

IURIS TANTUM

Publicación de difusión académica
de la
Comisión de Jóvenes Abogados



Septiembre 2020



IURIS TANTUM
Septiembre 2020

Iuris Tantum 2020-1 / 1a edición especial -
San Salvador de Jujuy : El Fuste, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

Edición para Colegio de Abogados de la Provincia de Jujuy

ISBN 978-987-4497-19-2

1. Derecho.

CDD 342.083

Fecha de catalogación: 09/09/2020

© 2020 Colegio de Abogados de Jujuy

© 2020 Editorial El Fuste

EL FUSTE

Juanita Stevens N° 1322 P/A

4600 - San Salvador de Jujuy

editorial@elfuste.com.ar

388 474 7194



Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723

COMISIÓN DE JOVENES ABOGADOS

LIS CINTIA CALIZAYA

Presidenta

YODATH ENRIQUE ZAMAR HERRERA.

Vicepresidente Primero

EMILCE LILIANA DEL ROSARIO VEGA

Vicepresidente Segundo

RENZO MARIANO NICOLAS ROSELLI

Secretario

AGUSTINA INFANTE

Tesorero

BRIAN JOSÉ ALFREDO SURUGUAY

IRIS NATALIA SAID

SOLANO EZEQUIEL PALERMO

MELINA NAHIR CALISAYA PEREZ

BENITO NICOLAS SAVIO CRAVERO

Vocales

REVISTA IURIS TANTUM

MELISA SILVA

Directora

ARTURO DANIEL ALFONSO

Secretario de Edición

LUIS FEDERICO BORDA CABELLO

Coordinador

MELINA BRENDA DEL R. UGARTE
Y MARÍA CELESTE CARCHIDI AYARDE
Secretarias de Distribución y Entrega

Es un honor, una vez más y como fruto de un gran esfuerzo llevar a ustedes una nueva edición de la revista jurídica de la Comisión de Jóvenes Abogados “Iuris Tantum”.

Como corolario de dos años de ardua gestión y compromiso con aquellos nuevos colegas que empiezan a transitar esta noble profesión, nos hemos propuesto lanzar un nuevo número de esta revista que ha visto su primera edición en el año 2010. En la misma encontraran el trabajo de diversos jóvenes profesionales de nuestra provincia que con dedicación, empeño y de manera desinteresada realizan su aporte académico al foro.

Por ultimo quisiéramos agradecer a todos los jóvenes colegas que nos acompañaron en estos desafíos que nos propusimos desde el primer día, ya que sin su ayuda, compromiso e iniciativa nada de lo que se hizo hubiese sido posible.

Federico Borda Cabello
EX PRESIDENTE DE JOVENES ABOGADOS
PERIODO 2017-2019

En tiempos excepcionales, ha sido un reto y una satisfacción la culminación de este documento académico iniciado hace un tiempo y dirigido por noveles abogados de nuestro foro apasionados por ampliar sus horizontes.

El ejercicio de la profesión, puede resultar un camino tan solitario como participativo y sociable, depende de uno elegir como transitarlo. Sin embargo, es en esta última arista donde uno encuentra la fuerza, el impulso y la pasión por realizar aquello para lo cual tanto se ha preparado.

El crecimiento profesional es mayor cuando uno se involucra con otros expertos del derecho que vivencian el campo académico con ese mismo ímpetu, y deseo de progreso personal.

Lis Cintia Calizaya
PRESIDENTA COMISION DE JOVENES ABOGADOS

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL
DE DERECHOS DE NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES

DRA. GABRIELA FERREYRA JENKS

*“El medio mejor para hacer buenos
a los niños es hacerlos felices”*

(OSCAR WILDE)

CAMBIO DE PARADIGMA

El 28 de Septiembre del año 2005 se sancionó la Ley Nacional N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (reglamentada por los Decretos 415 y 416/06), con la consecuente derogación de la Ley 10.903/19, denominada Ley de Patronato. Previo a ello, la reforma constitucional que se realizó a nuestra Carta Magna en el año 1994, significó un gran impacto en el paradigma vigente en ese momento (tutelar) y llevó a una deconstrucción de este, al otorgarle fuerza normativa constitucional, a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (artículo 75 inciso 22 párrafo segundo de la CN), entre ellos la “Convención sobre los Derechos del Niño” aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones

Unidas el 20 de noviembre de 1989 (que ya había ingresado a nuestro derecho interno en el año 1990, al aprobarse por el Congreso Nacional mediante la Ley 23.849), lo que obligó a una relectura de las categorías jurídicas clásicas desarrolladas por el derecho de familia. Es dable observar que la “mora” en la que incurrió el Estado argentino es más que evidente, si tenemos en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño ingresó al derecho doméstico en 1990, y nuestro país se tomó nada más que un plazo de “quince años” para sancionar el ordenamiento interno pertinente.

Se trata del instrumento internacional sobre derechos humanos ratificado por la mayor cantidad de países del mundo, que ha marcado un antes y un después en los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas. El valor fundamental de la “Convención sobre los Derechos del Niño” radica en que inaugura una nueva relación entre la niñez, el Estado, el derecho y la familia. A esta interacción se la conoce como la “doctrina de la protección integral de los derechos”. La idea de los niños/as y adolescentes como “sujetos de derecho”, y no meros “objetos de protección”, implicó reconocerles la titularidad de los derechos fundamentales de los que ya gozan los adultos, más un “plus” de prerrogativas específicas justificadas en su condición de personas en desarrollo. La doctrina de la “protección integral” ha producido un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la “situación irregular” o modelo tutelar,

que considera a los niños como “menores”, “incapaces” y “objetos” de protección y representación por parte de sus progenitores –o demás representantes legales– y el Estado. Precisamente, la sanción de la ley 26.061 es una consecuencia directa de este cambio de paradigma al que aludo, pues posibilitó que el Estado argentino cumpliera con las obligaciones internacionales contraídas en su momento.

A diferencia del paradigma anterior (tutelar), el nuevo paradigma de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes evita la judicialización y la institucionalización de los niños niñas y adolescentes, siendo las medidas de separación familiar la última ratio, de carácter estrictamente excepcional y sólo cuando se hayan agotado todas las medidas de protección. Así, el artículo cuarto, la ley nacional 26.061 alude a las pautas a tener en cuenta para elaborar las “políticas públicas de la niñez y adolescencia”, señalando que aquellas son entre otras: **el fortalecimiento del rol de la familia** en la efectivización de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Ello es así ya que se ha demostrado que la institucionalización causa perjuicios a los niños, niñas y adolescentes que la sufren y por ello debe ser limitada a casos absolutamente excepcionales y por períodos muy breves. Los expone a situaciones que pueden implicar graves violaciones a sus derechos, las instituciones no son el ámbito apropiado para los niños/as y su permanencia en éstas genera atrasos en el desarrollo. Estudios demostraron que las largas etapas de institucionaliza-

ción, especialmente durante los primeros años de vida producen daños permanentes. La práctica de colocar a niñas y niños en instituciones los deja expuestos a peligros y a la posibilidad de sufrir graves secuelas, privándolos además de muchos de sus derechos y de la protección que necesitan.

Los países deben desarrollar prioritariamente políticas de prevención de la institucionalización y apoyo a las familias, así como el desarrollo de alternativas a los cuidados de tipo residencial y la promoción de la reintegración, en el marco de planes orientados a la desinstitucionalización y desjudicialización.

La convivencia familiar constituye un derecho fundamental de niños, niñas y adolescentes. Muchos de los tratados de derechos humanos hacen referencia a la importancia de la familia y al deber que tienen los estados a adoptar medidas de protección a su respecto. Así entendida, la familia representa el núcleo central de protección de la infancia y los niños/as tienen derecho a vivir con su familia. Por tanto, los estados se hallan obligados no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

La separación de los niños, niñas y adolescentes de su familia como el establecimiento de medidas de cuidado alternativo deben ser justificadas, tener carácter temporal y ser orientadas a la recomposición de los vínculos familiares y la reintegración al medio familiar en

el marco de la consideración del interés superior del niño. La excepcionalidad de la separación del niño/a de su familia, implica la necesidad de implementar políticas de prevención de la separación, redefinir objetivos de las medidas de protección y específicamente las que implican la permanencia del niño/a en una institución de protección y cuidado. Los estados deben procurar preservar ese vínculo interviniendo temporalmente y orientando su accionar a la reincorporación del niño/a a su familia y su comunidad, tan pronto lo permitan las circunstancias, siempre que eso no sea contrario a su interés superior.

Ha de recalcarse la relevancia de las políticas públicas de fortalecimiento familiar para la “efectividad” del modelo de protección integral. No debemos olvidar que este requiere que el Estado ejerza un rol de “garante” y, por ende, contrario a la intervención indebida (rechazada justamente por la norma que se comenta) cargando con la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y demás necesarias, a fin de brindarles a los padres o grupo de pertenencia del niño, niña o adolescente las herramientas para que puedan ejercer tal rol.

En nuestra Provincia la Ley de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia N° 5.288, fue sancionada el 22 de Noviembre de 2001, es decir, anterior a la Ley Nacional N° 26.061, por lo que resulta imperiosa una readecuación legislativa, que regule figuras jurídicas necesarias para atender a las necesidades de la infancia, representando sus intereses y garantizando el

cumplimiento de sus derechos, que conciba además una visión con perspectiva de género, ausente en nuestra actual Ley Provincial. Así, es ineludible contar con una Ley local que contemple la creación de la figura de Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual a nivel nacional se encuentra legislada en el Capítulo III de la Ley 26.061, siendo su función “velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales”; resultando un dato no menor que hubo una demora de catorce años para cubrir dicho cargo a nivel nacional. Al Defensor del Niño/a le corresponde el rol clave de monitorear las políticas públicas para la protección integral de la infancia y velar por el cumplimiento de los derechos que el Estado tiene que garantizar a niñas, niños y adolescentes.

