plazo para la presentación de la propuesta, en cuyo caso deberá el concursado formularla sobre la base del informe individual.

Oportunidad. Trámite: de la propuesta debe surgir:

* distintas categorías en las que pretende dividir a sus acreedores

* los acreedores que la integran

* pautas que tuvo en cuenta (propuesta "fundada")

Posterior a la resolución del juez del art. 36 (debe abarcar a todos los acreedores verificados y declarados admisibles), dentro de los 10 días.

No hay sanción: CARÁCTER FACULTATIVO pero **perderá la posibilidad de propuestas diferenciadas**, pero si lo hace no lo obliga a utilizarla porque puede presentar una sola propuesta destinada a acreedores quirografarios sin distinción (habiéndose decidido que en tal caso, las mayorías del art. 47 se computarán sobre la generalidad de los acreedores aún cuando una de las categorías lo hubiera rechazado).

Así opinan algunos autores (Villanueva, Maffia, Escutti, Junyent Bas, Reggiardo, Gebhardt) no obstante el "deben" del art. 41 que, a manera del "deben" del artículo 32 aluden a un MODO Y OPORTUNIDAD DE HACER ALGO, no a una obligación. En sentido técnico cuyo incumplimiento apareja sanciones. El art. 39 en su inc.8 hace referencia a la categorización "que el deudor hubiere efectuado" (modo y tiempo verbal que refiere a algo meramente posible). Además, el miembro informante del dictamen de mayoría del Senado habla de "régimen optativo para el deudor de categorización de acreedores sobre bases objetivas de clasificación".

Según los fines tenidos en cuenta por la ley al admitir el instituto ésta es la interpretación adecuada porque la categorización no es sino el

presupuesto de la diversidad de propuestas concordatarias, con lo que, si ésta es facultativa, aquélla no puede ser obligatoria. De los propios términos de la ley surge que el deudor “puede” ofrecer diversas propuestas pero no “necesariamente debe” hacerlo (“...a efectos de poder ofrecerles” dice la disposición). E igual conclusión surge de los objetivos de la norma enderezados a FAVORECER Y NO A OBSTACULIZAR EL LOGRO DEL ACUERDO PREVENTIVO (como sería si se lo obliga y no está en condiciones de hacerlo). Además, imponer la obligación cuando la intención del deudor es ofrecer una sola propuesta sería un trámite no destinado a ninguna finalidad, y –obviamente– si hubiera obligación aún cuando no mediaran pautas objetivas que justifiquen la distinción, sería ilegítima.

Hay quienes entienden que la categorización sólo es obligatoria cuando hay acreedores quirografarios laborales y el deudor decide ofrecer propuesta a sus acreedores privilegiados (Iglesias).

Para otros (Colombres Garmendía, Rivera) la categorización no es una facultad sino una obligación. Entiende el primero que, ante la falta de presentación de una propuesta de clasificación de los declarados verificados y admisibles, el juez resolverá fijar dicha categoría mínima de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42 (Reggiardo desconoce facultad para actuar así de oficio al síndico cuanto al juez).

Hay quienes se engloban en postura intermedia (que en realidad ratifica el carácter facultativo) aduciendo que la imperatividad del art. 41 apunta a la observancia de las tres categorías mínimas (quirografarios comunes, laborales y privilegiados), teniendo como única consecuencia la omisión de categorizar la imposibilidad de ofrecerles propuestas diferenciadas. La califican como carga y no obligación: imperativo del propio interés del deudor. No podrá decirse que el legislador ha vedado al deudor la posibilidad de proponer un acuerdo único en tanto ello NO PUEDE DESPRENDERSE NI DE LAS PALABRAS, NI DEL SENTIDO, NI DE LA FINALIDAD DE LA LEY. (Vaiser, Mosso).

Límites de la propuesta de categorización:

- **razonabilidad** de la propuesta (CSJN arbitrariedad).

