

*Revista de la Facultad
de Derecho, Ciencias
Políticas y Sociales*

(VERBA IUSTITIAE)

Año XIII - n° 23

Las opiniones en los trabajos que se publican
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

© Facultad de Derecho, Ciencias Políticas
y Sociales de la Universidad de Morón

Cabildo 134 - B1708JPD Morón - Prov. de Buenos Aires
República Argentina

Tel.: 5627-2000, int. 122/125

Fax: (0054-11) 5627-4598 - e-mail: derecho@unimoron.edu.ar

ISSN: 0328-3275

Edición e impresión: EDITORIAL ASTREA

Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE MORÓN

Rector

Dr. HÉCTOR NORBERTO PORTO LEMMA

Secretario General

Dr. WALTER O. FERNÁNDEZ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Decano

Dr. Bruno Oscar Corbo

Vicedecano

Dr. Carlos Humberto Pedrini

Secretario Académico

Dr. Rubén Alberto García

Secretario Técnico

Lic. Justino Mario Bertotto

Director de Estudios y Coordinación

Dr. Carlos Alberto Rodríguez
Bustamante

Director de Investigaciones

Dr. Román Jorge Vera

Coordinador de Extensión

Dr. Ramiro Larrañaga

Consiliario Superior Titular

Dra. María Alicia del Rosario
Rizzonelli

Consiliario Superior Suplente

Dr. Joaquín Diego Carabajal

HONORABLE CONSEJO ACADÉMICO

Consejeros Titulares por los Profesores Titulares

Dr. Eduardo Jorge Monti
Dr. Pablo Gabriel Navarro
Dr. Daniel Fernando Baraglia
Dr. Luis María Díaz

Consejeros Suplentes por los Profesores Titulares

Dr. Luis Carlos Galtieri
Dr. Mario Luis Vivas
Dr. Raúl Roberto Dussaut
Dr. Carlos Juan Acosta

Consejeros Titulares por los Profesores Asociados y Adjuntos

Dr. Jorge Omar Almanza
Dr. Fernando Gabriel Bellido

Consejeros Suplentes por los Profesores Asociados y Adjuntos

Dr. Walter Oscar Fernández
Dr. Fabián Cardozo

Índice

<i>Editorial. Acuerdo con Editorial Astrea. Alcances académicos</i>	
BRUNO OSCAR CORBO	7
<i>Plan de mejoras de Extensión Universitaria de nuestra Facultad</i>	
CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ BUSTAMANTE	13
<i>Plan de investigación. De nuestra unidad académica (2013-2015)</i>	
ROMÁN JORGE VERA	31
<i>Reflexiones. Discurso del doctor Jorge O. Arana Tagle</i>	37
Los derechos adquiridos y la persona por nacer	
MARIO LUIS VIVAS - STELLA MARIS SCHIUMA	41
Observancia del derecho canónico en la República Argentina	
JORGE ANTONIO DI NICCO	57
Madres en prisión. Alcances del castigo	
ALBERTO T. FORNARO	67
Poder de policía municipal	
IVÁN DARÍO TENAGLIA	77

ÍNDICE

Cesión del paquete accionario y transferencia de la empresa. Influencia de la implementación de la sociedad unipersonal	
JORGE OSVALDO ZUNINO	129
Representación política y representación funcional. El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento. El fallo “Rizzo” abre el debate	
DANIEL FERNANDO BARAGLIA	139
El juicio por jurados	
CARLOS ACOSTA	153

Editorial

ACUERDO CON EDITORIAL ASTREA. ALCANCES ACADÉMICOS

“La producción científica es una expresión que engloba procesos y productos distintos, personas, asociaciones, agencias financiadoras y sus múltiples consumidores”.

(GERALDINA PORTO WITTER*)

Desde la Antigüedad, las comunidades científicas tuvieron la necesidad de producir, comunicar y difundir sus nuevos aportes¹. Esta formalización del conocimiento se realizaba mediante un sistema de difusión epistolar “punto a punto”, o sea, por correspondencia. Con el surgimiento de la imprenta y la prensa, este sistema dejó de ser eficiente y dio lugar a la aparición de los periódicos generales, que se convertirían más tarde en especializados de opinión académica, y luego, en revistas científicas de aparición periódica. Entre las primeras revistas científicas figuran “Le Journal des Sçavans”, de Francia, y la “Philosophical Transactions”, de la Royal Society en Inglaterra como los primeros referentes de la publicación de producción científica.

Actualmente, puede definirse a la producción científica (PC) como la etapa expresiva del conocimiento generado,

* Doctora en Ciencias, Universidad de San Pablo.

¹ La Academia de Lincei (1600-1630) en Roma, la Academia del Cimento (1651-1657) en Florencia, y la Royal Society de Londres (1622) entre otras, son las primeras y más reconocidas. La publicación de resultados científicos entre estas sociedades se realizaba a través del intercambio epistolar conocido como “Republique des Lettres”, por su carácter público.

más que un conjunto de documentos almacenados en una institución de información. Se considera también que contempla todas las actividades académicas y científicas de un investigador. Este fenómeno se encuentra ligado a la mayoría de los acontecimientos en los que se ven involucradas las personas, cotidianamente, por lo que su evaluación, tendiendo al resultado de los trabajos de investigación e innovación, no es una práctica reciente en las diversas áreas disciplinares. En las últimas dos décadas, hablar de producción es referirse al resultado en forma de publicaciones de trabajos de investigación y de innovación en las respectivas áreas disciplinares. El objeto de esta editorial es la ciencia jurídica.

Es necesario aclarar la tensión intelectual existente entre “productividad científica” y “producción bibliográfica”. La primera es la generación o creación de conocimientos jurídicos (nuevas teorías, nuevos métodos y procedimientos de investigación, nuevos productos científicos, etc.) y puede generar uno o más artículos por cada uno de dichos aportes obtenidos. El segundo concepto constituye un conjunto de documentos escritos que comunican el resultado de un determinado trabajo científico.

Para nuestro entender, las publicaciones científicas jurídicas son depositarias de los conocimientos documentales que el derecho acumula, y constituyen una manera de transmitir dichos conocimientos, debido a que no es posible el proceso de transmisión directa por aquellos que la producen o poseen, a todos y cada uno de los que la necesitan. La ciencia jurídica tiene una naturaleza sucesiva e internacional y se basa en los conocimientos acumulados por las anteriores generaciones, por lo que los documentos escritos, libros, artículos de revistas y otras publicaciones en las que los científicos exponen los resultados de sus trabajos constituyen el mejor medio de divulgación.

Es deber de la academia generar nuevos conocimientos y es también una responsabilidad comunicarlos a la comunidad científica, pues lo que no forme parte de las estadísticas internacionales no es investigación.

Este Decanato tiene la convicción de que el análisis estadístico de la producción científica, con propósitos y métodos diversos, permite llegar a resultados usados como indicadores para analizar y registrar quién, cómo, por qué, cuándo y qué fue producido y que su evaluación, vista a través de su aplicación en el marco de las funciones sustantivas, juega un papel determinante en el subsistema de investigación, extensión y docente, como parte de las herramientas empleadas en la ampliación, actualización y profundización del estado del arte jurídico.

En tal sentido, se nos hizo necesario elegir una empresa editorial jurídica argentina, que nos ayudase a materializar nuestro concepto del ciclo de producción y publicación de resultados de las tareas pertinentes a nuestros dos centros de estudios, el Centro de Estudios Estratégicos en Seguridad Humana y el Centro de Estudios Jurídicos Avanzados.

La EDITORIAL ASTREA, empresa de origen nacional, fue fundada en 1968 y ha publicado gran cantidad de títulos que han contribuido notoriamente al aprendizaje, evolución y difusión del Derecho en el mundo. Todas sus ediciones son cuidadosamente dirigidas y controladas para lograr que el libro sea de alta calidad, tanto en lo que respecta al prestigio de sus autores, como al esmerado acabado técnico de cada edición.

Entre la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales y dicha Editorial se estableció un acuerdo general que se puede referir expositivamente en tres aspectos estratégicos básicos.

a) *Complemento editorial.* En este orden, los alcances del acuerdo son, sustancialmente, los siguientes:

1) La Editorial tendrá a su cargo la publicación de las revistas de la Facultad, colaborando en la instrumentación de las publicaciones con referato.

2) Se realizarán coediciones que llevarán el logo de ASTREA y de la Universidad, en trabajos de profesores de la casa y de otros destacados autores de la Editorial, con la consecuente difusión nacional e internacional.

3) Se facilitará la publicación de los manuales y textos de estudio elaborados por las cátedras.

4) La vinculación con la Editorial redundará en beneficios para las actividades de extensión, al relacionar directamente la Facultad con los más destacados especialistas y doctrinarios.

5) Se facilitará la publicación de trabajos de investigación y de doctrina en las páginas web de la Editorial.

b) *Provisión de bibliotecas completas para los Anexos.* Se convino la provisión de ocho bibliotecas que incluyen, cada una, todas las obras del sello editorial ASTREA en soporte papel con destino a los Anexos de la Facultad.

c) *Incorporación del servicio "ASTREA VIRTUAL".* La Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón ha sido la primera en concretar la prestación de este servicio, único en el país, que consiste en la puesta a disposición de los docentes y alumnos de todo el fondo de EDITORIAL ASTREA en soporte virtual, con un potente buscador que, en segundos, ubica al consultor por temas, materia o autor y es utilizable desde cualquier medio con acceso a Internet.

El paso dado en este tema es verdaderamente novedoso y anticipatorio de lo que, sin duda, será moneda corriente en un futuro próximo. Entre sus ventajas podemos resumir las siguientes.

1) Acceso inmediato a la obra o tema buscado desde cualquier lugar con acceso a Internet, lo que permite la consulta o el trabajo, incluso desde el aula. De más está destacar su importancia adicional para los Anexos o los proyectos de educación a distancia.

2) Posibilidad de que el docente promueva como material de estudio obras que, de otro modo, serían de difícil consulta, sea por precio, extensión, etc., dado que el alumno accede a ellas sin costo alguno y se pueden indicar temas parciales.

3) Erradicación de hecho de apuntes y resúmenes de baja calidad al caer todas las razones que los justificaban hasta el momento.

4) Posibilidad de que las cátedras elaboren sus textos, incluso por separatas, y sean inmediatamente publicados, con todos los cuidados del sello editorial, en coedición con la Universidad.

5) La publicación de las obras en coedición con la Universidad alcanzan por este sistema inmediata difusión internacional.

6) Es de destacar que, no obstante estar a cargo del presupuesto de Derecho, el servicio beneficiará a todos los alumnos y docentes de grado y posgrado de las demás Facultades.

Ahora bien, este evento, junto con la dinamización de las funciones sustantivas de investigación y extensión universitaria, la creación de los centros de estudios avanzados, la incorporación de docentes con carrera de investigadores en instituciones prestigiadas, la acreditación de carreras de posgrado, el diseño de nuevas carreras de grado y la actualización de los planes de estudio vigentes, entre otras acciones, constituyen pasos concretos de la vocación del logro de la excelencia en nuestra querida Facultad.

En esta vocación de mejora, junto con la EDITORIAL ASTREA comenzamos a imaginar y a planificar la disponibilidad futura de una publicación indexada, es decir, con un índice que, en sentido documental, se desempeñe como un instrumento de almacenamiento selectivo de información que facilita la recuperación posterior del documento².

Para este propósito será necesario definir los criterios de calidad, que pueden ser agrupados en: calidad del contenido

² La indexación supone un proceso de selección por parte de organizaciones documentarias. Al producto de este proceso se lo denomina "información secundaria" y se vende en el mercado de la información; si es realizado por instituciones, se hace como producto del trabajo cooperativo entre varias de éstas. Por ejemplo, el Centro de Información y Documentación Científica de España (CINDOC) indiza las publicaciones periódicas del país y produce tres bases de datos organizadas por campos del conocimiento. Para ello selecciona sólo las revistas científicas que tengan un alto nivel de calidad, pues los índices, contenidos en las bases de datos, están dirigidos a un usuario objetivo: los investigadores.

de la investigación, características técnicas o formales o el uso por parte de la comunidad científica (o impacto). En algunos casos, la aplicación de estos criterios nos da como resultado que la selección tiene un valor comercial. No obstante, existen alternativas de democratizar el conocimiento mediante los proyectos cooperativos, no lucrativos³. Todos ellos se desarrollan dentro del concepto de libre acceso (*open access*) y se caracterizan por utilizar Internet para que las bases de datos estén a disposición de quien las quiera utilizar.

En todos los casos, el libre acceso no quiere decir que en las bases de datos cabe de todo, sino que también se realiza un proceso de selección, tanto o más riguroso, dependiendo de los objetivos que les dieron origen. El libre acceso es una corriente que actualmente ha venido permeando estos procesos y, sobre todo, está siendo estimulada por las universidades, donde se encuentran los principales usuarios de estas bases de datos.

Así entendemos los conceptos de producción y publicación científica, imaginamos en prospectiva su futuro inmediato y para concretarlo nos unimos a la EDITORIAL ASTREA, la que nos permitirá extender nuestro ámbito institucional y mejorar nuestra excelencia educativa y en investigación jurídica, tal como lo soñáramos en la década de los 70 con Héctor Norberto Porto Lemma, cuando éramos funcionarios de segunda línea de esta querida Facultad.

Dr. BRUNO OSCAR CORBO

Decano

³ Se destacan Latindex, SCielo, Infobila, Clase, Periódica, entre otros.

*Plan de mejoras de Extensión Universitaria de nuestra Facultad**

Desde la Coordinación de Extensión Universitaria de nuestra Facultad, área ésta que se interrelaciona con el resto de las áreas que forman parte de nuestro Decanato, especialmente con la Dirección de Investigación, a cargo del Dr. Román Jorge Vera, y el resto de las dependencias que componen la Universidad, se ha dado comienzo a un proceso de cambio, transformación y mejora, tal las directivas recibidas por parte del Sr. Decano, Dr. Bruno Oscar Corbo, en el que se ha puesto en la mira los objetivos planteados por el “Programa de Extensión Universitaria” de la Universidad de Morón, en pro de adecuar las políticas de trabajo al mencionado programa.

Es dable destacar, antes de comenzar el desarrollo, que la Facultad asume como propio el precepto descrito en el punto uno sobre la función de Extensión Universitaria de la Universidad de Morón del Programa de Extensión Universitaria, en el sentido que toda la actividad que se desarrolla tiene como objeto primordial fortalecer la pertenencia regional, entendida en sentido amplio, para lo que diagrama tareas consistentes en dos grandes frentes de acción, intra y extra muros, adecuándola a los objetivos descritos en el Programa.

* Informe presentado por el Dr. Carlos Rodríguez Bustamante (Coordinador de Extensión Universitaria), en la Reunión del Honorable Consejo Académico de la Facultad, realizada el 7 de noviembre de 2013.

Vale decir que se pretende llegar hacia adentro de nuestra casa a todos los integrantes de nuestra comunidad educativa, sean directivos, docentes, alumnos e incluso personal administrativo, con el objeto de entregar todos los recursos con los que se cuenta para un mejor desarrollo de la actividad educativa, pero también, y fundamentalmente, el trabajo apunta hacia afuera de los muros de la comunidad educativa, es decir, a la sociedad en su conjunto, interpretando la pertenencia regional con un alcance significativo, más allá de la zona aledaña, más allá de la provincia e incluso más allá de los límites del país.

La Extensión Universitaria procura fundamentalmente la transferencia de los saberes, en condiciones de alta calidad y óptima adecuación a las necesidades presentes y futuras del escenario económico y social de la sociedad en general. Extensión se encuentra ligada, por una parte, al desarrollo relativo de la institución y al nivel de excelencia logrado por sus investigadores y especialistas. Por otra parte, se relaciona con las necesidades estructurales de la sociedad.

Esta adecuación entre el conocimiento de alto nivel acumulado, el capital humano disponible y los problemas más críticos del desarrollo económico y social, constituye el sujeto mismo de la extensión.

Tal como se expresara en el Plan Integral de Fortalecimiento del área de Extensión Universitaria, se impulsa el desarrollo institucional de modo tal que se establezca una coordinación entre las propuestas académicas, se articule la continuidad de los distintos proyectos académicos, institucionales, de investigación, asociarlos con nuestros docentes, con las investigaciones en curso y en aquellos casos que sea posible generar los escenarios para su financiamiento.

En tal sentido, desde el segundo semestre del año 2013 se ha profundizado la planificación y realización de actividades que alcanzan a los distintos sectores de nuestra población, tal el caso, por ejemplo, de la reciente firma del Convenio de Participación, Integración e Intercambio suscripto entre las autoridades de nuestra casa de altos estudios y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actividades éstas que ya

dieron comienzo y que involucran a recién graduados, profesionales en ejercicio, directivos de nuestra Facultad y de la Universidad, docentes e, incluso, alumnos avanzados del último año.

Asimismo, se ha establecido un lugar físico concreto dentro del Decanato de Derecho, en el que funcionan tanto la Coordinación de Extensión Universitaria como la Dirección de Investigación, lo que permite, desde luego, una mayor organización para un mejor desarrollo de las diversas actividades y la planificación que se adecuen al Programa.

En cuanto al Plan de Mejoras y las concretas debilidades que presenta nuestra área, pasamos a dar respuesta mediante el capítulo Indicadores de cada uno de ellos.

Es así que, en *primer término*, nos referimos al número de proyectos de Extensión por carrera, cuyo impacto es el plan de estudios en el marco de las Líneas y Proyectos, describiendo ab initio la composición del espectro que nos rodea y sobre el que tenemos nuestra área de influencia.

La Facultad de Derecho actualmente está compuesta por cinco carreras de grado y cuatro de posgrado:

CARRERAS DE GRADO

1. Abogacía
2. Seguridad
3. Criminalística
4. Ciencias Políticas
5. Relaciones Internacionales

CARRERAS DE POSGRADO

1. Especialista en Función Judicial
2. Políticas Públicas de Seguridad
3. Doctorado en Ciencias Jurídicas
4. Notariado

En el caso de la carrera de grado de Seguridad, mediante Convenio vigente, se ha puesto a disposición de los Municipios de la Provincia de Buenos Aires, en una primera etapa, los “Juegos de Simulación”, en los que se brinda asesoramiento y capacitación a los distintos agentes que conforman cada comuna.

En la actualidad se encuentra planificado el desarrollo de los Juegos con cuatro Municipios de la Provincia.

Otra de las actividades que se encuentra en pleno proceso de desarrollo y que involucra tanto a la carrera de Abogacía como al Doctorado en Ciencias Jurídicas, es la creación de un espacio de asesoramiento institucional y de investigación, en el marco de la reciente creación del Observatorio de la Ancianidad y Derechos de la Vejez, cuya Directora es la Dra. María Isolina Dabove.

La creación de este espacio se concreta a través de una iniciativa del Sr. Decano de comenzar a trabajar en una de las áreas de nuestra sociedad que más desprotegida se encuentra, y que necesita de la investigación a fin de encontrar un mecanismo que nutra de una verdadera protección legal y humana a los mayores.

En esa idea de pensamiento se realizó la I Jornada Nacional de Derecho de la Ancianidad y Políticas Gerontológicas, con la participación y adhesión de Instituciones como UM - Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, PAMI - INSSJP, Unidad de Investigación sobre Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Instituto del Derecho a la Ancianidad y Políticas Gerontológicas - CAM, Centro de Investigaciones de Derecho de la Ancianidad de Rosario, Asociación de Abogados Previsionalistas, Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, entre otras entidades, y fue ese el marco que dio nacimiento al Observatorio.

Asimismo, está en funcionamiento el Observatorio de Medio Ambiente, que persigue un proyecto ambicioso en esa materia.

Para terminar, no es menor mencionar que en el marco de las carreras de grado de Abogacía, Criminalística, Seguridad y de posgrado Doctorado en Ciencias Jurídicas, se vienen realizando infinidad de actividades que no sólo alcanzan a los involucrados con cada uno de ellas, sino que, además, están abiertas a la comunidad en general comenzando por nuestro universo, tal el caso del alumnado en general, como la sociedad, claro está que en distinta medida según el tema concreto.

En otro orden, dentro del mismo capítulo se destaca que se ha fijado la primera convocatoria por parte de la coordinación de Extensión Universitaria de los directores de todas las carreras de nuestra unidad académica, para el día 7 de noviembre de 2013.

Asimismo, se ha presentado al Honorable Consejo Académico para que apruebe la convocatoria y sus objetivos, mediante la utilización del formulario que nos llegara del Ministerio de Educación de la Nación.

Actualmente está dando comienzo el Curso de “Fotografía Forense”, desarrollado por la Licenciatura en Seguridad y que tiene como objetivo todas las unidades académicas de nuestra Universidad que tengan alguna incumbencia con el tema.

En un *segundo término*, nos referimos al número de actividades de articulación interdisciplinaria por unidad académica, que involucran concretamente las líneas de investigación interdisciplinaria, enmarcada en las actividades interfacultades.

Nuestro grupo de investigadores ha desarrollado las líneas de investigación interdisciplinarias, que responden a las prioridades establecidas, para la Facultad y la sociedad en una clara articulación entre los docentes, la investigación, la formación de investigadores, pero sobre cuestiones de aplicación social que sustentan la pertenencia regional.

La investigación atiende esas cuestiones, pero con la inclusión de Extensión Universitaria, que es el camino de enlace con el exterior de nuestra casa; asimismo, se interrelacionan Derecho con Ciencias Políticas, Derecho con Seguridad, Derecho con Criminalística, en fin, Derecho con cada una de las demás carreras y viceversa, es decir, que las líneas de investigación son de naturaleza interdisciplinaria y reúnen intereses comunes a todas las áreas de conocimiento que las carreras de grado y posgrado involucran, así, por ejemplo: el “Proyecto de Investigación realizado entre Derecho y la Magistratura”, que en una primera etapa alcanzara el Departamento Judicial de Morón, para luego expandirse al resto de las Magistraturas de los demás Departamentos Judiciales.

En cuanto a las líneas de investigación en concreto, aprobadas por el Honorable Consejo Académico de nuestra Unidad Académica, resulta necesario transcribirlas, sin perjuicio de que se encuentren detalladas en el artículo del Dr. Vera sobre el plan de investigación.

I. *Sociedad. Estado. Políticas públicas y calidad institucional*

El objetivo de esta línea de investigación es generar nuevos conocimientos acerca de temáticas ligadas tanto a la ciencia política como al derecho y a la seguridad humana. La institucionalidad democrática es la pieza central de esta línea de investigación, que sirve como núcleo para derivar a otras vacantes.

II. *Seguridad humana e inclusión social. Ciudadanía. Derechos humanos y nuevas formas de participación*

Esta línea de investigación se propone incidir en el estudio sobre las garantías constitucionales, la seguridad humana y sus aplicaciones prácticas, con el fin de contribuir al desarrollo de una sociedad que amplíe equitativamente las capacidades de las personas y sus oportunidades de realización. Asimismo, se busca estimular la contribución de las carreras al desarrollo local mediante la utilización de los resultados de las actividades de Investigación y Desarrollo, Vinculación y Transferencia, para el abordaje de las necesidades de desarrollo locales y regionales.

III. *Métodos alternativos para la resolución de conflictos. Negociación. Mediación y manejo de crisis*

Generar nuevos conocimientos en relación con los métodos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación, mediación, instancias prejudiciales. Asimismo, profundizar el co-

nocimiento de la resolución de controversias en el plano de la Seguridad tanto Pública como Privada, en especial sobre las Políticas Públicas y Planeamiento de Seguridad, los Delitos Complejos, Narcotráfico, la Seguridad Informática, la Ambiental, Industrial, Bancaria. La Seguridad Social y la Violencia. La Seguridad Internacional, incluyendo las Crisis y los Conflictos. Participan saberes del derecho, la política, la criminalística y la seguridad.

IV. *Actualización y mejora de técnicas de enseñanza, evaluación e investigación en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales*

La intención es promover el mejoramiento de la calidad de la enseñanza de las diferentes carreras de la facultad. Asimismo, se busca estimular la convergencia y cooperación de las carreras para evitar la superposición y dispersión de esfuerzos educativos y propender al aprovechamiento conjunto de los recursos físicos y humanos.

V. *Sociedad. Relaciones entre particulares y calidad institucional*

Tiene como finalidad generar, describir y difundir nuevos conocimientos para regular relaciones entre particulares y contribuir al mantenimiento de la paz social.

Todas las líneas de investigación cuentan con la participación de Extensión, tanto sea en orden externo como también en el interno, y lo que se pretende es transferir los alcances, es decir, los resultados a las demás unidades académicas, como a nuestro Departamento Judicial, en principio.

Por otra parte, no es menor el desafío que implica la Implementación del Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón (CEJA), a cargo de su Coordinador Dr. Jorge Osvaldo Zunino, quien en la publicación "*Verba Iustitiae*" (Anuario de Extensión de la Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales - Año XII, n° 22, p. 17 - Diciembre

de 2012), nos ilustra con extrema claridad sobre los objetivos perseguidos y de su lectura se desprende cuál será específicamente la intervención o participación del área de Extensión.

En *tercer término*, hacemos referencia al número de actividades de vinculación con la sociedad/carrera. También al número de docentes y alumnos involucrados por carrera.

Se debe optimizar la acción, de manera articulada y funcional entre las distintas áreas y niveles de nuestra casa y con las demás instituciones, en interlocución con los actores del mundo educativo y productivo.

En tal sentido, en la actualidad se están desarrollando tres proyectos, en las distintas áreas que involucran a las diversas carreras de grado y posgrado, como ya se explicara, y que son:

- “Los Juegos de Simulación Municipal”, que están dando inicio en cuatro Municipios al mismo tiempo, con la intervención de: cuatro profesores, pertenecientes a las carreras de grado en Seguridad y de posgrado en Políticas Públicas de Seguridad. Actualmente la están cursando ocho alumnos, que al final del proceso se recibirán en “Especialista en Políticas Públicas de Seguridad”.

- “Estudios de Seguridad”, que actualmente cuenta con la participación de tres profesores, dos de ellos licenciados y uno magister en seguridad. Cuenta con una matrícula de veinte inscriptos.

- “El Observatorio de la Ancianidad y Derechos de la Vejez”, por su parte, cuenta con cuatro profesores, quienes a su vez revisten las categorías de profesores doctorados y profesores invitados, contando la citada con la participación de dos alumnos, tratándose de una actividad recientemente creada.

Finalmente, en *cuarto término*, toca describir el número de actividades de articulación interinstitucional por unidad académica, consistente en cooperación e investigación, que se encuentran encuadradas a partir de la firma de diversos convenios de nuestra Facultad con las demás instituciones.

La Facultad, a través de Extensión, tiene entre sus misiones y funciones la construcción y transmisión de conocimientos mediante actividades docentes y de investigación y promocionar vínculos con la comunidad por medio de actividades de extensión y educación continua, de asesoramiento técnico, cooperación y colaboración, entre otros objetivos primarios, destinados tanto a profesionales del área, como también a todos los miembros de la comunidad.

En tal sentido, se han firmado convenios de distinta naturaleza con la diversidad que nos presenta en espectro, con el fin de consolidar aún más los lazos con estas instituciones, para que en conjunto los resultados obtenidos lleguen a la comunidad, logrando así fortalecer la presencia y en consecuencia la pertenencia regional.

Se han firmado convenios con:

- La Fundación CIJUSO, que no es otra que el brazo académico del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, teniendo en consecuencia una llegada global a todo el universo de abogados de la citada provincia. Entre las actividades más destacadas se encuentra la de elaborar y organizar cursos presenciales y a distancia, jornadas, congresos, charlas, entre otras tantas actividades de corte académico-investigativo, en las cuales nuestra Facultad ha participado y actualmente continúa haciéndolo, desde el aporte de los resultados de la experiencia de nuestra labor cotidiana, el aporte de nuestros docentes para el dictado de los cursos y la participación en los distintos congresos que cotidianamente se realizan.

En particular, se ha creado la carrera de Derecho Procesal Administrativo Bonaerense, que cuenta con seis investigaciones y que comenzará su dictado próximamente, en el Departamento Judicial de San Martín.

- Los Colegios de Abogados de los Departamentos Judiciales de Morón, La Matanza, Mar del Plata, Mercedes, San Martín, en los que se dicta el “Curso Superior de Posgrado en Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia”.

Asimismo, en Morón se dicta la Carrera en Especialización Judicial, dando comienzo su dictado en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Matanza.

Al estar en proceso la elaboración de nuevas propuestas académicas, en razón de los requerimientos que desde los Colegios se han practicado, teniendo en cuenta que en cada caso la realidad fáctica social es distinta, se debe entonces adecuar las carreras o cursos a ellos, en pro de brindar un servicio cuyo resultado sea de utilidad social.

- Asociaciones de magistrados, que persiguen actualizaciones no sólo en materia académica, sino en cada una de las áreas o fueros que forman parte del mundo judicial, es así que en particular se ha dado prioridad a todas las cuestiones de seguridad, elaborándose planes de estudio y actualización que permitan llegar con una respuesta rápida a la demanda que hoy tiene la región para con sus autoridades.

- Con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la cual se firmó el Convenio de Participación, Integración e Intercambio, actividades éstas que ya dieron comienzo y que involucran a recién graduados, profesionales en ejercicio, directivos de nuestra Facultad y de la Universidad, docentes e incluso alumnos avanzados del último año.

- En materia de seguridad, con el Servicio Penitenciario Nacional y Gendarmería Nacional, dictándose la carrera de Licenciatura en Seguridad - Ciclo REI.

- Con el Gobierno de la Provincia de Misiones, para el dictado de la carrera de grado Licenciatura en Seguridad - Ciclo REI y Licenciatura en Criminalística.

- Con las autoridades de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, en la que ha dado comienzo el dictado de la carrera de posgrado de Especialización en la Función Judicial.

- Próximamente se estará firmando convenio marco con los Colegios de Abogados de Trenque Lauquen y de Quilmes, en un principio para el dictado del Curso Superior de Posgra-

do en Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, en ambos Colegios.

Se está actualmente trabajando en la concreción de la firma de un convenio con la Universidad de Perugia (Italia), en el que la UNIPG ha propuesto el Doctorado cuyo objetivo consiste en formar profesionales altamente calificados, que conozcan en profundidad los procesos de integración en Europa y otras regiones del mundo.

Nuestra Universidad participaría en las actividades científicas, formativas y de investigación del Doctorado de UNIPG, dado que la UM tiene instituido un Doctorado en Derecho con contenidos análogos con el Doctorado de la UNIPG, cuya meta final sería la extensión de un título conjunto.

Finalmente, cabe agregar las actividades académicas que la Facultad de Derecho ha realizado durante el año 2013, las que principalmente están dirigidas a los docentes, egresados, estudiantes de todas sus carreras de grado y posgrado, como también a los integrantes de las demás unidades académicas de nuestra Universidad y a la comunidad toda, canalizando su difusión –en principio– por medio de las instituciones locales con las que se tiene convenio y que a su vez alcanzan a otras instituciones.

Para ello se ha tenido en cuenta el Plan Integral de Extensión Universitaria que fuera presentado en el año 2012 con objetivos concretos destinados a establecer los Fundamentos, los Ejes de Trabajo y los Resultados Finales, tal como se publicara en la revista “*Verba Iustitiae*” (Anuario de Extensión de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - Año XII, n° 22, p. 13).

En ese sentido, es de destacar que el Programa correspondiente al corriente año se ha ido conformando de acuerdo con las necesidades, propuestas y conveniencias que desde cada sector, docentes, alumnos, instituciones, carreras de grado y posgrado fueron planteando.

Asimismo, se hizo llegar las publicaciones “*Verba Iustitiae*” (Anuario de Investigación de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - Año XI, n° 21) y “*Verba Iustitiae*”

(Anuario de Extensión de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - Año XII, n° 22) a diecinueve Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, a las Facultades de Derecho de todo el país, en pro de generar un intercambio que sirva para el mutuo enriquecimiento y transferencia de conocimientos.

Durante el año 2013 y hasta la fecha de este presente informe se llevaron a cabo las siguientes actividades:

- *I Jornada Nacional de Derecho de la Ancianidad y Políticas Gerontológicas*, organizadas por nuestra Facultad y la participación de instituciones tanto locales como provinciales y nacionales, desarrollándose durante dos jornadas completas, tratándose diversos temas relacionados con la ancianidad y sus derechos.

- *V Jornada de Derecho Penal Tributario “Actualidad de la Ley Penal Tributaria”*, organizadas por nuestra Facultad, que se desarrolló en una jornada abarcando temas tales como “La reforma tributaria”, “La ley penal más benigna”, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” y la “Posición de la defensa ante la reforma de la ley”.

- *II Jornadas Internacionales de Derecho Civil y Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, las que el Sr. Decano declaró de interés académico mediante res. 1101/13, asistiendo en representación de nuestra casa el Coordinador de Extensión Universitaria.

- *Teatralización de Juicio Oral*, organizadas por el Director de la carrera de Derecho de nuestra Facultad, destinado a alumnos, docentes y egresados, mostrando cómo se desarrolla un juicio oral en la práctica.

- *Jornada de Investigación del Doctorado en Ciencias Jurídicas - Integración Latinoamericana - UNASUR*, organizadas por el Doctorado en Ciencias Jurídicas, con la participación de los Dres. Jorge Román Vera, Calógero Pizzolo, José Augusto Fontoura Costa (Brasil) y Stella Maris Biocca, Directora del Doctorado.

- *XXXVII Jornadas de Filosofía de la Historia - Los Pactos Preexistentes*, organizados por el Instituto de Filosofía de la Historia “Padre Leandro Castellani”, cuyo Director es el Dr. Ricardo Fraga, docente de la Facultad.