No menos necesario resulta legislar respecto de la figura del “Abogado del Niño” receptada por el art. 27 inc. “c” de la Ley 26.061, que establece como garantía de los procesos *“A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”*. Si bien en algunos procesos judiciales del fuero local se ha permitido la participación de los niños, niñas y adolescentes con asistencia letrada, teniendo en cuenta además lo dispuesto por algunas disposiciones del CCyC (arts. 26, 109, 596, 608, 617, 677, 678 y 679), que se fundamentan en la autonomía progresiva y en la existencia de

intereses contrapuestos con sus padres, continúa persistiendo un vacío legislativo importante en torno a ésta figura que urge ser satisfecho, resaltando además que el art. 27 de la ley 26.061 no establece límites de edad para el acceso a un abogado, ni tampoco lo condiciona a la existencia de intereses contrapuestos con los padres.

Éstas figuras no deben ser confundidas con la del Defensor de Niños, Niñas, Adolescentes e Incapaces del Ministerio Público de la Defensa Civil que funciona dentro del ámbito del Poder Judicial, creado mediante Ley 5903, toda vez que la asistencia letrada es una figura distinta e independiente de la representación necesaria y promiscua. *“El Defensor Menores actúa según su parecer, en nombre del Ministerio que integra y no en nombre del niño. Por ello, puede apartarse de lo deseado y querido por el niño, en virtud de que el Defensor expresa “su” criterio. El Defensor al igual que el Juez, interpretan el interés superior del niño. El Defensor de Menores ejerce la protección tutelar del menor de edad. Por ello, dictamina conforme a su voluntad; el querer del niño no lo obliga, cumple su función obrando de acuerdo a su voluntad. El abogado actúa conforme los derechos de su asistido, no obra de conformidad a “su” querer, sino involucrando los derechos del niño. Ya sea por directiva expresa del niño o bien de conformidad con los derechos que el ordenamiento jurídico confiere al sujeto, cuando éste no puede impartirle las directivas correspondientes. El abogado no tiene por misión interpretar el interés superior del niño, si no asistir lo técnicamente en sus derechos y garantías en el procedimiento judicial. El abogado ejerce la defensa técnica del sujeto. No dictamina sobre los*

derechos del niño; no obra de acuerdo a su voluntad, sino ejerciendo en el proceso los derechos del sujeto a quién patrocina. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K- 2006/09/28- R.M.A.)

Por lo que, en razón de éste cambio de paradigma que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como “sujetos” de derecho, y por ellos titulares de derechos y obligaciones, debe darse a ellos una participación activa en los procedimientos en los que sean partes o cuando de algún modo se vean afectados sus intereses, cualquiera fuese su edad, no siendo suficiente sólo el derecho a “ser oídos”.

LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE DERECHO

La ley 10.903 de “Patronato del Estado” sancionada en 1919, y conocida como “Ley de Agote” permitía la disposición de los “menores” como “objeto” de tutela por parte del Estado a través del Poder Judicial, mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente absolutas, signado por la negación de los principios, derechos y garantías del debido proceso reconocidos constitucionalmente a los adultos en las mismas condiciones.

Esta ley ha dado lugar a que se pregonara como una rama autónoma del derecho “el derecho de los menores”, caracterizada por la exclusión, descansando aquel paradigma sobre dos tipologías de niños y adolescentes. Una representada por los estratos sociales altos, en los

que la crianza y socialización de los niños era principalmente de carácter privado, característica también predominante en los sectores medios. La otra signada por la intervención directa por parte del Estado, concentrada en los niños/as pertenecientes a los sectores de bajos recursos económicos, tanto a través de programas compensatorios destinados a paliar las carencias básicas de un modo asistencialista, como mediante la ejecución de medidas consistente en la separación de los niños/as de su entorno familiar, decidido por un juez, muchas veces a instancias de los organismos administrativos de “protección” a la infancia.

Se legitimaron formas concretas de intervención estatal en la vida de las familias de los sectores populares, asumiendo el Estado un rol paternalista, confundiendo así los abordajes asistenciales con funciones más afines a la vigilancia y el control social. Éste intervencionismo estatal en las familias pobres se fundaba en la idea arraigada sobre “peligro moral y material” receptada en la derogada Ley 10.903.

El reconocimiento casi universal de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en 1.989 tiene un significado revolucionario respecto a la consideración jurídica del niño/a, dejando de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos, representa la consagración del cambio de paradigma.

La sociedad había considerado tradicionalmente a los niños como “necesitados de protección”. Protección que, en la mayor parte de los casos, suponía desde negarles capacidad jurídica, impidiéndoles incluso el derecho a poder participar en las decisiones esenciales que afectaban a su vida, hasta llegar a considerarlos casi una “propiedad” de aquellas personas de los que se les hacía “dependientes”, eran considerados como “débiles” y “dependientes” que necesitaban ser “protegidos” por el derecho.

Frente a estas posturas surgen los movimientos sociales reivindicadores de la necesidad de crear una sociedad inclusiva e integradora, en la que se considere la diferencia entre sus componentes como algo enriquecedor y en la que todos sus integrantes sean por igual titulares de todos los derechos, teniendo el Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que el ejercicio de esos derechos pueda realizarse en condiciones suficientes y de igualdad. Dichos movimientos sociales van a ir consiguiendo que se produzca ese cambio de paradigma necesario para la constitución de sociedades equitativas en las que todos sus miembros sean titulares de todos los derechos.

Es en este sentido en el que debe comprenderse la perspectiva adoptada por la Convención de los Derechos del Niño, que no proclama derechos nuevos para los niños y niñas, sino que tienen los mismos derechos que las demás personas. La perspectiva de la Convención está enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por

los niños/as y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas. “No se trata de proteger la infancia y la adolescencia, sino de proteger los Derechos de la infancia y la adolescencia.”

Previo a la CIDN se tenía una concepción pasiva de la infancia, primando un enfoque de necesidades, en donde es mirado por compasión por parte del adulto. Luego de 1989, cambia el paradigma de la infancia, es ahí cuando se concibe la figura de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, moviéndolo hacia el activo, buscando finalmente una nueva concepción de la infancia.

Ésta nueva concepción nos obliga a dejar de hablar de “menores” para referirnos a los “niños, niñas y adolescentes”, distinguiendo así su género y etapa de desarrollo. Al haber ratificado nuestro país la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que pone a éstos en una condición de sujetos de derechos, decir “menores” a los niños, niñas y adolescentes no es correcto y resulta peyorativo, ya que la definición por la real Academia de la Lengua, menor significa: “cosa menor que otra – objeto”, el paradigma anterior consideró a los niños como “incapaces”, “incompletos”, cuando la infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida, ser niño o niña no es ser “menos que un adulto”.

COMPETENCIA

La Ley 4.721 publicada en el año 1993 crea los Juzgados de Menores en el territorio de la Provincia de Jujuy, con un criterio tutelar, basado en el paradigma de la “situación irregular”, a pesar de ser posterior a la Ley 23.849 de 1990, por la que nuestro país ratifica la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sin embargo, la Argentina tenía mucho camino por recorrer para acomodarse al Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, aún faltaba otorgarle jerarquía constitucional a aquella normativa internacional, tan importante para nuestro país y el mundo, y sancionar además una Ley Nacional sobre la materia, lo cual tuvo lugar recién en el año 2005, a través de la Ley 26.061. Sin embargo, y a pesar de los avances en materia de Derechos Humanos, considero que aún nos queda mucho por transitar para que exista una plena vigencia del Sistema Integral de Protección de los Derechos de Infancia.

La Ley que comento, organiza los Juzgados a través de dos Secretarías a saber: Secretaría Penal y Contravencional, y Secretaría Asistencial, otorgando competencia para entender en los delitos y contravenciones atribuidos a menores de 18 años, pero además art. 5 inc c) *“cuando la salud, seguridad, educación o moralidad de los menores de edad se hallaren comprometidos por actos de inconducta, contravenciones o delitos de sus padres, tutores, guardadores o terceros; por infracción a las disposiciones legales referentes a la instrucción y al trabajo, cuando por razones de orfandad o*

cualquier otra causa, estuviesen material o moralmente abandonados, corrieron peligro de estarlo, para deparar protección y amparo, procurar educación moral, intelectual al menor, para sancionar en su caso la inconducta de los padres, tutores, guardadores o terceros conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad y las disposiciones de la presente; inc d) cuando los actos graves reiterados de inconducta de menores de edad obliguen a los padres tutores o guardadores recurrir a la autoridad para corregir, orientar y educar al menor". Así también, la Ley dispone como auxiliares del Juez de Menores a la Dirección General de Minoridad y familia e instituciones intermedia (art. 14), regulando un "Procedimiento Asistencial" para los casos de los "menores abandonados o en peligro", considerando tales a los que estuviesen dedicados a la vagancia, mendicidad, en peligro material o moral, **facultando al Juez a la adopción de las medidas que estime pertinentes** (art. 52).