Es el deudor quien evalúa la mejor forma de categorizar y los criterios utilizados para ello, relacionado con la mejor chance de obtener aprobación concordataria y con la mejor posibilidad de cumplimiento. El síndico y el juez evalúan esa CONVENIENCIA en cuanto a la razonabilidad que actúa como límite de la misma (**apunta al derecho a ser considerado similar a otro acreedor a efectos de decidir sobre el acuerdo, a raíz de elementos comunes que no sean caprichosos, arbitrarios, extravagantes, ridículos, insensatos, orientados a la manipulación de los acreedores, a su discriminación irracional, a su agrupación malintencionada con el solo fin de neutralizar la disidencia de alguno con las conformidades de otros, sin que entre uno y otro existan similitudes razonables**). Los elementos aglutinantes de una misma clase deben ser razonables, atinentes a la situación concreta del deudor y a la seriedad de la fórmula concordataria propuesta (Maffía, Roullon).

- **clasificación encaminada a ofrecer propuestas diferenciadas** a cada grupo de acreedores (elemento a tener en cuenta por el deudor, para clasificar debe tener como objetivo la propuesta que pretende ofrecer a cada uno de ellos)

- **debe ser fundada**: ley exige al deudor **explicación de los criterios utilizados para la clasificación, las razones que la justifican**. La norma ejemplifica –monto, naturaleza de las prestaciones, carácter quirografario o privilegiado– (la fórmula ha sido criticada por remitir a criterios de valoración subjetiva) pero no queda duda que la intención ha sido no dejar librada a la pura voluntad del deudor –eventualmente caprichosa o arbitraria– la configuración de las notas configurativas de cada clase (diluir, neutralizar, influir en el resultado de la votación). La exigencia legal de ajustar la propuesta al estándar lógico-jurídico de razonabilidad y de fundamentar su concurrencia mediante la argumentación que será puesta a consideración del síndico, los acreedores y el juez, acota la posibilidad de manipulación de clases.

Queda claro que la **situación fáctica que la ley quiso regular es la diferente posición de cada acreedor frente al concurso del deudor. Por ello la categorización debe ser en función de objetivas razones de diferenciación que no sólo sorteen la tacha de ilogicidad sino, además, que permitan verificar SU ADECUACIÓN AL FIN DEL INSTITUTO**. “Pautas relevantes atinentes a la situación concreta del deudor concursado, susceptibles de apreciación objetiva”: cuando entre los acreedores que integran cada una de las categorías se verifiquen elementos comunes, que sean relevantes a los efectos de definir su posición concursal. Esa comunidad de elementos, en tanto permite suponer similitud de intereses, justificará el fin de la norma: posibilitar el ofrecimiento de igual propuesta a quienes se encuentren en igual situación.

- en cuanto a la **forma** acreedores quirografarios y privilegiados pueden ser agrupados conforme a criterios homogéneos en diferentes clases pero no pueden mezclarse dentro de la misma clase algunos quirografarios con algunos privilegiados.

Resolución: dentro de los 10 días posteriores al cierre del período de observaciones al informe general del síndico debe dictar resolución el juez sobre la categorización de los acreedores declarados verificados y admisibles presentada por el concursado, oportunidad en la que evaluará sobre la RAZONABILIDAD de la propuesta de agrupamiento y clasificación en función del fundamento explicado por el concursado de los criterios de selección utilizados, la OPINIÓN DE LA SINDICATURA efectuada en el informe del art. 39 y las eventuales OBSERVACIONES presentadas por los acreedores (Rouillon).

La resolución tiene carácter de **definitiva a los fines de la determinación de la base del cómputo de las mayorías** (Vaiser) y es **inapelable** por aplicación del inciso 3º del artículo 273 (Colombres Garmendía, Vaiser, Rivera, Dasso).

Según Villanueva la resolución es DEFINITIVA EN LO CONCERNIENTE A LA CREACIÓN DE LAS CATEGORÍAS NO EN LO ATINENTE A SU INTEGRACIÓN (La nómina puede variar, por ejemplo, por renuncia que podrá darse a los efectos del cobro).

Las facultades del juez ponen de manifiesto el carácter inquisitivo del procedimiento: ni la propuesta del deudor, ni el dictamen sindical, ni la conformidad o disconformidad de los acreedores vincula al juez. Ello no significa que tenga facultades para hacer prevalecer su propio criterio al del deudor si el expuesto por éste es RAZONABLE. La finalidad de la intervención es **asegurar que la pauta en función de la cual el concursado haya efectuado la clasificación de que se trate cumpla con el recaudo de ser razonable** en los términos del art. 41. Ello para evitar la “manipulación de las categorías”.