- *VIII Jornada Criminalística de la Universidad de Morón*, organizada por el Sr. Decano de la facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Dr. Bruno Oscar Corbo y el Director de la Carrera de Abogacía Dr. Roberto Ernesto Babington. El evento contó con la presencia de prestigiosos juristas, magistrados e invitados especiales de los distintos Departamentos Judiciales, asimismo, se entregó el Doctorado Honoris Causa al Dr. Osvaldo Hugo Raffo.

- *Poderes del Estado / Formas de Gobierno y Estado - Vigencia del Federalismo en Argentina*, organizadas por las cátedras de Derecho Político de nuestra Facultad. La Jornada se llevará a cabo en la sede Nuevo Sol - Anexo Caballito - CABA, siendo la temática a tratar:

- Los Estados Unitarios en la República Argentina.
- La regionalización. Casos de las Provincias de Buenos Aires y Córdoba, CABA y el Municipio de La Matanza.

- *Curso de Fotografía Pericial*, organizado por los responsables de la carrera de grado Licenciatura en Seguridad, cuyo objetivo general es que se llegue a comprender el principio fundamental de la fotografía y en función de ello se utilice la cámara fotográfica para reflejar indicios y evidencias. Ésta se realizará en ocho jornadas.

- *VI Jornada de Derecho Penal Tributario*, organizadas por las cátedras de Derecho Tributario, con la participación de los Dres. Eduardo Laguzzi, Juan Carlos Pérez Colman, Alfonsina Bava, Daniel Compagnucci y Pamela Negro Weston.

- *Jornadas sobre Corrupción*, a realizarse en la Sede Tomás Devoto - Anexo Villa Urquiza - CABA, siendo los temas de las disertaciones: Normativa Internacional y Nacional, Organismos de Contralor: OEA - ONU, Organizaciones No Gu-

bernamentales - ONG y Ética Pública, estando a cargo las disertaciones del Lic. Pablo Secchi (Director Ejecutivo Poder Ciudadano), Dr. Diego Armesto (Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Moreniano), Dra. María Alejandra Provítola (Letrada del Ministerio Público Fiscal), Posgrado en Reglas Internacionales contra la corrupción, moderado por el Dr. Luis Carlos Galtieri.

- *Mesa debate - “El Derecho Penal y la Seguridad”*, organizada por el CEJA y la Dirección de la carrera, estando las disertaciones a cargo de prestigiosos juristas docentes, miembros del Poder Judicial, entre otros, los Dres. Ricardo Borinsky, Alberto Silvestrini, Osvaldo Camilo Baccini, Alberto Fornaro, Roberto Babington, Ricardo Fraga, Edgardo Gibilisco y Jorge Rodríguez, en procura de arribar a conclusiones que sean de utilidad a la sociedad en su conjunto.

- *Jornada sobre Trata de Personas*, organizadas por el Centro de Estudios Estratégicos en Seguridad Humana, abarcando esta problemática no exclusivamente desde el punto de vista de la seguridad pública y ciudadana, sino fundamentalmente su relación con la violación de los derechos humanos, contando con prestigiosos disertantes abogados en dicha temática.

- *I Jornadas Preparatorias del Congreso Nacional del XX Aniversario de la Reforma de la Ley de Quiebras*, organizadas por las cátedras de Derecho Comercial de nuestra Facultad, con la participación de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

- *Jornada sobre Accidentología Vial*, la cuál se llevará a cabo en dos jornadas, está orientada para que los asistentes logren comprender la importancia de los datos recolectados en una investigación de accidente de tráfico, organizado por el Centro de Estudios Estratégicos en Seguridad Humana.

- *Jornadas sobre Narcotráfico*, moderadas por el Dr. Luis Carlos Galtieri, docente de nuestra Facultad, con disertaciones a cargo de Dr. Roberto Babington (Director Carrera Dere-

cho UM), Dr. Diego Carbone (Consultor SEDRONAR. Especializado en Organismos de Contralor y Precursores Químicos, Posgrado en Derecho Penal), Dra. María Florencia Farinela (Secretaría Federal en lo Criminal y Correccional de San Isidro, Titular de Secretaría Especializada en Narcotráfico y Trata de Personas, Posgrado en Derecho Penal).

- *Jornadas sobre Lavado de Activos*, dado que se trata de un tema de actualidad, con disertaciones a cargo de Dra. Carolina Galtieri (Abogada especializada en lavado de activos. Funcionaria del área lavado de la Lotería Nacional), Dr. Marcelo Casanovas (Titular del área antilavado del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Docente UBA), Dr. Marcelo Lerner (Posgrado en Derecho Penal Tributario UBA, contador público UBA).

- *Ciclo de Conferencias - 1ª Conferencia: "Acceso a una Justicia Clara, Transparente, Confiable y Justa"*, disertación a cargo del Dr. Ricardo Borinsky, organizada por el CEJA.

En la inteligencia de dar una respuesta orgánica y acabada a la demanda de la sociedad en la región, se está trabajando en próximas reuniones con los directores de todas las carreras y autoridades de instituciones a fin de preparar el programa correspondiente al año 2014, evitar superposiciones y especialmente atender a las demandas sociales y humanas intra y extra muros que en definitiva permitirán afianzar la pertenencia regional.

Basados en el Programa de Extensión Universitaria, la propuesta es realizar una planificación semestral, que organice la tarea, con actividades que tendrán como pilar fundamental las cinco líneas de investigación que se platearon en el desarrollo de este informe.

Se trata entonces de actividades extracurriculares y de transferencia que alcancen a la sociedad, las demás unidades académicas e instituciones. En ese sentido y sólo para dar un ejemplo, en el año 2012 se realizaron actividades en ese orden tales como el Teatro Gratuito en la Universidad de Morón y la Presentación del Libro del Dr. Pablo Baccaro: "*Fue-*

go 6,2,1. *El hundimiento del Belgrano: el hecho y la ley de la Guerra*".

Durante el año 2013, y siguiendo el mismo rumbo que ya se mencionara se realizó la I Jornada Nacional de Derecho de la Ancianidad y Políticas Gerontológicas, que involucró la participación de diversas instituciones locales y regionales. Se está llevando a cabo el Curso de Fotografía Forense con una duración de ocho jornadas destinado a distintos sectores de la sociedad y recientemente se concretó la firma del Convenio de Participación, Integración e Intercambio suscrito entre nuestra Casa de Altos Estudios y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actividades éstas que ya dieron comienzo y que involucran a recién graduados, profesionales en ejercicio, directivos de nuestra Facultad y de la Universidad, docentes e incluso alumnos avanzados del último año.

Sólo resta agregar que de conformidad a las instrucciones impartidas por el Sr. Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Dr. Bruno Oscar Corbo, se está trabajando para adecuar las actividades del área de Extensión Universitaria en el sentido de lograr una concreta interrelación con los demás actores de la sociedad, tanto técnicos, como humanos.

Debemos pensar que las actividades de Extensión Universitaria tienen como destinatarios finales a la sociedad en general, los sectores carentes y marginados, las empresas productivas de bienes y servicios, el sector público e incluso a las ONGs y la propia comunidad universitaria en todos sus estamentos.

Tal como se dejara de resalto al inicio de este informe, es voluntad: que toda la actividad que se desarrolla tiene como objeto primordial fortalecer la pertenencia regional, por lo tanto la Extensión Universitaria intenta ofrecer algo a la sociedad y enriquecerla en su bagaje cultural, brindarle una herramienta, una idea, un conocimiento, una creación, informar y compartir una técnica, un invento, un descubrimiento, un avance, que puede ser reflejado en un libro, un proyecto de ley o una mejor calidad de vida, por ello se diagraman tareas

y actividades intra y extra muros, adecuándolas a los objetivos descritos en el Plan de Mejoras del Programa de Extensión Universitaria.

DR. CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ BUSTAMANTE

Coordinador de Extensión Universitaria
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas
y Sociales, Universidad de Morón

*Plan de investigación**

DE NUESTRA UNIDAD ACADÉMICA (2013-2015)**

El Plan propio de Investigación de esta unidad académica pretende ser una herramienta fundamental para apoyar, promover y estimular la investigación en consonancia con la normativa nacional y las normas estatutarias vigentes.

Se constituye también como un instrumento de nuestra comunidad universitaria para ejercer su derecho a la investigación y facilitar el deber de la investigación en la Universidad de Morón. Aspira, por otra parte, a contribuir a la mejora de la posición de nuestra institución en los distintos escenarios donde desarrolla su actividad.

En el presente documento se contemplan las exigencias de la CONEAU para la acreditación, tales como la cantidad de actividades de investigación y si se efectúan en los ámbitos vinculados con las carreras; la pertinencia temática; la participación en ellas de los docentes y los alumnos (o las posibilidades brindadas para que participen de ellas) y los resultados concretos obtenidos; la vinculación entre los temas de las actividades de investigación, los temas de trabajos finales y tesis, proyectos de tesis, trabajo u obra; la fuente de financiamiento y la vigencia de esas actividades.

Este Plan de Investigación tiene como finalidad:

* Aprobado por el HCA, el 7 de noviembre del 2013.

** Exposición del Dr. Román Jorge Vera (Director de Investigación), en la Reunión del Honorable Consejo Académico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, realizada el 7 de noviembre de 2013.

a) Orientar las actividades de investigación de las carreras de grado y posgrado y de los centros de investigación (CEJA-CEESH), articulándolas con los objetivos de enseñanza aprendizaje y las actividades de extensión universitaria.

b) Contribuir con las estrategias de producción y transferencias de conocimiento sobre la base de las políticas de investigación y extensión adoptadas por el Instituto.

c) Concretar actividades de investigación para los años mencionados.

d) Solucionar las debilidades y mantener las fortalezas que en la función de investigación surgen del Plan de Mejoras de la Facultad.

Es, asimismo, una fuerte apuesta que se sustenta en la convicción de la importancia central que tiene la investigación en la institución universitaria, y el papel que tiene la Universidad como institución generadora y transmisora de conocimiento.

El Plan de Investigación responde a las siguientes líneas de investigación aprobadas por el Honorable Consejo Académico.

1) *Sociedad, Estado, políticas públicas y calidad institucional.* El objetivo de esta línea de investigación es generar nuevos conocimientos acerca de temáticas ligadas tanto a la ciencia política como al derecho. La institucionalidad democrática es la pieza central de esta línea de investigación, que sirve como núcleo para derivar a otras áreas vacantes.

2) *Seguridad humana e inclusión social. Ciudadanía. Derechos humanos y nuevas formas de participación.* Esta línea de investigación se propone incidir en el estudio sobre la seguridad humana y sus aplicaciones prácticas, con el fin de contribuir al desarrollo de una sociedad que amplíe equitativamente las capacidades de las personas y sus oportunidades de realización. Asimismo, se busca estimular la contribución de las carreras al desarrollo local a través de la utilización de los resultados de las actividades de Investigación y Desarrollo, Vinculación y Transferencia, para el abordaje de las necesidades de desarrollo locales y regionales.

3) *Métodos alternativos para la resolución de conflictos. Negociación, mediación y manejo de crisis.* Generar nuevos conocimientos con relación a los métodos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación, mediación, instancias prejudiciales. Asimismo, profundizar el conocimiento de la resolución de controversias en el plano de la Seguridad tanto pública como privada, en especial sobre las políticas públicas y planeamiento de seguridad, los delitos complejos, narcotráfico, la seguridad informática, la ambiental, industrial, bancaria. La seguridad social y la violencia. La seguridad internacional, incluyendo las crisis y los conflictos. Participan saberes del derecho, la criminalística y la seguridad.

4) *Actualización y mejora de técnicas de enseñanza, evaluación e investigación en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.* La intención es la de promover el mejoramiento de la calidad de la enseñanza de las diferentes carreras de la Facultad. Asimismo, se busca estimular la convergencia y cooperación de las carreras para evitar la superposición y dispersión de esfuerzos educativos y propender al aprovechamiento conjunto de los recursos físicos y humanos.

5) *Sociedad, relaciones entre particulares y calidad institucional.* Tiene como finalidad generar, describir y difundir nuevos conocimientos para regular relaciones entre particulares y contribuir al mantenimiento de la paz social.

Las Direcciones Estratégicas de Trabajo son seis, a saber:

1) *Líneas de investigación.* Diseño, revisión y actualización de ellas y determinación de las áreas de vacancias.

2) *Proyecto de investigación y desarrollo (PID).* Fomento, apoyo y dotación de recursos para la investigación (grado y posgrado).

3) *Investigación por cátedra.* Sistema de créditos para alumnos e incentivos docentes para el desarrollo de esta actividad.

4) *Divulgación y difusión de la investigación.* Evaluación de los resultados de investigaciones del 2003-2013. Se propicia el desarrollo de cuadernos de investigación (articulación con CEJA).

5) *Acciones estratégicas de investigación.* Seminario y Talleres de Formación para Investigadores Jurídicos (de cursada obligatoria para los docentes que pretendan categorizar y optativo para alumnos –otorga créditos–), contiene una explicación del sistema de investigación UM.

6) *Programa internacional.* Políticas de relación de la Facultad con la investigación que se realiza en otras partes del mundo (generar investigaciones interinstitucionales de carácter internacional, movilidad de docentes, visita de investigadores reconocidos, etcétera).

La tarea de creación de direcciones estratégicas apunta centralmente a vincular la investigación tanto en grado como en posgrado, y en el marco de la función elemental de formación de estudiantes y profesionales. Consiste en: *I)* desarrollo de herramientas de investigación; *II)* análisis e identificación de los problemas de enseñanza, y *III)* pensamiento crítico.

En aspectos generales este Plan pretende cubrir todos los ámbitos tradicionalmente vinculados a la investigación.

Es apropiado señalar que se desarrollarán algunos nuevos programas, que hasta el momento no eran tenidos en cuenta en la unidad académica, como ser: *1)* programa transferencia de conocimiento y tecnología; *2)* programa de difusión de resultados de la investigación; *3)* programa de créditos para alumnos investigadores; *4)* programa de incentivo y dotación de recursos a profesores investigadores (grado - posgrado); *5)* premios a la trayectoria investigadora y a las publicaciones de relevancia, y *6)* programa de vinculación internacional.

Todo lo reseñado tiene como objetivo central fortalecer las políticas de investigación de la Facultad de Derecho, en el marco de un proyecto educativo integral, insertado en un contexto nacional, regional e internacional.

La investigación científica es central para el país, en el marco de cualquier proyecto de desarrollo nacional. La academia científica no es ajena a lo que ocurre o se desarrolla, y en nuestro ámbito hablamos nada más y nada menos que de la incidencia concreta de los profesionales que formamos en los tres poderes del Estado.

PLAN DE INVESTIGACIÓN

Así las cosas, el fomento y apoyo a la investigación contribuyen en aspectos relevantes, como la libertad, la democracia, la justicia, la seguridad, la igualdad y el desarrollo económico y social.

La investigación es un aporte fundamental a la academia universitaria, a la formación de profesores-investigadores y le da un aporte a la dimensión del desarrollo profesional, razón por la cual se propicia generar las ordenanzas, circulares y/o documentos y normativas necesarios para la implementación de este Plan.

Por último, como refería Savigny –uno de los precursores en adentrarse en la división de nuestra disciplina en sistema normativo y ciencia jurídica–, desde lo académico estamos en deuda con la profundización del estudio del derecho como una ciencia jurídica, esa deuda es la que pretende corregirse con esta propuesta.

PLANILLA DE ASIGNACIÓN DE ROLES PARA INVESTIGACIÓN

<i>Tipo</i>	<i>Tipo de carrera a la que aporta</i>	<i>Duración en meses</i>	<i>Requerimientos para el director de proyecto</i>	<i>Cantidad de docentes investigadores que subsidia</i>	<i>Cantidad de alumnos / Becarios participantes</i>
<i>“A” (Grupo de Investigación)</i>	Doctorado	22	Doctor / Investigador CONICET Cat. Ind., Principal o Superior)	Hasta 3 (incluido el director)	Un becario
<i>“B” (Grupo de Investigación)</i>	Grado	22	Magister / Investigador Prog. Inc. Docentes, Cat. 1, 2 o 3	Hasta 3 (incluido el director)	3 o más alumnos
<i>“C” (Equipo de Investigación)</i>	Indistinto	11	Licenciado / Investigador Cualquier Sistema	Hasta 3 (incluido el director)	3 o más alumnos
<i>“D” (Investigación de Cátedra)</i>	Indistinto	11	Titular de Cátedra o Profesor Universitario	Uno	3 o más alumnos

Dr. ROMÁN JORGE VERA
Director de Investigación

Reflexiones

DISCURSO DEL DOCTOR JORGE O. ARANA TAGLE*

Muy buenas tardes a todos...

Diré, para empezar estas breves reflexiones, del agradecimiento que siento hacia las autoridades de esta querida Universidad de Morón, por haberme singularizado con la enorme distinción de *Doctor honoris causa*, distinción que debo, igualmente en alto grado, al grupo de docentes que, año a año, vienen honrándome con su eficaz acompañamiento y colaboración.

Esto que ven acá es un señor que, después de haber pasado muchísimo tiempo frente a miles de alumnos dando largas horas de clase, se encuentra hoy aquí, expuesto frente a ustedes, como un niño tímido.

Mis hijos me hicieron notar que soy un hombre muy singular, ya que uso el mismo sacapuntas desde siempre... Acá lo pueden ver. Es la primera vez que lo saco de mi escritorio.

Desde que empecé mi camino como Docente en la Universidad de Morón pasaron muchísimos años. Desde 1964 hasta acá. Ingresé con 29 años... y hoy, con 78, sigo dictando mis clases. Creo que en un punto soy como mi sacapuntas... han pasado los años y sigo sacando muy buenas puntas a los lápices, cuando éstos son de buena madera.

* Palabras pronunciadas por el Dr. Jorge O. Arana Tagle, previa a su *lectio doctoralis*, en el acto de entrega del Doctorado honoris causa, conforme lo dispuesto por el Honorable Consejo Superior.

Sigo siendo el mismo. Y aquí estoy hoy... frente a ustedes... Tengo, gracias a Dios, la vida que elegí... Tengo la familia que formé... Tengo desde hace 43 años la mujer que soñé... Siempre digo que estoy internamente equilibrado...

Mi viejo amigo Guillermo Quintana Terán me decía, con su habitual sabiduría, en mis épocas de juez: "Arana, es que no basta con ser un buen juez... También hay que ser un buen esposo, un buen padre, un buen amigo, una buena persona"... y tras esa búsqueda fui.

Y hoy estoy aquí, frente a ustedes, para que juzguen por ustedes mismos. Creo haber sido un alumno aplicado, un trabajador dedicado. También un juez implacable e inflexible, cuando la Justicia del caso así lo requería, una persona de bien, un padre justo. Di la dulzura justa, casi en reproche a la partida demasiado pronta de mi madre... ¿Han visto que siempre las madres se van temprano?

Y acá me planto frente a todos ustedes, con algunas cosas que a lo largo del camino fui juntando y se las comparto:

- Sean humildes siempre.
- No esperen ser sabios demasiado pronto.
- Vivan con todas sus ganas cada día.
- Disfruten cada abrazo de sus seres queridos como si fuera el último... Cada vez... Cada uno.
- Vean todos los amaneceres y atardeceres posibles.
- Llamen a sus amigos.
- Ufánense de haber visto la luna en todas sus formas.
- Sean buenos padres.
- No pierdan tiempo. Recordar que tenemos un principio y un final, que somos tiempo, de modo que perder el tiempo es como suicidarse un poco.
- Disfruten con toda su alma cada momento de inspiración.
- No dejen de dar una palmada en la espalda a quien necesite impulso.

- Sepan ver... al mirar.
- Sepan callar... y escuchar.
- Sepan disfrutar de la soledad, como de la compañía.
- Sepan amar.
- Aprender cualquier cosa, por difícil que sea, es sencillo si se es paciente y perseverante.
- No dejen de disfrutar de la vida.
- Sean consecuentes con lo que decidan ser.
- Y sobre todo: no tengan miedo, jamás tengan miedo.
- Cada pregunta tiene su respuesta. Busquen esas respuestas con dedicación, esmero y sinceridad, con cierta neutralidad, desinteresadamente.

- Sean auténticos. Jamás olviden que serán ustedes sus propios jueces: una persona debe vivir su vida sabiendo que un día sentirá la necesidad de mirar hacia atrás para ver el camino recorrido. Y allí notará que cada persona es lo que ha hecho.

- Recuperemos el valor de la palabra dada, honrando su cumplimiento.

Pues bien, no quiero cansarlos con palabras. Ya hablé mucho a lo largo de muchos años.

Este hombre que ven aquí hoy, aprendió del amor de su madre, hermanos, esposa, hijos y amigos, a poder decir, mirando a los ojos, las palabras más importantes y sagradas que hay en la vida:

- Te quiero.
- Te amo.
- Perdón.
- Por favor.

Muchas gracias.

Dr. JORGE O. ARANA TAGLE

LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LA PERSONA POR NACER

MARIO LUIS VIVAS*
STELLA MARIS SCHIUMA**

1. *Introducción*

La noción de *derecho adquirido* es aplicable a múltiples aspectos del mundo jurídico. En general, se la relaciona con el principio de irretroactividad de las leyes, consagrado en el art. 3° del Cód. Civil.

En ese sentido, el principio de irretroactividad deja de ser un mero criterio interpretativo y pasa a ser una exigencia constitucional en dos hipótesis: *a)* cuando la aplicación retroactiva de la ley redunde en menoscabo de la propiedad particular, y *b)* cuando se trata de una ley penal.

Respecto del primer punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido reiteradamente que el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales no pueden sancionar leyes que afecten derechos adquiridos de carácter patrimonial, pues si así lo hicieran vulnerarían la garantía constitucional de la propiedad privada que contiene el art. 17 de la Const. nacional¹.

* Profesor titular de Derecho Civil III de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón. Juez de la Excma. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, Chubut.

** Profesora asociada de Derecho Civil III de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón.

¹ Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, p. 134 y siguientes.

Creemos que entra en pugna con la garantía constitucional de la propiedad la sanción de una ley retroactiva que se apodera, sin indemnización, de algún bien particular, entendiendo por tal cualquier objeto material o inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria (conf. art. 2312, Cód. Civil).

Si las nuevas leyes afectaran siempre las relaciones o situaciones jurídicas constituidas, no habría seguridad alguna. Si las leyes pudieran reglamentar el pasado, hacer ilícito lo que era lícito, o viceversa, prohibir lo autorizado, toda relación o situación jurídica estaría permanentemente cuestionada. La sociedad no sería posible, decía Mourlon.

De allí que la primera idea del derecho moderno sobre el tema ha sido la de la irretroactividad de las leyes, expuesta como principio general para regir la materia, y que ha sido elevada por Larenz a la categoría de principio general de derecho².

La seguridad jurídica se presenta así como una garantía constitucional, porque sin ella no puede haber libertad ni convivencia armónica en el seno de una sociedad dotada de organización política.

Sin seguridad no puede haber libertad jurídica, ya que el hombre no podrá conocer las consecuencias que le deparará el gobernante por sus comportamientos. Si la regla del juego es la vigencia de la arbitrariedad y la ignorancia del hombre acerca de los efectos jurídicos de sus actos, los derechos y libertades del individuo proclamados en un texto constitucional tendrán carácter meramente nominal, porque estarán subordinados a los designios del gobernante de turno³.

El tema de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica no se agota, sin embargo, en la cuestión de la irretroactividad de la ley. Existen supuestos, como es el caso de los bienes que adquiere la persona por nacer (por herencia o donación, por virtud del art. 64), que rompe el esquema de los

² Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2004, p. 211.

³ Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Bs. As., La Ley, p. 788.

“derechos adquiridos” al que nos venimos refiriendo, los que sólo quedarán irrevocablemente consolidados en el patrimonio del menor, siempre y cuando naciera con vida (art. 70, Cód. Civil). Caso contrario, se considerará que el *nasciturus* nunca existió (art. 74, Cód. Civil).

El planteo del problema del presente trabajo consiste en determinar si en el caso de la persona por nacer, el ordenamiento jurídico respeta a pie juntillas la garantía constitucional de la seguridad jurídica antes referida.

2. *Concepto de propiedad*

¿Qué es propiedad en el sentido constitucional? Según Thomas M. Cooley, “la propiedad que protege la Constitución es toda aquella que tiene un valor que la ley reconoce como tal, y respecto de la cual el dueño tiene derecho a un recurso en contra de cualesquiera que pueda interrumpirlo en su goce. No tiene importancia el hecho de si la propiedad es tangible o intangible, o si el interés en ella es permanente o meramente transitorio”.

Agrega el autor citado: “Todo aquello que el hombre produce por el trabajo de sus manos, o de su inteligencia, todo lo que obtiene en cambio de algo que es suyo, y todo lo que se le da, la ley lo protegerá en su uso, en su goce y en la manera de disponer de ello”⁴.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación –siguiendo a Cooley– se ha pronunciado al respecto en sentido concordante con lo expuesto, al disponer que “el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad.

⁴ Cooley, Thomas M., *Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América*, p. 326, tr. Carrié, Bs. As., 1898, citado por Marienhoff, Miguel S., “Derecho adquirido” y “derecho ejercido”: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica, *LL*, 1989-B-776.

Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”⁵.

Lo transcripto traduce con precisión lo que ha de entenderse por propiedad de acuerdo con la ley suprema. Todo bien de carácter “patrimonial” integra, pues, el concepto de propiedad en el sentido constitucional del término.

La Constitución nacional garantiza la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), cualquiera sea la naturaleza o especie de ella, se trate de una cosa o de un derecho. Para gozar de esa protección constitucional basta con que el habitante sea titular del respectivo derecho, por haberlo adquirido conforme al orden jurídico, sin ser necesario, para gozar de esa protección, que el derecho adquirido sea, a su vez, ejercido o utilizado, pues nada de esto exige el art. 17 de la Constitución.

Lo que antecede está corroborado por el art. 2510 del Cód. Civil, que dispone al respecto: *“El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción”*.

De manera que para que un derecho de propiedad –cualquiera sea su índole– goce de la protección constitucional, basta con que se trate de un derecho adquirido, de un derecho que esté en el patrimonio de su titular, siendo irrelevante que ese derecho sea, además, un derecho ejercido⁶.

⁵ CSJN, “Bourdieu, Pedro E. c/Municipalidad de Buenos Aires s/devolución de sumas de dinero”, *Fallos*, 145:300, especialmente p. 327 y 328.

⁶ Marienhoff, Miguel S., “Derecho adquirido” y “derecho ejercido”: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica, *LL*, 1989-B-776.

3. *Noción de derecho adquirido*

Se trata de una noción clásica del derecho, expuesta por primera vez por Chabot de l'Allier, y continuada por Merlin, en Francia, y por Herrestorf y Borst, en Alemania.

Duvergier distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, diciendo que los primeros son los que pueden ejercerse actualmente y a los que el poder público debe protección, tanto para defenderlos de los ataques de terceros cuanto para asegurar sus consecuencias contra ellos.

En cambio, las expectativas no son sino gérmenes de derechos que para desarrollarse necesitan la realización de acontecimientos ulteriores. Para Duvergier, la ley nueva no debe arrebatar el derecho que alguien hubiese adquirido, pero puede disponer libremente de las meras expectativas.

La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que forma parte de él, y que por ello no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente⁷.

Asimismo, la noción de “derecho adquirido” ha sufrido de parte de la doctrina moderna los más fuertes embates. Llam-bías piensa que dejando de lado la redundancia que encierra la expresión, puesto que el derecho si no ha sido adquirido no es derecho, el concepto es útil para mostrar elementalmente el funcionamiento de los efectos de la ley con relación al tiempo. Sin embargo, como se verá, es de aplicación a los efectos de la ley con relación a determinadas personas.

Considera también este autor que se “adquiere” un derecho cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada; por ejemplo, cuando alguien obtiene el otorgamiento de la escritura traslativa del

⁷ Chirinos, Bernabé L., *Jubilación y seguridad jurídica*, “Impuestos”, 2012-4-283.

dominio sobre un inmueble que se inscribe en el Registro de la Propiedad y recibe la posesión de la cosa, “adquiere” el dominio de esta cosa, porque se han reunido los presupuestos que prevé el ordenamiento jurídico (arts. 1184, inc. 1º, 2505 y 577, Cód. Civil), para imputar el dominio de una cosa inmueble a favor de una persona⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en términos similares, al señalar que “cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transformó en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del agente que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Const. nacional”.

En otra oportunidad dijo: “Si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría la inadmisibles consecuencia de que la titularidad de un derecho individual vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente en satisfacer ese derecho” (*Fallos*, 296:726, consid. 7º, y 305:900).

Derecho adquirido es aquel que le otorga a su titular la aptitud para su ejercicio actual o potencial; en el ámbito del derecho positivo puede ser consecuencia de un acto válido contractual, una sentencia judicial, un acto administrativo o una ley susceptible de producirlo, o porque se han tipificado *in capite* del titular los requisitos y condiciones exigidas por la ley.

⁸ Llambías, *Tratado*, t. I, p. 135 y 136.

Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

Como se puede observar, cuando se trata de un derecho patrimonial la expresión “derecho adquirido” es equivalente a “derecho ya incorporado al patrimonio del titular”⁹. Y por estar el derecho incorporado a su patrimonio, representa para el titular un valor económico del cual no puede ser privado por una ley nueva, sin incurrir ésta en violación de la garantía de la propiedad asegurada por el art 17 de la Const. nacional. Esto justifica la recordada jurisprudencia de la Suprema Corte.

En conclusión, el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular, entendido éste como el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona física o jurídica, y queda a cubierto de cualquier acto que pretenda desconocerlo o alterarlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege en su art. 17. No ocurre lo mismo con un derecho en expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, es susceptible de ser modificado o extinguido por el legislador o por las condiciones del contrato.

4. *El supuesto de la persona por nacer*

Es el caso del art. 70 del Cód. Civil, que señala el comienzo de la existencia de las personas desde su concepción en el seno materno, concepto que se encuentra además prescripto en otras normas que forman parte de nuestro derecho interno, como la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país), que determina también que la existencia de las personas comienza desde la concepción (art. 4°); recordemos que los países signatarios deben adecuar su derecho interno a lo

⁹ Llambías, *Tratado*, t. I, p. 137.

previsto en la Convención (ver las conclusiones de la IX Conferencia Nacional de Abogados, Bariloche, 1989).

Por lo demás, algunas constituciones provinciales argentinas también han reconocido expresamente este principio, como la de la provincia del Chubut, en su art. 18, inc. 1º.

Uno de los temas más espinosos que abordó la Convención Constituyente de 1994 fue el del comienzo de la vida, por la incidencia que una definición de la Constitución hubiese tenido sobre la cuestión del aborto.

De allí que, finalmente, se incorporó un texto que atribuye al Congreso de la Nación la competencia para “*dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*” (art. 75, inc. 23, Const. nacional).

Se trata de un texto de compromiso en el que la idea de inicio de la vida y protección de la persona por nacer desde la concepción, ha sido sustituida por la tutela desde el embarazo, condición que obviamente es de la madre y no del *nasciturus*.

Ello no obsta a que ciertas interpretaciones tiendan a equiparar –a los efectos jurídicos– los términos concepción y embarazo (Barra) y se sostenga que de todos modos la protección constitucional de la vida desde la concepción encuentra fundamento en el ya citado Pacto de San José de Costa Rica, que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. nacional).

La ley 23.849, que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su art. 2º que “debe interpretarse ... por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años”.

La personalidad jurídica de los sujetos concebidos pero no nacidos, acarrea su consiguiente capacidad jurídica, que el codificador les reconoce en el art. 64, conforme al cual “*tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o he-*

rencia”. Criterio robustecido por el art. 70, que establece que las personas “antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”.

Del mencionado art. 64 puede concluirse que el *nasciturus* tiene capacidad de derecho para adquirir bienes a título gratuito, por actos entre vivos o *mortis causæ*. Pero la doctrina considera, pacíficamente, que esa capacidad excede el marco impuesto por el art. 64.

A continuación enunciaremos algunos casos aducidos por los autores y la jurisprudencia, donde, según el art. 57, inc. 1, los padres son sus representantes, y en su defecto lo son los curadores que judicialmente se nombren.

Serán entonces dichos representantes quienes realicen la gestión de los derechos y obligaciones de que sea titular el incapaz, aplicándose las normas fijadas en los arts. 264 y ss., y 485 y ss., del Cód. Civil.

a) *Derechos adquiridos por donación o herencia.* Esta fuente de derechos aparece admitida expresamente en el art. 64. Al referirse a la herencia comprende a todo título de transmisión *mortis causæ*, por lo que el sujeto por nacer puede ser heredero legítimo, testamentario o legatario.

Del mismo modo pueden considerarse comprendidos los derechos que le sean atribuidos en virtud de cargos impuestos a otros herederos o legatarios. La hipótesis se subsume también en el art. 64 que, interpretado con amplitud, abarca todos los casos de adquisición a título gratuito (Borda, Llam-bías).

1) *Alimentos.* El *nasciturus* puede reclamar alimentos a sus padres, lo que hará por vía de la representación prevista en el art. 57 –conferida en principio a los padres– o del Ministerio de Menores (art. 59).

2) *Acción de reconocimiento de filiación.* Conforme al art. 254, modificado por ley 23.264, los hijos pueden reclamar judicialmente la filiación extramatrimonial contra aquel que consideren su padre o su madre. Durante el régimen anterior a la reforma se entendía que la ley autorizaba al concebido

a ejercer la acción contra su padre extramatrimonial, representado por su madre. No existen razones para apartarse de ese criterio.