Así, dicha normativa otorgaba competencia a los Jueces de Menores para entender no sólo en los casos donde exista una transgresión a la Ley Penal por parte de los menores de edad, sino también por razones socioeconómicas, otorgando amplias facultades, casi omnímodas para intervenir en la vida de las personas ante situaciones de irregularidad que no se encontraban bien definidas.

Estas disposiciones entraron en conflicto con la Ley 26.061, la cual atribuyó aquella competencia al Organismo Administrativo, con una mirada diferente. Nuestra máxima autoridad judicial reconoció a la Ley

26.061 carácter operativo en nuestra provincia, mediante Acordada del Superior Tribunal de Justicia N° 65/09, donde en sus considerandos expresa: *“advirtiéndose que la iniciativa legislativa se orienta a proponer la adhesión de la Provincia de Jujuy a la Ley Nacional N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños, y Adolescentes y coincidiendo en lo sustancial, con la apreciación vertida por actores usuales en el manejo de la materia específica motivo de consulta (...) considero que el mentado dispositivo de adhesión a la ley ya vigente en todo el territorio nacional resulta innecesario. Ello así porque en efecto el régimen nacional de mención, resulta operativo sin más en todo el País (...) El sistema de protección integral que define el Título III de la ley que concierne a todos los ámbitos geográficos de actuación (nacional, provincial y municipal), conforme se destaca también en el artículo 42 de igual texto legal. Tal tesitura además se encuentra abonada por el hecho concreto de que el mentado texto legal nacional recoge o encuentra sustento en el respecto irrestricto a tratados y/o Convenciones de derecho Internacional vinculadas a la protección y derechos de la niñez, que devienen en normas operativas incorporadas a nuestra Carta Madre Fundamental. A tal punto la aserción formulada se impone, a poco que se repare que sin necesidad de adhesión alguna, numerosas actividades que con anterioridad se encontraban bajo la órbita y actuación concreta del Juez de Menores, resultaron derivadas por aplicación del mentado régimen legal nacional a la esfera de competencia del ejecutivo o administración provincial, cumpli-*

mentándose puntualmente por conducto del Ministerio de Desarrollo Social”.

Es importante recordar que la Ley de Patronato, en base a la cual se sancionó la Ley 4.721, tuvo como destinatario: la infancia pobre, la cual judicializó e institucionalizó. Intentó solucionar el problema de qué hacer con el alto porcentaje de niños y niñas que consideró en situación de “abandono material” o de “peligro moral”, definición tan imprecisa que le otorgaba al juez un poder discrecional ilimitado autorizándolo a disponer del “menor” hasta cumplir la mayoría de edad, hubiera cometido un delito o no, suspendiendo en muchas ocasiones el derecho de sus progenitores al ejercicio de la patria potestad, siendo el juez, quien tomaba las medidas que a su criterio consideraba necesarias para tutelar a los niños, niñas y adolescentes que entraban en esas categorías. La Ley de Patronato le otorgaba al juez facultades casi absolutas, ya que hasta podía ordenar la privación de la libertad de un “menor” por tiempo indeterminado, fundada en su “protección”.

A diferencia de la “situación irregular” donde el Estado intervenía mediante el Juzgado de Menores, en toda situación de niñez, ya sea que se trate de un problema socioeconómico o bien por tratarse de un niño/a en conflicto con la ley penal; ahora se debe distinguir cada caso, el Poder Ejecutivo interviene en sus tres niveles a través de políticas públicas básicas, y el Poder Judicial, a través de los Juzgados de Menores, sólo en casos de conflicto con la ley penal.

Así, bajo el Régimen del Patronato, el Juez de Menores podía excluir a un niño/a de la familia y ordenar su internación en un instituto, con fines “protectorios”, sin escuchar al menor de edad ni a su familia. La Ley actual, prioriza la contención del niños/a en el núcleo familiar y/o comunitario. Excepcionalmente y por tiempo limitado podrá separarse al niño/a de su familia, siempre que se haya cumplido lo dispuesto por los art. 32 a 41 de la Ley 26.061, teniendo la obligación tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial de escuchar siempre al niño/a y tener en cuenta su interés superior, teniendo éste todos los derechos y garantías reconocidos a los adultos, otorgándose competencia en los casos en que exista una situación jurídica que involucre a niños, niñas o adolescentes, y que no tenga que ver con la transgresión a una norma penal, a los Tribunales de Familia.

Con la vigencia del nuevo paradigma, la situación socioeconómica precaria no es motivo para separar al niño o niña de su familia, la Ley 26.061 en su art. 41 inc f) dispone: *“No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo”*, con igual importancia establece inc “e) *En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad”*

Así, como se manifestó la competencia “asistencial” del Juzgado de Menores, se ha trasladado así al Poder Ejecutivo, en sus distintos niveles (Nacional, Provincial y Municipal) y sus respectivas dependencias y a través de distintos programas (de educación, alimentación,

salud, vivienda, seguridad etc), siendo la autoridad de aplicación de la Ley 26.061 la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Por lo que la familia, la sociedad y el estado son corresponsables en la atención, cuidado y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Resulta una realidad el hecho que, tanto en nuestra Provincia, como en muchas otras de la Argentina existió una importante demora en la adecuación de los Poderes del Estado a éste Sistema de Protección de Derechos de Infancia, ya que por varios años, luego de la sanción de la Ley 26.061, los Juzgados de Menores continuaron entendiendo en causas de niñas, niñas y adolescentes, que no habían cometido ningún delito, para “protegerlos” mediante la adopción de “Medidas Tutelares”. Sin embargo, cabe advertir que desde hace no mucho tiempo, éstas causas comenzaron a cerrarse poco a poco dentro de los Juzgados de Menores, quienes se declararon incompetentes para entender en las mismas remitiendo, las situaciones en las que los niños, niñas y adolescentes requieren una asistencia económica o social, al Órgano Administrativo. Por otro lado, los mismos Organismos dependientes del Poder Ejecutivo también continuaron remitiendo los casos en los que los niños/as y adolescentes se encontraban en una situación socioeconómica precaria, a los Juzgados de Menores, debido al desconocimiento del no tan nuevo paradigma. Ello se debe a que nos encontramos en un proceso de deconstrucción del viejo sistema, el cual rigió durante muchos años, y quizás ese sea el motivo de tanta demora, teniendo en cuenta que la Ley 26.061 rige en nues-

tro país hace catorce años, sin embargo lentamente va ganando terreno, en aras de una mejor infancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Acordada del Superior Tribunal de Justicia N° 65/09
- Ley 4721
- Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Andrés Gil Domínguez, Victoria María Famá, María Elisa Herrera. 1° Ed- Buenos Aires: Ediar 2007.
- <https://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/los-ninos-como-sujetos-de-derecho/http://identidadelcoihue.blogspot.com/2011/07/del-patronato-la-proteccion-integral-de.html>

DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARREPENTIDO

DR. ROBERTO JESÚS IMANOL ABDALA

El llamado “ARREPENTIDO” o “imputado colaborador” no es un instituto novedoso; ya en el Derecho Romano se posibilitaba la eximición de pena a aquel delincuente que -habiendo confesado el crimen- aportase información que permitiera arribar a la condena de sus cómplices.

También encontramos la utilización de esta figura en el derecho canónico y en el inquisitorial y, más recientemente, en Italia, donde resultó útil para combatir el terrorismo de los años 70, así como en el mega proceso seguido en contra miembros del grupo mafioso la Cosa Nostra, que se desarrolló en los años 80.

MARCO LEGAL

Cabe hacer una breve génesis sobre las regulaciones anteriores y la nueva ley 27.304, esto es en torno a la figura en cuestión, la cual tuvo su debut en nuestra legislación a través de la ley 24.424 del año 1995 -modi-

ficatoria de la ley 23.737 de estupefacientes- previendo la posibilidad de reducir la pena o bien eximir de ella a quien, habiendo tomado parte de alguno de los delitos tipificados por la ley de estupefacientes o por el artículo 866 del Código Aduanero –se refiere al contrabando de estupefacientes- realizara actos de colaboración con la justicia.

Cinco años más tarde, y ya en el contexto del proceso seguido con motivo del atentado a la AMIA, se sancionó la Ley 25.241 que estableció la reducción de penas para quienes colaboraren en la investigación de hechos de terrorismo. Siguiendo esta línea de reacción legislativa ante sucesos delictivos de resonancia, en el año 2003, se modificó nuevamente el Código Penal mediante la Ley 25.742 incorporándose en el artículo 41 ter la mencionada figura, esta vez vinculada al delito de secuestro de personas, artículos 142 bis y 170 del mismo cuerpo legal. En la misma tesitura, con la sanción de la ley 26.683 se estableció el instituto para casos de lavado de activos de origen ilícito, actos de terrorismo y financiamiento del mismo; así se dispuso que las previsiones contenidas en la ley 24.241 referidas a la figura del arrepentido sean aplicables a los procesos por el delito de lavado de activos (artículo 303 Código Penal), otorgándole incluso potestad al juez interviniente de establecer la reserva de identidad de los testigos o imputados que hubieren colaborado con la investigación.

A pesar de toda la normativa mencionada, no puede dejar de destacarse, como se dijo al principio, que hasta el momento nuestro sistema penal no ha podido lograr

los resultados deseados, fundamentalmente en la lucha contra la corrupción, pese a la posibilidad de utilizar la figura del arrepentido ante ellos, habilitado por sus vinculaciones con el delito de lavado de dinero, respecto del que sí ya estaba prevista la figura analizada.