El magistrado judicial **no está facultado para juzgar sobre la conveniencia de la categorización propuesta por el deudor o la inconveniencia de la misma sino sobre su razonabilidad**. Si es razonable debe respetarla (no puede redistribuir o crear categorías que a él le parezcan más razonables). Esto es lo que divide las aguas: si no se lo respeta el juez no sólo puede sino que DEBE apartarse de la proposición del deudor. La conveniencia al interés del deudor debe respetarse porque de otro modo se podría frustrar el logro de ese designio cual es *alcanzar el acuerdo* (que es lo que inspira el instituto en cuestión).

Categorías mínimas: en la 19551 los privilegiados (facultativo) y quirografarios (obligatorio) eran la única posibilidad de acuerdos diferenciados. La 24522 agrega a los quirografarios como clase independiente.

Quid de la obligatoriedad de las categorías mínimas: la mayoría de la doctrina entiende que la categorización es facultativa pero establece la necesidad de contemplar, como mínimo, tres categorías motivando diversas interpretaciones puesto que:

- algunos entienden que el carácter facultativo está referido a las otras categorías, no a las legales (la formulación de las “clases mínimas” es siempre imperativa (Vaiser, Dasso);

- otros distinguen entre si el deudor pretende o no hacer propuestas diferenciadas a sus acreedores quirografarios, en el primer caso debe incluir la categorización mínima, so pena que el juez lo haga de oficio. En el segundo, si ofrece una única propuesta, no es necesario fijar ninguna categoría (Reggiardo).

El debate no es puramente teórico. Para lograr la aprobación del acuerdo el concursado debe obtener las mayorías dentro de todas y cada una de las categorías, de modo que si alguna de éstas fuera imprescindible, habría dejado en sus manos un “arma de presión” (Rubín).

En rigor, la única categoría cuya obligatoriedad está en discusión es la de los “quirografarios laborales” (la de los “demás quirografarios” es siempre obligatoria) su ausencia importa la quiebra del deudor o apertura del trámite del art. 48. La categoría de los “privilegiados” es siempre facultativa –art.44-. Categorice o no a los quirografarios, en ninguna de las dos situaciones el deudor se encuentra compelido a hacer lo mismo con los privilegiados.

Pero queda sin solución específica en la ley puesto que, aún cuando el art. 41 mande imperativamente la creación de los “quirografarios laborales”; la misma norma y con la misma imperatividad ordena la creación de la categoría de los “privilegiados” cuya obligatoriedad la misma ley se

encarga expresamente de desvirtuar tres artículos más adelante (a.44).

Respetable doctrina (Vaiser) entiende que los quirografarios laborales tienen el inderogable derecho de integrar una clase separada de los restantes quirografarios.

Según Villanueva la categorización es siempre facultativa, carácter que se extiende a las llamadas “categorías mínimas”, que el deudor podrá o no formular aun cuando haga uso de la posibilidad de categorizar (entre quirografarios) que la norma le confiere. Porque el carácter imperativo de los términos utilizados queda desdibujado (los privilegiados son siempre facultativos), con lo que cae el argumento principal de la tesis contraria “la fuerza derivada de la propia ley”. Además porque, LA CATEGORIZACIÓN ES INSTITUTO QUE SÓLO TIENE SENTIDO CUANDO SE LO RELACIONA CON LA FINALIDAD QUE PERSIGUE, en la que agota su virtualidad: **posibilitar el ofrecimiento de propuestas diferenciadas**, las que son **optativas**. Por último, porque si se atiende a sus resultados (índice óptimo para verificar si una interpretación legal es correcta según la CSJN), la reseñada inteligencia de la norma es la que **MEJOR SE ADECUA AL SISTEMA CON EL CUAL ELLA SE INTEGRA**. (En efecto: nada justifica dejar de antemano el resultado del concurso preventivo en manos de una categoría concebida como obligatoria, a lo que arribamos si se tiene en cuenta el modo previsto por la ley para el cómputo de las mayorías). Así interpretado el instituto se aleja de su primigenio objetivo enderezado a facilitar y no obstaculizar el concurso.