Asimismo, el padre podrá reconocer al hijo durante la concepción (arg. art. 248, modif. por ley 23.264).

3) *Derechos otorgados por leyes laborales y sociales.* En los casos en que las leyes laborales prevén indemnizaciones en favor de los derechohabientes de un trabajador, como sucede en la ley de accidentes y en la ley de contrato de trabajo, deben ser considerados como tales las personas concebidas al tiempo del fallecimiento.

4) *Acciones de daños y perjuicios.* La persona por nacer es titular de una acción de daños y perjuicios si se comete un hecho ilícito del que resulta víctima una de las personas obligada a prestarle alimentos (Cifuentes, Orgaz, Borda, Llam-bías), siempre que pueda invocar un daño personal. La solución es admitida de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos.

También puede reclamar daños y perjuicios si ha sufrido un daño como consecuencia de un ilícito cometido contra su madre durante la gestación. Así se ha resuelto en otros países. Y una corte australiana admitió una acción contra la madre promovida por el hijo nacido minusválido como consecuencia de un accidente de tránsito en que el daño se produjo, entre otras causas, porque la madre embarazada no llevaba ajustado el cinturón de seguridad. También en algunos precedentes europeos y en la doctrina se ha planteado la posibilidad de que los hijos puedan demandar a los padres por enfermedades o discapacidades causadas por enfermedades o taras conocidas por los padres al tiempo de la concepción¹⁰.

5) *Seguro.* Las personas por nacer pueden ser beneficiarias de un contrato de seguro de vida, así como de cualquier otro derecho que emane de estipulaciones hechas por terceros¹¹.

¹⁰ Chartier, Yves, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, n° 9, p. 197.

¹¹ Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 361.

6) *Acciones judiciales*. A todos los derechos corresponde una acción para hacerlos valer en justicia (art. 274). Por lo tanto, el concebido tiene derecho a demandar judicialmente para hacer efectivos los derechos de que resulte titular. Así se ha admitido en nuestros tribunales que la persona por nacer puede promover el juicio sucesorio de su padre extramatrimonial¹².

b) *Obligaciones*. Respecto de la capacidad para obligarse, la opinión mayoritaria la limita a las obligaciones que hagan a los derechos de que aquélla sea titular; por ejemplo, la obligación de pagar los impuestos que graven el inmueble recibido.

Sin embargo, Llambías adopta una posición más amplia sobre la base de lo dispuesto por el art. 53, que permite a las personas físicas todos los actos y derechos que no le sean prohibidos por la ley.

A partir de allí, siendo la persona por nacer incapaz absoluto de hecho (art. 54, inc. 1), la cuestión se resuelve a través de las facultades que disponen sus representantes para suplir tal incapacidad.

Actuando el representante dentro de las facultades que le son propias en el marco de la ley, las obligaciones que en tal virtud haya contraído, comprometen la responsabilidad del incapaz¹³.

c) *Condición a que se hallan sujetos*. Hemos visto que el sujeto concebido es una persona (art. 70), y goza por ello de capacidad de derecho, la que no reconoce otros límites que los ordinarios que correspondan a cualquier persona.

Sin embargo, para una buena parte de la doctrina, tanto esa personalidad como los derechos de que es titular el *nasciturus* no son perfectos, sino que se encuentran sometidos a la condición resolutoria de su nacimiento con vida (art. 70).

¹² CCiv1ªCap, 21/7/1937, JA, 59-144.

¹³ Citado por Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 361.

De allí que el art. 74 disponga que “*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido*”. Es decir que si el feto es expulsado sin vida o muriese durante el parto, se reputará que la persona nunca ha existido.

Si la persona nunca ha existido, no puede operarse por su intermedio ninguna transmisión de derechos, ni se producirán los efectos relativos a la filiación, al estado civil, a la herencia, etcétera.

El nacimiento sin vida causa la resolución con efecto retroactivo de los derechos y las relaciones jurídicas y la cesación –para el futuro– de la calidad de persona. Correlativamente, el nacimiento con vida consolida los derechos y relaciones jurídicas que hasta entonces quedaban supeditadas a ese hecho incierto.

Sin embargo, algunos autores sostienen que no todos los derechos y relaciones jurídicas quedan resueltos retroactivamente con el nacimiento sin vida, y ello corrobora la conclusión precedente, pues no podrían subsistir derechos del concebido si se considerara extinguida retroactivamente la personalidad. Una excepción es la de los derechos personalísimos (la vida, la integridad física, etc.); ellos –por ser vitálicos e innatos– sólo se extinguen con el fin de la persona. Así, los padres tendrán acción resarcitoria si el concebido pierde la vida antes de nacer como consecuencia de la acción de un tercero, e incluso, los alimentos percibidos por el representante legal en nombre de la persona por nacer durante la gestación no deberán restituirse si nació sin vida, puesto que la persona existió y el derecho se adquirió pura y simplemente.

Se puede aceptar también, sostiene esta tesis, la no resolución de ciertos derechos patrimoniales como los daños de esa naturaleza resultantes de una lesión a la integridad física del concebido –consecuencia patrimonial del menoscabo a un derecho extrapatrimonial–, en donde el posterior nacimiento sin vida no parece que extinga el derecho a reclamar los daños, que se transmitirían a los herederos de la persona por nacer.

Hay que entender, además, que el mencionado efecto *ex nunc* queda limitado por la necesidad de respetar los actos normales y regulares de la gestión del patrimonio, y también –en resguardo de la estabilidad de los negocios y la buena fe– algunos efectos ya producidos de las relaciones jurídicas en que la persona por nacer era parte¹⁴.

Si tal como hemos expuesto anteriormente, el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular, entendido éste como el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona física o jurídica, y queda a cubierto de cualquier acto que pretenda desconocerlo o alterarlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege en su art. 17, el problema se plantea acerca de cómo juega la condición resolutoria cuando la persona por nacer ha adquirido irrevocablemente bienes, que no sean ni herencias ni donaciones (ya que en estos casos la ley prevé la solución), como sería el caso de una indemnización por la muerte del padre o la madre a causa de la responsabilidad de un tercero.

Algunos autores, como Buteler¹⁵, sostienen que pensar en la existencia de derechos inciertos, subordinados en su adquisición definitiva al cumplimiento de una condición o de un requisito jurídico impuesto por la ley –como el nacimiento con vida– no elimina la exigencia ineludible de la existencia del sujeto, de la persona, y piden también un sujeto, un grado mínimo de aptitud jurídica en el ser ya naturalmente existente.

Sin forzar las normas en juego ni formular pretendidas interpretaciones, haciendo distingos donde la ley no lo hace, considerar que la adquisición de los derechos de una persona por nacer quedan sujetos a la condición de que nazcan con vida (arts. 70 y 74), cuando de ellos se puede derivar la incorporación de bienes a su patrimonio, atenta contra el principio constitucional del derecho a la propiedad del art. 17. No estamos de acuerdo con que se trate de una con-

¹⁴ Tobías, José W., *La persona humana en el Proyecto*, LL, 2012-D-743.

¹⁵ Buteler, José A., *Personas por nacer*, Universidad de Córdoba, 1953.

dición resolutoria sujeta al régimen del art. 554 y concs. del Cód. Civil.

Si son considerados personas desde el momento de la concepción, gozan de la protección de la Constitución nacional y provincial y de tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno, son incapaces de hecho absoluto, pero capaces de derecho, no se advierte la razón por la que sus derechos, adquiridos durante la gestación e incorporados a su patrimonio, no posean el mismo trato de igualdad ante la ley, situación jurídica que colisiona también con el art. 16 de la Const. nacional.

El proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de 2012 no innova en la materia. En sus arts. 19 y 21 mantiene el sistema del viejo Código Civil. Es una picardía haber perdido la oportunidad de hacerlo –cuando ha sido tan casuístico y acorde a los avances científicos–, equiparando el concepto de “comienzo de la existencia” el hecho de la concepción con la implantación del embrión en la mujer (p.ej., en los supuestos de reproducción humana asistida).

5. *La directa relación con la seguridad jurídica*

El concepto de seguridad jurídica se encuentra estrechamente relacionado con el de derecho adquirido. Inversamente, si el “derecho adquirido” se viera vulnerado, sea porque el legislador cambia las “reglas del juego” constantemente, o porque se lo supedita a circunstancias accidentales, la seguridad jurídica ingresa en un estado de “volatilidad” que la coloca en riesgo.

En palabras de Linares Quintana, “la seguridad jurídica es el conjunto de condiciones que posibilitan la inviolabilidad del ser humano... presupone la eliminación de toda arbitrariedad... creando un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, y por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad... Sin seguridad no puede haber libertad, del mismo modo que sin oxígeno es impo-

sible la vida. Solamente la seguridad aleja del alma humana el temor”.

La seguridad jurídica impone especialmente al legislador una serie de deberes: *a)* sancionar leyes claras y coherentes, que omitan conceptos oscuros, ambiguos, de difícil interpretación y aplicación; *b)* ser prudentes con el cambio repentino de leyes cuando sean susceptibles de generar incertidumbre o contradicciones; *c)* salvo situaciones excepcionales justificadas, las leyes no deben tener efectos retroactivos susceptibles de alterar situaciones consolidadas; *d)* precisar cuáles normas han sido derogadas y cuáles están en vigencia, y *e)* previo a la emisión normativa debe darse formal participación a los sectores interesados a fin de que expresen su opinión, tal como se encuentra previsto en las leyes de procedimiento administrativo de España e Italia, entre otros países¹⁶.

En el caso de los derechos de las personas por nacer que hemos analizado, la ley subordina dicha adquisición a circunstancias accidentales (art. 74, Cód. Civil), cuando la supe- dita al nacimiento con vida.

En cambio, la primera parte del art. 70, cuando señala que tales personas “pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”, se basa en la esencia del derecho, de tal modo que cuando se configura (la concepción y el posterior derecho que la persona por nacer adquiere), ya es derecho adquirido.

El móvil por el cual los hombres crearon el derecho es, fundamentalmente, la seguridad, el deseo de certeza sobre la licitud o ilicitud de los actos, sobre el alcance y la estabilidad de sus derechos; saber que las convenciones que celebren van a ser respetadas, que los actos ilícitos van a ser sancionados, porque el Estado hará cumplir lo que dispone el derecho, si es necesario, de manera coactiva. El deseo de seguridad está en la naturaleza humana. Todo individuo quiere saber a qué atenerse, planear su vida futura, claro está, siempre basado en pautas de justicia, que es el fin supremo. En este sentido,

¹⁶ Sesin, Domingo J., *La inseguridad jurídica como vicio de juridicidad*, LL, 2011-D-715.

dice Recaséns Siches: “Sin un mínimo de certeza y seguridad jurídica no podría reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden”.

En síntesis, el derecho adquirido sólo quedará garantizado por un Estado que a través de sus poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, brinde seguridad jurídica.

Como dice el pensador italiano Primo Levi, “un país se considera tanto más desarrollado cuanto más sabias y eficientes sean las leyes que impidan que el miserable sea demasiado miserable, y el poderoso demasiado poderoso”. Luego, no hay cambio con éxito sin innovación. No hay innovación sin estrategia, ni estrategia sin razonamiento.

OBSERVANCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

JORGE ANTONIO DI NICCO

1. *Introducción*

La observancia del derecho canónico no es una cuestión novedosa en nuestra legislación. El art. 1º del acuerdo de 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, aprobado por la ley 17.032, reconoce a la Iglesia católica el libre y pleno ejercicio de su jurisdicción en el ámbito de su competencia para la realización de sus fines específicos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que “tal reconocimiento de jurisdicción implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines” (fallo 22/10/91, causa “Lastra, Juan c/Obispado de Venado Tuerto”).

La Iglesia Católica es una persona jurídica de carácter público, atento lo establecido por el Código Civil; pero también todas y cada una de las divisiones territoriales –diócesis, parroquias que establezca la Iglesia– gozan del mismo carácter público que ella; el reconocimiento no es sólo de la Iglesia Católica universal, sino de la pluralidad de personas jurídicas diferentes en el seno de la propia Iglesia que tengan su personalidad jurídica conforme a las leyes nacionales o eclesiásticas. La propia e independiente personería jurídica de cada parroquia y de la diócesis significa que los bienes o fondos de una parroquia no responden por las deudas de la diócesis, ni la diócesis por deudas particulares de la parroquia,

y que la personalidad propia de una parroquia no está supe-
ditada al previo reconocimiento del Estado nacional.

Al mero título ilustrativo de lo expresado, veamos algunas
causas tramitadas por la justicia argentina y resueltas apli-
cando la normativa canónica.

2. *Colectas y recaudaciones en favor de la Iglesia*

En el primer caso en análisis, la Excelentísima Cámara
de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, con
fecha 29 de noviembre de 2005, en la causa número 48.899,
registro 159 sentencia civil, resolvió que el Obispado no era res-
ponsable por haber desautorizado la realización de una rifa,
según contrato celebrado entre un particular y Cáritas de una
parroquia perteneciente a ese Obispado (léase diócesis, que
es el término canónico adecuado).

El demandante había iniciado juicio resarcitorio de daños
contra el Obispado y Cáritas parroquial, señalando que había
firmado un contrato con el presbítero "B", en representación
de la parroquia, para organizar una rifa, la que había sido
autorizada por la Municipalidad, pero cancelada de inmedia-
to porque el Obispado había desautorizado la actuación del
presbítero.

La frustración de la organización y venta de la rifa, y las
ganancias esperadas, condujeron al demandante al reclamo;
se sustentó la responsabilidad de Cáritas parroquial en que,
representada por el citado presbítero, fue quien celebró el
contrato, y la del Obispado porque pidió la cancelación de
la rifa sin invocar ninguna causal culpable endilgable a esa
parte.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda,
declaró nulo de nulidad absoluta el contrato suscripto por el
presbítero, dispuso que ambos demandados reintegren al de-
mandante el 50% de los gastos afrontados para organizar la
rifa, e impuso las costas en el 70% al demandante y el 30%
restante a la parte demandada.

Para arribar a esas conclusiones la sentencia se refiere
a las marcadas diferencias de ganancias que se adjudican a

cada parte, que este emprendimiento está prohibido por el art. 5° de la ley 11.349 y por ordenanza municipal del año 1988, y que al tener un objeto prohibido el contrato es nulo de nulidad absoluta. La sentencia también entiende –dejando a salvo que el obispo diocesano desconoció la organización de la rifa–, que medió colaboración por parte del Obispado en todo el trámite administrativo llevado a cabo por el presbítero para solicitar autorización municipal para hacer circular la rifa; y en base a esa colaboración dispuso que el 50% de los gastos realizados por el organizador –que es la parte demandante– los afronte la parte demandada.

Este pronunciamiento fue apelado tanto por la parte demandante como por la parte demandada.

La parte demandada centró los agravios que le ocasionaba la sentencia apelada en la atribución de “colaboración” (del Obispado) en “un acto nulo de nulidad absoluta” (en referencia al contrato del presbítero) y en la exorbitancia de la ganancia reclamada. Expresó también que el presbítero no tenía ni mandato ni la representación del Obispado; y que el decreto general “48-49” AP de la Conferencia Episcopal Argentina –en uso de las facultades que prevé el canon 1265 del Código de Derecho Canónico– establece que las rifas, bonos, etc., que realicen en la diócesis personas físicas o jurídicas pertenecientes a la Iglesia necesitan permiso escrito del obispo.

El fallo pone de manifiesto que el presbítero no estaba facultado para contratar la organización de una rifa que involucraba importantes sumas de dinero, ni en nombre de la parroquia ni de Cáritas parroquial, lo que además, por aplicación del canon 1265, sólo puede hacerse con autorización por escrito del obispo; y se indica que en el expediente la Conferencia Episcopal Argentina había transcripto las disposiciones canónicas aplicables.

Textualmente el fallo dice:

“No se advierte entonces antijuridicidad ni reproche legal alguno en el proceder citado del Obispado ya que la autoridad eclesiástica, en el estricto marco de sus facultades para autorizar (o no) cualquier forma de re-

caudación –por festivales, rifas, sorteos, bonos, etc.– que a efectuarse en la diócesis personas físicas o jurídicas pertenecientes a la Iglesia (can. 1265; fs. 57) no confirió ese permiso, que le pertenece, excluyentemente. En suma: al no mediar ningún compromiso anterior ni obligación legal del Obispado ni de Cáritas, no se confirió la mentada autorización que es potestad discrecional del obispo, para cuyo otorgamiento puede juzgar ‘su finalidad, necesidad o conveniencia’ (*sic*).

Consecuentemente no se configuró ningún acto ilícito que dé origen a ningún deber de reparar, sea de fuente contractual o extracontractual, por lo que la demanda contra el Obispado [...] debe ser rechazada”.

En temas como en el de las colectas la Iglesia, a fin de evitar abusos o que se vea sorprendida la buena fe de los fieles, estableció una normativa rígida, con la posibilidad de que cada Conferencia Episcopal pueda dictar normas que regulen su ejercicio, como en su caso lo ha hecho la Conferencia Episcopal Argentina –sobre colectas y las demás formas de recaudación–, y que han servido, como se ha podido apreciar, para resolver un planteamiento de esta índole canalizado por ante la justicia civil.

3. *Instituto de Vida Consagrada Religioso*

Pasando a otro caso, el Código de Derecho Canónico precisa que todo lo que un religioso adquiere con su trabajo propio o por razón del Instituto de Vida Consagrada Religioso, lo adquiere para el Instituto. Todo lo que de cualquier modo perciba en concepto de pensión, subvención o seguro, lo adquiere para el Instituto, a menos que se establezca otra cosa en el derecho propio (canon 668 § 3); y quienes salgan legítimamente de un Instituto de Vida Consagrada Religioso o hayan sido legítimamente expulsados de él, no pueden exigir nada de él por cualquier labor realizada en él (canon 702 § 1).

Quienes se separan del Instituto de Vida Consagrada Religioso carecen de derecho reivindicatorio para requerir algo

jurídicamente y por vía de la justicia. Es una declaración de nulidad de derecho reivindicatorio, en cuanto es consecuencia de la profesión y del voto de pobreza que da cuenta el canon 668 §§ 3-5. Comprende todo trabajo y expresión posible y pensable, cuyos frutos pasaron definitivamente y sin retorno al Instituto.

La relación que surge entre el religioso y el Instituto en el que profesa los votos no puede encuadrarse dentro de las relaciones de trabajo subordinado. La actividad prestada por el profeso no se puede considerar relación de trabajo, porque no se pretende recibir contraprestación, se realiza en cumplimiento de los deberes religiosos que ha adquirido. Pero cuando el religioso sale del Instituto y sigue prestando sus servicios para él, a partir del momento del indulto de exclaustación nace entre ellos un contrato de trabajo.

En el año 1995 se sancionó la ley 24.483 de reconocimiento de personería jurídica civil a los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, que gozaran de personalidad jurídica pública en la Iglesia Católica. El art. 2° de esta ley establece que “las relaciones entre los institutos o sociedades inscriptos y sus miembros se regirán por sus reglas propias y por el derecho canónico, y estarán sujetas a la jurisdicción eclesiástica”.

Luego de esta breve introducción, veamos dos planteamientos judiciales, uno con anterioridad y otro con posterioridad a la citada ley 24.483.

a) Con anterioridad a la ley, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, del 15 de septiembre de 1987, causa 60.169, expresó que todo religioso profeso de voto simple, siempre que las condiciones de su Instituto no dispongan lo contrario, conserva la propiedad de sus bienes y la capacidad para adquirir otros, pero no goza de la libre administración y usufructo de los mismos, pues esto último violaría el voto de pobreza aun prestado en forma restringida, y su relación con la congregación religiosa puede quedar sometida al régimen de la ley laboral, siempre que se demuestre que la vinculación no tiene carácter religioso.

De la prueba producida en el expediente se acreditó que la accionante profesó votos simples de pobreza, castidad y obediencia, en un principio temporales y luego perpetuos. Pero que correspondía a ella aportar suficientes elementos probatorios para llevar al ánimo del juzgador la certeza de su vinculación con la accionada de naturaleza laboral, y no como concluyera la jueza de grado que su vinculación fue por su carácter de religiosa profesa.

De las actuaciones en análisis no surgió fehacientemente acreditado que las labores desempeñadas hayan tenido ánimo de lucro o la finalidad de percibir una remuneración; por el contrario, la accionante admitió haberse obligado a realizar actos bajo la obediencia de la accionada por el voto que prestara, conforme reconociera en la absolución de posiciones, y que los mismos fueron prestados sin ánimo de lucro ni con objeto económico, sino de naturaleza espiritual.

No se le desconoce a la accionante –por su carácter de religiosa profesa que tenía a la fecha de acaecidos los hechos analizados– el derecho a contratar, pues se encontraba civilmente capaz para celebrar tales actos; por el contrario, se concluye que no acreditó que tal hubiese sido su intención o voluntad, cuando en su calidad de docente y rectora cumpliera funciones que fueran reconocidas por la accionada. Desde esta perspectiva no cabe reconocerle el derecho a la percepción de los salarios que intenta reclamar. Por ello, lleva al ánimo del juzgador que la relación habida entre las partes no era de naturaleza laboral.

b) Un planteamiento más reciente, y ya vigente la ley 24.483, llegó hasta la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires por haber interpuesto la institución eclesiástica –parte demandada– recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

Primero la accionante, ex religiosa profesa, había iniciado demanda por despido contra el Instituto de Vida Consagrada Religioso al que había pertenecido. En este expediente se llegó a un acuerdo que fue homologado por el Tribunal del Trabajo n° 5 del Departamento Judicial de Morón (causa 15.051).

Con posterioridad, ahora por ante la Justicia en lo Civil y Comercial también del Departamento Judicial de Morón, la accionante inició demanda por daños y perjuicios contra el Instituto por la omisión de realizarle los aportes jubilatorios.

El Instituto demandado opone la defensa de incompetencia, postulando la aplicación del art. 2º de la ley 24.483.

Expone que en el caso no se encuentra controvertido que la parte demandada es un Instituto de Vida Consagrada de la Iglesia Católica, reconocido por el Estado e inscripto en el Registro de Culto en los términos del art. 1º de la ley 24.483; y que tampoco se discute que la actora fue una religiosa profesora y que los hechos en que funda su pretensión (los daños ocasionados por la supuesta omisión de aportes previsionales) ocurrieron mientras trabajaba como tal en las obras de la institución.

Además, expresa que se incurre en un error al limitar la jurisdicción eclesiástica a las cuestiones vinculadas con el ejercicio de la religión o de culto, pues a su criterio la citada ley comprende toda la relación jurídica entre un religioso y la congregación. Afirma que la relación es única y que no hubo contrato de trabajo ni relación civil ajena al vínculo religioso. Si la parte accionante trabajó en el jardín de infantes –tal como se alega en la causa– fue precisamente porque la misma era religiosa de la congregación, cuya tarea específica y objeto es la educación.

Por último, estima sobre este particular que hay una norma expresa, federal, de derecho positivo, que determina la competencia para dirimir la totalidad de las cuestiones vinculadas con todas las relaciones entre un religioso y un Instituto de Vida Consagrada Católico, como es la entidad demandada.

Opuso, a su vez, excepción de transacción, señalando que en el convenio homologado judicialmente por ante el tribunal del trabajo se pactó que la accionante, una vez que hubiese percibido la suma acordada, nada más tendría que reclamarle a la parte demandada. Al haber percibido la suma acordada, se hizo operativa la renuncia a cualquier otro reclamo, por lo que su actual planteamiento resultaba improcedente.

La Suprema Corte de Justicia expresó que el recurso interpuesto por el Instituto prosperaba con el alcance que se pasa a exponer.

En lo que respecta a la excepción de incompetencia consideró que si bien la jurisdicción eclesiástica es competente para conocer y decidir las cuestiones suscitadas entre los institutos o sociedades inscriptas en la Secretaría de Culto de la Nación y sus miembros, ello es así en lo que atañe a la observancia de las reglas propias y demás establecidas por el derecho canónico; pero no es competente para conocer sobre las cuestiones civiles –acciones laborales, personales, reales, etc.–, como ocurre en estas actuaciones, donde se demanda la indemnización de los daños ocasionados por el supuesto incumplimiento de deberes legales derivado de un contrato de trabajo.

Por otra parte, y esto es lo interesante, señaló que la postura adoptada por el Instituto demandado no se condice con la seguida ante el reclamo laboral, donde frente a los problemas generados por la misma “relación”, aceptó la competencia de los tribunales ordinarios para dirimir el reclamo de la accionante, dictándose sentencia homologatoria del acuerdo suscripto.

A partir de esta última consideración, entiende que el comportamiento de la institución religiosa demandada no se compadece con la doctrina de los actos propios, según la cual resulta inadmisibles la pretensión que importe ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

La accionada, por lo demás, no explicó debidamente de qué manera sería aplicable el fuero federal –al descartarse la competencia eclesiástica– ante una pretensión de la naturaleza como la planteada en esta causa, de forma tal que ponga en evidencia la errónea aplicación de la doctrina legal invocada por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial.

En lo que se refería a la excepción de transacción, la Suprema Corte entendió que esta defensa resultaba procedente, por lo que el fallo apelado debía ser revocado, rechazándose la demanda instaurada, con costas (fallo del 5 de septiembre de 2012, causa C. 114.661).

4. Conclusiones

Como se puede extraer de los casos citados, en toda causa judicial el planteamiento oportuno de la normativa canónica aplicable es primordial.

Es de resaltar no solamente un desconocimiento bastante generalizado del derecho canónico, sino también un desconocimiento del propio estatus jurídico que el ordenamiento legal argentino da a la Iglesia católica, y del pertinente reconocimiento y aplicación de la normativa canónica.

Entre los varios fallos y trabajos de investigación existentes sobre estos aspectos canónicos, pueden citarse:

a) CNCom, Sala E, 30/8/89, “Lemos, Jorge c/Obispado de Venado Tuerto”, *LL*, 1991-C-363, con nota de Arturo Juan Figueroa, *Inembargabilidad de los bienes de la Iglesia*, y *ED*, 135-723.

b) CNCiv, Sala C, 8/10/92, “Cloro, Jorge c/Arzobispado de Buenos Aires”, *LL*, 1993-B-220, y *DJ*, 1993-1-893.

c) CCiv2ª Cap, 26/3/42, “Municipalidad de la Capital c/Curia Eclesiástica”, *JA*, 1942-III-911.

d) CCivCom Mercedes, Sala I, 8/2/90, “Manno c/Pesce y otros”, inédito, citado por Navarro Floria, Juan G., *¿Puede una Parroquia Católica ser demandada en juicio?*, *ED*, 156-109.

e) CFed SMartín, 6/7/93, “Anses c/Parroquia Niño de Jesús de Praga”, *ED*, 156-111.

f) Ustinov, H. A. von, *Aspectos del derecho eclesiástico del Estado argentino en torno al patrimonio de las personas jurídicas canónicas*, “Anuario Argentino de Derecho Canónico”, n° 9, 2002, p. 195 a 208.

g) Barra, R. C., *El dominio en el derecho canónico en comparación con el derecho civil argentino*, en “Sociedad Argentina de Derecho Canónico” –SADEC–, Jornadas Anuales, La Plata, 28, 29 y 30 de octubre de 2009, Bs. As., 2010, p. 23 a 28.

h) Di Nicco, J. A., *Canon 1265 del Código de derecho canónico: aplicación de su normativa en una causa tramitada por ante la justicia civil argentina*, “Anuario Argentino de Derecho Canónico”, n° 17, 2011, p. 235 a 246.

MADRES EN PRISIÓN

ALCANCES DEL CASTIGO

ALBERTO T. FORNARO

1. *Introducción*

En las últimas décadas se observa un sostenido crecimiento en la tasa de encarcelamiento que en el caso de las mujeres se ha incrementado en forma exponencial.

Las cárceles argentinas alojan aproximadamente 2.860 mujeres, que en promedio tienen treinta y seis años, lo que confirma la tendencia a una población penitenciaria femenina más longeva que la masculina.

Si lo analizamos por grupo etario, se observa que el 73,6% es mayor de treinta años; el 41,2% tiene entre treinta y treinta y nueve años; el 32,4% tiene cuarenta años o más, y sólo el 26,4% cuenta con dieciocho a veintinueve años.

Por otro lado, los datos revelan que en general se trata de mujeres pertenecientes a sectores social y económicamente desfavorecidos.

Respecto de la situación de la población carcelaria femenina, el 64% son procesadas y el 36% son condenadas, y se observa que en su gran mayoría han cometido delitos no violentos y que no han tenido experiencia anterior en el sistema penal, es decir que en su gran mayoría se trata de internas primarias.

Un dato para destacar es que un 40% de la población femenina se encuentra detenida por delitos relacionados con la ley de estupefacientes.

En la provincia de Buenos Aires se encuentran encarceladas 1.200 internas, que representa sólo un 4% de la población carcelaria, que en su totalidad suman 27.959 internos.

En el presente trabajo se pretende esbozar un panorama de la vida cotidiana en una cárcel de mujeres; posteriormente nos avocaremos a la situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad, luego se procederá a abordar el marco normativo interno e internacional que regula la situación de las madres encarceladas y, por último, de cómo las condiciones en que cumplen con su encierro constituye un plus de mortificación que conforma un agravamiento ilegal de la condena impuesta.

2. *Panorama de la cárcel de mujeres*

El sistema carcelario ha sido pensado y elaborado por hombres, por ello no resulta difícil comprender por qué las cárceles han sido construidas con la misma concepción. En otras palabras, tanto a hombres como a mujeres en encierro carcelario los afectan problemas similares (violencia, mala alimentación, hacinamiento, etc.); lo que no se tiene en cuenta es que en el caso de las mujeres se suman los propios de la condición de género.

En nuestra sociedad, la privación de la libertad es la pena por antonomasia con la que se castiga a quien ha infringido las normas. Según las leyes, las cárceles tienen como fin custodiar y rehabilitar a las personas que han cometido un delito; para el logro de tales supuestos fines, el Estado se apropia de la libertad y lo hace ejerciendo violencia en sus más variadas formas, desde la agresión física hasta los más sutiles mecanismos de despersonalización y deshumanización, ejercida directamente a veces, indirectamente otras.

Mantener a la persona dominada parece ser la clave del sistema penitenciario para implementar sus criterios de seguridad y resocialización.

El sistema carcelario posee un conjunto de reglas de comportamiento, estrictas y exhaustivas, que conforman un me-

canismo de disciplinamiento construido sobre la base del castigo y el aislamiento, y es en ese marco que se atribuye a la coerción cotidiana y constante una función correctiva que legitima la violencia como metodología.

El poder de castigar es ejercido en forma ininterrumpida mientras dure la condena y se presenta en las más variadas formas, desde la prohibición de visitas hasta la reclusión en celdas de aislamiento.

La acción de castigar se materializa además con una comida escasa y repugnante o con la desatención de la salud; también con el sometimiento a requisas salvajes y destructivas.

Otra dimensión de castigos son los que no se aplican directamente sobre la persona presa, sino indirectamente. Por ejemplo, las humillantes requisas a las que son sometidas las familias que visitan a las internas en el penal, quienes son sometidas a todo tipo de maltrato y de violación a la intimidad, y en las que sus cuerpos son groseramente expuestos y revisados, los objetos y alimentos que ingresan destrozados y desparramados.

La vida intramuros se da en un encierro hacinado y violento, en ese espacio la arbitrariedad está instalada y nunca se podrá prever cuándo será el próximo foco de conflicto. En ese clima permanentemente tenso cualquier motivo puede ser disparador de una violencia inusitada que se propaga con la rapidez del fuego.

La vida en prisión comienza cuando la mujer es ingresada a la unidad carcelaria; primeramente deberá enfrentar una requisas, es decir, despojarse de toda su ropa para que el personal de seguridad registre íntegramente su cuerpo.

Luego, se le efectuará un interrogatorio para abrir su legajo y le tomarán las huellas dactilares para su correcta identificación.

Antes de entrar al "Pabellón de ingreso" se la despojará de todos sus efectos personales, para luego ser alojada junto a otras mujeres en igual condición y muy pronto advertirá que el lenguaje y los códigos de comunicación son distintos

de los que trae de “la calle”; que sus hábitos no son compatibles con los del resto de las presas. Tal vez se le acerquen para indicarle en quien puede confiar y en quien no; el miedo y la desconfianza se apoderarán de ella.

Luego de un breve lapso de tiempo aprenderá que el más primario objetivo será el de “sobrevivir”, y que para ello tendrá que adaptarse a esta nueva cotidianidad, a los ruidos, a los gritos, a la música a todo volumen, a las prohibiciones, a las arbitrariedades y, sobre todo, lograr que desconfíen también de ella.

Comprenderá o le enseñarán que la manera más eficaz de sobrellevar una convivencia compulsiva y hostil será vinculándose con otras internas, integrando una “banda” liderada por una de ellas, cuya jerarquía se basa en la fuerza física y la antigüedad en la cárcel; la pertenencia a una “banda” o “ranchada” será el único elemento de protección contra la agresión de otras internas integrantes de otra “banda”.

El sistema carcelario alienta la conformación de estas estructuras y sus lideratos; en primer lugar por cuanto le permite justificar su propia violencia, y además porque en caso de conflicto negociará con la líder o las líderes y no con todo el pabellón.

Este tipo de agrupación permite, también, organizar de algún modo la vida cotidiana, distribuyendo actividades como la limpieza y la comida o socializando elementos básicos como jabón, papel higiénico, etcétera.