Esta situación ha decantado en la sanción de la flamante Ley 27.304[4] que ha sustituido el artículo 41 ter del Código Penal estableciendo que: “Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.” estableciéndose expresamente su aplicación, como veremos a continuación, para los ilícitos contra la Administración Pública como «Delitos de investigación compleja».

La vigencia del Colaborador Eficaz Esta figura, hoy vigente, establece que las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: **delitos contra la administración pública, fraude contra el Estado, delitos contra el orden económico y financiero (lavado de dinero, entre otros), soborno transnacional**, etcétera.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en ese artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa. La intención es **establecer un régimen único que regule, de modo general, el uso del arrepentido en todas las investigaciones complejas** (narcotráfico, terrorismo, secuestros, trata, soborno transnacional, defraudación al Estado).

Cuando se habla de un «delito de investigación compleja» se alude a aquel en el cual la tarea de determinar que ocurrió y quiénes son los responsables difícilmente pueda cumplirse recurriendo a los métodos tradicionales de prueba (pericial, de testigos, etc.), de modo tal que el uso de las medidas especiales de investigación se torna realmente necesario.

Estas circunstancias suelen presentarse en las investigaciones relacionadas con el crimen organizado, en las que se despliegan formas sofisticadas de actuar y los grupos criminales se valen de mecanismos inteligentes, rodeándose de los mejores profesionales de las diferentes ramas de las ciencias: jurídicas, contables, informáticas, químicas, farmacéuticas, médicas, de medios de transporte y comunicación de última generación. Lo que, a su vez, distingue a la investigación respecto de estos hechos de la de los sucesos delictivos «comunes», que por su repetición y gran número resultan los que usualmente se presentan ante los operadores del sistema judicial. **El «arrepentido» es la persona que colabora con la Justicia**, brindando información acerca de aquellos delitos de los que se ha participado o no, **a cambio de beneficios procesales**, con el fin de esclarecer un hecho delictivo o individualizar sus autores o partícipes, prevenir su consumación o detectar hechos conexos. Al respecto, cabe señalar que el término «arrepentido» es, hasta cierto punto, inadecuado, toda vez que la voluntad de colaboración del sujeto no tiene por qué estar motivada en el arrepentimiento. Por ello, sería más conveniente identificarlo como «colaborador», ya que se trata de una persona imputada que aporta información para aspirar a una mejora en su situación procesal.

Se trata de un instituto propio de la política criminal que se aplica en relación a delitos que de alguna manera expanden sus efectos a la sociedad en su conjunto, causando temor generalizado e impotencia frente a ellos, generando un daño inconmensurable en el seno

de la sociedad, que se siente amenazada y naturalmente desprotegida. Esta circunstancia se ve confirmada por la ubicación sistemática de los tipos penales a los que refiere la aplicación del «arrepentido», cuyo denominador común está dado por la entidad de los bienes jurídicos que tutelan, en función de los cuales el legislador entendió permitido hacer concesiones a las reglas generales de punibilidad, acordando determinados beneficios a cambio de información vital.

El instituto del «arrepentido» no es novedoso en nuestro ordenamiento territorial penal. En efecto, los antecedentes previos en el uso de distintas variantes de la figura del **«delator», «imputado colaborador» o «testigo de la corona»** comienzan con el art. 217 del Código Penal, que eximía de pena al que revelare la conspiración para cometer traición a la patria prevista en el artículo 216 del código, y el artículo 14 de la Ley 13.985 (luego derogado), figuras que forman parte de lo que se denomina como «Derecho premial», término que engloba a un conjunto de normas que regulan los galardones procesales que reciben quienes colaboraron con las investigaciones criminales revelando datos de interés.

La figura del «arrepentido» fue introducida, en su formulación actual, en el artículo 29 ter de la ley 23.737 (vigente desde 1989) a través de la reforma producida mediante la ley 24.424, encontrándose **vigente en la Argentina desde el año 1995**. Distintas variantes de este instituto fueron incorporadas posteriormente al ordenamiento nacional en las leyes 25.241, 25.742 y 26.364.

La **función esencial del «arrepentido»** es actuar como «fuente de información», esto es, aportando datos que conduzcan al hallazgo de elementos de prueba, y no como un «órgano de prueba» que acredite, por sí mismo o en conjunción con otros, algún hecho que forme parte de la hipótesis delictiva objeto del proceso.

El valor de la cooperación del «arrepentido» se mide únicamente en base a la importancia de los elementos de prueba que contribuya a detectar. Por ende, no existen mayores dificultades respecto de sus dichos, que se dan en el marco de una indagatoria y son valorados como lo que son: las manifestaciones de un coimputado, que no han podido ser confrontados por el resto de los imputados (o sólo en forma limitada, en un careo) y tienen un valor probatorio limitado, supeditado al cumplimiento de ciertos requisitos.: que se brinden **«datos o información precisos, comprobables y verosímiles»**. Resulta difícil de aceptar que el modo en que el «arrepentimiento» deba producirse (o realmente se produzca) sea a través de una renuncia incondicionada del imputado al derecho de no incriminarse, sólo confiando en que el valor de los datos que provee alcanzarán para convencer al tribunal de juicio de que resulta procedente la concesión del beneficio de la reducción de penas. En contraposición, parece más lógico inferir que para que un imputado se avenga voluntariamente a cooperar, debe existir, forzosamente, una negociación previa entre su abogado y las autoridades encargadas de la persecución del delito respecto del cual aportará los datos, en cuyo marco se le otorgue a aquél algún tipo de garantía o reaseguro sobre la posibilidad de que ese be-

neficio efectivamente se le conceda en la medida en que los datos sean veraces y útiles. Dicho de otro modo: el «arrepentido» promete que la información que va a aportar es verdadera y relevante para la investigación del delito y, como contrapartida, las autoridades le prometen que en caso de que ello sea así el juez le concederá una reducción de la pena que le corresponde por su intervención en él. Un elemento sumamente importante a los fines de implementar el instituto del «arrepentido» es la **protección que debe garantizar el Estado al «delator»**, como un aditamento más del carácter premial de la figura. Ello así, en tanto parece obvio que a efectos de incentivar a un miembro de cualquier organización delictiva para que suministre datos suficientes para la investigación y desbaratamiento del delito, no será suficiente con un ofrecimiento de disminución de la pena, ya que a los efectos de una delación de esta naturaleza producirán consecuencias en innumerables segmentos de actuación del delator y de su familia. Por ende, la oferta que realiza el Estado debe incluir también cierta protección a su persona y a la de los familiares, en su caso.

Así, se ha señalado que de no mediar dicha protección, difícilmente alguien colabore con la investigación de los delitos aludidos; puesto que sin ella nadie aportaría datos o informaciones como consecuencia del temor a represalias por parte de los integrantes de las organizaciones criminales. El temor es el más poderoso instrumento que utilizan las organizaciones criminales, tanto contra las autoridades como ante eventuales testigos o «arrepentidos», para desalentarlos en su

intento de colaborar con la Justicia. Es por tal motivo que referencias a la cuestión de la protección de los testigos ha sido incluidas tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC, 2001) como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, 2003).

A tal efecto, deben adoptarse medidas de protección adecuadas implementadas por Ley 25.764 dispone la creación del **Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados**, cuya puesta en marcha y gestión le encomienda al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, y está destinado a la ejecución de las medidas que preserven la seguridad de imputados y testigos que hubieran colaborado en una investigación judicial de competencia federal.

NUEVO ROL Y COMPETENCIA Desde el año 2005 se jerarquizó el organismo encargado de la dirección del Programa, otorgándole la categoría de Dirección Nacional, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Por decisión ministerial se incorporaron casos vinculados con los juicios por delitos de lesa humanidad cometidos en el período 1976/1983, cuya atención debe ser realizada en forma conjunta con la Secretaría de Derechos Humanos.

Con la sanción de la ley 26.364 que reprime la trata de personas el Programa se encuentra obligado también a tomar intervención en dichos casos.

LINEAMIENTOS ESPECÍFICOS
LA FIGURA DEL ARREPENTIDO

En enero de 1995 se sancionó la ley N° 24.424, modificatoria y ampliatoria de la ley N° 23.737 de estupefacientes y psicotrópicos, por la cual se establecieron novedosas figuras en nuestro derecho. Entre ellas, se incorporaron normas que tipifican el llamado “arrepentido”; el “arrepentimiento” del imputado tiene que ver con la posibilidad de beneficiarse con una reducción de la escala penal a aplicar o con la exención de la pena a cambio de trascendente información. La modificatoria de la ley 23.737, trajo consigo la incorporación, en el art. 29 ter, donde se reguló la llamada figura del “arrepentido”. Es decir de aquél que habiendo tomado parte de alguno de los delitos tipificados por la ley especial de estupefacientes, realizare actos de colaboración con la justicia de modo tal que su pena pudiera ser reducida o eximida.