Hay pues dificultad de concebir una categoría al mismo tiempo “obligatoria” y de tan “contingente” conformación (intereses de más de los dos años después de la mora –en principio prescriptos-, remuneraciones debidas por más de seis meses, más las posibles renunciaciones). No parece portador de este interés quien, dotado por la ley de un privilegio que en el marco del concurso preventivo lo libera de sufrir las pérdidas –pronto pago, posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado luego de la homologación- decide renunciarlo para incorporarse a un acuerdo que le exigirá tolerar esas pérdidas de las que estaba relevado.

No se duda que el acreedor debe recibir la más amplia tutela legal pero si no se concluye como lo anteriormente dicho, el instituto se desvincula de su finalidad para convertirse en un elemento de presión que, en cuanto tal, no puede ser admitido como medio para tutelar un genuino interés de sus destinatarios.

Artículo 43: “se incorporarán a la categoría de los quirografarios laborales”, da pie a la “obligatoriedad”? Se relaciona con una cuestión no resuelta, hasta cuándo se puede renunciar? Hasta la “votación”? Ello daría pie a la tesis del tenor literal de la norma debiéndose crear la categoría aun cuando por no existir en la actualidad los créditos quirografarios laborales, ella hubiera de quedar vacía. Y habría que crearla porque ante la posibilidad de la renuncia debería incorporarse a ella por mandato legal.

Según Villanueva EL DERECHO A RENUNCIAR AL PRIVILEGIO PARA PARTICIPAR EN LA FORMACIÓN DEL ACUERDO DEBE SER CONCILIADO CON EL QUE ASISTE AL DEUDOR DE APROVECHAR EN SU TOTALIDAD EL PLAZO QUE LA LEY LE OTORGA PARA NEGOCIAR, aprovechamiento que reconoce como presupuesto obvio: **que conozca desde ese inicio con quién debe llevar a cabo esa negociación**, descartándose la posibilidad de que durante su interregno se altere el elenco de los acreedores con los que debe tratar.

Por ello la autora señalada ha sostenido que la renuncia debe ser practicada hasta el plazo para que el acreedor haga su propuesta de categorización, quienes han sido categorizados a ese momento podrán votar, no así los que renuncien después (la jurisprudencia señala que realizada la renuncia dentro de los 10 días de la sentencia de verificación, antes de que el deudor presente propuesta de categorización, se respeta el plazo de exclusividad para negociar, el derecho del acreedor a declinar privilegios y los tiempos del juez para examinar las categorías a los efectos de su fijación definitiva).

Así, si la renuncia se efectúa después, será válida sólo para cobrar en los términos del acuerdo homologado pero no para votar. Esta posibilidad reconoce la excepción de los créditos laborales derivados de una relación regida por el Derecho del Trabajo dado que, siendo normas de orden público, no puede extenderse validez a la renuncia más allá de la estricta medida prevista por el art. 43 “habilitar al acreedor de este origen a efectuarla con una específica finalidad: participar en el acuerdo”.

La creación de una categoría destinada en principio a estar vacía de contenido debe descartarse. Es que, las renunciaciones suceden primero y las categorías se crean después (no por si acaso). SE SOSTENGA O NO LA OBLIGATORIEDAD DE DICHA CATEGORÍA ELLA SÓLO TIENE SENTIDO A LOS EFECTOS DE LA VOTACIÓN, -orden público laboral mediante- y la renuncia a otros efectos debe descartarse.

Créditos que deben ser categorizados: El trámite legal señalado es a los verificados tempestivamente (la norma hace referencia al art. 36).

No se refiere:

- a los créditos con verificación tardía
- inicialmente desestimados que sean incorporados por vía de revisión
- a los reconocidos en juicio continuado conforme art. 21 inc. 1º.

Ellos deberán ser categorizados en la medida que lo hayan sido los demás de su especie. Según trámite que asigne el juez como director del proceso. A tal fin, hay que distinguir según que la resolución del art. 42 se haya dictado o no.

- Si se dictó: el juez determina cuál de esas categorías predeterminadas corresponde al crédito al dictar la sentencia que lo reconozca. Oportunidad para ser escuchados: a) el acreedor al iniciar el incidente; b) el deudor al contestar el traslado; c) el síndico al emitir opinión sobre el fondo del asunto.

- Si no se dictó: el juez reconocerá el crédito difiriendo su categorización para el momento del dictado de la resolución del art. 42.