Al castigo del cautiverio se añade algo que va más allá de la privación de la libertad y de las pésimas condiciones de sobrevivencia, es la alteración de la percepción del tiempo y de la noción del espacio, es decir, que pueden construir una idea alterada y desquiciante del paso de los años y del espacio abierto; por eso suele verse a las internas caminando de ida y de vuelta por un pasillo o alrededor de un patio por largo rato, contando sus pasos y calculando los tiempos, a manera de estrategia para no perder la perspectiva temporo espacial.

3. *Detenidas embarazadas y madres con niños*

El alojamiento de una madre en una institución penitenciaria provoca situaciones de mayor angustia, puesto que su detención implica inexorablemente el castigo a sus hijos, dado que la relación madre-hijo funciona como una estructura que no puede escindirse. Si el hijo permanece con la madre en la cárcel se encuentra preso como ella.

Como hemos dicho, en un sistema pensado por y para hombres, las cárceles han sido diseñadas y construidas para una población masculina; ello se evidencia en la falta de una infraestructura adecuada, lo que impacta en la restricción de espacios, actividades educativas, recreativas y culturales a las que tienen derecho las mujeres detenidas.

Las deficiencias alcanzan al sistema de salud, dado que si bien las detenidas cuentan con atención especializada, ésta resulta insuficiente para el número de internas. En cuanto a las unidades carcelarias con anexo femenino, dicha atención es inexistente, dado que no cuentan con médicos ginecólogos, ni programas para que se realicen Papanicolaou, mamografías o estudios complejos; más deficiente aún resulta el sistema respecto de las mujeres embarazadas o con hijos.

El servicio penitenciario bonaerense cuenta con muy pocos lugares de detención para alojar mujeres en etapa de gestación, y no reúnen las condiciones mínimas que necesita una embarazada, tanto es así que el Servicio Penitenciario Bonaerense sólo prevé que cuenten con un ginecólogo y un obstetra para que realicen chequeos semanales, los que no siempre se cumplen.

Tampoco los sectores de sanidad están equipados para la atención de embarazos de riesgo ni cuentan con personal idóneo para ello.

En el caso de mujeres detenidas con sus hijos, las únicas condiciones que se requieren para la habilitación de esos espacios, es la implementación de una dieta para los chicos y una cuna para los recién nacidos.

Pese a ello, surge del informe 2011 de la procuración general de la Suprema Corte de Buenos Aires que se ha detectado en la U.33 que la dieta es insuficiente y de cumplimiento irregular, que los niños deben compartir las pequeñas celdas con sus madres, que no existe ningún tipo de medidas de seguridad para prevenir accidentes y que son encerrados en los calabozos la misma cantidad de horas que sus madres. Vale decir que los hijos comparten con sus madres no sólo el mismo espacio, sino también las mismas condiciones de detención.

Según inspecciones realizadas por el Comité contra la tortura se ha constatado falta de calefacción en época invernal, donde las temperaturas descienden hasta 0° C, lo que suele provocar graves afecciones respiratorias tanto en las madres como en los hijos; asimismo, tampoco cuentan con adecuada ventilación durante el verano.

La alimentación es sumamente escasa y de mala calidad, lo que les suele provocar frecuentes problemas digestivos, lo que por supuesto dista mucho de ser una dieta adecuada durante la gestación.

Algo similar ocurre con la higiene personal, pues la provisión de elementos básicos como toallas higiénicas, pañales, jabón, entre otros, es sumamente escasa e irregular. Del mismo modo no se las provee de artículos para repeler insectos, por lo que son muy frecuentes en los niños las infecciones provocadas por picaduras.

Lo reseñado no constituye un dato menor si se tiene en cuenta que el permanente estado de frustración, con que transcurren sus días, se verá traducido en situaciones de violencia, dado que guarda estrecha relación con la conflictividad interna de las unidades. Por ejemplo, enfrentamiento entre internas e incluso autoagresiones.

Es innegable que el sometimiento diario de los niños a las reglas y rutinas propias de los penales tiene graves consecuencias en su salud y la calidad de vida, limitando las posibilidades de desarrollo y colocándolos en situación de riesgo.

Los primeros años de vida de un ser humano son fundamentales, tanto para su bienestar inmediato como para su

futuro. De tal modo que si un niño recibe una atención adecuada durante su desarrollo intrauterino y en la primera infancia, en aspectos tales como la salud, nutrición, afecto y estimulación, probablemente crecerá sano y tendrá un desarrollo armonioso en lo físico, mental, social y emocional.

4. *Marco normativo*

En tal sentido el Estado argentino ha reafirmado su interés en la protección integral del niño al aprobar, en el año 1990, la Convención de los Derechos del Niño, y luego al incorporarla a la Constitución nacional con la reforma producida en el año 1994.

La Convención es el documento que expresamente enuncia los derechos que asisten a los niños, a la preservación de sus relaciones familiares, a crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen.

Por su parte, la CIDH ha reafirmado que “la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, por lo que el Estado debe apoyarla y fortalecerla a través de diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo”.

Resulta de importancia recordar que los apdos. 11 y 17 de Naciones Unidas (Directrices de RIAD), definen a la familia como: “La unidad central encargada de la integración social primaria del niño”.

Además, tanto implícita como explícitamente, la Constitución nacional dispone el principio de trascendencia mínima de la pena, exigiendo que las decisiones estatales tomen en cuenta la situación de los menores con el objeto de que no se extienda injustificadamente a ellos la penalidad que se aplica a su progenitora.

En el ordenamiento interno existen varias normas que regulan la situación de detención de madres y niños.

En primer lugar, la ley 24.660 –ley de ejecución penal– especifica que una mujer detenida podrá tener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Esta ley ha significado un

avance al derogar la anterior ley penitenciaria nacional, al prolongar el tiempo de convivencia de dos a cuatro años, siendo el art. 195 de la citada ley de aplicación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, dado que la ley 12.256 de ejecución penal bonaerense no prevé un tiempo límite para que el hijo de una interna permanezca junto a ella en una institución carcelaria.

Esta última establece con meridiana claridad las condiciones de alojamiento de las mujeres detenidas que se encuentren embarazadas o con niños, la prohibición de aplicar sanciones a las internas que pudieran afectar al niño o que priven a la madre del contacto con su hijo durante el periodo de lactancia.

El Código Procesal Penal bonaerense ha constituido un significativo aporte en pro de la situación de las mujeres encarceladas que se encuentren en estado de gravidez o con hijos menores de cinco años, mandando imperativamente a aplicar medidas alternativas a la prisión, siempre que el peligro de fuga pueda evitarse por una medida menos gravosa.

5. *Conclusión*

Las medidas alternativas a la prisión no consagran la impunidad ante la violación de la ley penal, pues no constituyen un estado de libertad plena, sino la morigeración de los efectos de la prisión bajo estricto control del Estado.

En tal orden de ideas, entendemos que los magistrados deben analizar cada caso en particular y decidir en un sentido que contemple siempre el interés del niño por sobre las razones que puedan justificar el encarcelamiento de la madre, máxime si se tiene en cuenta que la cantidad de internas que se encuentra en la situación descripta apenas supera el centenar de mujeres.

Bibliografía y trabajos consultados

- 1) Informe 2011, *Mujeres Privadas de la Libertad*, Defensoría General de la Nación.

MADRES EN PRISIÓN

- 2) Martínez de Buck, Perla - Kiper, Patricia de, *Detención domiciliaria. Ley 24.660.*
- 3) Pintos, Gimol - Freedman, Diego, *Hijas e hijos privados de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables.*
- 4) Turano, María J., *El reconocimiento de los derechos del niño y su incidencia en la privación de la libertad dispuesta sobre las madres.*
- 5) Varela, Patricio, *Madres, niños y cárceles.*
- 6) Nari, Marcelo, *Encierro y resistencia en las cárceles de mujeres en Argentina.*
- 7) Informe 2012, "Comité Contra la Tortura".
- 8) Kalinski, Beatriz - Cañete, Osvaldo, *La maternidad encarcelada.*
- 9) Constitución nacional.
- 10) Convención sobre los Derechos del Niño.
- 11) Granillo Fernández, Héctor, *Código Procesal Penal Provincia de Buenos Aires.*

PODER DE POLICÍA MUNICIPAL

IVÁN DARÍO TENAGLIA*

*Al Espíritu Santo,
para que nos guíe en el camino y lucha por la defensa
de los derechos humanos y de las comunidades
municipales autónomas.*

*A los queridos profesores,
doctores Bruno Corbo y Daniel Baraglia,
ejemplos de constancia y sapiencia en la enseñanza
del Derecho Público a través de sus respectivas cátedras,
y de incommensurable generosidad para con los colegas.*

*A los estimados alumnos de la Facultad
de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
de la Universidad de Morón.*

1. *Antecedentes*

Comienza su tratamiento en el derecho público comparado, cuando el Juez de la Corte Suprema estadounidense, John Marshall, en 1827, tiene oportunidad de introducir su expresión al votar y resolver en el caso “Brown contra Estado de Maryland”. El poder de policía municipal “tiene origen jurisprudencial norteamericano cuando en dicho caso, entendiéndolo como un poder de legislación caracterizado por un conjunto de restricciones a las que cada individuo debe someterse en el ejercicio de su libertad o de sus derechos de

* Profesor asociado interino de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal, miembro del Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón.

propiedad. En efecto, el poder de policía se expresa a través de la potestad reglamentaria de los derechos y garantías reconocidos por la Carta Fundamental y que consiste en limitaciones a los citados derechos y garantías”¹. Todo ello, como explicamos infra.

2. *Distinción entre “policía y “poder de policía”*

Sin perjuicio de las diferencias históricas de origen entre una y otra, “policía” de raíz francesa (se originó en Francia en los inicios del siglo xv, a propósito de las expresiones “bienestar colectivo” y “prosperidad pública”, registradas en las Ordenanzas reales de 1415) y “poder de policía”, como se dijo, nacida del precedente estadounidense citado, se podría afirmar que la “policía” es una función administrativa de los poderes constituidos, mientras que “poder de policía” está reservada –en principio– para la función legislativa en los tres órdenes estatales. Una rápida recorrida por los autores más encumbrados del derecho constitucional nos ubicará en el pórtico del tema, tan enriquecido por una proficua labor doctrinal, legal y jurisprudencial.

La noción de poder de policía ha sufrido una marcada evolución desde sus orígenes hasta nuestros días, en virtud de las atribuciones asumidas por el Estado. Así, señala Gordillo que “desde la Edad Antigua hasta el siglo xv, ‘policía’ designaba el total de las actividades; en la organización griega de la polis (ciudad-Estado), el término significaba actividad pública estatal, y se mantuvo en esa significación a pesar de la desaparición de la polis”². Es uno de los conceptos constitucionales más amplios. Expresa Bielsa que “policía es la función que consiste en reglamentar y aplicar las medidas necesarias para proteger la seguridad, salubridad y moralidad de los habitantes, es la acción administrativa necesaria para el mantenimiento del orden público en sus manifestaciones exteriores”.

¹ De una sentencia del doctor Klotter, Juez de Faltas de Lomas de Zamora.

² Ver JA, 1998-III-705.

3. *Raigambre constitucional, nacional y provincial del instituto*³

Los fundamentos del poder de policía encuentran su andamiaje en los perfiles propios que contiene la ley fundamental, cuando adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal.

a) *La Constitución nacional histórica*. La república clásica se define como un sistema político de división y control de poder. Se trata de una división de funciones o más bien de una coordinación de éstas (ejecutivas, legislativas y judiciales).

En el sistema de la república democrática, la separación de poderes fue dispuesta para controlar el poder, limitar la libertad y garantizar los derechos de las personas. En esta línea, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “La doctrina de la división de los poderes o de la separación de las funciones, especialmente en nuestras sociedades modernas, halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los Estados. La distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de mejor acierto de sus proyectos y realizaciones”.

El ejercicio del poder de policía es la reglamentación de los derechos constitucionales mediante la ley. Surge del art. 14 de la Const. nacional cuando estatuye: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

De modo que reside en el Congreso Nacional, en las legislaturas provinciales y en los concejos deliberativos municipa-

³ Algunas concepciones son extraídas de nuestra opinión volcada en la ley de policía comunal de seguridad 13.210, Mensaje del Poder Ejecutivo (Gobernador Felipe C. Solá) 1308 del 17 de mayo de 2004, y con motivo de nuestra función de asesoramiento al Ministro de Seguridad (2004-2007), doctor León C. Arslanián.

les. Cada uno en su órbita –competencia territorial– goza de esta atribución, porque es de la esencia de todo gobierno, aunque no esté expresamente establecido constitucionalmente. El poder de policía no está delegado por las provincias al gobierno federal (art. 121, Const. nacional, y art. 1º, Const. provincial), e incluso con la reforma de 1994 se incluye el art. 75, inc. 30, que, con relación a los establecimientos de utilidad nacional, reconoció los poderes de policía e imposición de las provincias y municipios, en tanto que no interfieran con la finalidad de aquellos objetivos federales.

b) *Nuevo derecho constitucional*. El fundamento constitucional de la noción de poder de policía ha sido reforzado por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 30). También, por imperio de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), se puede hacer mención de lo siguiente: 1) Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29, inc. 2º; 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 32, inc. 2º, y 3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 4º.

4. *Definiciones*

Siguiendo a Rafael Bielsa, constituye “un poder genérico de representación general y de coacción dirigido a velar por la seguridad y bienestar de los habitantes de la nación, de las provincias o de las comunas según la esfera de que se trate”⁴. Fiorini enseña que “las limitaciones del Estado están dirigidas a garantizar la seguridad que tienen los individuos dentro de un Estado para desarrollar sin inconveniente su personalidad”⁵.

⁴ Bielsa, Rafael, *Régimen jurídico de policía*, Bs. As., La ley, 1957, y *Compendio de derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 1966, p. 383 y ss; ver Gordillo, Agustín, *El “poder de policía”*, www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf.

⁵ Fiorini, Bartolomé A., *Poder de policía*, Bs. As., 1957; Gordillo, *El “poder de policía”*, www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf.

Antes de adentrarnos a limitar su alcance conceptual, ubiquemos al doctor Agustín Gordillo⁶ como ferviente defensor de la doctrina de las libertades y derechos humanos y crítico de la noción del poder de policía, por lo que él mismo expone: “Se invierte de ese modo, irrazonablemente, el principio constitucional. Lo fundamental deviene secundario, lo excepcional la norma. Los derechos de los individuos, en lugar de sujetos de la ecuación individuo-Estado, pasan a ser mero objeto de la acción controladora y restrictiva del poder estatal. Se parte del poder, se lo enuncia a nivel de principio, inconscientemente en algún caso se llega al punto máximo y se lo idolatra. Es un punto de partida demasiado grave en un país con tradición autoritaria como el nuestro, que ha vivido bajo gobiernos de facto y poderes de facto, teorías de facto, construcciones sobre el derecho de la necesidad del Estado, reglamentos estatales de necesidad y urgencia, decretos leyes que todos llaman y tratan como si fueran leyes, como si la diferencia ya se hubiera perdido en la memoria colectiva. Un país en el que la corrupción es endémica y se entremezcla con las prácticas paralelas que nacen del ejercicio del poder. Sostuvimos la eliminación de la noción de poder de policía desde 1960, para enfatizar en cambio el estudio de su polo opuesto, las libertades y garantías individuales”⁷. Si bien parte de la doctrina argentina ha preferido continuar anclada a un pasado prehistórico a los derechos humanos, la tendencia universal justifica no abandonar el intento de corregir ese defecto de razonamiento teórico, político y práctico. Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a la premisa inicial de qué es y para qué debe servir el derecho administrativo y no consagrar en cambio un “derecho administrativo” al servicio de la autoridad y del poder, como el “poder de policía”. El autor

⁶ Gordillo, *El “poder de policía”*, www.gordillo.com/pdf-tomo2/capitulo5.pdf, con citas de otros autores.

⁷ Lo reiteramos –dice Gordillo– en este tratado a partir de su 1ª ed. en 1974, y en *Derechos humanos*, 4ª ed., 1999.

precitado cita a Vanossi para decir que se trata de una institución “evanescente”⁸.

Empero, sin perjuicio de lo expuesto, se concuerda en la existencia del poder de policía aunque existan una gran cantidad de concepciones que tratan de acercarse a su contemplación científica precisa. De hecho, nos bastará recordar algunas de esas definiciones o concepciones que, en más o menos, contengan acabadamente las condiciones esenciales que traten de abrazar el término cuya adaptación a la realidad se fijará en cada fallo judicial concreto.

En este orden, sobre la dificultad que estriba en encontrar una definición a este instituto que, “teniendo en la mente la soberanía del Estado, sería un desatino definir el término. Definirlo es limitar lo que por la naturaleza de las cosas no puede ser limitado, lo que más bien ha de estar conformado con las condiciones relativas al bienestar común en cuanto protegido por las sanciones legislativas. El poder de policía es al pueblo lo que la ley de la necesidad es al individuo. Está contenido en la máxima: *salus populi suprema lex*. No es una regla, es una evolución... El poder ha sido siempre tan amplio como el bienestar público y tan fuerte como el poderío del Estado”⁹. De allí que en Estados Unidos de América y, podemos añadir, entre nosotros, de acuerdo a la jurisprudencia existente en ambos, el poder de policía goza de plasticidad, es decir no puede ser circunscripto en límites fijos, y es susceptible de evolución y modificación dentro de las limitaciones constitucionales, en la medida en que los poderes gubernamentales de control puedan ser adecuados para satisfacer las cambiantes condiciones sociales, económicas y políticas¹⁰.

⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 134.

⁹ Juez Chadwick, de la Corte Suprema de Washington, quien lo decía en el caso “State v. Mountain Tamber Co.”, Washington 581, 135 Pac. 645, ver en Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Bs. As., Editorial Alfa, 1956, t. 3, p. 295 y 296.

¹⁰ Ver “Holden v. Hardy”, 169 US 366; “Millar v. Board of Public Works”, 195 Cal. 477; “Pittsburg C. C. & St. L. R. Co. v. State”, 180 Ind. 245; “Goldman v. Crowther”, 147 Md. 282; “People v. Braze”, 183 Mich. 259; “State ex rel

Zuccherino realiza un estudio de definiciones de autores encumbrados del derecho público comparado, como ser, Freund, Joaquín V. González, Carlos Sánchez Viamonte, César E. Romero, y la posición negadora de Alfred Russell, para colegir su opinión¹¹. Así, nos enseña que poder de policía es “aquel instituto consagrado a la posesión y ejercicio de una facultad reglamentaria de los derechos y garantías reconocidos constitucional o legalmente, y que se expresa, de ordinario, por medio de limitaciones a los citados derechos y garantías, nunca generadores de desconocimiento o desnaturalización de ellos”.

En nuestra opinión es: *a)* ostentación y *b)* ejercicio por el Estado, en alguno de sus *c)* poderes, o *d)* estamentos, federal o federativos, *e)* de la facultad de restringir o limitar –sin desnaturalizarlos– y derechos y garantías constitucionales o legales, a los ciudadanos o habitantes, *f)* con la finalidad concreta de conseguir en su debida forma y razonablemente, un bien a la comunidad a la que va dirigida. Cuando nos referimos a la *a)* ostentación, queremos explicar que, a pesar de no estar consagrado específicamente en la mayoría de los textos constitucionales, sabemos que es un poder que goza de antemano el Estado, potencialmente, y que hay que poner en acto cuando se den las condiciones y circunstancias sociales. *b)* Ejercicio es porque se trata de una actividad estatal, la que reposa primordialmente en cabeza de los poderes legislativos, por ello se agrega de alguno de los poderes del Estado. *c)* Al dejar abierta la posibilidad de que lo efectivicen alguno de los poderes del Estado, nos referimos a que, en la práctica constitucional y política, también el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo limitan derechos a través de sendos actos jurídicos de naturaleza normativa. *d)* Al significar que ello podrá efec-

Beery v. Houghton”, 164 Minn. 146; *American Jurisprudence: a comprehensive text statement of American case law*, Rochester, 1937-1938, t. XI, § 253, p. 980, citados por Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 299.

¹¹ Zuccherino, Ricardo M., *Teoría y práctica del derecho municipal*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 281 y 282.

tuarse por medio de cualquiera de los tres estamentos, hacemos alusión a la Nación, las provincias y los municipios. e) El núcleo de la definición está enclavado en la limitación de derechos constitucionales por aquello de que no hay derechos absolutos. f) Su finalidad, cual es la de lograr un bien a la comunidad a la que va dirigida, tiene sus condiciones y formas.

Como condición, repasamos que no debe agredir derechos personalísimos, es decir, a la privacidad o intimidad; y como formas que deberán realizarse con razonabilidad cuidando de no alterar los derechos constitucionales y siempre bajo el imperio de la ley, principio de reserva que da sentido al estado de justicia que pretendemos debe instalarse definitivamente en nuestras comunidades. Como ha sostenido Quiroga Lavié, no sólo el derecho es represivo o preventivo, también es terapéutico; en otras palabras lo que debe procurar el Estado es que la dignidad de la persona humana no se vea avasallada, prohibida o degradada por medidas estatales o por permisividades a algunos habitantes en detrimento de otros. El derecho positivo da vueltas y vueltas, y gira en derredor de los más altos principios que devienen de la cultura occidental; por ejemplo de Ulpiano o de alguno de los filósofos griegos. Allí retumba el *summ cuique tribuere, honeste vivere, alterum non lædere*.

5. Caracterización

Podemos comenzar a caracterizar la institución.

a) Primero debemos preguntarnos si, dentro del concepto de función, se trata de una función-facultad o de una función-deber del Estado.

Todo indica –siempre como principio– que estamos en presencia de una función ejercida facultativamente, porque si estamos en presencia de la limitación de derechos privados ese poder debe ser ejercido concretamente, y su no ejercicio no obliga al Estado como tal. Porque el no lograr en plenitud la consecución de los fines que le son propios, es decir, para alcanzar el bien común, no lo responsabiliza jurídicamente.

Ése es un criterio en parte de la doctrina judicial¹², aunque siempre habremos de estar predispuestos a esperar un caso que se convierta en la excepción a esta especie de regla. También es dable consignarlo como reserva de poder del Estado, pues en la vida de relación social siempre será necesario restringir los derechos individuales para lograr un equilibrio con el bien común o interés público que da sustento esencial de vida del Estado mismo.

b) El segundo interrogante que es de fácil resolución, es saber cuál órgano es el competente para el ejercicio del poder de policía, y aquí debemos hacer la salvedad que los poderes actúan en su triple dimensión, aunque el primero que lo hace y regula es la legislatura, no puede haber limitación de derechos constitucionales sin ley previa, so pena de inconstitucionalidad. Empero, la actividad de regulación a modo de ordenar, establecer y ejecutar, le corresponde en el siguiente orden a la legislatura, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. El caso típico es de la clausura de un comercio municipal que no reúne las condiciones mínimas exigidas por la ordenanza fiscal o de habilitaciones, por la que la intervención *ex ante* del legislador previendo una inconducta fiscal, realizada ésta por el comerciante y comprobada la contravención por el inspector municipal, deviene lógicamente la intervención del juzgado de faltas que aplica la sanción contravencional prevista.

c) La tercera faceta es la de la finalidad que se persigue, la que, como se ha observado doctrinal y jurisprudencialmente, dada su elasticidad y plasticidad evolucionaria con la civilización y se endereza a criterios amplios *–broad and plenary–*, que van desde el tradicional sistema trilogico salubridad-seguridad-moralidad y buenas costumbres *–criterio restringido europeo to narrow–*, hasta la intervención en la actividad económica. En nuestro país son sobrados los ejemplos de seguimiento de este criterio. Se ha dicho en este sentido que la

¹² C2ªCivCom SNicolás, 15/3/94, “Zacharsky, Ana c/Municipalidad de San Pedro s/daños y perjuicios”, *Infojus*, FA94012728.

esfera del poder de policía es extensa en grado sumo, adquiriendo una extensión inusitada, abarcando múltiples aspectos de la vida social e individual; como consecuencia, las actividades de todo orden caen en los límites de esa función, y hacen imposible determinar su alcance con precisión circunstanciada. Abarca cuestiones de la más diversa naturaleza, de donde resulta la policía de seguridad, de cultos, de la propiedad, de la industria y del comercio, sanitaria, de las costumbres, del trabajo, de inmigración, de los servicios públicos, etcétera¹³.

Lo que sí resulta ostensible es su carácter excepcional y accesorio, siendo o debiendo ser la regla y lo principal los derechos humanos constitucionalizados y sus garantías.

En este poder de policía reside toda la fuerza que pueda desplegar un municipio, porque en él está ínsita un arma que ningún otro gobierno puede ostentar ni cumplir: la celeridad, la inmediatez, causadas ambas por la contigüidad con el problema humano que se suscite. Es en este punto en el que el municipio es insustituible y justificadamente autónomo, donde se constituye en guardián del ciudadano, de su familia, de su patrimonio, de sus intereses más inmediatos. Además, es el representante más directo del Estado federal y provincial, aunque ostente y ejerza su grado jurisdiccional propio. Hoy más que nunca, cuando se notan los problemas ambientales, bromatológicos, sanitarios, hidráulicos, entre muchos otros.

6. *Límites constitucionales*

Desde ya que el accionar policial también tiene la llamada “limitación a las limitaciones” en la regla jurisprudencial, creada en base a la interpretación del art. 28 de la Const. nacional, de donde surge el principio de razonabilidad, y de allí la proporcionalidad ajustada a los casos en que deba intervenir el funcionario de policía, donde los medios deben ser adecuados a los fines estatales perseguidos en el logro de

¹³ Ver Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 311.

la paz social. Otro de los límites a las posibles arbitrariedades del Estado provincial, y en este caso municipal, es que –ese accionar estatal– debe tener asidero legal, principio (de legalidad) que surge de la misma Constitución nacional, en su art. 19 y en la Constitución provincial, en su art. 26. También la privacidad o intimidad de los ciudadanos está protegida por el mismo artículo nacional citado, y por el art. 25 en el orden provincial. Este derecho aparece en la escala elaborada por Ekmekdjian como uno de los más sagrados a la hora de justipreciar los derechos humanos fundamentales.

En este ítem es preciso hablar de *quantum* y de *qualitas*.

a) Para el primer punto no nos referimos al volumen legislativo o cantidad de normas que reglamentan tal o cual derecho, sino el modo en que se hace; es decir, si las medidas exigidas por el Estado transgreden una normal tolerancia por parte del derecho privado o público del ciudadano. Cabe hablar de un encajonamiento o armadura en la que deberá discurrir más o menos flexiblemente la voluntad estatal. Hete aquí que el Estado, con la finalidad de erradicar las moscas transmisoras de alguna enfermedad, disponga de tanques de guerra del ejército para tal cometido, pudiendo disponer de los insecticidas más apropiados para ello. Por ello, estamos en presencia de una proporcionalidad entre los medios y los fines. El medio, en este caso la ley limitativa, debe ser racional significando no un aniquilamiento de los derechos afectados ni exceso de poder por su parte, sin perjuicio de alguna limitación. Cuando el juez avizore que el camino transitado por el Estado no es el correcto o habría otro menos cruento o lesivo para el administrado, el ciudadano o el contribuyente, ahí habrá irrazonabilidad o inconstitucionalidad. El legislador tiene la obligación de realizar la ley más justa y apropiada al caso, no sólo porque se lo presume preparado intelectualmente o legislativamente, sino porque tiene todo el plus que le otorga ser representante del Estado.

b) Respecto de la calidad, debemos decir que se trata de examinar quién del Estado está legitimado para ejercer dicho poder, pues podrá haber alguna colisión competencial, enton-

ces lo que se trata de impugnar es si quien limita tal o cual derecho posee el poder legal suficiente para hacerlo. Dicha concepción está más ligada a la jurisdicción o competencia del órgano ejecutante de la medida normativa restrictiva.

7. *Formas de poder de policía: amplio o restringido*

Esta clasificación obedece a la forma que ha reconocido la Corte nacional el ejercicio de tal poder de policía. Primeramente lo hizo con el poder de policía restringido en los casos “Empresa Plaza de Toros” (*Fallos* 7:150) y “Saladeristas de Barracas c/Provincia de Buenos Aires”¹⁴, en donde el alto tri-

¹⁴ Un *leading case* de la Corte nacional *in re* “Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros c/Provincia de Buenos Aires”, resuelto el 14/5/1887, donde la Corte Suprema estableció que las disposiciones administrativas dictadas hasta ese momento sobre saladeros no acordaban a los actores “ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que debe sujetarse, y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida. Que ese derecho tampoco puede deducirse de la ley de 31 de mayo de 1822, porque esta ley sólo tiene por objeto alejar de la ciudad a los saladeros como establecimientos salubres, y en tanto permitió que se establecieran al otro lado del Riachuelo, en cuanto se suponía que en esa localidad no serían perjudiciales a la salubridad pública. Que los saladeristas de Barracas no pueden invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión, o de una industria. Que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad y al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa es proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos... y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos”. Agregaba la sentencia que “la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento legal alguno, porque según la Constitución, esos derechos

bunal entendió correcta la ley dictada por la provincia, que prohibía las corridas de toros; mas luego consagró el criterio amplio en el caso “Ercolano” (*Fallos*, 136:161), en donde se declaró válida la ley que prohibía cobrar durante dos años contados desde su promulgación, por la locación de casas, piezas y departamentos, destinados a habitación, comercio o industria un precio mayor que el que se pagaba por ellos, el 1º de enero de 1929. Dijo el tribunal que, “tal protección de los intereses económicos, se justifica ante el requerimiento de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional”.

8. *Clasificación del poder de policía municipal*

Zuccherino practica una clasificación por categorías de poder de policía municipal, a saber: a) policía municipal de seguridad; b) policía municipal de sanidad e higiene; c)

están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611, Cód. Civil). Por consiguiente, la ley provincial de septiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecimientos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida tercera, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: *maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese pero deberlo fazer de manera que non faga nin tuerto a otro*. Que siendo esto así, y deduciendo de los principios expuestos en el tercero y cuarto considerandos, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar, o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar, o modificar las condiciones de su explotación” (*Fallos*, XXXI-273 y ss.; ver, Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 314).

policía municipal de moralidad y buenas costumbres, y *d*) policía municipal de industrias¹⁵.

a) A su vez la policía municipal de seguridad se subdivide para su estudio en policía de tránsito, policía edilicia, policía de ruidos molestos.

b) La policía de sanidad e higiene se subdivide en policía alimentaria, policía de sanidad ambiental, policía de higiene edilicia.

c) Esta especie dedicada generalmente a los espectáculos públicos, habilitaciones, etcétera.

d) En este rubro se contienen: la policía de control de seguridad industrial, policía de control de sanidad ambiental en fábricas, policía de higiene ambiental en los establecimientos industriales, policía de control de ruidos molestos.

9. *Contenidos del accionar municipal en materia de poder de policía*

Lo dicho y observado a la luz de la praxis municipal indican que el poder de policía se limita en la órbita comunal al llamado poder de policía restrictivo, es decir, las materias clásicas, de seguridad, salubridad y moralidad; por contrario sentido, es difícil encontrar un ejercicio del poder de policía amplio que abarque lo económico-financiero en tren de lograr el bienestar general. Una excepción a esta regla lo constituye el control de precios que el constituyente catamarqueño asigna a las municipalidades.

10. *Práctica municipal*

Examen particularizado del poder de policía municipal a la luz de la legislación vigente. Hagamos un examen rápido de las materias que se activan en el nivel municipal.

¹⁵ Zuccherino, *Teoría y práctica del derecho municipal*, p. 287 y 288.

- Poder de policía de tránsito, en función de la seguridad pública: lo ejerce el poder de policía la Nación adhiriendo la provincia. Ejecuta la policía administrativa municipal por medio de los inspectores de tránsito y se juzga mediante una actividad concurrente entre provincia (jueces de paz en grado de apelación) y jueces de faltas municipales como órgano de primera instancia. En conclusión, poder de policía propiamente dicho en materia legislativa ejercido por la Nación y con adhesión de la provincia, hablamos de una concurrencia. Poder de policía administrativo propiamente lo ejerce la municipalidad con personal dependiente del departamento ejecutivo y poder de policía jurisdiccional en forma concurrente municipio y provincia.

- Poder de policía en espectáculos deportivos: legislación provincial. Ejecución concurrente entre municipalidad y provincia. Actividad jurisdiccional compartida entre provincia y municipalidad.

- Poder de policía bromatológico. Legislación provincial y nacional (ley de instalación de hipermercados, Código Alimentario, ley de frigoríficos, etc.) con complemento de la municipalidad (Código Contravencional Municipal). Actividad administrativa preeminentemente municipal (inspectores de bromatología). Actividad jurisdiccional primordialmente municipal (Justicia de Faltas).

- Poder de policía en medio ambiente. Legislación nacional y provincial, eventualmente alguna ordenanza municipal específica (p.ej., la delimitación de no practicar la producción de carnes o sembrados dentro de un radio urbano o contiguo a él). Actividad administrativa, provincial o municipal delegada. Actividad jurisdiccional múltiple: provincial (juzgados contencioso administrativos), federal (juzgados federales) municipal (Justicia de Faltas), según sean los casos.

- Poder de policía en salubridad, higiene y seguridad. Legislación pluriorgánica. En su competencia es general y naturalmente ejercida por la municipalidad, y en muchos casos ejerce delegadamente la policía de control de competencia

provincial y escasamente la nacional. En su gran mayoría de casos la actividad jurisdiccional es municipal.