La introducción de esta figura, en el derecho penal argentino, no estuvo, ni esta, exenta de polémica. Contra la misma se han alzado importantes voces que rechazan abiertamente la posibilidad de que el Estado entable negociaciones con quien perpetra un hecho ilícito. Por razones morales y constitucionales, como por

la deslegitimación de los fines de la pena Estatal que el acuerdo provoca. De igual modo, la doctrina no ha logrado establecer adecuadamente la naturaleza jurídica del instituto. La figura del arrepentido tiene una historia más reciente y su introducción en el derecho comparado, del que se toma como fuente, es el producto de la aparición de organizaciones delictivas complejas y perdurables en el tiempo, que han sido denominadas, en conjunto, “crimen organizado”. Siempre han existido en el derecho penal emergencias, “guerras”, luchas, o grupos considerados de un modo u otro “crímenes organizados”, que impusieron el establecimiento de tribunales especiales y figuras específicas para dar respuesta a la “amenaza”. Estas situaciones, que modernamente se discuten bajo el confuso término de “derecho penal del enemigo”, han tenido vigencia a lo largo de la historia, cambiando los nombres, pero no el discurso. Por lo tanto la discusión de la naturaleza jurídica de la figura del “arrepentido” bien puede pasar a un segundo plano, cuando se advierten sus datos esenciales. Es decir, que se trata de un autor de un hecho delictivo que negocia con el Estado una sustancial confesión, a cambio de una reducción o eliminación absoluta de la pena. El ofrecimiento del estado de reducir la pena a imponer o eximir de la misma a quien confiesa ser parte de una organización delictiva, probándose a su vez la existencia de la organización por los dichos de este sujeto, importa una indebida presión que en modo alguno satisface el derecho que tiene todo imputado de estar libre de toda compulsión al momento de declarar, pudiendo, eventualmente, negar el hecho. Así el Estado

pone al individuo frente a un dilema de ejercer su defensa de manera efectiva, o negociar una pena (o eximición de la misma), ante la “delación” del grupo, lo que a su vez agrava, eventualmente la situación del propio imputado por la pertenencia al grupo que denuncia. A modo de colofón, en este tópico, del objeto trazado en el presente trabajo, puede afirmarse que la llamada figura del “arrepentido” se ha presentado con un fundamento de “eficacia”, frente al “crimen organizado”. El imputado debe estar exento de cualquier coacción tendiente a que confiese su participación criminal en un hecho, siendo que la promesa de rebaja de la pena, o su virtual eliminación, en la medida que aporte un dato “relevante” a la investigación, no deja de ser un elemento coercitivo en los términos establecidos por la Corte de Estados Unidos en *Griffin vs. California*, poniendo al imputado ante el dilema de ejercer una defensa eficaz o aceptar la negociación que establece el Estado. Cualquier sistema procesal que se fundamente en la confesión del imputado no pasa indemne el test constitucional establecido en el art. 18 C.N., máxime cuando se trata de las llamadas “libertades preferidas”. Estas objeciones, que oportunamente se alzaron en contra de aquellos sistemas procesales que establecieron el juicio abreviado previa confesión del imputado, también son atendibles a las “figuras protegidas” que imponen la confesión y delación como modelo premial frente a las consecuencias del proceso.⁽¹⁾

(1) - Nicolás, Schiavo, artículo “La figura del arrepentido en la Ley 23.737” (www.pensamientopenal.com.ar).

Fallos relevantes por su trascendencia: En un caso decidido en 1991, la Corte Suprema tuvo oportunidad de analizar una cuestión muy significativa, en relación a la legitimidad del empleo de agentes encubiertos en la lucha contra el crimen organizado. El caso en cuestión es “Fiscal c. Fernández”⁽²⁾. Los hechos de ese caso fueron los siguientes. A raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar en la ciudad de Mendoza, la policía había detenido a un ciudadano boliviano de nombre Fernández, secuestrándosele cocaína que este tenía en su poder. Por dichos de Fernández vertidos durante su detención, la policía localizó a otro boliviano llamado Chaad, al que también se le encontró cocaína. Fernández alertó además a los agentes policiales que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga, procedente de Bolivia. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió conjuntamente con Fernández a la vivienda en cuestión. Esta resultó ser, ni más ni menos, que el Consulado de la República de Bolivia, y además la residencia permanente del cónsul. Fernández llamó a la puerta, y fue atendido por el cónsul en persona, quien lo dejó pasar. El policía sin identificarse en ningún momento, ingresó también. A requerimiento de Fernández el cónsul le entregó, en presencia del policía, nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno. El cónsul fue luego llamado a un lugar público con el pretexto de prestar asistencia a su connacional Chaad, y allí se practicó su detención.

(2) - CSJN, “Fiscal c/Fernández”, L.L. 1991-B, pág. 190.

Hubo una razón para esta doble estratagema (ingreso de un agente policial de civil y engaño para hacer salir al cónsul de su residencia): ya que la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, prohíbe la requisita de los locales consulares. La simple visita a ese lugar si está permitida, siempre que sea consentida por el jefe de la oficina consular (art. 31 de la Convención).

Con apoyo en precedentes sobre la inviolabilidad del domicilio, la Cámara Federal actuante entendió que correspondía invalidar el procedimiento cumplido en el consulado de Bolivia. Entre otras razones, dijo que el consentimiento que el cónsul había prestado para el ingreso estaba viciado, puesto que se le había ocultado tanto que su amigo Fernández estaba ya detenido, como que quien lo acompañaba era en verdad un policía, que nunca se identificó como tal.

La Corte revocó, sosteniendo principalmente que aquí no se estaba ante un verdadero allanamiento, sino ante un ingreso consentido. Pero al margen de estas consideraciones, lo que interesa analizar son algunos conceptos traídos por este fallo en materia de utilización de agentes encubiertos. Al comienzo de su consid. 10, el Alto Tribunal sostuvo que “es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales”.

No se conocen casos anteriores de la Corte, ni tampoco ella los cita, donde se haya decidido una cuestión de esta trascendencia. Al parecer, lo que el Alto Tribunal

quiso decir es que es a partir de este fallo que “es criterio de la Corte” que el empleo de un agente encubierto no es contrario a garantías constitucionales. Ahora bien, las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son:

Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho.

Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente.

Aquí la Corte argentina siguió los criterios actualmente aceptados en los Estados Unidos, por los cuales al Estado le está vedado “crear” un delito con el propósito de penar a su autor.

Vale aclarar que nuestra Corte no considera que se haya violado la garantía constitucional de la defensa en juicio de un imputado cuando el Estado lo atrapa utilizando para ello un agente encubierto. Siempre y cuando se respeten las pautas mencionadas anteriormente.

Por último, el Alto Tribunal tuvo en cuenta que existen ciertos delitos, tales como el de tráfico de estupefacientes, que se preparan y ejecutan de manera tal que sólo es posible su descubrimiento cuando los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar, es decir a través de la utilización de los agentes encubiertos.

EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEY DE ESTUPEFACIENTES

- La norma básica: la exigencia de una investigación en curso y de algún nivel de sospechas previa.

Desde el punto de vista legislativo, fue recién con ciertas modificaciones introducidas en la ley 23.737 sobre tenencia y tráfico de estupefacientes (por la ley 24.424), que se sancionaron normas específicas en materia de empleo de agentes encubiertos.

La norma básica, por así llamarla, es la que surge del art. 31 bis de la ley 23.737, - [“Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el

caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués”.

Esta norma faculta a los jueces a designar agentes encubiertos en causas por infracciones a esa misma ley, o en caso de contrabando de estupefacientes. Según aclara la norma, ello puede ser efectuado “durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito..., de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios...”.]

De lo recién transcrito se pueden percibir algunas limitaciones a la aplicación de esta disposición. Es claro que la designación de un agente encubierto requiere de una investigación en curso, de manera que un juez no podría abrir una causa comisionando a un agente encubierto para que espíe en la vida de alguien, sin un proceso previo en trámite.

Conectado con esto está la exigencia, a juicio de la mayor parte de la doctrina derivada del mismo texto le-

gal, en el sentido de que el juez debe tener razones previas para pensar que hay un delito cometido o en vías de cometerse, como presupuesto para la designación del agente en cuestión. Ello es así pues sin un estado serio, y referible a alguno de los delitos mencionados por la ley 23.737, no se daría el supuesto legal de que se actúa a los efectos de comprobar la comisión de un delito, de impedir su consumación, y demás hipótesis de que habla la ley, que presuponen un conocimiento previo del juez acerca de un delito cometido o en ciernes. Esta interpretación, por lo demás, coincide con el lenguaje utilizado por la Corte Suprema en el caso “Fiscal c./ Fernández”, donde el Alto Tribunal señaló que el empleo de un agente encubierto no resulta contrario a garantías constitucionales, en la medida en que él no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente. Es que, bien mirada, una interpretación sana de la garantía de la defensa en juicio no permite que el Estado ande husmeando en la vida de las personas, a fin de “tentarlas” para que delincan, para luego poder castigarlas. En efecto, un juez no podría designar a un agente encubierto simplemente para ver si puede “engancharse” a alguna persona en algo ilícito, sino tiene previamente un real estado de sospecha de que dicha persona efectivamente ha cometido un delito o está por cometerlo.

- La designación del agente como último recurso y el control de su accionar. Otra limitación legal relativa al empleo de agentes encubiertos se vincula con la exigencia de reservar esta herramienta para los casos en que, según dice el art. 31 bis, ley 23.737, “las

finalidades de la investigación no pudieran lograrse de otro modo”. Por otro lado, es también clara la exigencia contenida en esa disposición, acerca de la obligación del agente encubierto designado por el juez de mantenerlo inmediatamente informado de todo hallazgo que vaya obteniendo.