No puede el deudor formar una categoría a ser integrada por los créditos que en el futuro se admitan porque: a) pueden ser heterogéneos (no se da la nota de razonabilidad); b) sería una categoría sin acreedores habilitados para votar con lo que su formación obstaría a lograr el acuerdo (en todas las categorías).

Créditos subordinados: Contracara del privilegio, hay en ambos preferencia para cobrar antes, si es legal: privilegio (3875 CC); si es convencional: subordinado (3876 CC).

Reconocida por un acreedor respecto a otro acreedor del mismo deudor, por la vía de admitir el primero respecto del segundo su propia postergación. Convenio de subordinación crediticia.

Las preferencias cobran sentido cabal en la quiebra, en la eventual insuficiencia del producido de los bienes para atender a la totalidad de los créditos con derecho a concurrencia, resuelto en función del grado que corresponda a cada uno.

En el concurso preventivo el significado es otro, la preferencia que otorgan se hace efectiva mediante el reconocimiento –en principio- de su AJENIDAD AL ACUERDO. Después de la homologación recobran el ejercicio de la acción individual para perseguir cobro total sin las restricciones del concordato (en el caso de los privilegios).

Si se trata de subordinados no dejan de ser quirografarios y, en cuanto tal, su titular participa del acuerdo preventivo, a los efectos de conciliar esa participación concordataria con el respeto al acuerdo de subordinación la ley exige que quienes se han postergado por tal vía integren una categoría. El sentido de la disposición es permitir al deudor ofrecer propuesta diferenciada a sus integrantes (el temperamento no parece apropiado).

La subordinación (salvo que sea general) sólo beneficia al acreedor con carácter superior. En consecuencia, si no se hizo lo propio con los superiores, éstos pueden estar dispersos entre las categorías que por su naturaleza les corresponda o, entre la totalidad de los demás quirografarios. La situación apareja una consecuencia asistemática (beneficia no sólo a los acreedores contemplados en el convenio sino a todos los que estén en la misma situación que corresponda a éstos).

Además, quien subordinó su crédito a otro acreedor mediante acuerdo particular no puede integrar la misma categoría con otros acreedores de subordinación general.

Por ello se interpreta que LA SUBORDINACIÓN PREVISTA EN LA NORMA ES LA QUE SE CONTEMPLA CON RELACIÓN A LA TOTALIDAD DE LOS ACREEDORES.

Resolverse según la razón aplicada a las circunstancias del caso concreto, debiendo el juez impedir que los alcances de la subordinación se extiendan más allá de lo convenido.

Por ello Maffia estima que no es pauta razonable tomar la subordinación como nota que justifique una clase, porque la sola circunstancia de que se renuncie a su rango no supera la heterogeneidad que pueda existir entre los acreedores.

Villanueva dice que LA DIVERSIDAD DE RANGO ES UNA DE LAS CUESTIONES QUE MÁS IMPORTAN PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN CONCURSAL DE LOS CRÉDITOS. No duda que esa diversidad es pauta válida para clasificar por lo que no le parece relevante que los créditos agrupados diverjan en sus causas o su naturaleza (no obstante no cualquier agrupación de subordinados será válida como no lo es toda agrupación de privilegiados). El privilegio y la subordinación son nociones que admiten grados, EL DATO DETERMINANTE SERÁ EL ALCANCE DE LA POSTERGACIÓN ADMITIDA.

Acuerdo para privilegiados: Pueden incluirse en una categoría única acreedores con privilegio general y especial? La redacción de la ley daría la posibilidad (... pudiendo incluso contemplar categorías dentro de éstos últimos) pero para los de privilegio general igual mayoría que para los quirografarios y los de privilegio especial deben dar todos su conformidad (los admitidos con privilegio especial y que se encuentren alcanzados por la propuesta –art. 44-). De modo que, como las mayorías se computan dentro de cada categoría, éstas también deben ser distintas.

Podrían incluirse en una categoría privilegios generales y quirografarios? Existiendo pautas comunes que permitan su agrupamiento podría sostenerse que sí pero no es así aún cuando se rijan por las mismas reglas en materia de oportunidad, contenido, negociación y mayorías pero EL LEGISLADOR HA CONCEBIDO SU CELEBRACIÓN EN FORMA INDEPENDIENTE: según art. 41 que cada grupo integre una categoría distinta y sea destinatario de una propuesta diferente y las consecuencias que se derivan del rechazo de unas y otras son distintas (en un caso la quiebra o art. 48 y en el otro sólo cuando así ha sido condicionada por el deudor).