- Poder de policía en materia de adicciones. La ley 11.825, en su art. 10 expresa: “Serán autoridades de comprobación de las infracciones a la presente ley las respectivas municipalidades, el Ministerio de la Producción, el Ministerio de Seguridad y la Subsecretaría de Prevención y Asistencia de las Adicciones. Las autoridades citadas designarán agentes públicos investidos del poder de policía preventivo a fin de hacer cumplir las normas de la presente ley. Los referidos agentes deberán secuestrar la mercadería en infracción al momento de constatarse la falta y podrán requerir directamente el auxilio de la fuerza pública cuando ello resulte necesario para los fines del cumplimiento de la presente ley”.

- Poder de policía en materia de guías locales de turismo. La legislación provincial (ley 12.484). La policía administrativa en principio provincial, con posibilidad de delegación por convenios con las municipalidades¹⁶. En materia jurisdiccional actuarán en principio autoridades ministeriales provinciales, sin perjuicio de delegaciones a las municipalidades, por convenios.

- Poder de policía en materia de cura antirrábica canina y el tratamiento antihelmíntico de la especie canina, como asimismo cualquier otro medio de lucha contra la hidatidosis e hidrofobia que por la experimentación resultase de positiva eficacia, la legislación es provincial (ley 5220) con alguna coparticipación municipal en materia de fijación de la condena de multa¹⁷, la policía administrativa puede ser

¹⁶ Art. 15. – “La autoridad de aplicación de la presente ley es la Subsecretaría de Turismo de la Provincia de Buenos Aires dependiente del Ministerio de Producción, o la que en el futuro la reemplace. La misma podrá realizar convenios con los municipios a efectos de inscribir en el Registro Provincial de Guías de Turismo y realizar las evaluaciones correspondientes a cada categoría”. [Lo destacado se encuentra observado por el decreto de promulgación].

¹⁷ Art. 6º – “Todo perro cuyo propietario no haya cumplido con lo establecido en el art. 2º será encerrado en el lugar que la Municipalidad establezca,

compartida (art. 5º)¹⁸ y en lo jurisdiccional el Juzgado de Faltas Municipales.

- Poder de policía en materia de lucha antirrábica, no sólo canina, rige el decr. ley 8056, cuya legislación, va de suyo, es centralizada en la provincia y la ejecución de policía administrativa es de las municipalidades. En cuanto a lo jurisdiccional se prevé a través de los juzgados de faltas municipales.

- Poder de policía en materia de establecimientos comerciales radicados o que se radiquen en el territorio de la provincia para su habilitación y funcionamiento en la legislación provincial (decr. ley 7315)¹⁹. La policía administrativa es preferentemente provincial, salvo la posibilidad del Ministerio de Bienestar Social que podrá otorgar la intervención que

y si en el plazo de dos días no fuese reclamado, deberá ponérselo a disposición de los Institutos de Medicina Veterinaria o similares antes de ser sacrificado e incinerado. El rescate del animal por parte de su dueño u otra persona interesada será efectuado mediante el pago de una multa de cincuenta pesos moneda nacional (\$50 m/n), que abonará en la Oficina de Valuación local mediante el sellado correspondiente. La infracción al artículo anterior será penada en la forma establecida por las respectivas Ordenanzas Municipales”.

¹⁸ Art. 7º – “Las autoridades municipales en la acción coordinada con las dependencias respectivas del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, velarán por el estricto cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, a cuyo efecto podrán recabar la cooperación de la policía”.

¹⁹ Art. 1º – “Deberán dar cumplimiento a las disposiciones sobre construcción, instalación, personal y equipamiento que establece la presente ley, con el objeto de preservar la seguridad, salubridad e higiene de su personal y de la población”.

Art. 2º – “A los fines de la presente ley, se entenderá por establecimiento comercial a todo aquél destinado a intermediar lucrativamente, directa o indirectamente, entre productores y consumidores con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza”.

Art. 3º – “Todos los establecimientos comerciales que se radiquen en el territorio de la Provincia deberán contar sin excepción alguna, con la pertinente habilitación sanitaria otorgada por el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia por intermedio de sus dependencias específicas, que será requisito obligatorio previo para que las autoridades comunales puedan conceder, en uso de sus atribuciones legales, los correspondientes permisos de habilitación comercial de los establecimientos ubicados en sus respectivas jurisdicciones”.

corresponda, a los demás organismos estatales competentes, cuando las disposiciones legales vigentes así lo establezcan (art. 7°). Aunque queda abierta la posibilidad de delegación de la facultad sancionatoria a las municipalidades por convenio²⁰. Respecto de la función jurisdiccional aunque puedan existir algunas disposiciones poco claras, lo más conveniente es cumplirla a través de los Juzgados de Faltas Municipales, además teniendo en cuenta que la propia ley determina que “los montos de las multas que se apliquen ingresarán al erario municipal en la proporción que establezca la pertinente reglamentación” (art. 12).

- Poder de policía en materia de patentamiento, registro, transferencia y baja de vehículos automotores menores (motocabinas, motocicletas y motonetas con o sin sidecar, motofurgones y triciclos accionados a motor), la legislación es la ley provincial 8001/73, pero para asignarle a las municipalidades donde tenga registrado su domicilio el propietario del vehículo, la potestad de registro y cumplimiento de formalidades. Desde luego que dicha legislación podrá ser comple-

²⁰ *Art. 12.* – “El Ministerio de Bienestar Social, cuando lo estime conveniente, podrá convenir con las autoridades comunales la coordinación de tareas para fiscalizar el cumplimiento de la presente ley, así como la delegación de la facultad sancionatoria establecida en el art. 10 de la misma, previa aprobación del Poder Ejecutivo, en cuyo caso los montos de las multas que se apliquen ingresarán al erario municipal en la proporción que establezca la pertinente reglamentación”.

Art. 10. – “El Ministerio de Bienestar Social es la autoridad encargada de la aplicación de la presente ley debiendo ejercer por intermedio de sus dependencias específicas, una permanente fiscalización de la instalación y funcionamiento de los establecimiento comerciales en el territorio de la Provincia, verificando el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley; en caso de comprobar infracciones a las mismas, podrá aplicar sanciones de multa de hasta un millón de pesos moneda nacional, de acuerdo a la gravedad o reincidencia de la falta verificada”.

Art. 11. – “El Ministerio de Bienestar Social, en los casos en que estime corresponder y en resguardo de la seguridad, salubridad e higiene del personal de los establecimientos comerciales y de la población, podrá disponer la clausura provisoria o definitiva de los establecimientos, así como el decomiso o destrucción de los elementos y útiles que estén en infracción”.

mentada por actos jurídicos legislativos municipales que indiquen pormenores de su cumplimiento. La policía administrativa es estrictamente municipal y en lo jurisdiccional es competente el Juzgado de Faltas Municipal.

- Poder de policía en materia de uso del suelo; rige la legislación provincial, *decr. ley 8912/77*. En cuanto a la policía administrativa, aunque de acción concurrente, es más municipal²¹ que provincial, y en lo que refiere a lo jurisdiccional es competente la justicia municipal de faltas²².

²¹ *Art. 70.* – “La responsabilidad primaria del ordenamiento territorial recae en el nivel municipal y será obligatorio para cada partido como instrumento sectorial”.

Art. 71. – “Se entiende, dentro del ordenamiento territorial, por proceso de planeamiento físico, al conjunto de acciones técnico-político-administrativas para la realización de estudios, la formulación de propuestas y la adopción de medidas específicas en relación con la organización de un territorio, a fin de adecuarlo a las políticas y objetivos de desarrollo general establecidos por los distintos niveles jurisdiccionales (Nación, Provincia, Municipio) y en concordancia con sus respectivas estrategias”.

Art. 73. – “Intervendrán en el proceso de ordenamiento territorial a nivel municipal sus oficinas de planeamiento, locales o intermunicipales, y a nivel provincial el Ministerio de Obras Públicas, la Secretaría de Planeamiento y Desarrollo y la Secretaría de Asuntos Municipales”.

²² *Art. 93.* – “Las infracciones a las obligaciones establecidas por la presente ley y planes de ordenamiento comunales, serán sancionadas por las autoridades municipales, de conformidad a lo dispuesto en el Código de Faltas Municipales”.

Art. 94. – “Las multas se graduarán según la importancia de la infracción cometida y serán:

1) De hasta un sueldo mínimo de la administración municipal, cuando se trate de faltas meramente formales.

2) De uno a cincuenta sueldos mínimos de la administración municipal, si fueren faltas que no causaren perjuicios a terceros.

3) De cincuenta a quinientos sueldos mínimos de la Administración municipal, en los supuestos de violación a los planes de ordenamiento territorial, que perjudiquen a terceros o infrinjan lo dispuesto en materia de infraestructura de servicios, dimensiones mínimas de parcelas, cambio de uso, factores de ocupación de suelo y ocupación total, densidad y alturas máximas de edificación.

Podrán disponerse, igualmente, las medidas accesorias previstas en el Código de Faltas Municipales y en especial disponer la suspensión de obras,

Se prevén acciones intermunicipales²³.

- Poder de policía sobre la habilitación; contralor y fiscalización de los natatorios y piletas de natación de carácter público; semipúblico y comerciales (piscinas). La legislación es provincial según la norma legal 10.217. La policía administrativa fue delegada a las municipalidades por dicha ley, estableciéndose respecto de “la habilitación, contralor y fiscalización del funcionamiento de los natatorios y piletas de natación de carácter público, semipúblico y comerciales que se encuentran situados en el ámbito de jurisdicción de las respectivas Comunas” (art. 1º). Además, “Las Municipalidades ejecutarán las acciones tendientes al cumplimiento de las normas vigentes sobre habilitación y funcionamiento de piletas y natatorios, percibiendo las sumas que por concepto de sanciones pecuniarias se apliquen a los infractores” (art. 2º). Sin perjuicio de tal principio rector, existe una colaboración pro-

remoción, demolición o adecuación de las construcciones erigidas indebidamente.

Los organismos competentes del Ministerio de Obras Públicas podrán constatar la comisión de infracciones y disponer medidas preventivas, remitiendo las actuaciones a la municipalidad correspondiente para la aplicación de sanciones”.

Art. 95. – “La falta de pago de las multas en el término de diez días siguientes a la notificación, permitirá la actualización de su monto de acuerdo a la variación producida hasta el momento del efectivo pago, según los índices y procedimientos establecidos en el Código Fiscal”.

Art. 96. – “Cuando fuere responsable de la infracción algún profesional, la autoridad administrativa enviará los antecedentes al Consejo o entidad profesional respectiva, a los efectos de su juzgamiento.

Sin perjuicio de ello, podrá disponerse la exclusión del infractor en las actuaciones donde se constate la falta”.

Art. 97. – “Serán solidariamente responsables por las infracciones cometidas, el peticionante, propietarios, empresas promotoras o constructoras y profesionales, en su caso”.

²³ *Art. 81.* – “Los planes de ordenamiento podrán tener escala intermunicipal cuando así se determine a nivel provincial o por iniciativa municipal, abarcando las jurisdicciones de aquellos partidos que teniendo límites comunes y problemas afines deban adoptar soluciones integradas. Las mismas se concentrarán de acuerdo con los mecanismos técnico-administrativos que se establezcan a nivel provincial y comunal”.

vincial en cabeza del Ministerio de Salud, el que desarrollará actividades tales como “arbitrar los medios necesarios a efectos de suministrar la asistencia técnica que fuere necesaria a fin de organizar, instrumentar, y asegurar el funcionamiento de los servicios que por esta ley se delegan” (art. 23) y “proponer al Poder Ejecutivo el dictado de normas complementarias a las vigentes y que hagan a la salud de la población usuaria de las piletas y natatorios, quedando facultado para resolver aquellos casos no contemplados por las mismas o de dudosa interpretación, cuidando de no alterar su espíritu” (art. 4°). En cuanto a la policía jurisdiccional se deduce que interviendrá el Ministerio de Salud ejerciendo una especie de tribunal administrativo.

- Poder de policía en materia de disposición final de residuos urbanos para ciertos partidos del conurbano²⁴. En cuanto a la legislación rige el *decr. ley 9111/78* (Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado –CEAMSE–), por lo que se centraliza en la provincia, aunque se habilita a las municipalidades a legislar sobre algunos temas²⁵. Es una com-

²⁴ *Art. 2°* – “A los efectos de esta ley los Partidos comprendidos son los siguientes: Vicente López, San Isidro, San Fernando, Tigre, General Sarmiento, General San Martín, Tres de Febrero, Morón, Merlo, Moreno, La Matanza, Esteban Echeverría, Almirante Brown, Lomas de Zamora, Quilmes, Avellaneda, Lanús, Florencio Varela, Berazategui, Berisso, Ensenada y La Plata”.

Art. 3° – “En los Partidos comprendidos por la presente, la disposición final de los residuos se efectuará exclusivamente por el sistema de relleno sanitario”.

²⁵ *Art. 12.* – “Las normas municipales pertinentes deberán prever especialmente lo siguiente:

a) Las violaciones que se constaten a la prohibición establecida por el art. 10 de la presente ley, darán lugar a la inmediata intimación de la municipalidad respectiva para que se proceda al reacondicionamiento y limpieza de los inmuebles total o parcialmente ocupados con basura o para que se proceda al relleno sanitario de la misma, estableciendo el plazo dentro del cual deberá concretarse tal acción, el que no podrá exceder de un máximo de ciento ochenta días. En caso de incumplimiento por parte de los propietarios y/o poseedores y/u ocupantes y/o responsables de los terrenos con lo dispuesto en el párrafo anterior, las normas municipales preverán la realización de las tareas de saneamiento por cuenta y a costa de los infractores, y las demás sanciones consiguientes de acuerdo con las previsiones del Código de Faltas Mu-

petencia discutida, porque históricamente se trata de una función municipal, por lo que no se descarta la legislación concurrente. La policía administrativa es también concurrente y, en el aspecto jurisdiccional, algunas actividades prohibidas serán competencia de los jueces de faltas municipales²⁶, y en todo lo demás interviene el Ministerio de Gobierno provincial.

nicipales –ley 8751–, las que en todos los casos deberán establecer el arresto de los infractores por un plazo mínimo de diez días y la accesoría de clausura del inmueble hasta el total y definitivo saneamiento del mismo.

b) Las normas municipales también establecerán sanciones para quienes arrojen residuos sólidos o líquidos (aguas servidas, residuos cloacales y similares) de cualquier naturaleza u origen, en cualquier lugar que no se encuentre especialmente habilitado por ‘CEAMSE’ para su disposición final o por las municipalidades –en los casos del art. 8° de la presente ley–, o por las autoridades nacionales o provinciales respectivas en los casos de residuos líquidos. En todos los supuestos la falta será penada con el arresto del infractor por un mínimo de tres días y multa, procediéndose al secuestro del vehículo utilizado para cometer la infracción y demás herramientas y útiles empleados con el mismo fin hasta el cumplimiento total de la sanción impuesta.

En las infracciones a que se refiere este apartado la autoridad municipal dispondrá además la inhabilitación para conducir de quien maneje el vehículo que transporte los residuos sólidos o líquidos arrojados, por un plazo de hasta seis meses, y en caso de reincidencia su inhabilitación absoluta. Estas sanciones serán comunicadas a la autoridad provincial de tránsito, a la Jefatura de Policía de la Provincia, y a la autoridad encargada de expedir las licencias de conductor”.

²⁶ *Art. 10.* – “Prohíbense, en todos los Partidos comprendidos en la presente ley, los depósitos de basura y/o de elementos recuperados de la misma, sea en espacios abiertos o cerrados. Tal prohibición alcanza por igual a los que pudieran instalarse en terrenos de propiedad de personas físicas o de personas jurídicas de carácter público o privado.

En los mismos Partidos queda prohibida la disposición final de la basura mediante su quema o incineración o por cualquier otro sistema no autorizado expresamente por esta ley.

La disposición de los residuos en domicilio se regirá por las normas de la ordenanza general n° 220 del 22 de junio de 1978, disposiciones reglamentarias de ella y sus eventuales modificatorias”.

Art. 11. – “Igualmente prohíbese en los mismos Partidos la realización de cualquier tipo de tarea de recuperación de residuos, aún por parte de quienes tengan la adjudicación de la concesión por recolección de residuos. Tal prohibición comprende también al denominado “cirujeo”, aún en terrenos de propiedad de particulares”.

- Poder de policía en materia de uso de los espejos de agua destinados para fondeadero de embarcaciones²⁷. Legislación primaria provincial (decr. ley 9297/79) con previsión expresa de ser reglamentada por las municipalidades con algunas salvedades²⁸. Como consta en la ley será autoridad de aplicación cada municipalidad de que se trate. En lo jurisdiccional entendemos que se trata de una actividad que deberá ser ejercida por el Departamento Ejecutivo a modo de funciones municipales jurisdiccionales administrativas, aunque para el caso de existir normas municipales complementarias entenderá naturalmente el Juzgado de Faltas Municipales. Como en otros casos, la Municipalidad al ejercer la inspección de dichos lugares, percibirá una tasa, derecho o tributo respectivo, con lo que se configura un poder de policía tributario municipal.

Art. 12. – “Las infracciones a lo dispuesto por los arts. 10 y 11 de la presente ley serán sancionadas por las autoridades municipales de conformidad con lo dispuesto por el Código de Faltas Municipales –ley 8751–”.

²⁷ *Art. 1º* – “Los espejos de agua de los cursos navegables, arroyos, canales y dársenas de jurisdicción provincial, podrán ser utilizados por los particulares, entidades oficiales y privadas para fondeadero de embarcaciones, artefactos navales o flotantes de acuerdo con las prescripciones de la presente ley y su reglamentación”.

²⁸ *Art. 2º* – “Los municipios serán los órganos de aplicación y reglamentarán la presente. Procederán a determinar las zonas, otorgar permisos de uso y autorizar o efectuar construcciones de dársenas, canales, caletas, obras complementarias y dragado de las superficies destinadas a fondeaderos, mediante la retribución pecuniaria que se establezca”.

Art. 3º – “Los municipios no podrán otorgar permisos de fondeadero:

a) Frente a muelles, embarcaderos y escaleras liberadas al servicio público.

b) Frente a las zonas libres y gratuitas que se concedieren mediante el permiso de uso para embarcaderos, escaleras, rampas de varaderos y surtidores de propiedad privada, siempre que esas instalaciones hayan sido construidas con autorización competente.

c) En los espejos de agua que resulten de las construcciones de canales, canaletas, dársenas y otras construcciones efectuadas o que se efecturen por particulares o entidades privadas destinados a fondeadero. En este caso los permisos individuales de fondeadero serán otorgados directamente por dichos particulares o entidades”.

- Poder de policía en materia de rifas (decr. ley 9403/79 –texto actualizado según ley 11.349–)²⁹. Legislación primaria provincial con obligación de las municipalidades de sancionar ordenanzas que reglamenten los derechos³⁰. La policía administrativa será ejercida por la municipalidad en el Departamento Ejecutivo. En cuanto a la función jurisdiccional, si bien la ley nos determina “la autoridad municipal”³¹, por imperio de la ley 8751 (en su art. 1º) entendemos que es competente el Juzgado Municipal de Faltas.

- Ley de habilitación, contralor y fiscalización del funcionamiento de los natatorios y piletas de natación de carácter, público, semipúblico y comerciales que se encuentran situados en el ámbito de jurisdicción de las respectivas co-

²⁹ *Art. 1º* –[Texto según ley 11.349] “En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, únicamente se podrán promover, vender o hacer circular rifas con expresa autorización municipal, sujetas al cumplimiento de los requisitos que en ésta se establezcan, y a los que se determinen en cada jurisdicción.

A los fines de la presente ley, se considerará rifa a todo contrato de naturaleza bilateral, consensual y de adhesión celebrado entre una Entidad y el adquirente del número, billete, boleta, certificado o título numerado con sorteos de bienes registrables o no, u otros incentivos como premio o retribución, cualquiera sea su denominación, incluyendo las denominadas campañas de socios patrimoniales o protectores y todo otro emprendimiento aleatorio que, a través de sorteos asignen recompensas como objetivo principal”.

³⁰ *Art. 3º* –[Texto según ley 11.349] “El Concejo Deliberante, mediante el dictado de la Ordenanza pertinente establecerá los requisitos necesarios que deberán satisfacer las rifas, estando a cargo del Departamento Ejecutivo el otorgamiento de la autorización, previa valoración del destino que habrá de darse a los fondos que se recauden”.

Art. 4º –[Texto según ley 11.349] “El Concejo Deliberante determinará la suma total por la que habrán de emitirse los billetes de la rifa, como así también la cantidad de números y series que autorizarán a hacer circular”.

³¹ *Art. 11.* –“Las infracciones a las disposiciones de esta ley y a las reglamentaciones que en su consecuencia dicten las municipalidades, podrán ser sancionadas por la autoridad municipal con: *a*) Suspensión para realizar rifas o emitir bonos contribución en el Partido, por plazos de hasta diez (10) años; *b*) Multas por hasta un monto equivalente a un sueldo básico, más gastos de representación, del intendente municipal, computable al momento de dictarse la resolución sancionatoria, aplicable a cada uno de los miembros de la comisión directiva de la entidad organizadora y a todo otro responsable”.

munas. La legislación delegativa es provincial que al operarse o aceptarse por las municipalidades pasa a éstas, pudiendo legislar complementariamente. La policía administrativa es municipal. En lo jurisdiccional, es competencia de los juzgados de faltas municipales en cuanto haya controversias con las disposiciones municipales en las ordenanzas. También existe el poder de policía tributario, al tener las municipalidades el poder de ejecutar las acciones tendientes al cumplimiento de las normas vigentes sobre habilitación y funcionamiento de piletas y natatorios, percibiendo las sumas que por concepto de sanciones pecuniarias se apliquen a los infractores (art. 2º, ley 217). Como en otros casos, la ley provincial prevé una relación interjurisdiccional de colaboración provincial a las municipalidades³². Además se prevé una facultad en cabeza del Ministerio de Salud para proponer al Poder Ejecutivo el dictado de normas complementarias a las vigentes y que hagan a la salud de la población usuaria de las piletas y natatorios, quedando facultado para resolver aquellos casos no contemplados por las mismas o de dudosa interpretación, cuidando de no alterar su espíritu (art. 4º).

- Poder de policía en materia de percepción por las empresas prestadoras del Servicio Público de Electricidad (a solicitud y en representación de las Municipalidades), la tasa por alumbrado público que éstas fijen en su jurisdicción. La legislación es provincial, incluso el mecanismo aplicable debe ser según la ley orgánica de las municipalidades; ello, sin perjuicio de las ordenanzas municipales de adhesión y de aplicación. La policía administrativa es municipal en cabeza del Departamento Ejecutivo³³. En lo jurisdiccional actuará el Concejo Deliberante teniendo en cuenta que es el órgano concedente y se rige según la ley orgánica de las municipalidades, siendo una función propiamente municipal.

³² Art. 3º – “El Ministerio de Salud arbitrará los medios necesarios a efectos de suministrar la asistencia técnica que fuere necesaria a fin de organizar, instrumentar, y asegurar el funcionamiento de los servicios que por esta ley se delegan”.

³³ Art. 5º – “La fiscalización y el control del régimen que se establece, quedan a cargo exclusivo de las municipalidades” (ley 10.740).

- Poder de policía en materia de espectáculos de destreza criolla (jineteada), que consiste en demostrar el dominio, preponderancia y estilo del jinete en la monta de caballos chúcaros, en sus distintas modalidades. La legislación es primariamente provincial, la ley 10.748. También existe, parcialmente, la aplicación de la ley nacional 14.346 para la protección de los animales por malos tratos o actos de crueldad no contemplados en la presente ley (art. 11). Además, colateralmente, son de aplicación para él o los tropilleros actuantes en la jineteada las exigencias de sanidad animal correspondientes a Influenza Equina res. 786/77; Encefalomiелitis Equina, res. 812/79 y 366/80 del Servicio Nacional de Sanidad Animal o cualquier otra exigencia sanitaria que exista en el momento de efectuar la jineteada, por parte del SENASA o el Ministerio de Asuntos Agrarios de la Provincia de Buenos Aires, mediante la aplicación de la ley de policía sanitaria animal 6703, sus modificatorias y regl. decr. ley 10.081/83, Código Rural, u otra que tenga injerencia sobre la sanidad animal en ese momento (art. 13).

La policía administrativa corresponde a la Municipalidad, empero, al existir varios textos normativos en juego, suponemos que bien podrían actuar concurrentemente otras autoridades nacionales o provinciales. En materia jurisdiccional es competente la justicia municipal de faltas³⁴, aunque es de aplicación la legislación de faltas agrarias para ciertos casos puntuales³⁵.

³⁴ *Art. 15.* – “Las transgresiones a la presente ley y a su reglamentación serán sancionadas de acuerdo al procedimiento que determina el Código de Faltas Municipales”.

Art. 16. – “Las infracciones que se cometan a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación serán sancionadas con:

a) Multa graduada desde uno hasta cien sueldos mínimos del agente de la Administración Pública Provincial.

b) Inhabilitación desde un mes a diez años del organizador.

c) Decomiso”.

³⁵ *Art. 14.* – “Lo exigido en el art. 13 será obligatorio para todos los equinos participantes en la jineteada, sus suplentes y para los yeguarizos mansos que actúen como apoyo de los servicios de la misma, aplicándose en el supuesto el procedimiento que determine la ley de faltas agrarias”.

- Poder de policía en materia de lotería familiar o “Bingo”. Legislación provincial 11.018.

Policía administrativa en cabeza del Instituto de Loterías provincial³⁶, aunque deberá coordinar con las autoridades municipales en los cuales funcionen salas autorizadas, el control que ellas dispongan para el cumplimiento de lo establecido en el art. 7º, inc. c (art. 13). En materia jurisdiccional es competencia de los Juzgados de Paz Letrados por imperio del decr. ley 8031³⁷.

- Poder de policía en materia de derechos de usuarios y consumidores. La legislación es nacional (24.240) y provincial (13.133). La policía administrativa, se podría afirmar con algunos matices de mayor intervención de algún estamento estatal por encima del otro, que se trata de una actividad pluriconcurrente; es decir, con la participación de la nación, la provincia y las municipalidades. En cuanto al aspecto jurisdiccional existen también una actividad pluriconcurrente: federal, provincial y municipal.

³⁶ Art. 2º – “La Dirección Provincial de Lotería será el Organismo de Aplicación de la presente ley, y tendrá a su cargo la reglamentación y contralor, en todas sus etapas del juego que se autoriza. Controlará directamente el cumplimiento de las disposiciones atinentes a la recaudación de los gravámenes que se fijen con destino a las cuentas especiales que se creen, aplicará las sanciones que correspondan en su caso; y estará autorizada a fijar excepciones al cumplimiento de lo que se disponga en esta ley y su respectiva reglamentación, mediante resoluciones fundadas de carácter individual y con plazo de vigencia limitado. Estas excepciones no podrán ser renovadas, sin que medie un plazo de 180 días posteriores al vencimiento del anterior. Todas las excepciones deberán ser refrendadas por el Organismo Superior de la Dirección Provincial de Lotería (ley 11.018)”. [Observado por decreto de promulgación 4604].

³⁷ Art. 19. – “Las disposiciones del art. 10 del Código de Faltas (t.o. decr. ley 8.031/73 y decr. 181/87), continuarán siendo aplicables a todos los casos de explotación del juego que no hubiesen sido autorizados, conforme a las previsiones de la presente ley”.

Art. 20. – “Las infracciones a la presente ley y/o a su reglamentación, así como la atención deficiente, falta de operatividad y/o baja rentabilidad debidamente fundadas y comprobadas, podrán ser sancionadas con hasta la caducidad de la autorización”.

La ley prefija la participación de las municipalidades, la que no es menor. Dedicó el Título IX al estudio sobre “Los municipios”. Se encarga de los siguientes temas.

a) *Marcos legales de las competencias de los municipios.* Los municipios ejercerán las funciones emergentes de esta ley (art. 79); de la ley nacional de defensa del consumidor, y de las disposiciones complementarias, de conformidad con los límites en materia de competencias y atribuciones.

b) *Jurisdicción municipal.* Los municipios serán los encargados de aplicar los procedimientos y las sanciones previstos en esta ley, respecto de las infracciones cometidas dentro de los límites de sus respectivos territorios y con los alcances establecidos en este artículo (art. 80).

Las sanciones que apliquen los municipios tendrán el efecto previsto en el art. 70.

c) *Competencias municipales concretas.* Corresponde a los municipios lo siguiente (art. 81).

– Implementar el funcionamiento de un organismo o estructura administrativa que se encargará de ejecutar las funciones emergentes de esta ley. A tal efecto, podrán crearse estructuras administrativas u organismos especializados, o asignárselas a organismos ya existentes con potestades jurisdiccionales sobre cuestiones afines.

– Instrumentar la estructura correspondiente a la instancia del procedimiento y a la etapa resolutoria, cada una de las cuales tendrá un funcionario competente a cargo.

– Deberán asimismo capacitar a su personal y cuerpo de inspectores.

– Confeccionar anualmente estadísticas que comprenderán las resoluciones condenatorias contra proveedores de productos y servicios; los casos de negativa a celebrar acuerdos conciliatorios, y los incumplimientos de los acuerdos celebrados. Las estadísticas deberán ser divulgadas pública y periódicamente y elevadas a la Autoridad de Aplicación.

– Facilitar la tarea del organismo municipal encargado de aplicación de las funciones y atribuciones que les acuerda

esta ley, creando tantas oficinas municipales de información al consumidor como lo consideren necesario, teniendo en cuenta sus características demográficas y geográficas.

Las oficinas municipales tendrán las siguientes funciones:

Prestar asesoramiento y evacuar consultas a los consumidores y usuarios.

Brindar información, orientación y educación al consumidor.

Fomentar y facilitar la creación y actuación de asociaciones locales de consumidores.

Efectuar controles sobre productos y servicios, en la medida que sean compatibles con el régimen de competencias municipal, y en su caso, elevar las actuaciones al organismo municipal de aplicación para la sustanciación del procedimiento pertinente.

Recibir denuncias de los consumidores y usuarios.

Fijar y celebrar conciliaciones entre el denunciante y la empresa denunciada.

Elevar las actuaciones al organismo municipal de aplicación en el caso que fracase la conciliación, o para su homologación.

Propiciar y aconsejar la creación de normativa protectora de los consumidores en el ámbito de competencia municipal teniendo en cuenta la problemática local o regional.

Colaborar con el gobierno municipal en la difusión de las campañas de educación y orientación al consumidor.

Asistir al organismo municipal en todo lo que esté a su alcance.

e) *Obligaciones de la autoridad de aplicación* (art. 82). A los fines establecidos en el art. 83, el gobierno provincial a través de la autoridad de aplicación deberá:

– Contribuir con la implementación y desarrollo permanente de los organismos municipales sobre los que recaiga el ejercicio de las atribuciones conferidas por esta ley, mediante planes especiales de ayuda; asistencia financiera, técnica y jurídica.

– Para evitar la subsistencia de eventuales criterios contrapuestos respecto del juzgamiento de casos similares, llamará a un “Plenario Anual” al que serán convocados todos los municipios de la provincia a los efectos de unificar el criterio futuro a seguir sobre cada tema sometido al mismo. El criterio que adopte el plenario respecto de cada tema será vinculante en lo sucesivo para todos los municipios de la provincia de Buenos Aires. El plenario se constituirá con los municipios que asistan a la convocatoria y sus decisiones se tomarán por mayoría simple. El lugar de funcionamiento será rotativo y su asignación será por sorteo entre los municipios que se postulen para officiar como anfitriones.

– Velar en todo momento por el adecuado cumplimiento y ejercicio de las atribuciones y funciones que esta ley otorga.

11. *Funciones de coordinación e interjurisdiccionales*

Por supuesto que existen funciones propias que son ejercidas exclusivamente por los tres órdenes estatales y en forma independiente. Empero, el Estado está cada vez más coordinado desde el punto de mira del cumplimiento funcional de sus poderes menores. Y, más aún, que en esa coordinación existe una permanente cooperación, cogestión, coejecución que da lugar al estudio de una teoría comprobable basada en la subsidiariedad que denominamos funciones complementarias.

a) *Generalidades conceptuales.* El diccionario enciclopédico ilustrado Larousse trae dos acepciones de “subsidiario”: que se da en socorro o subsidio de uno; razón subsidiaria; “aplícase a la acción que suple a otra principal; razón subsidiaria”. Dromi, citando a Sánchez Agesta, Perpiñá Rodríguez, Creuzet, Oyhanarte, Doctrina Pontificia, Ramella y Graneris, enseña sobre este tema³⁸. La función subsidiaria entraña en su propia esencia, un principio político de división de competencias, por el que se asigna a las diversas comunidades in-

³⁸ Dromi, José R., *Federalismo y municipio*, Ciudad Argentina, Mendoza 1983, p. 145 y 146.

termedias y al Estado sus misiones políticas y la órbita de su acción. Por tanto, es también un principio de división funcional del poder que confiere a cada comunidad el poder necesario para cumplir su misión³⁹. El principio de subsidiariedad, función subsidiaria o función supletoria condice con el pluralismo de la comunidad política, basado en la sustantividad de los cuerpos sociales intermedios entre el individuo y el Estado. No existe en sustancia “una sociedad”, sino una pluralidad compleja de entes sociales, trabados entre sí, conformando un tejido continuo sobre el que la comunidad política constituye una unidad de orden⁴⁰. La suprema autoridad del Estado permite a las asociaciones intermedias resolver aquellos asuntos y cuidados públicos del quehacer social concreto para el logro libre, duradero y eficaz de todas las actividades que son de sus exclusivas competencias⁴¹. A la vez, el Estado dirige, vigila, urge, y castiga en su quehacer directo y propio; subsidia y suple el quehacer directo de los grupos⁴².