- **La exigencia de que se trate de un delito previsto en la ley de estupefacientes.**

Según la corriente mayoritaria, el Juez no podrá designar la actuación de un agente encubierto para cualquier tipo de delito, sino que deberá ser designado específicamente para los delitos previstos en la ley 23.737 (contrabando de estupefacientes) ya que es el único caso para el cual está previsto por ley, ya que esta es una herramienta pensada para la lucha contra el crimen organizado, y no para la prevención de delitos comunes aislados.

CONCLUSIONES FINALES

Pese a las posturas claramente negativas en torno a la validez de la figura analizada, en la vereda opuesta encontramos a autores como Julio BÁEZ en cuanto afirman: “Siempre hemos mostrado -y mostramos, ahora, una vez más- nuestra aquiescencia respecto de esta modalidad de investigación encubierta; estamos persuadidos de que es una política criminal adecuada extender las fronteras de la permisión del arrepentido ya consagradas, hacia el género de delitos vinculados

con la corrupción; la naturaleza de este tipo de injustos -tributarios de opacidad y llevados a cabo al amparo de las tinieblas- alientan la

adopción de nuevas formas pesquisitivas en aras de entrañar esta tipología de injustos que han diezclado a la Nación ⁽³⁾.

Todas las posturas parecen tener algo de razón. Ahora bien, lo que no puedo dejar de destacar es que la nueva legislación resulta superadora en un sentido que puede salvarla de muchas de las objeciones que históricamente se le han formulado a la figura del arrepentido: Mientras que siempre se ha analizado al imputado arrepentido plasmado procesalmente en el marco de su declaración indagatoria, ahora el foco se hace en un acuerdo de arrepentimiento, muy similar al del juicio abreviado. Si bien no desconocemos que a este último también se le han formulado reiteradas objeciones en torno a su validez, - las más famosas partieron de la pluma de Julio MAIER-, no puedo dejar de observar que el juicio abreviado resulta ser un instituto finalmente aceptado por la gran mayoría de la comunidad jurídica y ampliamente utilizado en la práctica forense. En tal sentido, ubicar al arrepentido dentro de este último escenario más que en una declaración indagatoria, que con razón se considera viciada por la obligación de decir verdad del arrepentido, considero que implica un salto de calidad del instituto por tantos criticado.

(3) -BÁEZ, Julio C. "Reflexiones acerca del proyecto de Ley del Arrepentido" LL 20/07/2016, 20/07/2016, 1. LL Online: AR/DOC/2165/2016.

Finalmente, y desde una perspectiva político criminal, también veo con buenos ojos la exhaustiva regulación procesal, lo cual habla de una voluntad política real en torno a la efectiva aplicación y control respecto de dicha aplicación.

Sólo en estas circunstancias estaremos en camino de construir un Estado de Derecho que garantice el debido proceso legal.

BIBLIOGRAFÍA / LEGISLACIÓN CONSULTADA

- FALCONE, Roberto A. - CONTI, Néstor J. - SIMAZ, Alexis L.: “Derecho penal y tráfico de drogas”. Editorial “Ad Hoc”. Edición 2014.
- BÁEZ, Julio C.: “El arrepentido”, pub. en LL, suplemento “Actualidad”, diario del 21/8/03.
- BÁEZ, Julio C.-COHEN, Jessica: “El delator judicial”, pub. en LL, tomo 2000-C-1125.
- BIANCO, Lucas A. – CASTRO, Ricardo A.: “Ley N° 23.737 de Estupefacientes, Actualizada y Comentada”. Edición Digital.

E – GOVERNMENT (GOBIERNO ELECTRÓNICO)
Y HERRAMIENTAS PARA ENFRENTAR
A LA BRECHA DIGITAL

DR. FACUNDO AGUSTÍN LUNA

Para circunscribir el presente artículo, se abordará la desigualdad en el acceso que existe entre los ciudadanos que pueden alcanzar ciertos servicios Estatales a través de herramientas digitales, frente a quienes encuentran vedados los mismos por la denominada “brecha digital”, y cuál sería el o los mecanismos para paliar tal desigualdad.

Pero ¿qué se entiende por brecha digital? Un concepto preciso sobre ello es el que brinda una ONG que lucha en busca de reducir la desigualdad digital llamada Fundación Equidad, que define La brecha digital “como la separación que existe entre las personas (comunidades, estados, países, etc.) que utilizan las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) como una parte rutinaria de su vida diaria y aquellas que no tienen acceso a las mismas o que aunque las tengan no saben cómo utilizarlas.”⁽⁴⁾

(4) Consultado en línea el 8/09/19, de la página web <http://www.equidad.org/brecha-digital1#targetText=La%20brecha%20digital%20se%20define,tengan%20no%20saben%20c%C3%B3mo%20utilizarlas>.

En ese sentido, es el que se considera la brecha digital. No solamente como esa imposibilidad que tienen algunos sectores de acceder al uso de determinados bienes que facilitan el uso de las herramientas que pueden ser puestas a su alcance mediante las diferentes plataformas estatales, sino también en el sentido de la imposibilidad en que se encuentran ciertos integrantes de todos los sectores cuando teniendo el acceso (o los elementos necesarios para el acceso), no pueden hacer frente a la barrera impuesta por el analfabetismo digital, generando iguales consecuencias que el no tener dicho acceso.

Claramente en la época que vivimos, la desigualdad de acceso a los servicios del Estado, genera brechas de la magnitud de una era a otra, posicionando por un lado a quienes no tienen acceso o un acceso restringido en una franca desigualdad e inferioridad, frente a quienes pueden acceder a diversos servicios de la Administración Pública por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs).

Tal desigualdad, no solamente hace imposible el desarrollo competitivo de una parte importante de las sociedades, sino además pone de manifiesto la dificultad del Estado para responder en igual sentido a todos sus administrados.

El e – government, es un concepto que trae herramientas para paliar desigualdades de acceso históricas a través de la aplicación de las TICs a la administración del estado.

La alocución “e – government” es una expresión de la lengua inglesa, que hace referencia al gobierno electrónico, apuntando a la administración estatal, pero fuera de las oficinas convencionales de concreto.

Galván y García⁽⁵⁾ (2007), ofrecen un concepto de Administración Electrónica: “Administración electrónica consiste en que los usuarios, en general, puedan realizar todo tipo de trámites en línea, con plena interacción. Es decir, se asume que la transacción administrativa perfecta es aquella que, no sólo elimina el uso del papel, sino que también elimina la interacción personal.”

Pero para alcanzar la meta propuesta en el concepto anterior, debería avanzarse en el sentido de lograr poner al alcance de los ciudadanos webs estatales accesibles, en las que los administrados puedan buscar formularios tipo preestablecidos, que permitan completarse en forma escrita y presentarlos en las oficinas estatales, o que puedan completarse telemáticamente (lo que implicará que haya una autenticación de los administrados). Todo lo cual requiere la necesidad de segmentar la aplicación de las diversas técnicas hasta lograr que en última instancia los ciudadanos puedan interactuar con la administración en forma completamente electrónica, facilitando el acceso a quienes tienen las herramientas y pueden usarlas y capacitando a quienes tienen las he-

(5) GALVÁN RUIZ, J. y GARCÍA LÓPEZ, P. (2007): *La Administración Electrónica en España*. Barcelona: Ariel.

rramientas y no saben usarlas, todo desde la comodidad de su computadora o su teléfono celular.

Es en ese sentido, que frente a una preocupación global creciente en la búsqueda de reducir la brecha de la desigualdad en todos los ámbitos, diferentes organizaciones se enfocaron en miras de la inequidad en el acceso digital.

Entre las diversas organizaciones que lucharon y actualmente luchan por palear ese flagelo a lo largo y ancho del planeta, podemos destacar la participación e intervención de la OCDE, que es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que fue fundada en 1961. Entre sus objetivos centrales, la superación de los flagelos sociales está presente, lo que orienta su búsqueda de soluciones a tan dispar situación en la que se encuentran ciertos sectores de la mayoría de las sociedades.⁽⁶⁾

En ese sentido, el gobierno electrónico ha sido una herramienta en la cual ha ahondado su estudio, en aras de mejorar el vínculo de los ciudadanos con los gobiernos de los estados miembros, así como también evaluar las cuestiones que no permiten tal desarrollo. Fue por ello, que se propició que los diferentes estados miembros de la OCDE busquen mecanismos para facilitar que los ciudadanos tengan el mayor acceso relativo a los servicios y asistencia informada, lo que generaría que el gobierno electrónico reduzca desigualdades his-

(6) Consultado en línea el 15/09/19, de la página web <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

tóricas, puesto que la administración estatal pasaría a ser vanguardia en cuestiones de accesibilidad.

Esa tarea se desarrolló durante largos períodos, sin mayores precisiones que el trabajo que iban realizando los diferentes estados miembros, sin transmitir grandes conclusiones en cuanto al estado de situación y los logros obtenidos a través de la aplicación del gobierno electrónico.

Ello, hasta la llegada del nuevo milenio, cuando Accenture realizó un estudio amplio y sistematizado del estado de aplicación del E-Government en diversos estados, del mismo modo creó un ranking de países, vinculado al desarrollo y estado del E-Government en cada uno. El informe fue comentado por Vivienne Jupp (2003), quien en ese entonces era integrante del Departamento de Servicios Globales de E-Government de Accenture.⁽⁷⁾

Del extenso informe, surgen una serie de conclusiones, entre las que cabe destacar las siguientes:

Se debe considerar a los ciudadanos, como la base y esencia de las preocupaciones. Siendo esta conclusión la más trascendente al enfoque abordado en las presentes líneas.