Cómputo de las mayorías. Incidencia de la categorización: Art. 45: mayorías en todas y cada una de las categorías.

Privilegiados: salvo que se subdividan entre ellos la categoría carece de finalidad práctica dado que la categorización previo a la oferta se ordena a justificar la distinción entre quienes, pese a encontrarse sometidos por la ley al mismo trato, habrán de concertar con el deudor sobre diversas bases (ello en el contexto de una relación donde las voluntades captadas de cada una de las categorías formadas se integran con las demás a los efectos de dar nacimiento a un único acuerdo –no suponen vínculos jurídicos independientes-).

Sólo las categorías de quirografarios se relacionan como las partes de un todo, a los efectos de formar el mismo concordato.

Nada de ello ocurre con los privilegiados (no se encuentran sometidos a ese trato igualitario, ni integran una de las “categorías” cuya conformidad es necesaria a los efectos de concluir aquél convenio). Su nota esencial típica es su trato preferente: están relevados de contribuir, en paridad con los demás, a soportar las pérdidas causadas por la insolvencia, y para asignarles tal característica NO ES NECESARIA NINGUNA CATEGORIZACIÓN QUE LA DETECTE y la diferencia de los quirografarios porque ello viene dispuesto por la ley.

Destinatarios de la propuesta: Para poder poner a consideración de los acreedores la propuesta el deudor necesita conocer quiénes están habilitados. Para ello deberán haber sido admitidos al pasivo por cualquiera de las vías tempestivas posibles y, en su caso, haber sido categorizado. Así clasificados tales acreedores serán los que han de pronunciarse sobre la propuesta de acreedor que ofrezca el deudor sin que interese si luego –vía revisión- se incorporan otros no admitidos, o se excluyen los que sí lo hubieran sido.

Pero los acreedores incorporados en la resolución del art. 36 no cristalizan la “masa acreedora”. Pueden existir acreedores que, insinuados tempestivamente por la vía del art. 21 inc. 1º deban ser incluidos y puede suceder también que acreedores privilegiados renuncien al privilegio para participar en el acuerdo. La participación de estos acreedores se supedita a que los presupuestos de su legitimación –reconocimiento y categorización- se encuentren configurados al tiempo en que el juez debe dictar la resolución contemplada en el art. 42.

Tal designio legal se desprende de la oportunidad prevista como fecha de inicio del período de exclusividad: comienza luego de la categorización no antojadizamente sino como resultado de la sistemática legal que manda computar las mayorías dentro de cada categoría.

Acreedores tardíos: no votan sobre la propuesta de acuerdo.

El art. 36 dice que el juez se pronuncia sobre las insinuaciones “tempestivas”, y se compadece con el art. 41 que manda categorizar a los acreedores incluidos en dicha resolución.

Debe ser categorizado pero no para “votar” sino para determinar cuál es la propuesta en función a la cual debe “cobrar”.

El trámite del concurso tiene por norte exclusivo determinar si se logra o no el acuerdo cuyo logro exige evitar incertidumbres acerca de cuál deba ser el pasivo a considerar a tales efectos y adherir a la posibilidad de cristalizarlo cuanto antes y bajo ciertas reglas, todo a fin de evitar desquiciar el esquema de negociación concebido por el deudor. Esta interpretación es la que más se compadece con la tutela de los intereses en juego (en contra: Vaiser, serán categorizados por el juez en forma discrecional y definitiva ponderando la naturaleza del crédito y la afinidad con las clases ya establecidas con anterioridad. El verificador tardío puede reclamar su inclusión en alguna categoría al momento de iniciar el incidente).

Acreedores que renuncian al privilegio: quien decide renunciar al privilegio para adherir o rechazar la propuesta debe hacerlo antes del trámite de la categorización que comienza con la propuesta de categorización, renunciar en tiempo ulterior es inadmisibles a esos efectos porque altera el derecho del deudor a diseñar las categorías conforme mas le convenga y además porque priva a sus co-acreedores de la posibilidad de opinar acerca de la categoría que a él corresponda asignar. En contra de esta postura encontramos a Vaiser (respecto a los privilegiados no laborales que renuncian al privilegio y los que hayan tramitado incidente de revisión siempre que no hayan sido ya incluidos en su oportunidad por haber sido declarados admisibles). Maffía entiende que puede renunciar al privilegio hasta el momento de votar.