Debe garantizarse frente al poder del Estado la esfera familiar y municipal y el ámbito que salvaguarda la dignidad y vida de los ciudadanos. Esta función supletiva o complementaria como más guste llamársela, no es exclusividad ni del Estado, ni de la provincia, ni del municipio. Cualquiera de éstos podrán ejercerla, pues la razón de su activación y cumplimiento obedece a cuestiones que están en la constitución real –e incluso en el mundo de los valores– y dentro de sus

³⁹ Sánchez Agesta, Luis, *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 104, citado por Dromi, *Federalismo y municipio*, p. 145 y 146.

⁴⁰ Perpiñá Rodríguez, Antonio, *La socialización* en “Comentarios Mater et Magistra”, Madrid, BAC, 1968, p. 200 a 202, citados por Dromi, *Federalismo y municipio*, p. 145 y 146.

⁴¹ Creuzet, Michel, *Los cuerpos intermedios*, p. 145 a 151, citados por Dromi, *Federalismo y municipio*, p. 145 y 146.

⁴² *Doctrina pontificia III, Documentos sociales*, tr. Carlos H. Núñez, Madrid, BAC, 1959, p. 732 y 733; Ramella, Pablo, *La estructura del Estado*, Bs. As., 1946, p. 274; Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Bs. As., Eudeba, 1973, p. 155 a 184, citados por Dromi, *Federalismo y municipio*, p. 145 y 146.

posibilidades fácticas, como lo son las que atienden a los principios de solidaridad, justicia y bien común.

b) *Fundamento*. Solidaridad, justicia y bien común son razones fundamentales de la actuación estatal de cualquier grado para satisfacer el bienestar del individuo. Desde ya que existen finalidades intermedias, como las siguientes: calidad de vida, calidad educativa, desarrollo, progreso, orden público, orden social, etcétera.

Solidaridad es ayuda, responsabilidad mutua, y además es la actuación y responsabilidad total en cada uno de los titulares de un derecho o de los obligados por razón de un acto o contrato. Existe un compromiso solidario del Estado y sus comunidades menores organizadas política y jurídicamente, de hacer feliz al individuo o, a lo menos, no impedirle que logre su felicidad. Al individuo, el Estado no lo contiene en su plenitud, no pudiendo abastecerlo de todo lo que necesita. Como dice Graneris, “el Estado jamás perdonará al cristianismo haberle sustraído la mitad del hombre: ¡y qué mitad! Pero yo me pregunto –dice el autor precitado– si esa sustracción es imputable toda al gran acusado. Es decir, me pregunto si el Estado ha poseído alguna vez realmente a todo el hombre; todo, digo, y totalmente. Y me parece que no; me parece que la *polis* y la *civitas* han podido ilusionarse con dominar a todo el hombre, pero el hombre siempre se les ha escapado en lo que tenía de más íntimo; y el coeficiente más fuerte de esta emancipación ideal fue la emancipación religiosa”⁴³.

Aplicando este concepto y llevándolo del plano espiritual religioso al plano de la intimidad pueblerina de cada municipio, decimos que mucho –siendo empírico establecer una porción de cuánto– de la vida de los individuos se lo ha reservado la comunidad municipal para sí. Y el coeficiente de esa emancipación ideal fue, es y será la necesidad natural de la convivencia social. Retomando la idea del fundamento de la subsidiariedad, tanto el gobierno federal, como el provin-

⁴³ Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, 1977, p. 177.

cial o el municipal, tienen una obligación moral y legal. La primera por deber tender al bien común público, y la segunda, por surgir la Nación misma de un plexo de derechos y obligaciones que ha sido inscripto en la Constitución. Las obligaciones que asumen los gobernantes, que encarnan al Estado y sus comunidades menores, deben –en el momento del planteamiento real de la necesidad colectiva– cumplirse enteramente o ser principiadas en su ejecución, so pena de incumplimiento de un compromiso solidario. Y es este compromiso que caracteriza a los Estados federales que deben asentarse sobre la base de tratados solemnes⁴⁴.

En cuanto a la justicia, nos referimos a ella como virtud moral individual y también como calificativo del orden social. Además es fundamental que el Estado lo tome como fin de la propia comunidad a la que como arquitecto dirige. Por tanto, no es la fórmula matemática que de cinco jueces deciden tres sobre los otros dos. Sino que será cantera inagotable de las voluntades humanas que virtuosamente quieren beber de este manantial que está a oscuras, pues no se ve por ser esencial, pero que es capaz de iluminar a todo el mundo. Es bueno que los políticos y gobernantes nos sorprendan con actos “justos”, “saliendo de ellos mismos” (utilizando una apreciación de Renard parafraseando a Bossuet), esa decisión que ubica en cada persona lo que le corresponde, cuanto menos, tender a ello. Hágase la constante y perpetua voluntad de darle a cada uno o suyo, pero “y perezca el mundo”; sino *fiat iustitia ne pereat mundus*” (hágase justicia para que no perezca el mundo)⁴⁵.

El orden social se debe edificar en la justicia, y ésta –a su vez– construye la paz. “Las excesivas diferencias económicas y sociales entre miembros y pueblos de una misma familia humana escandalizan y se oponen a la justicia social, a la

⁴⁴ *Foedus*: Tratado solemne entre dos Estados o pueblos, colocado bajo el amparo de los dioses, para tornar más grave la infracción (Ossorio y Florit, Manuel, *Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales*, p. 324).

⁴⁵ Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*; ésta nos parece la fórmula “*ad mentem S. Thomæ*”, p. 214.

equidad, a la dignidad de la persona humana no menos que a la paz social e internacional⁴⁶.

Decía bien el obispo de Hipona San Agustín, que “reinos sin paz y sin justicia son cuevas de ladrones”.

Hablemos por último de bien común. Empero, como la pendiente del terreno filosófico, así lo explica Graneris⁴⁷; trataremos de dar algunos pasos de menos en función de limitarnos al objeto estricto de estudio. Simplemente se trata de no separar al hombre, a su mundo inmediato que el ámbito comunal, y a la comunidad global que contiene artificialmente el Estado, de la comunidad universal a la que está llamado a habitar y ser parte el hombre por mandato divino.

“La comunidad del bien debe ser una comunión concreta de sujetos concretos. El bien común es el *bonum communiter conferens* (el bien que se confiere de modo general); el *bonum in quo omnes participant* (bien en que todos participan) debe pues resolverse en un *utilitatem civium* y no en el culto de una mítica abstracción, en la cual el Estado no ve más que la propia sombra, y sería aquél no sé qué al que considerábamos difícil atribuir un nombre”⁴⁸. “La comunidad política nace, pues, de la búsqueda del bien común: en él encuentra su justificación plena y su sentido, y de él saca su legitimidad primitiva y exclusiva. El bien común abarca todas las condiciones de la vida social que permiten al hombre, a la familia y a la asociación conseguir más perfecta y rápidamente su propia perfección”⁴⁹.

12. *De “constitutione ferenda”*

Proponemos un replanteo del texto constitucional en cuanto a las competencias propias materiales del municipio. Así, consideramos conveniente, sin perjuicio de otras reformas, estable-

⁴⁶ Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*.

⁴⁷ Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 181.

⁴⁸ Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 181.

⁴⁹ Vaticano II, *Documentos Conciliares*, Bs. As., Paulinas, 1984, p. 217.

cer: *Competencia material* [Enunciado para todos los municipios].

Son funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal, sin perjuicio de las que se establezcan en las demás normas aplicables, las siguientes:

[Competencias especiales (tradicionales y nuevas): en lo social, urbanístico y rural, y salubridad]

Ornato y salubridad; seguridad y moralidad; licencia, localización, habilitación y regulación horaria de establecimientos comerciales, industriales y recreativos; establecimientos de beneficencia; asilos de inmigrantes, ancianos y desamparados; servicio de distribución de aguas y alcantarillado; cementerios y servicios fúnebres; planes edilicios y de urbanización, apertura y construcción de plazas, riveras, calles y paseos; uso de calles y subsuelos, nivelación y desagües; vigilancia e higiene de la construcción; estética y comodidad; prevención de delitos comunes y lucha contra delitos derivados del tráfico de estupefacientes; transporte en sus diversas formas, tránsito, vialidad y comunicaciones locales; hospitales y establecimientos de atención primaria de la salud; vigilancia e higiene de sitios públicos y lugares de reunión; servicios de barrido, eliminación e industrialización de residuos; faenamiento de animales destinados al consumo, mercados, ferias y abasto; elaboración, venta y vigilancia higiénico sanitaria de alimentos y bebidas; difusión y defensa de la historia local, provincial, nacional y popular; comedores escolares municipales; planes integrales para la contención de la minoridad en riesgo social; servicios maternales e infantiles; servicios de previsión y asistencia social locales; ejercicio del poder de policía preventivo y represivo en todas las materias mencionadas.

[Principio de subsidiariedad: cooperación interinstitucional]. La cooperación con la Provincia y con el Estado federal a fin de hacer cumplir la Constitución de la Nación y la presente, así como las leyes que se dicten en consecuencia de ambas. [Derechos y poderes implícitos]. Toda otra función de interés público municipal que no ejerciere la Nación o la Provincia, que no esté prevista en la presente, ni prohibido su

ejercicio por el municipio y que correspondan a éste y a su pueblo en sus respectivas calidades de tales⁵⁰.

También creemos necesario un cambio en materia de gobierno de las escuelas; así proponemos en el texto constitucional provincial incluir lo siguiente: “*Municipios de primera categoría. Cartas municipales* [Instituciones, mecanismos y principios que deben asegurar].

Las cartas municipales para los municipios de primera categoría, además de lo dispuesto para todos los municipios, deben asegurar:... [Consejo de Cultura, Educación, Minoridad y Deportes] Un Consejo de Cultura, Educación, Minoridad y Deportes que se encargue, entre otras funciones, de la infraestructura, mantenimiento y distribución de los establecimientos educativos, así como también de la prevención de riesgos sociales y el ejercicio del poder de policía. Sobre este organismo y sus funciones, se contempla lo que acontece en España. La existencia de este consejo que se encargue, entre otras funciones, de la infraestructura, mantenimiento y distribución de los establecimientos educativos, así como también de la prevención de riesgos sociales y el ejercicio del poder de policía en esa materia, nos parece lógica y necesaria.

En cuanto al *faenamamiento de animales destinados al consumo, mercados, ferias y abasto* constituye otro de los temas cruciales, a la hora de justipreciar la tarea municipal. En ejercicio del poder de policía bromatológico, le corresponderá al municipio realizar el control sanitario de los productos de consumo humano y ejercer vigilancia sobre la cadena alimentaria, desde su producción hasta su comercialización y consumo. En la actualidad, la provincia, el municipio y la Nación efectúan ciertos controles, cada uno en su órbita, pero es preciso tomar el toro por las astas en este tema, y culminar razonando que no puede la provincia, bajo ningún punto de vista, realizar un control pormenorizado –como el caso requiere– de todos los faenamamientos, criaderos de cerdos y po-

⁵⁰ Tenaglia, *Autonomía municipal*, citando un artículo periodístico, *Dorchester tiene futuro brillante*, 15/4/00, vol. 1, n° 7. La información de Duncan se encuentra en su artículo *Gobierno del condado*, La Plata, Scotti, 2010, p. 115.

llos y demás animales para el consumo humano. Ello justifica la descentralización de mayores responsabilidades para los municipios, en honor a la salubridad y sanidad de la población, y encuentra su financiación en los puntos de coparticipación provincial hacia los municipios con que se beneficiará, y en la descentralización de otros impuestos provinciales. Y si así no les fuere suficiente, las municipalidades han encontrado sendero cabal a sus problemas de financiación con otros tributos que se destinan a cuestiones que no tienen obligación de hacer –como ser los centros regionales de estudios universitarios–, pero que dejan réditos electoralistas múltiples, además del servicio que prestan.

Tendrá como función esencialmente municipal el ejercicio del poder de policía preventivo y represivo en todas las materias mencionadas.

Este agregado es de importancia como aclaratorio y reafirmatorio de lo ya enumerado.

Al comienzo expresamos un comentario sobre este tema del poder de policía.

Y ésta es una función prioritariamente municipal, porque aquí más que nunca es el municipio el rostro del sistema político, de su gobierno y de su efectividad. Aquí es donde actúa propia, delegada o concurrentemente. También aquí debe cumplir el principio de subsidiariedad respecto de las cosas que el Estado federal o provincial no pueden efectivizar. Conocida es en derecho público la noción de este instituto y crítica por algunos autores como Gordillo y Marienhoff. Demás está decir que reside en el Concejo Deliberante su ejercicio, dado que es competencia legislativa la limitación de derechos constitucionales. También la tiene el Ejecutivo municipal, indirectamente, al reglamentar las mismas ordenanzas. Aquí surgen los principios de la razonabilidad (regla jurisprudencial del art. 28, Const. federal) y de legalidad (art. 19) que son los límites de este ejercicio.

Sobre la *inspección, sanción y recaudación en materias de derecho contravencional*, por ejemplo, lo que ocurre con las faltas agrarias en las que las municipalidades intervienen o

tienen la facultad de intervenir remitimos, al respecto, a la ley 8785.

Sin óbice de lo expuesto nos parece conveniente que queden en la órbita provincial la legislación, prevención y represión de la ley que regula la violencia en los espectáculos deportivos. Que la ejecución la siga practicando la policía provincial sin perjuicio de la colaboración, cooperación, convenio y coejecución legal de la policía municipal. Ello lleva implícita la competencia de los jueces de faltas municipales.

Quedan comprendidos, asimismo, los hechos que cometan los aficionados o grupos de ellos en el itinerario seguido hacia el estadio o lugar donde se desarrolle el evento, en sus inmediaciones o, desde dicho sitio, en oportunidad de retirarse al punto de partida.

La preceptiva dispuesta para los servicios públicos y funciones provinciales en general, cuando la ley así lo indicare, tiene la misión de dejar abierta la puerta para las futuras descentralizaciones que se efectúen mediante leyes o convenios.

No debemos ahogar el crecimiento positivo que nos pueda deparar el progreso del Estado, de la sociedad y del propio individuo. La ley, al igual que “la Constitución deben tener una idea de futuridad”, como dijo José Ortega y Gasset.

Es una función indelegable de las municipalidades la de cooperar con la provincia y con el Estado federal para hacer cumplir las constituciones de la Nación y de la provincia, así como las leyes que se dictaren en consecuencia.

De *constitutione ferenda* proponemos al final de la norma constitucional respectiva, prever *la realización de toda otra función de interés público municipal que no ejerciere la Nación o la Provincia y cuyo ejercicio no esté prohibido por el municipio*. De esta manera se establece una especie de principio de legalidad y de los derechos implícitos a la usanza de las disposiciones normativas jurídicas (arts. 19 y 33) de la Constitución nacional. Y también se establece el principio de subsidiariedad estatal, en este caso, en cabeza del municipio. Aceptando introducir un concepto de derecho privado en el

derecho público y sólo a modo de comparación y aclaración de este tema, nadie usurpa una función cuando esa misma función ha sido abandonada por su propio dueño, es decir, el Estado. Competencia residual que es contemplada en varias constituciones y legislaciones, no sólo argentinas sino también en Alaska, Estados Unidos de América.

Así lo estatuye disponiendo en forma genérica –luego de enumerar algunas funciones– que es atribución del Concejo: “Ejercer cualquier otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y que no les corresponda a los Organismos del Estado Provincial”.

El doctor Sebastián Soler define que “no son susceptibles de hurto las cosas voluntariamente abandonadas por sus dueños –conforme a los arts. 2525 y 2526, Cód. Civil– porque la cosa, mediando abandono, ha dejado de ser ajena”. En este caso, el municipio deberá activar y cumplir aquellas funciones que al Estado no les interesan, o le dejaron de interesar desde hace ya mucho tiempo. Y aquí revive el principio de subsidiariedad. Principio que tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Ello quedó plasmado en el art. 3B del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

Pero aquí también encontramos un fundamento religioso; “Dios no ha querido retener para Él solo el ejercicio de todos los poderes”, dice el Catecismo (nº 1884). Si Dios actúa así, ¿cómo es posible que una persona, un partido, el Estado, pretendan asumir todo el poder en la sociedad? Por eso, todo poder, incluso el poder del Estado, debe tener sus límites. Sólo debe intervenir cuando sea necesario, y sólo para ayudar y apoyar a los ciudadanos, siempre y cuando un municipio o un barrio o localidad no puedan resolverlo.

Se debe tener en cuenta el principio de subsidiariedad, según el cual “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe

sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común” (Juan Pablo II, encíclica *Centesimus Annus* 48; Pío XI, encíclica *Quadragesimo Anno*). Esto quiere decir que, en la escala social, cada organismo debe respetar la autonomía del organismo inferior. Es preferible que actúe la estructura inferior, que es la que conoce mejor la situación y es más cercana a los ciudadanos.

Cosa similar ocurre con la Constitución de Río Grande del Norte, en Brasil, que determina una prescripción similar a la que ensayamos.

13. *Derecho externo comparado*

En Estados Unidos de América, en el Estado de Maryland, se ha vivido un proceso de autonomización y la diferencia en las formas de gobierno de uno y otro sistema tiene que ver con el ejercicio del poder de policía en los condados de cartas, respecto de los que no poseen dicha facultad. Así, “la distinción principal entre las funciones de las formas de gobierno “de la comisión” (Dorchester) y los gobiernos de carta (Talbot y Wicomico) son: “el poder de la gente en un condado de carta, de estructurar su forma de gobierno; el poder de un condado de carta de ejercitar el poder de policía para los propósitos de la salud y de la seguridad; y el poder del gobierno de carta de publicar los instrumentos de la deuda sin autoridad específica de la legislatura”⁵¹.

14. *Visión jurisprudencial*

a) *Corte nacional*. Un rápido recorrido por la doctrina judicial, sirviéndonos del invaluable aporte por su estudio exhaustivo de Linares Quintana, el que nos brindará mayores detalles a la hora de entender y apreciar acabadamente el

⁵¹ Ver Tenaglia, *Autonomía municipal*, vol. I, n° 7. La información de Duncan se encontró en su artículo, *Gobierno del condado*.

instituto que nos convoca⁵². Comencemos con los casos “Saladeristas Podestá y otros” (1887), “Ercolano” (1922) y “Horta” (1922).

Zuccherino anota –como nota de color– que el voto en minoría del juez Bermejo en el caso “Ercolano”, por entonces presidente del alto tribunal, adhiere a la doctrina europea del criterio restringido, mientras que la mayoría siguió el criterio amplio ya aplicado en los Estados Unidos de América⁵³.

1) En el caso resonante, para su época y que sirvió de precedente jurisprudencial durante gran parte del siglo xx, “Agustín Ercolano c/Julietta Lanteri de Renshaw”⁵⁴, sentenciado el 28 de abril de 1922, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad del art. 1º de la ley 11.157 –comúnmente llamada ley de alquileres–, rechazando la argumentación de que la reglamentación del precio de la locación de inmuebles, que constituía el objeto de dicho precepto legal, fuera incompatible con el derecho de usar y disponer de la propiedad con el principio de la inviolabilidad de ésta y con la prohibición de alterar los derechos y garantías constitucionales con las leyes reglamentarias, consignados en los arts. 14, 17 y 28 de la Constitución. Dijo el alto tribunal; “Dos cuestiones fundamentales ha suscitado la aplicación de esta ley en el caso *sub lite*. En primer lugar, si la limitación impuesta al alquiler o renta de la propiedad privada en virtud de reglamentación legislativa, es compatible con el derecho de usar y disponer de la propiedad que reconoce a todos los habitantes de la Nación el art. 14 de la Constitución. En segundo término, si tal restricción importa una privación de la propiedad sin sentencia y sin la correspondiente indemnización, repugnante en consecuencia al art. 17 de la misma Constitución. Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto.

⁵² Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 314 y 315.

⁵³ Zuccherino, *Teoría y práctica del derecho municipal*, p. 283.

⁵⁴ Ver Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 314 y 315.

Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 28). Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son, las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico. El derecho de usar y de disponer de la propiedad implica el de transmitirla o ceder su uso, el de celebrar todos los actos jurídicos con ella relacionados y el de convenir libremente las estipulaciones y cláusulas concernientes a tales actos. En principio, la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes y un aspecto de su libertad civil. El Estado no tiene, por lo tanto, el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas del dominio particular. Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad... Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses eco-

nómicos constituye para el Estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la seguridad, de la salud y de la moralidad. Ya no se trata de obtener simples ventajas o conveniencias para el público, sino de salvaguardar los intereses supremos de la comunidad, amenazados por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del Estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados". Según la Corte Suprema, "la libertad económica, la tranquilidad y aun la salud de la población dependía en gran parte de la normalización y de la estabilidad del alquiler. No puede afirmarse, pues, que en tales condiciones la locación fuese un negocio de mero interés privado que no autorizara un contralor especial. Se objeta, asimismo, que en este caso no estaba de por medio el interés o el bienestar general y que la ley sólo tiende a proteger a una clase o grupo social con perjuicio de otro; a favorecer a los inquilinos en detrimento de los propietarios. Desde luego, no puede ponerse en duda que interesa a la comunidad en conjunto, la situación económica de los distintos grupos que la constituyen, y que tratándose como en este caso de la suerte de la mayoría de la población, no son solamente consideraciones de humanidad y de justicia social las que reclaman su intervención, sino también su interés directo, ya que es elemental que una situación afligente del mayor número tiene que repercutir desfavorablemente sobre la economía general, dada la vinculación lógica de todos los intereses materiales. Por otra parte, si para justificar el ejercicio del poder de policía, fuera menester que en cada caso estuviere comprometido el bienestar de todos y cada uno de los habitantes del Estado, no sería posible reglamentar jamás la actividad individual ni el uso de la propiedad, desde que los beneficios directos de cada ley u ordenanza no alcanzan sino a una parte limitada de la población, aun cuando en conjunto tiendan a asegurar el bienestar

de todos. La reglamentación del precio del alquiler no se propone a favorecer a unos en perjuicio de otros.

Su finalidad es impedir que el uso legítimo de la propiedad se convierta en un abuso perjudicial en alto grado, merced a circunstancias que transitoriamente han suprimido de hecho la libertad de contratar para una de las partes contratantes. La objeción de parcialidad tendría fundamento si se tratase de una reglamentación permanente, pues rigiendo en una situación normal, limitaría la libertad del locador sin que el locatario se hallase coartado por restricción legal ni por falta de oferta; pero no lo tiene en las condiciones en que se encontraba el negocio de locación de inmuebles al ser dictada la ley 11.157, y tratándose de una restricción pasajera, limitada al tiempo que se presume necesario para llegar a la normalidad de esas operaciones”. Agregaba el tribunal que “no es del resorte del poder judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley. Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva”. Con referencia a si la reglamentación había ido demasiado lejos, decía la Corte Suprema que “reconocer en principio el poder para limitar el derecho del propietario en las circunstancias excepcionales expresadas, no importa admitir que ese poder sea omnímodo. El Congreso no lo tendría para fijar un precio arbitrario, un precio que no correspondiese al valor locativo de la habitación, en condiciones normales, porque ello equivaldría a pretender remediar un abuso con otro mayor y más funesto en sentido contrario, y sobre todo, porque importaría la confiscación de la propiedad”⁵⁵.

⁵⁵ Fallos, CXXXVI-161 y siguientes. Ver Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, p. 314.

2) En la causa “José Horta c/Ernesto Harguindeguy”, fallada el 21 de agosto de 1922, la Corte Suprema, ocupándose nuevamente de la constitucionalidad del art. 1º de la ley 11.157, sentó que mientras se halle garantida en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización, o para alterar los derechos derivados de los contratos, como ocurre respecto a lo primero cuando ejercita el poder de ejercer impuestos y, respecto de lo segundo, cuando legisla sobre bancarrotas (arts. 67, incs. 2 y 11, actual art. 75, incs. 2 y 11, CN).

También ha dicho la Corte Suprema, que “la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que ya la ley ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas. Cualquier otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad popular expresada en dicha forma”.

3) Caso “Cine Callao”⁵⁶. Una ley nacional a los efectos de fomentar el empleo de artistas, en el año 1960, dispuso que

⁵⁶ Debido a la falta de suficientes salas de teatro, los artistas del espectáculo sufrieron una grave crisis ocupacional. Circunstancia por la cual, el Poder Legislativo dictó la ley 14.226, la cual declara obligatoria la inclusión de espectáculos de variedades en los programas de las salas cinematográficas de todo el territorio de la Nación. La norma anteriormente mencionada prohibió cobrar al público una suma extra por los números ofrecidos, por lo que las empresas cinematográficas debían soportar los gastos adicionales. Esto úl-

antes del rodaje de cualquier película, los empresarios de cine debían contratar con personas que realicen números en vivo. Ante el reclamo judicial del Cine Callao, sobre la inconstitucionalidad de la ley 14.226, la Corte Suprema tuvo en cuenta los siguientes puntos para resolver: *a)* el poder de policía que le corresponde al Congreso puede entenderse en sentido amplio o restringido; *b)* la Corte Suprema ha decidido entenderlo en sentido amplio; *c)* el Congreso entonces tiene amplias facultades para restringir los derechos individuales, sin que por ello deba considerarse que los altera en el sentido del art. 28; *d)* además, y como correlato a esa tesis amplia del poder de policía, la Corte Suprema entiende también que debe autolimitar el contralor judicial a favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes; *e)* ergo, la ley es constitucional”.

4) Actualmente, se pueden observar evoluciones en los casos “Ekmekdjian”, “Bordenave” y “Halabi”.

La doctrina especializada, entre otros Manili⁵⁷, ha analizado el tema de las leyes de emergencia que implican el ejercicio del poder de policía, en lo siguiente.

Se abrió la puerta con la convalidación de dos leyes expresamente fundadas en la emergencia (fallos “Ercolano” y “Avico”). En estos casos: *a)* se invocó el bienestar general (di-

timo fue posteriormente modificado por la res. 1446/57, que autorizó a cobrar por separado los “actos en vivo”.

La sociedad anónima propietaria del Cine Callao se rehusó a cumplir la norma citada, por lo cual, la Dirección Nacional de Servicio de Empleo la intimó para que iniciase la presentación de los “números en vivo”.

A pesar de la intimación, la sociedad continuó incumpliendo la norma, motivo por el cual la DNSE inició un sumario administrativo. En dicho acto administrativo se le impuso una multa y se la obligó a cumplir con la ley 14.226 bajo apercibimiento de clausura.

Contra esta sentencia, la interesada interpuso recurso extraordinario impugnando la constitucionalidad de la ley 14.226 por contrariar la garantía de propiedad y el derecho de ejercer libremente el comercio e industria, ambos consagrados en los arts. 14 y 17 de la Const. nacional.

⁵⁷ Manili, Pablo L, *La doctrina de la emergencia en la jurisprudencia de la CSJN*, “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)”, n° 282, año XXIV, 2002, p. 151.

recto) como condicionante de una de las manifestaciones del derecho de propiedad de un grupo, en beneficio de la mayoría; *b*) se amplió la doctrina con la convalidación de una ley fundada en la falta de trabajo de un sector (caso “Cine Callao”); aquí se invocó el bienestar (directo) de un grupo como subordinante del derecho de propiedad de otro grupo; *c*) se desquició la doctrina: con la convalidación de un decreto que confiscaba el dinero de los ahorristas (fallo “Peralta”), en esta etapa se aludió al (supuesto) bienestar de la mayoría como excusa para la restricción del derecho de propiedad de un grupo, y *d*) se volvió a la ortodoxia: por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas a fines del año 2001 y comienzos del 2002, vulgarmente conocidas como “el corralito bancario” (fallo “Smith”, entre otros).

b) Justicia provincial. Un tema que ha generado demasiados inconvenientes es el de la aplicación del Código Alimentario nacional (ley 13.230; BO, 29/9/04) donde se han entremezclado órdenes, jurisdicciones y competencias respectivas. Así, en un caso que dio motivo a dictamen interno del Ministerio de Salud⁵⁸, se expuso:

1) Impugnaciones contra decisiones administrativas. “La ley 18.284 a la que la Provincia se ‘adhiera’ establece en el art. 12: ‘Contra las decisiones administrativas que la autoridad sanitaria competente dicte en virtud de esta ley, podrá interponerse recurso de apelación para ante tribunal competente, según la jurisdicción en que se hayan dictado, con expresión concreta de agravios y dentro de los cinco días de notificarse de la resolución administrativa. En caso de multas, el recurso se otorgará previo ingreso del 30% de su importe, cantidad que será reintegrada en caso de prosperar la apelación. Cuando la sanción apelada fuera alguna de las previstas en los incs. *c* y *d* del art. 9º, el recurso se considerará con efecto suspensivo, salvo que a juicio de la autoridad

⁵⁸ Asesoría General de Gobierno, Dr. Mario E. Puente, relator delegado ante el Ministerio de Salud, salud@asesoria.gba.gov.ar.

sanitaria pueda de ello resultar riesgo grave para la salud de la población’.

Siguiendo la hermenéutica que establece la ley nacional, los recursos de apelación deberían ser resueltos, en el ámbito municipal, conforme al procedimiento estatuido por el *decr. ley 8751/77*, Código de Faltas, atribuyéndose a la Justicia Municipal de Faltas el conocimiento y decisión de las causas contravencionales y reservando al Juez en lo Correccional, el control de legalidad a través del recurso de apelación”.

“Desde la vigencia del CCA la función jurisdiccional administrativa en materia de infracciones a la legislación alimentaria ha sido llevada a cabo en los ciento treinta y cinco municipios por la justicia municipal, que asegura mediante el procedimiento instituido al efecto, las garantías constitucionales de defensa en juicio y del debido proceso”.

2) *Control judicial de las decisiones administrativas.* Respecto de las decisiones administrativas dictadas por la autoridad de aplicación, la ley provincial nada ha establecido al respecto, con lo que podría entenderse que no ha sido intención del legislador modificar competencias.

“Sin embargo, ésta pudo ser la oportunidad para sentar criterios correctos acerca de la competencia para revisar sanciones administrativas”.

“En efecto, en el ámbito provincial se encuentra discutida la competencia judicial, a raíz de la defectuosa redacción dada al art. 12 de la reglamentación de la ley, en tanto éste dispuso: ‘El recurso de apelación, previsto en el art. 12 de la ley 18.284, contra las decisiones administrativas firmes de la autoridad sanitaria nacional, deberá interponerse ante la Secretaría de Estado de Salud Pública para ante los jueces de Primera Instancia en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal y juzgados federales en jurisdicción provincial’”.

Cuando por aplicación de esta normativa se han concedido recursos de apelación ante el Juez Federal de Turno por parte del Ministerio de Salud, no todos los jueces federales aceptan declararse competentes, por cuanto se sostiene

que la ley 18.284 no es una norma de naturaleza federal y que cuando se trata de actos administrativos emanados del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, la cuestión en debate reviste naturaleza pública local. “La competencia de la justicia local no es como consecuencia del ordenamiento constitucional cuya economía veda –como modo de preservar las autonomías de los estados locales–, a los tribunales nacionales juzgar sobre aquellas instituciones, salvo la alegada violación fundamental o de normas de derecho federal, circunstancia ésta que no alteraría la competencia de la justicia local para conocer en el asunto, pues las mismas siempre encontraron adecuada tutela en la vía del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 310:2841; 311:1597, entre otros)”⁵⁹. No obstante, la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo al respecto, ha dicho: “El conocimiento y decisión de las causas regidas por leyes de policía federal de alcance nacional, dictadas por el Congreso nacional como consecuencia de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 16, de la ley fundamental, corresponde a los tribunales federales, por lo que el recurso previsto en el art. 12 de la ley 18.284 (Código Alimentario Nacional), interpuesto contra una decisión administrativa firme de la Dirección de Ganadería del Ministerio de Asuntos Agrarios de Buenos Aires, debe sustanciarse ante el magistrado federal con jurisdicción sobre el lugar de comisión de la infracción”⁶⁰.

En similar dirección se pronunció la Suprema Corte de Justicia provincial, declarando la incompetencia para entender en una demanda contencioso administrativa contra la Provincia de Buenos Aires, que procuraba anular un acto administrativo emanado de la Dirección de Laboratorio Central de Salud Pública del ex Ministerio de Bienestar Social, al señalar que la reglamentación del art. 12 de la ley 18.284 debe interpretarse a partir de que existe delegación de facultades a los funcionarios provinciales y los actos desempeñados por

⁵⁹ JuzgFed SanMartín, 19/10/05, “Los Cinco Hispanos c/Ministerio de Salud s/ordinario”, c. 115.949.

⁶⁰ CSJN, 4/8/88, “Scarpati Hnos. s/apelación de multa”, *Fallos*, 311:1330.

estos funcionarios en el ejercicio de las funciones que le acuerda la ley, deben equipararse a los de los funcionarios ordinarios de la Nación⁶¹.

3) *Crítica a la atribución de competencia federal.* Comenta Manili, en opinión que compartimos, que a su entender el fuero federal no debiera ser la justicia competente para entender en los recursos de apelación contra las decisiones que impongan sanciones en materia del Código Alimentario, pues como ya se ha señalado, el art. 12 de la ley sólo impuso la necesidad del recurso de apelación ante el Tribunal “competente”, y la competencia de los jueces provinciales es la resultante del ejercicio del poder de policía que le corresponde a la provincia; de manera que la reglamentación del recurso atribuyendo competencia a la justicia federal, no responde a dichos principios ni posee la norma jerarquía normativa para alterar la competencia judicial.