(7) JUPP, V. (2003): *Realizing the Vision of eGovernment*. En la obra coordinada por CURTIN, G., SOMMER, M. y VIS-SOMMER, V.: *The World of E-Government*. Londres: The Haworth Press.

Por otro lado concluye que resulta indispensable, adquirir una perspectiva de la función que corresponde a la administración, en la sociedad de la información. En ese orden de ideas, establece que se debe analizar los resultados del gobierno electrónico y cuantificarlo para poder trabajar en base a ello.

Se debe aprovechar la colaboración con el sector privado, empleando las experiencias que pudiera tener en la implementación de las TICs.

Las acciones políticas deben ser claras en pos de la aplicación del E-Government, puesto que ello representa la transformación en la forma de actuar de la organización estatal como la conocemos.

Pero en el desarrollo y aplicación del gobierno electrónico, es esencial comprender que las herramientas que brinda su concreción no son un fin en sí mismas, sino que se tratan de un mecanismo más que tiene el Estado para mejorar la prestación de servicios y poner a disposición de los administrados, de modo más accesible, sistemas que les faciliten el vínculo con la organización estatal. Puesto que siguiendo la conclusión del informe efectuado por Accenture, el camino debe ser trazado y orientado en miras de brindar una mejor administración a los integrantes de la sociedad, y en ese sentido, debe buscar acercarse a los distintos integrantes, siempre fomentando igualar las condiciones de accesibilidad, ese debería ser el desafío.

En igual sentido que la OCDE, otra organización cuyo análisis respecto del E-Government amerita detenerse, es el que efectúa la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ello por cuanto realiza encuestas periódicas sobre la situación de la Administración Electrónica en el mundo, a modo de un observatorio que busca impulsar y verificar el funcionamiento del gobierno electrónico, pero persiguiendo que siempre tenga en miras criterios inclusivos y superadores de la brecha digital.

Del ranking que periódicamente efectúa la ONU, el último que ha publicado fue el del año 2018, del que se desprenden que los estados que han alcanzado un mayor desarrollo en materia de gobierno electrónico son los siguientes⁽⁸⁾:

Denmark (Dinamarca)

Australia (Australia)

Republic of Korea (República de Corea)

United Kingdom (Reino Unido)

Sweden (Suecia)

Finland (Finlandia)

Singapore (Singapur)

New Zealand (Nueva Zelanda)

France (Francia)

Japan (Japón)

(8) Consultado en línea el 15/09/19, de la página web <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2018>

La nota característica de los estados antes mencionados, es que su administración electrónica emplea normalmente portales únicos y fácilmente accesibles, que buscan adaptarse a la necesidad de la masa de los administrados. Ello adaptándose a la esencia y base de los principios de internet, tal y como comenta el Italiano Alessandro Baricco, al citar al creador de internet, Tim Berners-Lee, quien afirmaba que “The power of the Web is in it’s universality. Access by everyone regardless of disability is an essential aspect” (que en español significa “El poder de la Web está en su universalidad. El acceso por cualquier persona, independientemente de la discapacidad que presente es un aspecto esencial”)⁽⁹⁾.

Es precisamente ese objetivo, el norte del desarrollo de la mayoría de las herramientas que se analizan en los párrafos anteriores. Y en virtud de él surge la incógnita ¿de qué modo se puede reducir la brecha digital?

En respuesta a ese interrogante, puede afirmarse que la reducción de la brecha digital puede conseguirse actuando sobre los siguientes factores: Incrementar la penetración de las TICs a través de políticas públicas, o de facilitar la demanda de las mismas mejorando la conectividad, o aumentando el ancho de banda; pero también se debe actuar sobre el entorno de las TICs, como el marco legal, el entorno macroeconómico, la normalización cultural de Internet, etc. Los principales

(9) BARICCO, Alessandro. The game. Anagrama. Barcelona, 2019.

gaps⁽¹⁰⁾ están asociados con la conectividad, equipos baratos, líneas telefónicas y conexiones a Internet.

Referencia aparte en materia de brecha digital merece la cuestión de la accesibilidad, porque afecta especialmente a un colectivo que es particularmente vulnerable, como las personas con discapacidad y también a las personas mayores. Y como especifica el informe de la ONU, la insuficiente atención a las necesidades de las personas con discapacidad en la planificación e implementación del e-government, podría llevar a empeorar la situación de este colectivo vulnerable, aún más.

De ahí se desprende que la administración electrónica no solamente es una herramienta fundamental para el desarrollo de las personas, sino que resulta esencial para perseguir la satisfacción de sus intereses.

Ya lo decía la ONU en la Encuesta del año 2012, cuando analizaba las dificultades de acceso en los países infracarrollados, respecto de las TICs, es la mayor restricción al desarrollo de la Administración Electrónica. La renta per capita termina siendo un factor determinante, puesto que con una baja renta per capita, el coste marginal de las inversiones en TICs es mayor, lo que se agrava con la crisis económica, puesto que el coste de oportunidad de la inversión en servicios on line, tiene enfrente una competencia con el acceso a servicios básicos, asistencia de salud en zonas rurales o el servicio educativo esencial. De igual modo, toma mayor relevan-

(10) "Gap" es una expresión inglesa que significa hueco, espacio o brecha, en este contexto significa un inconveniente o un problema.

cia, el agravante que tiene lugar en países de territorios extensos y población diseminada, puesto que ello complica la provisión de infraestructuras de telecomunicaciones.

Desde esa perspectiva, del informe de la ONU se puede tomar a modo de ejemplo el sitio gubernamental del estado de Corea, el cual posee una oferta de servicios accesibles de acuerdo a los intereses de las personas, o a los temas y se puede ingresar por diferentes vías. Siendo accesible a través de dispositivos móviles mediante diferentes sistemas operativos (ANDROID e IOS por ejemplo).

Ya apartándose del ejemplo de Corea, es posible afirmar que es precisamente ese acceso mediante la administración electrónica, lo que puede ayudar a paliar ese déficit de acceso por otras vías, posibilitando la prestación de servicios a aquéllos que más lo necesitan, es decir los colectivos más desfavorecidos y en consecuencia más afectados por la brecha digital.

Todo lo cual, lleva indefectiblemente a la búsqueda de un paliativo necesario para la superación de la brecha digital, el cual, *prima facie* sería el empleo de tecnologías móviles.

Siguiendo las líneas de la encuesta de la ONU, puede concluirse que en materia de infraestructura global, hubo un gran crecimiento respecto de conexiones móviles. Cuestión que podría llevar a pensar, que la tecnología más versátil para resolver y paliar en un modo más

efectivo la brecha, sería la de los servicios electrónicos a través de los dispositivos móviles (en gran y mayor medida, los denominados Smartphones).

Pero además, son esos “Smart device” (dispositivos inteligentes), los que en países como Argentina, donde la superficie extensa conjuntamente con la dispersión de la distribución de los habitantes en su vasta geografía se traduce en un desafío a la hora de brindar servicios estatales, pueden ayudar a suplir esa falencia.

Es por ello, que cada vez más se habla de que conjuntamente con el concepto de E-Government, se puede apreciar cómo empieza a tomar protagonismo el denominado gobierno móvil (M- Government), siendo los servicios que la administración puede brindar a través de los dispositivos móviles (más precisamente, los smartphones) la clave para la solución del problema.

Pero circunscribiendo un poco más el estudio, es posible fundar el análisis en un informe más local, y analizar las cifras que han sido emitidas por el Informe Técnico volumen 3 N° 86, referido al Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación, del cuarto trimestre de 2018, efectuado por la Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC)⁽¹¹⁾, de la República Argentina.

Del mencionado estudio, se puede apreciar cómo mientras en la totalidad del país el 63% de los hogares

(11) Consultado en línea el 18/09/19, de la página web https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_19CF6C49F37A.pdf

tiene acceso a una computadora, 84 de cada 100 personas posee un teléfono celular, y 78 de cada 100 de esas personas utilizan internet por ese medio.

Ello, pone de manifiesto que la accesibilidad de los habitantes mejora drásticamente siempre que se posibilite el acceso a servicios de la administración por medio del empleo de la administración electrónica a través de dispositivos móviles como los celulares.

Pero a medida que se avanza a regiones donde la dispersión de la población es mayor, como en el Norte Argentino, se puede apreciar como en la región del Noroeste mientras el 53,8% de los pobladores tienen computadora, frente a ello el 85,9% tiene teléfono celular, y de ellos, el 81,6% posee acceso a internet.

Dicha cuestión, pone de manifiesto que ahí radica la clave. El empleo del M-Government afianza la herramienta más económica y al mismo tiempo eficaz frente a la brecha digital. Puesto que a medida que los ciudadanos adquieran smartphones y el ordenamiento estatal invierta en infraestructura de conectividad y mejora de servicios, la población a través de sus teléfonos inteligentes podrá igualar sus condiciones en relación a la accesibilidad que podrá representar un simple teléfono celular inteligente, de cara a tecnología mucho más costosa como podría ser una Tablet, una computadora, u otros dispositivos específicos.

Ese será el desafío para los diferentes órdenes estatales, el de afianzar el crecimiento constante en materia de cobertura, con el objeto de alcanzar al mayor número de habitantes y de ese modo reducir la brecha digital.