Son renunciabiles los privilegios de origen legal y los de origen convencional. La renuncia al privilegio puede ser parcial –implicando por lo menos el 30% del crédito-. **Para Baravalle la porción renunciada no podrá ser incluida en ninguna categoría de acreedores quirografarios.**

El crédito al cual se ha renunciado integra la categoría de los quirografarios.

La renuncia debe ser expresa.

El privilegio renunciado no será recuperado (privilegio no laboral) con excepción del caso de nulidad del acuerdo.

Renuncia al privilegio laboral: no se presume, siempre debe ser ratificada.

Implica la posibilidad de que los trabajadores puedan apoyar a la concursada en su continuidad empresarial, jerarquizando la protección de la relación laboral sobre el derecho al cobro de sus acreencias.

Si es parcial debe implicar por lo menos el 20% del crédito.

Es suficiente la mera citación a la asociación gremial legitimada a la audiencia a los fines de la ratificación de la renuncia. Es al exclusivo efecto de anoticiarla porque carece de legitimación para oponerse a la renuncia. Y resulta innecesaria la citación cuando el trabajador no se encuentra comprendido en el régimen de Convenio Colectivo.

La existencia de acreedores laborales renunciantes implica la necesidad de categorizarlos expresamente (Kemelmajer de Carlucci).

Debe ser incorporado por el juez en categoría propia o en la de quirografarios laborales (Vaiser).

Renace en caso de quiebra, falta de homologación del acuerdo o nulidad del mismo.

Acreedores que verifican por la vía del art. 21 inc. 1º: es distinto el caso cuando se trata de acreedor que obtiene la incorporación luego de ejercitar en tiempo –dentro del plazo fijado por el juez en la sentencia de apertura- la opción de continuar su juicio individual. Si el crédito es reconocido antes de la oportunidad que el deudor presente la categorización, el concursado deberá incluirlo dentro de las categorías a las que debe categorizar y éste podrá votar. Si es reconocido después de la propuesta, tal inclusión no será posible.

Al no ser consecuencia de ninguna actitud displicente del acreedor debe admitirse su inclusión dentro de las bases del cómputo cuando logra su respectiva categorización, con arreglo al trámite que el juez como director del proceso le asigne, antes del inicio del período de exclusividad.

*Dra. María Rosa I. Ayala Flores
Juez de la Corte de Justicia de Salta
Directora Consejo Editorial*

Propuesta académica

Departamento de Estudios e Investigaciones para la Modernización del Sistema Judicial

“Congreso Mundial de Mediación” - Coorganización

Talleres para Magistrados y Funcionarios

Fechas: 27 y 28 de septiembre.

Lugar: Aula Magna Escuela de la Magistratura; Salón Consejo de la Magistratura y Salón Tribunal Electoral.

Conferencia: “Imputación Objetiva y Derecho Penal del Enemigo”.

Disertante: *Dr. Wolfgang Schöne* (Fundador y Presidente del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal de Asunción del Paraguay, Profesor Honorario de la Universidad de Göttingen, Alemania, Miembro de la Sociedad Alemana de Derecho Comparado y de la Sociedad Hispano-Alemana de Juristas)

Fecha: 8 de octubre.

Lugar: Aula Magna Escuela de la Magistratura

Curso: “Ejecución del Fallo Mendoza”

Disertante: *Dr. Luis A. Armella* (Titular del Juzgado Federal de Quilmas), *Dra. Claudia G. Detlefsen*, *Dr. Roberto F. Minguiñón* y *Dr. Pablo E. Wilk* (Secretarios).

Fecha: 22 de octubre.

Lugar: Aula Magna Escuela de la Magistratura

“X Jornadas de Entrenamiento y Capacitación de Jueces de Paz”

Disertantes: a determinar.

Fechas: 22 y 23 de octubre.

Lugar: Aula Magna de la Escuela de la Magistratura.

“Cuarta Jornada de Profesores – Orientada al análisis crítico y al debate”

Organizan: Asociación Argentina de Derecho Procesal, JuFeJus, Corte de Justicia de Salta.