Por eso decimos que se perdió la oportunidad de establecer reglas de procedimiento que arrojen mayor claridad al justiciable, puesto que el art. 5° de la ley que comentamos no sólo incurre en error grosero en esta materia, sino que también se desentiende del conflicto de competencia federal u ordinario que promueve la aplicación del Código Alimentario Argentino.

4) *Propuesta: reformulación del art. 5° del decr. ley 8751/77.* Es necesaria la realización de una urgente reforma legislativa a la ley 13.230 –opinión que compartimos–, al menos reformulando la disposición del art. 5°, que establezca el procedimiento del decr. ley 8751/77 para el ámbito municipal, y legislando el procedimiento específico a aplicar en jurisdicción provincial, puesto que unido a la cuestión de la competencia, también subsisten falencias en el procedimiento que aplica la provincia de Buenos Aires.

En efecto, hasta la entrada en vigencia de la ley 11.922 que aprueba el Código Procesal Penal de la Provincia de Bue-

⁶¹ SCBA, 23/3/82, “Molinos Río de la Plata c/Provincia de Buenos Aires”, DJBA, 123-19, y JA, 1982-II-407.

nos Aires, se aplicaba en el procedimiento tendiente a la verificación, fiscalización, sustanciación de los sumarios y procedimiento recursivo, el tít. IV del libro V, Procedimiento en los Juicios sobre Faltas (ley 3589 y modif., t.o. decr. 1174/86, arts. 424 a 430).

Al quedar dichas normas derogadas, se produjo un vacío normativo que pretendió resolverse mediante el decr. 3707/98 (BO, 20/10/98), que aprueba el procedimiento que se aplicará a las faltas o transgresiones a las leyes y reglamentaciones provinciales o nacionales que carezcan de un procedimiento específico para su aplicación.

Si bien no es tema de este trabajo analizar sus disposiciones, corresponde señalar a título general que contiene normas vinculadas a los requisitos y forma del acta de comprobación de la infracción, plazo para el descargo y para la resolución por parte de la Administración, y un recurso de apelación ante Juez en lo Correccional de turno con competencia en el lugar donde se cometió la infracción.

No obstante que el art. 7° dispone: “Dése cuenta a la Honorable Legislatura”, no se ha producido su ratificación legislativa, lo que supone la subsistencia de un vicio de legalidad que lo afecta, por tratarse de una materia reservada a la Honorable Legislatura.

Actualmente, este procedimiento se aplica a las infracciones a la ley de farmacia, ley de medicamentos, ley de protección a las fuentes de provisión y cursos receptores de agua y a la atmósfera, reglamento de establecimientos asistencias y de recreación (decr. 3280/90), y también al procedimiento de constatación de las infracciones al Código Alimentario, con la excepción de que frente al recurso de apelación, el Ministerio de Salud lo concede ante el juez federal de turno, conforme lo dispone el art. 12 del texto ordenado de la reglamentación aprobado por el decr. 2126/77.

5) *Necesidad de incluir una normativa uniforme en cuanto a los requisitos de la apelación.* La materia a legislar debería incluir, también, una normativa uniforme en materia de requisitos de la apelación, dado que, debido a la coexisten-

cia de normas de naturaleza sancionatoria, existe un tratamiento diferenciado que no se justifica mantener por cuanto supone la imposición de cargas más gravosas.

En esa dirección, cabe mencionar, por ejemplo, que cuando se trata de apelaciones de multa por infracciones a la ley de farmacias o medicamentos, no se requiere el previo pago del importe de la multa. En materia alimentaria, el CAA impone satisfacer el 30% de la multa como requisito para la concesión del recurso, y según el *decr. ley 8841/77* que se aplica a las faltas y contravenciones en materia de establecimientos privados sometidos al control del Ministerio de Salud, debe satisfacerse el 100% de la multa en forma previa a la concesión del recurso.

6) *Caso judicial en que se resolvió la falta de legitimación del Fisco provincial.* En la causa 10.916 tramitada ante el Tribunal de Casación Penal, caratulada “Recurso de Casación interpuesto por el Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires en causa 545 seguida a Balestrino Pedro e Hijos SACI”, se rechazó la legitimación del fisco provincial para obtener la revisión de un fallo dictado por el juez en lo correccional, que intervenía en grado de apelación contra una sanción pecuniaria impuesta por el Ministerio de Salud. En dicho fallo se sostuvo que en el *decr. 3707/98* ninguna de las partes en ese tipo de procesos (se trate de personas físicas o de personas jurídicas o de la misma autoridad administrativa) se encuentra facultada para recurrir esa decisión del juez correccional que interviene como alzada (voto del doctor Natiello). Se agregó que, tratándose en el caso de personas jurídicas, no se encuentra prevista legalmente la persecución en sentido jurídico penal de las personas jurídicas”.

Para un estudio más profundizado, remitimos al análisis que realizamos en la obra de nuestra autoría⁶².

⁶² Tenaglia, *Ley orgánica de las municipalidades*, La Plata, Platense, 2000, p. 74 y siguientes.

CESIÓN DEL PAQUETE ACCIONARIO Y TRANSFERENCIA DE LA EMPRESA

INFLUENCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

JORGE OSVALDO ZUNINO*

1. *Cuestión previa: la sociedad de un solo socio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*

El ingreso de la *empresa individual de responsabilidad limitada* a la legislación positiva se ha efectuado (o intentado) en el orden internacional por dos vías. Una de ellas es legislarla como figura independiente con fundamento en el *patrimonio destinado a un fin* o *patrimonio de afectación*; así, recordemos, obtuvo media sanción legislativa en nuestro medio¹. La otra es por vía de la regulación societaria, sea aceptando que la sociedad reducida a un socio no deba disolverse o por la admisión de la falta de pluralidad originaria (sociedad de un solo socio)².

* Coordinador del Centro de Estudios Jurídicos Avanzados (CEJA) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Profesor titular de Derecho Comercial I.

¹ Ver Orione, Francisco, *Empresa individual de responsabilidad limitada (La idea de su incorporación a la legislación argentina se ha impuesto definitivamente)*, LL, 71-878.

² Grisoli, Angelo, *Las sociedades de un solo socio*, Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 81 y siguientes. Ver Zunino, Jorge O., *Sociedades comerciales. Disolución y liquidación*, Bs. As., Astrea, 1987, p. 152 y siguientes.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 opta por la vía societaria mediante la modificación de la ley 19.550. No abundaremos en consideraciones sobre las características puntuales de la figura proyectada, toda vez que la propuesta ha sido profundamente modificada en el ámbito del Poder Ejecutivo y no serían extrañas otras correcciones en su tratamiento legislativo. Baste decir que se acepta la *sociedad de un solo socio* bajo la tipología exclusiva de sociedad anónima (art. 1º) y permite la continuación de las sociedades en comandita, de capital e industria y, entendemos, SRL³ *reducidas a un socio* imponiendo la transformación de pleno derecho en sociedad anónima unipersonal, a menos que el socio único decida otra solución (v.gr., disolución, reconstitución de la pluralidad) en el término de tres meses (art. 94 bis). Como elementos que hacen a la tipología, la denominación es “sociedad anónima unipersonal”, su abreviatura o la sigla SAU (art. 184); no puede constituirla una sociedad unipersonal (art. 1º); el capital debe ser integrado totalmente en el acto constitutivo (art. 11, inc. 4º) y se agregan a la nómina de sociedad con control estatal permanente (art. 299, inc. 7º).

Baste esta primaria caracterización para puntualizar nuestro propósito en este trabajo, que no es la profundización del análisis de una figura todavía de contornos imprecisos, sino sus efectos en viejas y discutidas problemáticas.

2. *Planteo de la cuestión central: la cesión de cuotas, acciones y partes de interés en la problemática de la transferencia de la empresa*

Desde que nos asomamos por primera vez a la interesante problemática de la transmisión de patrimonios en el marco institucional de la empresa económica, sostenemos que la cesión de la totalidad de la participación social (cuotas, acciones o partes de interés) o de una cantidad que implique por sí misma la mayoría *de derecho* para conformar la voluntad social de una sociedad en cuyo patrimonio obre un fondo de

³ El ejemplar que tenemos a la vista omite mencionarla.

comercio o empresa⁴, tiene por causa la adquisición de ese establecimiento y, como tal, es de aplicación la ley 11.867. La conclusión del negocio sin haber desinteresado previamente a los acreedores habidos en razón del fondo, implica un recurso objetivamente violatorio de la ley, el orden público y frustratorio del derecho de terceros que habilita la imputación directa que previene el art. 54, párr. último de la ley 19.550, con el principal efecto de obligar personalmente a los socios o accionistas cedentes por el pasivo del establecimiento comercial⁵.

El criterio de interpretación que se mantiene inercialmente predominante, empero, considera lo contrario; esto es, que el negocio implica una venta de derechos y no de cosas y que, aun desde la perspectiva de los acreedores cuyo interés tutela la ley 11.867, no se supone perjuicio porque el cambio en el elenco de socios no altera el sujeto deudor, es decir, la sociedad como persona jurídica⁶. Este es, para nosotros, un razonamiento puramente formal que deja expedito el fraude a la ley.

En los últimos tiempos, nuevas elaboraciones producto de también nuevas necesidades en el ámbito de la empresa, han agregado elementos de juicio a esta problemática.

La adopción de la sociedad unipersonal sería, según nos parece, el elemento que cierra la discusión, porque sincera aún más el concepto de sociedad comercial como estructura jurídica básica de la empresa económica y elimina, por tanto, preconceptos y formalismos dogmáticos.

Para fundamentar lo dicho, es necesario un somero repaso previo de la ley de transferencia de fondos de comercio.

⁴ Aclaremos desde ya que, para nosotros, el *fondo de comercio* no es una figura diferenciable de la empresa –intento que vanamente suele hacerse apelando a parámetros de tamaño, estructura o dinamismo–, sino que es *una de las manifestaciones* de la empresa económica en lo jurídico (ver Zunino, *Fondo de comercio*, Bs. As., Astrea, 2009, p. 38).

⁵ Zunino, *Fondo de comercio*, p. 453.

⁶ Halperín, Isaac, *Sociedades anónimas*, Bs. As., Depalma, 1978, p. 316, apoyado en la posición de Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, Bs. As., Uteha, 1960, t. II, p. 193 y siguientes. Ver, asimismo, CNCom, Sala E, 10/10/96, *LL*, 1998-D-655.

3. *Finalidad y alcances de la ley 11.867 como pauta de interpretación*

Recordamos que esta ley regula una de las manifestaciones de la empresa económica en lo jurídico⁷; esto es, la regulación de su transferencia en tutela del interés de los acreedores cuyas acreencias procedan de “mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo” (art. 8º) es decir, proveedores y demás acreedores “del establecimiento” o del “fondo de comercio”⁸, que son, por lo general, quienes resultan perjudicados por la venta inconsulta al desaparecer, de buenas a primeras, la principal garantía con la que contaron al otorgar su crédito: el fondo de comercio en cabeza de su titular.

Para proveer a dicha garantía el legislador disponía de dos modelos en el orden internacional. El sistema alemán, que establece la responsabilidad solidaria del vendedor y el comprador de un fondo de comercio por las deudas anteriores a la transferencia, y el sistema francés, que dispone un régimen de publicidad y oposición de los acreedores con la finalidad de que aquellos que se hubiesen opuesto en término sean desinteresados previamente, por pago directo, reteniendo las sumas necesarias del precio de la operación, o en los términos de una negociación privada.

La ley adoptó el sistema francés, lo que significó un doble acierto para nuestra idiosincrasia ya que, además de tutelar el interés de los acreedores del establecimiento, su sistema permite que el adquirente del fondo de comercio asuma la titularidad *sin pasivo* o sin más pasivo del que expresamente acepte. Es así como esta antigua normativa, diseñada en su momento con vistas a la pequeña y mediana empresa, fue eficazmente utilizada en adquisiciones de grandes empresas –generalmente por bien asesorados inversores extranjeros– dado

⁷ Ver lo señalado en nota 4.

⁸ Cuando se habla, pues, de acreedores “del fondo de comercio” no se personifica al establecimiento; se describe el origen el crédito (ver Zunino, *Fondo de comercio*, p. 307).

que a despecho de la vía “tradicional”, es decir, la transferencia del paquete accionario, otorga al comprador la más absoluta seguridad de evitar los famosos “pasivos ocultos”, que tanto dinero dejan en las arcas de consultoras especializadas por la confección de auditorías de relativa confiabilidad.

Rápida y someramente, los principios que gobiernan la aplicabilidad de la ley de transferencia de fondos de comercio son los siguientes.

a) No se define al fondo de comercio, sino que se lo caracteriza a tenor de los elementos que lo conforman *a los efectos de su transmisión por cualquier título* (art. 1º)⁹, lo cual determina la aplicación de la ley también ante la denominada *transferencia parcial*, es decir, cuando por medio de la transferencia de uno o algunos de los elementos se ceda, en realidad, el giro y la clientela del negocio¹⁰.

b) La ley se aplica a todo supuesto que entrañe transferencia y no tenga regulación especial, es decir, venta, aporte a sociedad, permuta, donación, etcétera (arts. 1º y 2º).

c) La transferencia hecha al margen de la ley no afecta el negocio entre las partes, para quienes concluye con el acuerdo de voluntades y se perfecciona con la entrega de la cosa, pero es *inoponible* a terceros y, entre ellos, a todo acreedor del vendedor, quien podrá actuar sobre el establecimiento o sus elementos aun ya en el patrimonio del adquirente (arts. 2º y 7º). La aplicación irregular de la ley, por otra parte, hace responsables solidariamente al vendedor, comprador e intermediario por los créditos que resulten impagos y hasta el monto del precio de lo vendido (art. 11).

⁹ Dice, en efecto, este artículo: “Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencia en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”.

¹⁰ Zunino, *Fondo de comercio*, p. 71 y siguientes.

d) El fin específico de la ley, y que constituye el verdadero criterio de interpretación sobre su aplicabilidad, es que no pueda hacerse la entrega del precio de lo vendido hasta que los acreedores del fondo hayan sido desinteresados o presten conformidad con la transferencia (arg. art. 9°).

4. *Situación actual de nuestro planteo*

Por antigüedad y contexto, el ámbito natural de la ley 11.867 fue la transferencia del clásico “negocio”; esto es, explotaciones efectuadas de modo personal o por medio de sociedades de personas o de relativo giro¹¹. No obstante, desde su sanción (posterior a la de la ley 11.645 de SRL), doctrina y jurisprudencia eran contestes en su aplicación a la transferencia total de las cuotas de una SRL en caso de existir un fondo de comercio en el patrimonio social¹². No obstante, sin mediar mayor análisis, se convino tácitamente en excluir del alcance de la ley especial la situación de la denominada “gran empresa” a partir de su instrumentación como sociedad anónima, acentuando para esta especie los efectos de la *personalidad jurídica*. Este criterio terminó por generalizarse cuando la ley 19.550 instituyó el régimen integrado de las sociedades comerciales. A partir de allí se asentó como criterio que la cesión de las partes de interés, cuotas o acciones de una sociedad comercial no implica transferencia del fondo de comercio que eventualmente integre el patrimonio social, porque –como adelantamos– el negocio en cuestión entrañaría una compraventa *de derechos* y no de cosas.

Contra esa interpretación abogamos desde la primera edición de nuestra obra “Fondo de comercio” (1982). Posterior-

¹¹ Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Bs. As., Astrea, 1974, p. 71.

¹² Scolni, Miguel, *Transmisión de establecimientos comerciales e industriales*, Bs. As., Plus Ultra, 1984, p. 44; Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de comercio*, Bs. As., Depalma, 1966, t. I, p. 364, y t. II, p. 258; Vedoya Green, Luís M., *La cesión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada y en la ley 11.867*, JA, 1947-III-103, secc. doctrina.

mente, nuevas realidades se encargaron de romper la inercia en el tema. Así:

a) El incremento en las operaciones de venta de empresas, principalmente en la década de los noventa, puso seriamente sobre el tapete cuestiones de neta índole práctica, como, por ejemplo, la responsabilidad por vicios ocultos de la cosa adquirida mediante la compraventa de un paquete accionario.

En este sentido, se terminó reconociendo –al menos mayoritariamente– que el objeto de la compraventa de acciones o participaciones sociales corre íntimamente relacionado con la hacienda empresaria que la actuación societaria supone, por lo que esta operación comprende mucho más que la transferencia de los derechos de socio, ya que la consistencia del patrimonio social es elemento determinante para la celebración del contrato. En conclusión, esta doctrina sostiene la plena aplicabilidad de las normas de la compraventa relativa a los vicios redhibitorios, sin que sea necesario un pacto expreso al respecto¹³. Recordamos, a todo evento, que esta es la interpretación de la doctrina alemana en cuanto a la aplicabilidad del § 459 y ss. del BGB, entendiéndose que “si bien la compraventa de participaciones societarias es una compraventa de derechos, cumple a menudo el objetivo de compraventa de empresa”¹⁴.

Según hemos opinado, pues, no existe razón para que estos mismos argumentos, que responden al legítimo *interés de las partes*, deban ser soslayados o descartados en el momento de tutelar el *interés de los terceros* que la operación involucra.

b) En cuanto al argumento de que la cesión de la totalidad de la participación social o de un paquete mayoritario

¹³ Favier Dubois (h.), Eduardo M. - Nissen, Ricardo A., *El vendedor o cesionario de acciones es responsable y garantiza la consistencia del patrimonio social en la compraventa de paquetes accionarios*, en Favier Dubois (h.) - Sandler (dirs.) “Negocios sobre partes, cuotas o acciones y otros títulos societarios”, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 73; Martorell, Ernesto E., “*Paquetes accionarios de “mega empresas”*”; *problemática derivada de su transferencia*, LL, 1999-A-800.

¹⁴ Schmidt, Karsten, *Derecho comercial*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 157.

no supone perjuicio para los acreedores de la empresa porque el cambio en el elenco de socios no altera el sujeto deudor, esto es, la sociedad como persona jurídica, se desmiente con sólo recurrir al fin último de la ley específica.

Como hemos dicho, en efecto, la ley 11.867 prohíbe la entrega del precio al vendedor hasta que los acreedores del establecimiento –aun los titulares de acreencias no vencidas– hayan sido desinteresados. De este modo, la posición que criticamos propicia un negocio con *causa ilícita*, en tanto entraña la utilización de la forma societaria para que el o los cedentes se hagan directamente del precio de la operación, oponiendo a los acreedores desde las meras formas su aparente condición de “terceros” frente al “sujeto” sociedad. En suma, implica una clara utilización de la personalidad jurídica societaria para frustrar derechos de terceros, al par que violatoria directa de la ley y el orden público; como tal, expresamente inoponible (arts. 2º y 54, párr. último, ley 19.550)¹⁵.

5. *Incidencia de la eventual instrumentación de la sociedad de un solo socio*

Más allá del juicio de valor que nos merezca la implementación de la figura –que abordaremos en trabajos venideros– en el tema que nos ocupa, constituye una actitud de política legislativa que, a nuestro juicio, cierra la discusión porque sincera aún más el concepto de sociedad comercial como *estructura jurídica básica*¹⁶ de la empresa económica y elimina, por tanto, preconceptos y formalismos dogmáticos.

Al lado, pues, de la sociedad como herramienta de la mancomunación de esfuerzos o capitales, que conlleva la idea de *contrato*, aparece el empleo válido de la forma societaria

¹⁵ Ver Zunino, *Régimen de sociedades comerciales*, 24ª ed., Bs. As., Astrea, 2012, p. 117.

¹⁶ Decimos “básica” teniendo en cuenta los escalones superiores que constituyen las agrupaciones de empresas.

por una persona a los efectos de la limitación de la responsabilidad por intercesión de la personería jurídica¹⁷. Es decir, se ahonda en el aspecto de la sociedad comercial como *institución*.

De este modo, en el ya citado terreno de la responsabilidad por vicios redhibitorios (*supra*, 4), bien pudo decir Martorell que cuando se adquiere el “paquete” accionario de una anónima cerrada o “de familia” se acentúa la convicción de que la pretensión del nuevo socio, más que negociar títulos de crédito ha sido “ingresar en los mecanismos de poder societario teniendo en vista la composición del patrimonio de la sociedad emisora, la hacienda mercantil o la empresa considerada en sí misma”¹⁸. Con cuanta más razón se aplicará este criterio en materia de sociedades integradas *por una sola persona*, donde la vinculación con la explotación directa de la empresa es exclusiva y excluyente.

Poco o nada hay que agregar, pues, para concluir en que esta nueva concepción remueve cualquier obstáculo basado en el razonamiento formal o dogmático que pueda oponerse a la necesidad de aplicar el procedimiento de la ley 11.867 cuando, por medio de la cesión de participaciones sociales, cuotas o acciones, se transfiera el giro y clientela del establecimiento comercial.

¹⁷ Resumiendo un debate histórico, se concluye en que la personalidad jurídica es, en materia de sociedades, un recurso técnico destinado a facilitar el cumplimiento del objeto social.

Sin embargo, no es soslayable que más allá de su función instrumental, el otorgamiento de personalidad jurídica al ente societario ha sido, como bien expone Galgano, la justificación teórica de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista, ya que por medio de la atribución de personalidad a un ente jurídico –como tal, con patrimonio propio, distinto del de los socios– se justifica como “natural” y generalizable lo que en su momento fue un privilegio otorgado por el soberano a ciertos emprendimientos que lo justificaban como “excepción” a un principio general de responsabilidad ilimitada (ver Galgano, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 84).

¹⁸ Martorell, “Paquetes accionarios” de “mega empresas”; *problemática derivada de su transferencia*, LL, 1999-A-800.

En todo caso, si se considera inapropiado o engorroso la aplicación de la ley especial, bien haría el legislador en dotar a la ley 19.550 de un procedimiento tuitivo propio en esta temática, como ya lo hizo en materia de fusión (art. 83).

REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y REPRESENTACIÓN FUNCIONAL

*EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA
Y EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO.
EL FALLO “RIZZO” ABRE EL DEBATE*

DANIEL FERNANDO BARAGLIA*

1. *Introducción*

El difundido fallo “Rizzo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que declaró la inconstitucionalidad de la ley 26.855 de reforma del Consejo de la Magistratura en varios de sus artículos, abre la posibilidad de un debate más profundo¹.

Aunque el art. 30 de la Const. nacional establece que ésta puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, la doctrina de los constitucionalistas reconoce ciertas cláusulas pétreas que no podrán ser objeto de reforma.

En este sentido, y a los fines de este trabajo importan: la forma de gobierno representativa republicana y la limitación democrática del poder. Esta última mediante la división de poderes o funciones, incluido el equilibrio de pesos y contra-

* Consejero titular del Honorable Consejo Académico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Miembro integrante del CEJA; profesor consulto de Derecho Político; profesor titular de Derecho Internacional Público y Derecho Público Provincial y Municipal.

¹ CSJN, 18/6/13, “Rizzo, Jorge G. (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/Poder Ejecutivo nacional, ley 26.855, medida cautelar (expte. 3034/13)”, *CSJ*, 369-XLIX.

pesos entre los tres órganos de gobierno y la periodicidad de funciones de quienes gobiernan, que deben someterse a la evaluación del pueblo en cada nueva elección².

En nuestro país hay aceptación general en lo concerniente a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la intérprete final de la Constitución.

En esta interpretación el alto tribunal ha llegado a pronunciarse hasta sobre aspectos de la propia Constitución y con efecto *erga omnes*. Así, en el caso “Fayt” declaró inconstitucional el retiro de los jueces a los setenta y cinco años de edad (art. 99, inc. 4º, Const. nacional), por no encontrarse la cuestión incluida dentro de los temas de la declaración de necesidad de la reforma, sosteniendo, en consecuencia, el principio establecido en el art. 110 de la carta magna por el que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservan sus empleos mientras dure su buena conducta.

2. *La forma representativa republicana*

La forma representativa republicana rige nuestra vida política y la tenemos en nuestra Constitución en estos tres artículos.

Artículo 1º – “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*”.

Art. 5º – “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano*”.

Art. 22. – “*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución*”.

Los antecedentes constitucionales se mencionan en *Las Bases* de Juan Bautista Alberdi y en la Constitución estadounidense.

² Popper, Karl, *La lección de este siglo*, Bs. As., Grupo Editorial SRL, 1998, p. 109 y 110.

En la interpretación de lo que significa se utilizarán los argumentos de Madison en *El Federalista*.

La primera cuestión que se presenta es la relativa a si la forma y disposición del gobierno son estrictamente republicanos. Es evidente que ninguna otra forma sería conciliable con el genio del pueblo estadounidense, con los principios fundamentales de la Revolución.

Consiguientemente, si el plan de la convención se desvía del carácter republicano, sus partidarios deben abandonarlo como indefendible.

Si buscamos un criterio que sirva de norma en los diferentes principios sobre los que se han establecido las distintas formas de gobierno, podemos definir una república, o al menos dar este nombre a un gobierno que deriva todos sus poderes directa o indirectamente de la gran masa del pueblo, y que se administra por personas que conservan sus cargos a voluntad de aquél, durante un período limitado o mientras observen buena conducta. Es esencial que semejante gobierno proceda del gran conjunto de la sociedad, no de una parte inapreciable ni de una clase privilegiada de ella; pues si no fuera ese el caso, un puñado de nobles tiránicos, que lleven a cabo la opresión mediante una delegación de sus poderes, pueden aspirar a la calidad de republicanos y reclamar para su gobierno el honroso título de república.

Al comparar la Constitución proyectada por la convención con la norma que fijamos aquí, advertimos enseguida que se apega a ella en el sentido más estricto. La Cámara de Representantes, como ocurre cuando menos con uno de los cuerpos de las legislaturas locales, es elegida directamente por la gran masa del pueblo. El Senado, como el Congreso actual y como el Senado de Maryland, debe su designación indirectamente al pueblo. El Presidente procede indirectamente de la elección popular, siguiendo el ejemplo que ofrecen casi todos los Estados. Hasta los jueces, como los demás funcionarios de la Unión, serán también elegidos, aunque remota, por el mismo pueblo, como ocurre en diversos Estados.

3. *Representación política y representación funcional*

En la Inglaterra del siglo XVI, el rey y el Parlamento tenían funciones representativas. El rey era la cabeza representativa de la comunidad conjunta del reino. Los miembros del Parlamento seguían teniendo sus tradicionales funciones medievales de representación de las comunidades locales y de los intereses especiales. El Parlamento era responsable ante sus electores. Una ley promulgada durante el reinado de Enrique V exigía que los miembros del Parlamento viviesen en su distrito electoral. Los sistemas representativos de las colonias estadounidenses reprodujeron aquellas prácticas. El Presidente, como el Rey Tudor, representaba los intereses del conjunto de la comunidad; los miembros de la legislatura debían su fidelidad principal a sus votantes. La residencia local se convirtió en un requisito legal³.

Con este antecedente, descrito por Huntington, la denominada representación política se constituye en base a la representación territorial.

Por su parte la representación funcional, para otros denominada estamental o corporativa, otorga representación a un grupo o estamento por medio de los representantes elegidos por sus pares.

Son ejemplo las representaciones de intereses socioeconómicos de los sistemas corporativos y nuestro antecedente constitucional de 1819 que expresaba:

Art. 10. – “Formarán el Senado los Senadores de Provincia, cuyo número será igual al de las Provincias; tres senadores militares, cuya graduación no baje de Coronel Mayor; un Obispo, y tres Eclesiásticos; un Senador por cada Universidad; y el Director de Estado, concluido el tiempo de su Gobierno”.

Art. 15. – “Los Senadores militares serán nombrados por el Director de Estado”.

³ Huntington, Samuel P., *El orden político en las sociedades en cambio*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 103.

Art. 16. – “Será Senador por primera vez el Obispo de la Diócesis donde reside el Cuerpo Legislativo. En lo sucesivo se elegirá el Obispo Senador por los Obispos del territorio, remitiendo sus votos al Senado. Publicados por la prensa, se hará el escrutinio, y el que reuniese el mayor número, será Senador: no resultando pluralidad, decidirá la elección el Senado”.

Art. 17. – “Los Cabildos eclesiásticos, reunidos por el prelado Diocesano, Curas Rectores del Sagrario de la Iglesia Catedral, y Redactores de los Colegios (cuando éstos sean eclesiásticos) elegirán tres individuos del mismo Estado, de los cuales, uno al menos sea de otra Diócesis. Remitidas y publicadas las ternas con sus actas, los tres que reúnan mayor número de sufragios computados por las iglesias, serán Senadores; en caso de igualdad el Congreso o Senado decidirá la elección”.

Es indudable que la Constitución argentina de 1853/60 teniendo a la vista este antecedente descartó la representación funcional, pronunciándose por la representación política.

Por otro lado, al reafirmar la derogación de los títulos de nobleza y los fueros personales, derogación que había anticipado la Asamblea de 1813, se descartó toda representación estamental como la de la Cámara de los Lores en el Reino Unido de Gran Bretaña y de cualquier otra que pudiera significar un privilegio de representación en la participación política del Estado, así como del juzgamiento por sus pares. Al respecto el art. 16 de la Const. nacional expresa: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley”*.

4. *La función política de los poderes u órganos del Estado y el equilibrio del poder*

El principio establecido es que no corresponde al Poder Judicial interferir u opinar en las cuestiones políticas de los otros poderes a menos que con sus decisiones se lesionen,

restringan o alteren aspectos regidos por la Constitución nacional y siempre que la cuestión se presente en un caso iniciado a pedido de parte legítima, aunque no se haya pedido expresamente la inconstitucionalidad del acto o de la ley.

En este orden de ideas, Huntington considera que la doctrina y práctica estadounidense de revisión judicial se compone de una mezcla de funciones judiciales y políticas al decidir qué no puede ser la ley mediante la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la ley⁴.

En los Estados Unidos de América, sigue diciendo Huntington, no sólo se dividió el poder mediante la división de la función legislativa, sino que además otras funciones fueron distribuidas entre las instituciones de gobierno de forma tal que se creó un sistema de frenos y contrapesos, lográndose así el equilibrio de los poderes de gobierno.

El sistema es semejante en nuestro país: el Congreso sanciona las leyes, el Presidente las promulga o las veta. Los jueces vetan las leyes o los decretos presidenciales declarando la inconstitucionalidad de la norma con efecto *erga omnes* o la inaplicabilidad al caso planteado.

El carácter difuso del sistema judicial argentino por el que cualquier juez de la república puede declarar la inconstitucionalidad de la norma, torna más necesario delimitar la forma en que se sostiene el equilibrio entre los poderes del Estado. No sólo a favor de la independencia del Poder Judicial de los demás poderes y de éstos respecto del primero, sino también en cuanto a la cooperación entre los poderes del Estado como nueva realidad del derecho y el Estado⁵.

El sistema de frenos y contrapesos entre los tres órganos que creó la Constitución nacional 1853/60 se completaba con la intervención del Senado en la designación de los jueces, el juicio político del Congreso a los otros poderes en caso de mal desempeño y la insistencia de la ley por dos tercios de los votos de cada Cámara frente al veto presidencial.

⁴ Huntington, *El orden político en las sociedades en cambio*, p. 108.

⁵ Lorenzetti, Ricardo, Exposición realizada en el Seminario, *Perspectivas actuales del control de constitucionalidad*, Bs. As., UCA, 7/6/07.

Transcribimos a continuación los artículos de la Constitución nacional referidos al Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento para facilitar el análisis de la cuestión.

Art. 114. – “[CONSEJO DE LA MAGISTRATURA] *El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.*

[INTEGRACIÓN] *El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.*

[ATRIBUCIONES] *Serán sus atribuciones:*

1) *Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.*

2) *Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.*

3) *Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.*

4) *Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.*

5) *Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.*

6) *Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.*

Art. 115. – “[REMOCIÓN DE JUECES INFERIORES] *Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el art. 53, por un jurado de enjuicia-*

miento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado”.

5. *Sobre si las funciones del Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento modifican el equilibrio político de los poderes del Estado*

En primer término pasaremos a analizar si el Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento tienen funciones políticas.

En efecto, el Consejo de la Magistratura (art. 114, Const. nacional) tiene las siguientes atribuciones políticas:

a) Carácter vinculante de las ternas que se proponen, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

b) Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

c) Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Todas ellas tienen carácter político y rompen con el equilibrio de poderes establecido en la Constitución nacional de 1853/60, generando un nuevo poder en su seno, al asumir atribuciones de los órganos del Estado, modificar las funcio-

nes de nombramiento de los jueces que corresponden al Presidente de la Nación con acuerdo del Senado, las atribuciones reservadas a la Cámara de Diputados en juicio político y las propias del Poder Judicial para asegurar la prestación de los servicios de justicia.

Lo mismo cabe respecto del Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Las atribuciones políticas de destitución reservadas al Senado en juicio político de los jueces inferiores han sido asumidas por ese jurado y anuladas las del Senado. Su fallo será irrecurrible dice el texto constitucional en la reforma de 1994.

6. *Sobre si las composiciones del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento modifican el sistema representativo republicano de gobierno*

La Corte expresó en el fallo “Rizzo”:

a) Que el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección, pero cuya legitimidad democrática es idéntica.

b) La Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo.

c) Por tal motivo la Corte sostuvo que el Poder Ejecutivo y Legislativo no pueden arrogarse poderes extraordinarios para modificar el sistema republicano.

d) La Corte indicó que se rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario.

e) Se desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos⁶.

⁶ Fracalossi, Eduardo M., *Nuestros problemas son serios, comportémonos seriamente*, www.fracalossitribbia.com.ar, síntesis tomada del trabajo citado.

Analicemos las cuestiones que nos ocupan.

a) La Corte Suprema reconoce en forma expresa la representación funcional de los estamentos de jueces, abogados y del ámbito académico y científico en el Consejo de la Magistratura y, por ende, en el Jurado de Enjuiciamiento, mediante elección de sus pares.

b) Sostiene que no se puede modificar el sistema republicano. Pero tal como lo explica Madison, la representación estamental no es parte del sistema republicano, por el contrario es rechazada por el art. 22 de la Const. nacional.

c) La Corte indicó que se rompe el equilibrio existente dentro de la composición del Consejo. Pero las atribuciones políticas de este último rompen el equilibrio anterior dado a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial que la Constitución de 1853/60 entendía justo y sobre los cuales no hubo pronunciamientos judiciales que no lo sostuvieran.

En conclusión, si sólo se le reconocieran al Consejo de la Magistratura funciones consultivas y no políticas, como ocuparse de los concursos de aspirantes sin la pretensión de ternas vinculantes e informar a la Corte y a la Cámara de Diputados sobre la situación de los juzgados sin la suspensión y acusación de los jueces, si sólo aconsejase a la Corte sobre el reglamento; y, por otra parte, el jurado de enjuiciamiento sólo fuera un organismo auxiliar que colaborara en la dilucidación de los hechos y la reunión de pruebas para que el Senado dicte su resolución en juicio político, no se violarían las cláusulas pétreas constitucionales sobre representación republicana y división de funciones con sus frenos y contrapesos.

Mientras tanto la composición de ambos organismos es violatoria del sistema representativo republicano de gobierno.

Reiteramos, no se está diciendo que los representantes de los estamentos deban ser elegidos por el pueblo, sino que los estamentos no pueden ejercer funciones políticas en un sistema representativo republicano.

7. *Sobre si la composición de los Consejos de la Magistratura de las provincias argentinas, siguiendo el modelo nacional, modifican el sistema representativo republicano de gobierno establecido por el art. 5° de la Const. nacional*

Indudablemente la representación estamental presente en la composición de los Consejos provinciales, junto a las funciones políticas que éstos poseen, los hace inconstitucionales a la luz de la expresa disposición del art. 5° de la Const. nacional al disponer que “*cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano*”, como ya hemos explicado para la misma cuestión respecto de la Constitución nacional. No olvidemos tampoco que conforme al art. 31 las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a la Constitución nacional, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.

8. *La provincia de Buenos Aires. Textos constitucionales*

a) *Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.* A continuación transcribimos el artículo constitucional pertinente.

Art. 175. – “[DESIGNACIÓN DE JUECES DE LA SUPREMA CORTE] Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.

Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública.

Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación. Se privilegiará la solvencia moral, la

idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.

El Consejo de la Magistratura se compondrá, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. El Consejo de la Magistratura se conformará con un mínimo de quince miembros. Con carácter consultivo, y por departamento judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas.

La ley determinará sus demás atribuciones, regulará su funcionamiento y la periodicidad de los mandatos”.

b) *Jurado de Enjuiciamiento en la Provincia de Buenos Aires*. La Constitución provincial de 1994 ordenó la numeración.

Art. 182. – Idéntico al anterior art. 172.

Art. 172, Constitución de 1934. – “Los jueces de las Cámaras de Apelación y de primera instancia y los miembros del Ministerio Público pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados.

Los legisladores y abogados que deban integrar el jurado se designarán por sorteo, en acto público, en cada caso; los legisladores por el presidente del Senado y los abogados por la Suprema Corte de Justicia, a cuyo cargo estará la confección de la lista de todos los abogados que reúnan las condiciones para ser conjueces.

La ley determinará la forma de reemplazar a los abogados no legisladores en caso de vacante”.

Art. 193, Constitución de 1873. – Idéntico a la Constitución de 1889.

Art. 190. – “Los jueces de las Cámaras de Apelación y de primera instancia pueden ser acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones ante un *jury* calificado, compuesto de siete diputados y cinco senadores profesores de derecho, y cuando no los haya se integrará con letrados que tengan las condiciones necesarias para ser electos senadores”.

c) *Comentarios.* De los textos constitucionales de la provincia de Buenos Aires se extrae que el Consejo de la Magistratura se crea por la reforma de 1994, y contiene una representación funcional con funciones políticas al designar ternas vinculantes para el nombramiento de los jueces.

En cuanto al Jurado de Enjuiciamiento de Jueces de Cámara e inferiores, la violación al sistema representativo republicano viene ya de la Constitución anterior de 1934, considerada aristocratizante también por la composición de la asamblea municipal, integrada por grandes contribuyentes, lo que significa una desigualdad en la representación ciudadana, una reminiscencia del régimen censitario.

Las constituciones de 1873 y 1889 creaban el jury de enjuiciamiento compuesto por senadores y diputados representantes del pueblo, la variable era la calidad adicional que se exigía a estos representantes: ser profesores de derecho.

La Constitución preveía suplencias cuando no las hubiera, y de suceder ello se integrará con letrados que tengan las condiciones necesarias para ser electos senadores. Estas suplencias, vistas desde un punto de vista actual, podrían preverse en el Código Electoral y al igual que cada partido presenta una lista de legisladores suplentes para cubrir las vacantes, presentar una lista de profesores de derecho suplentes para integrar el Jurado de Enjuiciamiento.

EL JUICIO POR JURADOS

CARLOS ACOSTA*

1. *Cuestión constitucional*

De la simple lectura de la Constitución nacional y del ordenamiento legal creado en su consecuencia, surge que hay un mandato constitucional hasta ahora incumplido referido a la implementación de juicio por jurados populares.

Es importante resaltar que cuando inquirimos el alcance y vigencia de instituciones que contiene la Constitución nacional, que como en este tema han sido delegadas para su implementación al Congreso, se está debatiendo en términos políticos antes que jurídicos, dado que la razón de ser de cada institución constitucional nace de la voluntad de los representantes del pueblo (a través del poder constituyente), los que a su vez fijan su alcance, operatividad y oportunidad. De allí que la consideración de la implementación del juicio por jurados populares en nuestro medio sea, básicamente, una decisión política del Congreso federal, porque así lo quiso el constituyente. Decisión que deberá tomarse considerando su valor práctico y sustentabilidad en el tiempo, de modo tal que razonablemente se integren a la cultura institucional de la Nación y de su pueblo.

El juicio por jurados es un cambio sustancial en el modo de administrar justicia que hoy tenemos, incide plenamente en el perfil del Poder Judicial, transmitiendo, así, su interés al sistema republicano.

* Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Constitucional.

2. *Análisis técnico del juez “lego”*

Por “lego” se entendía a todo aquel no portador de hábitos clericales; mientras el sacerdote era el único y verdadero conocedor de la jurisprudencia de su tiempo, luego, por comunicación de conceptos, quien no la conoce recibe dicha denominación.

Pues bien, quien no conoce el derecho y la jurisprudencia, pero vive la realidad cotidiana de su comunidad, ¿será apto para fallar y ser justo?

La idea de una justicia efectiva y por tanto valiosa como producto es consecuencia de jueces justos y procesos correctos. La determinación de cuál de los dos sistemas en pugna, jurados *versus* jueces técnicos, satisface mejor la idea de justicia, provendrá de considerar diversos puntos de análisis.

a) En el juzgamiento de un caso se encuentran presentes *cuestiones de hecho* y *cuestiones de derecho*. Es, por tanto, importante determinar en qué medida ambas pueden independizarse, sin perjuicio de que luego se las relacione. La razón de ser de un pleito, cualquiera sea su naturaleza, supone el reclamo de una de las partes –o de ambas– para que se subsuma un hecho a la ley positiva.

Todo hecho, para cobrar relevancia en el mundo del proceso judicial, debe remitir a una ley que lo habilite a ello. Por ejemplo, la muerte es un hecho de carácter biológico, pero el homicidio es ese mismo hecho leído desde el derecho positivo, atribuyéndole una consecuencia jurídica, ya que el hecho delictual es tal por las consecuencias sociales que causa. Ello nos alerta de cierta –y necesaria– vinculación entre el hecho y el derecho.

Teniendo en consideración que el jurado es *lego*, es decir, ignorante del derecho, debe considerar el hecho de acuerdo con sus experiencias y raciocinio, acorde con la cultura media de su comunidad y captando el sentido jurídico de ésta, tal y como hacen los representantes democráticos del pueblo para dictar las leyes; y, en ambos casos, con miras a lo que es más justo. Sin embargo, los legisladores cuentan con una

serie de prerrogativas que le son vedadas al jurado, como la oportunidad de consulta técnica a asesores de todo tipo, tiempo indeterminado para resolver, una capacitación diaria y repetida en la tarea legislativa que constituye una formación profesional en el arte de hacer leyes, etcétera.

Se ha estimado que entender las cuestiones complejas (hecho y derecho) que trae el régimen penal, es un tema de enorme trascendencia que unido al sistema de valoración de la prueba motivaron sistemas de jurados diferentes al sistema puro (anglosajón), básicamente para no menguar derechos a las personas sometidas a proceso.

En tal sentido, la provincia de Córdoba, pionera en el país, implementó la intervención ciudadana en el juzgamiento penal por primera vez en 1991 con la ley 8123; y luego lo reformuló la ley 9182 de 2004, en aplicación desde el año 2005. Prevé que a los tres jueces de la Cámara Criminal se le sumen ocho ciudadanos; es decir que el jurado estará compuesto por los jueces y los jurados, con mayoría de estos últimos. La ventaja que así obtienen es que dicho cuerpo dictará veredicto y también sentencia fundada en derecho (a partir de la pluma de los jueces), resolviendo incidencias, existencia del hecho, autoría y participación, calificación legal, pena aplicable, atención de los reclamos civiles y hasta la imposición de las costas. Con la conformación mixta, de origen continental europeo llamada escabino, se pretende que satisfaga los requisitos de lógica y legalidad que impone la Constitución. La base constitucional que le dio sustento es el art. 162, que dispone: "La ley puede determinar los casos en los que los tribunales colegiados son también integrados por jurados".

b) Con respecto a la *independencia del sentenciante*, en primer lugar habría que determinar de quién se es independiente. Si del Poder Ejecutivo, en sistemas como el nuestro donde la administración de justicia está en manos de un Poder Judicial que ha previsto una serie de garantías para que los jueces fallen sin presiones directas o indirectas (inamovilidad de su cargo; intangibilidad de sus remuneraciones); ello no ocurre en regímenes donde la justicia es una rama, por

ejemplo, del Poder Ejecutivo –y en general en cuestiones administrativas–. Ahora bien, si en un país como el nuestro los poderes (institucionales o de hecho) influyen en los jueces, es un vicio del sistema que no invalida esa fórmula republicana, y que debe tener solución por otros medios.

Se puede afirmar que es más propenso un jurado a considerar cuestiones religiosas, políticas, ideológicas, y vincularse a preconceptos sociales estables o derivado de estados de crispación pasajeros (p.ej., por una ola de violaciones o de robos, o enemistad con otra Nación y, por comunicación, con sus ciudadanos, creer en la palabra de un religioso determinado porque pertenece a su misma fe, o lo opuesto, etcétera). Claro que los jueces técnicos también deben acarrear muchas veces con sus preconceptos y condicionamientos personales, mas deberían contar con otras herramientas para superarlos derivadas de su profesionalismo, y existen sanciones puntuales si, revelados, no los hubieren solucionado. Por ejemplo, nuestra memoria aún recuerda a jueces que negaban hábeas corpus en plena dictadura, o complicidades en la Alemania nazi.

La estabilidad en sus cargos –únicamente alterable por un proceso regular, plural, amplio, contradictorio y fundado en causas expresas– y la autonomía económica que conlleva la autarquía financiera del Poder Judicial, hacen que el juez técnico de nuestro sistema esté resguardado para el correcto ejercicio de su misión y garantizado contra injerencias indebidas.

El jurado, apoyado en su “criterio social”, puede incluso desafiar con su veredicto una ley, no tal vez de modo abierto que conlleve nulidad de su acto, pero sí disponiendo que no es aplicable al caso. Bien puede considerar que su criterio social es superior incluso a lo que establece una norma. Sin embargo, advertimos sobre el punto que la ley cumple el rol de fijar la medida de lo justo y el juzgamiento.

En este punto, parece que quien está con mejores armas para interpretar cabalmente el alcance del hecho del proceso –en el caso del delito, esa conducta prohibida por la ley como producto del desvalor social que conlleva, su consecuencia social– y tratarlo con mayor ecuanimidad es el juez técnico.

c) En cuanto al sistema de *valoración de la prueba* que se debe aplicar, hay que indicar que el jurado puro únicamente puede aplicar un sistema de íntima convicción, descartando cualquier otro tipo de regla como la sana crítica o las libres convicciones razonadas.

Éste es tal vez el punto que más discusión crea en torno a la compatibilidad del sistema de jurados con el resto del texto constitucional. El problema está centrado en la posibilidad de control –vía doble instancia– de la sentencia, que se integra sustancialmente con el veredicto y la sentencia, donde ésta contiene el razonamiento sobre el mérito y valor de la prueba rendida en el juicio plenario –en el que imperan los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación–.

Si el jurado falla de acuerdo a su íntimo criterio, nada podrá hacerse para conocer el proceso de razonamiento que llevó a la solución dictada, estando en general prohibido que se expidan sobre las razones de ella. Sólo dirán sobre la inocencia o culpabilidad del inculpado. En tal caso, la objeción constitucional está dada por la necesidad que la sentencia sea producto razonado de los hechos probados, *juicio previo* del art. 18 de la Const. nacional, entendido como debido proceso legal: la pena será aplicable únicamente por sentencia firme. Esa sentencia, conforme ha sido entendido por la totalidad de la jurisprudencia nacional e internacional, y es claramente reglado en los códigos de rito actualmente vigentes –que en general sustituyeron el sistema de prueba tasada–, debe ser la consecuencia de un acto de razonamiento lógico sobre hechos probados en la causa; incluyendo, en caso de duda, una obligación legal para el sentenciante: disponer la absolución.

Francesco Carrara sostuvo que, “en sentido ideológico, la palabra juicio expresa la operación intelectual con que el hombre une dos ideas para formar con ellas una proposición. Empleada en sentido jurídico-penal, la palabra juicio puede usarse para expresar la operación intelectual antes mencionada, por medio de la cual, ligadas la idea de delito y pena a la aplicación de un hecho dado y a determinado individuo, se

llega a afirmar o a negar, como proposición resultante de un cálculo racional, la culpabilidad del individuo y la obligación de castigarlo” (*Programa de derecho criminal. Parte general*, t. II, p. 263, citado por Ávalos, Raúl W., *Derecho procesal penal*, t. I, p. 123 a 127, Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993). El catedrático mendocino completa la idea que el juicio previo del art. 18 de la Const. nacional remite al concepto de sentencia previa para aplicar una condena, y que juicio significa la operación intelectual que realiza el juez para valorar la prueba y afirmar su decisión, “que debe contener en su motivación la cadena de razonamientos elaborados por el órgano jurisdiccional que lo hacen concluir con la parte dispositiva”. Donde “motivar es el deber de consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que la resolución contiene. La motivación es el conjunto armónico de razonamientos emitidos por el juzgador al momento de resolver, que muestran el camino lógico seguido por aquel”. La motivación, así interpretada, conforma la inviolabilidad de la defensa y el sistema republicano de gobierno que informa sobre la publicidad de los actos de gobierno.

Los principios del proceso penal oral, por su parte, ponen únicamente en cabeza de los presentes en el juicio la posibilidad de valorar las cuestiones de hecho y prueba (por los principios citados de inmediación, publicidad, contradicción, concentración e igualdad de las partes), lo que implica que el tribunal *ad quem* debe ver el camino por el que transitó la prueba hasta la decisión, revisar el criterio con el cual mensuraron los hechos y sus pruebas.

La CADH, en su art. 8º.h, plasma el “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”, que tanta buena jurisprudencia ha dado en el continente (conc. con el 14.5, PID CP). A partir de esta fuente directa del derecho se llegó a revertir la jurisprudencia de la Corte Suprema pronunciada en “Jáuregui” (*Fallos*, 311:274), según la cual el recurso del art. 14 de la ley 48 satisfacía el estándar de la doble instancia, con el dictado del precedente “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), aunque en este caso ceñido a derribar el límite impuesto por el monto de la pena para deducir el recurso casatorio, hasta

que se llegó a su mayor expresión y conformidad con el estándar internacional en “Casal” (22/5/05), cuando se le reconoció a todo condenado en juicio penal el derecho al pleno acceso a que un tribunal superior revise íntegramente la sentencia (incluidos hecho y prueba).

España instrumentó el sistema por medio de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado. Su historia muestra una sinuosa relación con esta institución, ya que en varios períodos de su historia rigió y en otros fue quitado, hasta que se incluyó desde el año 1995 hasta nuestros días, conformando la manda del art. 125 de su Constitución de 1978. Ya la Constitución de 1812 –conocida como la “Pepa”– había indicado, con suma prudencia: “Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente” (art. 307). La prudencia normativa que la fórmula encierra será retomada cuando se analice la cuestión en nuestro medio.

En lo que este punto interesa, España construye un jurado con nueve miembros legos, y un magistrado a cargo del debate. Juzga, de modo obligatorio, en casos de homicidio, amenazas, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, incendios forestales, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios e infidelidad en la custodia de presos. La diferencia sustancial con el sistema anglosajón es que los jurados deben componer su veredicto contestando las cuestiones que les son redactadas una vez culminada la audiencia, por el magistrado y las partes: las cuestiones a responder tienen que ver con los hechos alegados y ventilados en la audiencia, obrando de algún modo como motivación de la conclusión de condena, para el eventual conocimiento del superior en caso de apelación de cómo arriban a dicha conclusión. Augusto M. Morello se ocupa de analizar una sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Supremo de la Comunidad de Madrid, “Zabaleta Cortázar, Aitor c/Guerra Cuadrado, Ricardo”, del año 2000, que trata puntos esencia-

les del juicio por jurados de acuerdo al digesto español LOTJ (*Lecturas de la Constitución*, La Plata, LexisNexis, 2003, p. 507 a 554).

La provincia de Neuquén reglamentó recientemente el sistema de juicio por jurados (ley 2784/11), que empezará a regir en los próximos meses. Toma un diseño similar al español, de jurados legos puros, de competencia obligatoria y que adoptan para la apreciación de las pruebas “su íntima convicción y sentido común” (art. 21).

3. *La cuestión en nuestra Constitución*

Como advertimos, existe un texto claro con relación a la implementación del juicio por jurados en nuestro medio.

El art. 24 establece: “*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados*”. Cuatro cuestiones surgen de la fórmula constitucional: qué es un “jurado”; quién puede ser “jurado”; quién debe reglamentar la instalación del juicio por jurados; qué alcance jurisdiccional tendría esa legislación, y cuál debe ser la competencia del jurado.

a) Por “jurado” ha de entenderse aquel que debe jurar de modo particular para el desempeño de su tarea (Oderigo, Mariano, *El lenguaje del proceso*, Bs. As., Depalma, 1961), de lo que se infiere que es tal quien debe jurar en cada caso: jurar el fiel, leal y legal desempeño de sus funciones. En principio, es aquel que no ha efectuado antes dicho juramento; los jueces, por su parte, realizan tal juramento en forma genérica al asumir las funciones de la magistratura, por lo que razonablemente no deben volver a realizarlo en cada caso en que fallan.

b) Luego, siguiendo ese razonamiento, podría considerarse que los jueces que componen el Poder Judicial no podrían integrar un “jurado”. Esta interpretación proviene de la raíz anglosajona del instituto que copiamos en 1853 de la Constitución de los Estados Unidos de América, donde el veredicto de culpabilidad está a cargo de ciudadanos comunes, no ma-

gistrados –aunque junto a éstos conformes el “tribunal” sentenciante– (esta última voz en Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, Bs. As., Heliasta, 1982, p. 407). La historia inglesa aporta las razones de justicia que llevaron a adoptar este sistema, cuando en la Carta de Derechos obtenida en 1215 los ciudadanos reivindicaron el derecho a ser juzgados por sus pares, en una fórmula destinada a evitar el arbitrio del monarca al juzgarlos.

En nuestro medio una fuerte corriente doctrinal entendió que la fórmula constitucional argentina era amplia y permitía su integración con jueces letrados (Proyecto 1986 de Julio Maier, *Código Procesal Penal*; proyecto Antonio Hernández de modificación al Código Procesal Penal nacional; leyes 8123, 9122 y 9182 de Córdoba).

c) La Constitución nacional dice claramente que el Congreso –federal– es quien debe reglamentar el juicio por jurados. Sin embargo, el contenido de esa norma es de típico contenido procesal, ya que trata de cómo se deben aplicar las leyes de fondo en un juicio, la forma o rito que debe observar el proceso para arribar a una sentencia. No hay discusión que las leyes procesales, como regla, son materia no delegada por las provincias y, en principio, de su exclusiva competencia.

De ello puede resultar que la instrucción reglamentaria constitucional es únicamente para el sistema de justicia nacional y federal. O bien que, dada la trascendencia de la cuestión en tratamiento –sentar las bases mismas del sistema de administración de justicia–, se la consideró central del sistema republicano, con una dimensión que implica a la división del poder y a la participación directa del pueblo en una función esencial del Estado.

Hasta aquí, sobre este punto, lo que nos informa el art. 24 comentado. Para proveernos de una opinión más fundada de cómo resolver la bifurcación interpretativa que se presenta, es necesario contar con más información constitucional, acudiendo para ello a los arts. 75, inc. 12, y 118 del texto superior.

Art. 75. – *“Corresponde al Congreso...*

Inc. 12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y de Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

Art. 118. – *“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.*

En los artículos transcritos está el tratamiento que el constituyente patrio dio al tema, y de los cuales podemos responder el interrogante de párrafos anteriores volcándonos por la segunda vía, aquella que interpreta que el juicio por jurados debe ser de imposición a toda la Nación y no competencia de cada provincia. El argumento que hace privativo de las provincias la reglamentación del proceso encuentra excepción además del caso del juicio por jurados, en la ley de concursos y quiebras 24.522, ley de “bancarrotas”, para la que la Constitución nacional ordenó una jurisdicción nacional y su aplicación es obligatoria en todos los tribunales del país, sean nacionales o provinciales.

En efecto, cuando dispone que el Congreso debe *“Dictar... leyes especiales generales para toda la Nación... que requiera el establecimiento del juicio por jurados”*, nos impide cualquier extravío interpretativo, máxime si tenemos en cuenta que también indica el artículo que no se deben alterar las jurisdicciones provinciales –párrafo incorporado por interés

de la provincia de Buenos Aires-, refiriéndose a que no podrán sustraerse las causas de la jurisdicción local cuando así corresponda. De ahí que no debería ser una ley federal (que implique la intervención de tribunales federales), sino una ley nacional que aplique cada jurisdicción.

El art. 118, por su parte, es terminante: “*Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución*”, nuevamente con expresa reafirmación de las jurisdicciones locales cuando así corresponda.

El Mensaje de elevación del Proyecto de ley de la provincia de Buenos Aires interpreta, por el contrario, que se trata de una facultad concurrente con la Nación y, por tanto, se encuentra habilitada a su reglamentación en tanto no exista una norma nacional, como veremos.

La no instalación del juicio por jurados para una importante expresión de la doctrina supone una inconstitucionalidad por *omisión* –entre otros Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, p. 325–. Ello conllevaría la nulidad de los juicios en que no actúe un jurado. Menos traumática es la observación de Sagüés, para quien se observa una derogación por desuetudo (*Elementos del derecho constitucional*, t. I, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1999, p. 628). Otros consideran que la propia Constitución ha dado un plazo sine die al legislador para el dictado de la ley, dejando a criterio de los legisladores nacionales la oportunidad de su implementación a toda la República. En tal sentido, graficó Germán Bidart Campos que es como si la Constitución nacional dijera: “no hay derecho al juicio por jurado mientras esa institución no sea establecida por ley” (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Bs. As., Ediar, 1992, p. 446). Niega la Corte y este autor la facultad de un ciudadano a exigir que se dicte una legislación determinada. Por último, afirma que la inexistencia de un juicio por jurado no viola ninguna garantía otorgada al procesado, no agravia la garantía del debido proceso. El alto tribunal tiene dicho que la falta de término perentorio hace discrecional para el Congreso su reglamentación (“Loveira”, *Fallos*, 115:92; “Tribuna Democráti-

ca”, *Fallos*, 208:21, y “Tifemberd”, *Fallos*, 208:225, todos citados por Sagüés). En “Galeano, Santos A. s/incidente de falta de jurisdicción”, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de La Matanza, el 17/6/11, rechazó el planteo de la defensa por falta de jurisdicción, cuando se impugnó el proceso por no existir un tribunal jurado.

Ahora bien, al interrogante ¿es válido que una provincia disponga la implementación del juicio por jurados en ausencia de la norma nacional?, podría responderse que ante la omisión federal es factible que cada provincia supla el déficit y disponga jurados para sentenciar en sus asuntos judiciales –máxime teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 126, Const. nacional–. Dichos tribunales nunca podrían ser inconstitucionales. La cuestión pasa entonces, a nuestro criterio, por la conveniencia práctica de la institución y el diseño que se le dé.

¿La previsión constitucional es únicamente para el fuero penal? Razonablemente no, dado que si el art. 75, inc. 12, se refiere a una *ley general de la Nación* sin hacer distinción, estaría disponiendo un modo de administrar justicia en general y no para una materia en particular (en tal sentido, Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, p. 325). Es decir, debería aplicarse a todo tipo de causa donde existe un caso controvertido.

4. *Lineamientos del juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*

La provincia de Buenos Aires se ha sumado al, por ahora, reducido elenco de provincias argentinas que dispone de este mecanismo de juzgamiento criminal –Córdoba y Neuquén–, con características propias que es importante resaltar.

Opta por jueces “legos” exclusivamente –convoca doce titulares y seis suplentes, art. 338 bis, CPP–, entendiendo que de tal modo “mejor se asegura la participación ciudadana” (ver Nota de Envío a la Legislatura). También lo fundamenta en la “garantía de imparcialidad del juzgador” (ídem).

Un rasgo trascendente está dado por la adopción de un sistema similar al que rige en España, donde el juzgado reci-

birá *instrucciones* y deberá contestar una serie de *interrogantes* que hacen a la verificación del hecho delictual, sus autores y partícipes. El art. 106 del Cód. Proc. Penal queda redactado: “En el caso del juicio por jurados, las instrucciones e interrogantes del juez al jurado y la decisión del jurado sobre los mismos, constituyen plena y suficiente motivación del veredicto”. Con ello se pretende disponer de los elementos para asegurar una doble instancia al imputado condenado –en caso de absolución, no existe recurso–, mediante recurso de casación “amplio” (ver el Mensaje de elevación), art. 450, párr. 1º, en función del art. 448 bis.

Las instrucciones e interrogaciones para el jurado sobre los hechos y las circunstancias probatorias percibidas en la audiencia, se realizarán una vez concluido el debate oral, fuera de la presencia de éstos en audiencia del juez con las partes, las que podrán presentar propuestas para su confección. De todos modos, antes del juicio los abogados deberán presentar sus propuestas de preguntas e instrucciones al juez y a la contraparte, que se supone podrán ser reformuladas luego de la audiencia para su redacción definitiva, constituyéndose en las reglas para la deliberación que encaran (art. 371 bis), para que en el veredicto los jurados puedan contestar sobre la existencia del hecho; la eventual participación del inculpa-do, las determinaciones fácticas y probatorias que se le impongan como reglas particulares de valoración; hechos que indiquen verificadas o no causales de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, excusa absolutoria (art. 371 quáter).

Habrá que esperar que la fundamentación fáctica del veredicto se dedique a satisfacer la cuestión probatoria, considerando presente o no la prueba de cargo, su validez, la eficacia objetiva y subjetiva, para estimar, también, la culpabilidad, atendiendo la consideración de la duda a favor del imputado y su estado de inocencia. Y que las interrogaciones apunten a dotarlo, en cuanto a su faz argumentativa, de planteos razonables y legibles como tales para una etapa revisora.

El juez deberá explicar al jurado esas reglas específicas, más las reglas generales referidas al derecho de no declarar contra sí mismo y la imposibilidad de valorar la negativa a

declarar en contra del imputado, presunción de inocencia, y el deber de probar la culpabilidad fuera de toda duda, y en caso que ésta siga presente, deberá absolverlo. Explicará, además, el derecho aplicable al caso, las causales de justificación y análogas, y cuestiones relativas a la valoración de la prueba (art. 371 ter).

En caso de la regla de valoración de la prueba, se aparta de la regla general del Código, la sincera convicción razonada, para agregar en el art. 210 que para el juicio por jurado “rige la íntima convicción” (como en Neuquén y España). Pero habrá de ser deseable, para su validez constitucional y convencional, que el jurado valore la prueba conforme su criterio, según su conciencia, pero no su intuición. La conciencia del jurado no debe estar influida por preconceptos –por ejemplo, tendencia al delito de ciertos sujetos, tales como personas con antecedentes, sin actividad o trabajo, de vida promiscua, marginales, de determinada nacionalidad, entre otras– o condicionantes de su juicio (v.gr., por su fe religiosa, sus concepciones políticas, postura ante delitos que considere aberrantes, etcétera).

A grandes rasgos, se advierte una correspondencia con el modelo español –alejado del cordobés de composición mixta, y del anglosajón de veredicto absolutamente inmotivado–, aunque con una diferencia fundamental: el juicio es tomado como una garantía del imputado, que puede aceptarlo o solicitar ser juzgado por un tribunal técnico –sistema tradicional– (art. 22 bis) y, en caso de pluralidad de imputados todos deben estar de acuerdo en el juicio por jurado, ya que en caso contrario deberá hacerle un juicio ordinario. España, Neuquén y Córdoba, en cambio, lo establecen de modo obligatorio para los delitos comprendidos.

En punto a la facultad de reglamentación de este tipo de procesos, se reivindicó dicha facultad en cabeza de la provincia por tratarse de una cuestión procedimental, no delegada o al menos concurrente con las facultades federales. Ello derivado de que el art. 126 de la Const. nacional, concretamente, no incluye el juicio por jurados como materia legislativa prohibida a las provincias, mientras que sí prohíbe ex-

presamente otras. Y, dada la mora del Congreso federal en cumplir con el art 75, inc. 12, lo implementa reconociéndolo como una facultad concurrente con la Nación.

5. *Conclusión*

La provincia de Buenos Aires se ha puesto, así, a la vanguardia en lo que hace a la participación de ciudadanos en la administración de justicia.

No coincidimos en que sea una mejor forma de administrar justicia –aunque admitimos su discusión–, ni que sea un deseo de la ciudadanía de ejercer dicha misión. Es más, cuando se prevé un cambio tan radical de un sistema elemental para la vida diaria de un pueblo –la administración de justicia–, hay que dotarlo de las mayores garantías de éxito, pues su fracaso por déficit de instrumentación supondrá el fracaso del sistema, sin más. Y si bien no se conocen partidas afectadas a su plena implementación, ni los recursos humanos indispensables, infraestructuras suficientes y adecuadas en cada departamento judicial o asiento de juzgados penales, lo más importante es que se trata de un cambio cultural. De todos modos, hay que señalar que el sistema está previsto en resguardo de los derechos del imputado y no de los derechos de la ciudadanía a intervenir en la administración de justicia, lo que ciertamente le quita dramatismo a la reforma.

El sujeto tiene derecho al jurado, no el jurado al sujeto.

Constituye un cambio radical para los abogados, para los jueces, funcionarios judiciales, personal policial, autoridades políticas y ciudadanía convocada al proceso. El proceso de formación de los actores del proceso llevará años y un gran empeño de las autoridades en pos de esa formación. España viene a la ley comentada a partir de su historia y aprendiendo de sus errores; los anglosajones (Reino Unido, Estados Unidos de América, y otras), como conquista frente al absolutismo, viven la justicia cotidianamente desde hace más de nueve siglos, lo que formó una cultura inmemorial de participación en los procesos judiciales; y con un sistema que vincula la decisión a hechos precedentes –*stare decisis*– en los que el pue-

blo ha sido, a su vez, actor, aprendiendo de esa decisión y no de la siempre renovada interpretación de la ley lo que se debe y no se debe hacer. La provincia de Córdoba también transitó un largo camino, con los invalorable aportes de su escuela procesal desde 1940.

Si bien los legisladores bonaerenses han sido prudentes en el alcance y características del sistema implementado, ello obedece a reglas muy claras que fijó la Corte Suprema, la CADH y que extraen directamente de la Constitución nacional, la Constitución de la provincia de Buenos Aires y de la Convención Americana de Derechos Humanos. Desde el fallo “Casal” el alto tribunal estableció la necesidad de la doble instancia como requisito de legalidad del proceso, en consonancia con el sistema interamericano de derechos humanos. España sigue a grandes líneas lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en punto a la necesidad de control de razonabilidad del proceso y revisión íntegra de la sentencia condenatoria.

No cabe duda que la motivación que se establece para el veredicto siempre resultará deficitaria para una íntegra revisión de hecho y prueba por parte del superior tal y como hasta hoy lo tenemos entendido. Veremos como una regla la constante impugnación de los veredictos por no satisfacer los rasgos pretendidos de motivación suficiente; no va a ser sencillo unificar mínimos criterios judiciales para confeccionar instrucciones e interrogaciones al jurado, mucho menos sin una conciencia y formación profesional de todos los actores. Pasarán años de litigiosidad extenuante en tal sentido.