Coorganiza: Escuela de la Magistratura.

Fechas: 28 y 29 de octubre.

Lugar: Aula Magna de la Escuela de la Magistratura.

Curso: “Secuencia Comunicacional”

Capacitación Continua para Mediadores a cargo de docentes de Fundación Libra.

Fechas: 12 y 13 de noviembre.

Lugar: Aula Magna de la Escuela de la Magistratura.

Departamento de Formación Continua

“Especialización en Derecho Penal”

Modulo N° 2: *Dr. Roberto Daray*.

* Unidad 4 – La acusación particular.

* Unidad 5 – La prueba en el proceso penal.

Fecha: 16 y 17 de septiembre.

Modulo N° 3: *Dra. Roxana Piña* y *Dra. Gisela Morillo*.

* Unidad 6 – La individualización del imputado en el proceso penal.

* Unidad 7 – la decisión Judicial.

* Unidad 8 – El derecho al recurso.

Fecha: 7 y 8 de octubre

Lugar: Aula Magna de la Escuela de la Magistratura.

“Curso sobre Doctrina de Corte dictado por Secretarios letrados de la Corte de Justicia”.

Tema: Unificación de los criterios jurisprudenciales del Superior Tribunal.

Expositores: Panel de Secretario Penal - Panel de Secretario Constitucional - Panel de Secretario Contencioso Administrativo.

Fechas: 30 septiembre de 2010.

“Derecho Internacional. Instrumentos novedosos. Reglas de Brasilia”.

Tema: Reglas sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad emanada de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Expositores: *Dra. Stella Maris Martínez* (Defensora General de la Nación).

Fecha: noviembre de 2010.

DELEGACIONES DEL INTERIOR

Distrito Judicial del Norte - Delegación Orán

“II Jornadas de Derecho Laboral”

Expositores: *Dres. José Costamagna, Carlos Toselli, Raúl Altamira Gigena*

Fecha: a determinar.

Lugar: Casa de la Cultura de Orán.

“Derechos de los Consumidores y Usuarios. Funciones de la Secretaría de Defensa del Consumidor”.

Expositores: *Funcionarios de la Secretaría de Defensa del consumidor.*

Fecha: a determinar.

Lugar: Colegio de Magistrados de Orán.

“Notificaciones. Procedimiento, Requisitos”.

Expositores: *Jueces y Secretarios del Distrito Judicial del Norte – Orán.*

Fecha: a determinar.

Días: martes y Jueves .

Lugar: Colegio de Magistrados de Orán.

Distrito Judicial del Norte - Delegación Tartagal

“Curso Taller. Amparo. Habeas Data. Nuevas temáticas”.

Expositor: *Dr. Marcelo Ramón Domínguez*, (Juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial).

Fecha: octubre de 2010.

Destinado a: Magistrados y Funcionarios.

Lugar: Salón Open Plaza.

“Herramientas de Gestión”

Expositor: *CPN Donatella Berardi*

Fecha: 10 de septiembre.

Lugar: Salón de ATE.

“Inspección ocular en la escena de los hechos”

Expositor: Personal de la Policía de la Provincia.

Fecha: octubre de 2010.

Lugar: Municipalidad.

Distrito Judicial del Sur - Delegación Metán

“Levantamiento y resguardo de pruebas”

Expositor: Jefe de Pericias de Gendarmería Nacional

Fecha: 30 de septiembre de 2010

17:00 hs . a 20:00 hs.

Lugar: Sede del Colegio de Magistrados y Funcionarios.

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

Departamento de Cultura e Investigaciones
Dra. Inés del Carmen Daher

Consejo Editorial

Directora: Dra. María Rosa I. Ayala Flores

Coordinadora: Dra. María Victoria Mosmann

Consejeros:

Dr. Luis Félix Costas
Dra. Graciela Carlsen
Dra. Ana Silvia Acosta
Dra. Silvia Longarte
Dra. Lucrecia Palavecino
Dra. Marta Bossini
Dra. Marcela Lucrecia Robles

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:

Editorial Milor
500 ejemplares - Sep-2010

Registro de Propiedad Intelectual
N° 839750

Publicación en Papel
ISSN 1669-8665

Publicación On-Line
ISSN 1669-8657