Eso permitirá facilitar el acceso a servicios brindados por el estado, a un mayor número de ciudadanos, independientemente de la distancia a la que se encuentren de los aglomerados urbanos, igualando a los habitantes a pesar de las distancias físicas, transformando dispositivos pequeños como los teléfonos, en los gigantes generadores de la equidad de nuestra época. Las herramientas están, ahora solo resta ponerlas en práctica.

ESTADO DE INDIVISIÓN:
OPOSICIÓN DE POSESIÓN DE UN COHEREDERO

DRA. DAIANA FLORENCIA RITU

INTRODUCCIÓN

Cuando una persona fallece el sistema que adoptó nuestra legislación es que los herederos forzosos entran en posesión de esos bienes de pleno derecho, sin intervalo de tiempo. Por lo que aún desconociendo la muerte, este hecho jurídico produce efectos, y son considerados poseedores de todo aquello de lo que era el causante. Solo se produce esta comunidad si existen personas con vocación hereditaria y dura hasta la partición (art. 2363 C.C.C.).

El estado de indivisión del que nos referimos se mantiene hasta que uno de los herederos comienza a poseer el bien por sí, con lo que habrá intervertido el título de propiedad haciendo un uso exclusivo del bien demostrando por actos exteriores su intención de desplazar a los otros herederos. El punto central del ensayo es establecer si la conservación prolongada de un bien es un acto exterior de la antes mencionada entidad.

LA POSESIÓN PARA USUCAPIR

Al referirse a actos posesorios el art. 1928 dice: Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga. Según el comentario de Claudio Kiper esta enumeración es meramente enunciativa y tiene por objeto todo acto de ocupación y de exclusión de terceros. *“En efecto, al enumerar no taxativamente actos que califica como posesorios, en el fondo esta disposición no hace más que consagrar una presunción de posesión, toda vez que la prueba del “corpus” hace presumir el “animus domini”, correspondiendo desvirtuarlo a quien alega que el ejecutor de los actos es tenedor”*⁽¹²⁾.

Aunque debe tenerse en cuenta que existe un criterio restrictivo jurisprudencial que establece, que debe de acompañarse otras pruebas y presupone que al ser requerido un prolongado tiempo para usucapir debe de dejar sin lugar a duda al juzgador dando múltiples pruebas coincidentes que de manera indubitable demuestren la calidad de acto que solo una persona que se considera dueño realizaría. Y que esto también hay que tener en cuenta el tipo de inmueble del que en el caso particular se trata de ser urbano o rural para calificar la posesión.

(12) Partes: A. C. V. c/ I. de la V. de la C. de B. A. s/ prescripción adquisitiva; Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; Sala/Juzgado: G; Fecha: 5-may-2015; Cita: MJ-JU-M-93168-AR | MJJ93168 | MJJ93168

LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y LA POSESIÓN COMO DUEÑO

Vamos a tratar tanto muebles e inmuebles, en forma general. Salvo bienes muebles cuya inscripción sea constitutiva que excede al marco planteado en cuanto a la prescripción adquisitiva.

Se quiere vislumbrar cual es justo medio entre que el estado de indivisión de la comunidad hereditaria se mantenga sine die y que la conservación de la cosa pueda constituir un acto posesorio, en virtud de que no es obligatorio para quien es dueño ni siquiera mejorar la cosa, por lo que el animus domini así no lo requiere. Solo es necesario que se ostente ante los demás herederos, la apariencia de dueño.

Claramente se notará esta intención si se le trata de reintegrar parte de los gastos que implico la conservación y se niega a recibirlos. Allí estará con total certeza demostrando que no existe interés ajeno en su accionar, que lo ha hecho en beneficio de su interés, que su voluntad es la de quedarse con el bien, en definitiva, que actúa como dueño. Pero si sólo se dedica a conservar el bien y no pide contribución y los demás herederos tampoco la ofrecen. Desde cuando puede calificarse que inicia o si inicia la posesión por parte de ese heredero será el tema del presente ensayo.

CONCEPTOS PREVIOS

LA CALIDAD DE HEREDERO

La doctrina ha notado que el utilizar la palabra heredero trae en sí misma conflictos. No se puede decir que la declaratoria de herederos da certidumbre de aquella calidad, puesto que es una resolución judicial sujeta a posteriores correcciones y a su ampliación si aparece otro heredero a ejercer la acción de petición de herencia si aún los bienes no se encuentran prescriptos. Según José Luis Pérez Lasala estima que si se trata del ejercicio de acciones posesorias los herederos que pertenezcan a líneas directa o colateral, no necesitan de un juicio sucesorio que los declare herederos. Les bastará con acreditar la personería ante el juez del litigio, acompañando sus partidas correspondientes acreditativas de la muerte del causante y de su parentesco. Y que la calidad de heredero para las demás acciones a favor de los ascendientes, descendientes y cónyuge se produce de pleno derecho por la muerte del causante, y puede ejercer las acciones correspondientes sin necesidad de obtener reconocimiento judicial.

LA POSESIÓN HEREDITARIA Y LA POSESIÓN DE DERECHOS REALES

La posesión hereditaria es civilísima ya que nace por pura creación legislativa sin la concurrencia del elemento material ni el anímico. Es indivisible respecto de terceros. Distinta a la posesión de derechos reales donde los elementos antes mencionados son necesarios, es por esto que no se las debe confundir.

Es independiente la posesión por sí mismo ejerza quien trata de prescribir. Nada tiene que ver su adquisición con el título del causante, es otro distinto el título que nace en virtud del transcurso del tiempo legal. En cambio la posesión hereditaria se atribuye imperiosamente por la investidura de heredero.

LOS POSIBLES CURSOS DE ACCIÓN

ACTOS CONSERVATORIOS Y MEDIDAS URGENTES

El artículo 2324 C.C.C. que trata Actos conservatorios y medidas urgentes dice: **Cualquiera de los herederos puede tomar las medidas necesarias para la conservación de los bienes indivisos, empleando a tal fin los fondos indivisos que se encuentran en su poder. A falta de ellos, puede obligar a los coherederos a contribuir al pago de los gastos necesarios.**

Ahora bien, con respecto al art. citado las medidas de conservación de un bien en principio hereditario habilita a considerar la posesión del bien, cuando no se emplea para ello ningún fondo indiviso y si no se obliga a los herederos a contribuir en el pago de los gastos necesarios, por interpretación a contrario sensu.

Al mencionarse “puede obligar a los coherederos a contribuir”, cabe el interrogante y si no lo hace, si no solicita la contribución. Para entenderse que existe un animus donandi se debe éste probar y tampoco se presume. Mientras que la posesión si se presume

“Acertadamente se ha dicho que la búsqueda del animus no se identifica con la de la indagación interna de la voluntad del que tiene la cosa, sino con la determinación de la causa jurídica por la que ha surgido su relación con ella, no reconociéndose un animus del sujeto en contradicción con el que la causa autoriza; dicho en otros términos, la intención, como animus, o su apariencia externa, viene dado por la causa possessionis”⁽¹³⁾. Es que la causa possessionis puede denotar de varios actos, pero podría considerarse como primer acto la conservación del bien. Si los demás herederos no intentan colaborar en los actos conservatorios y en las medidas urgentes dando su respectiva contribución a los gastos, su actitud pasiva podrá entenderse como comportamiento **aquiescente** es más que una inacción y por la doctrina de los actos propios; es que aceptan una posesión distinta con respecto a ese bien. Ya no indivisa, están dejando que el heredero conserve la cosa no en representación de los demás herederos como un coposeedor sino a título individual. Porque la relación de poder sobre la cosa que se da hasta con la mismísima conservación, al ser un acto material y exterior se puede inferir que se prueba el animus domini a los demás cuando han tomado conocimiento estos actos conservatorios, sin siquiera atisbar a comprometerse al reintegro o ser intimados a ello. Es clara señal que la posesión es individual.

(13) Conf. De los Mozos, José Luis, “Estudios sobre derecho de los bienes”, ps. 319 y ss., Montecorvo, Madrid, 1991

LA DISPOSICIÓN DE LA COSA

En caso de que la situación fáctica sea que uno de los herederos forzosos, vivía en un inmueble. Y lo conserva podrá ser suficiente para intervertir como lo expresa el art. 1915 C.C.C “manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de **disponer de la cosa**, y sus actos producen ese efecto”. Este supuesto podría extenderse a varios herederos que podrían por usucapión adquirir la posesión a título de condóminos.

Primero que nada, la disposición en el estado de indivisión establece: “Los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos” art. 2325 C.C.C. Por lo que a nuestro coheredero poseedor, en sí con su negativa ya priva a los otros de la administración y la disposición. En el actual sistema alejándose de que pueda aplicarse reglas analógicas del condominio para regular estos aspectos, impone que en este caso se accione para designar vía judicial un administrador judicial ante la inexistencia de unanimidad, dejando a salvo las medidas urgentes y los actos conservatorios. Pero que sucede de extenderse en el tiempo la conservación, algo por demás usual en una sociedad como la nuestra que no inicia sucesorios de manera coetánea al fallecimiento del causante.

SUSPENSIÓN DE PRESCRIPCIÓN ENTRE HEREDEROS

Pues bien, ARTÍCULO 2543.- Casos especiales. El curso de la prescripción se suspende (...) e. a favor y en

contra del heredero con responsabilidad limitada, respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de derechos sobre bienes del acervo hereditario.

En este caso la acción de reembolso de los gastos necesarios se puede practicar después de transcurridos diez o quince años de realizados porque se suspende el plazo hasta la partición. Se trata que el heredero reconociendo su calidad de tal, esta defendiendo derechos que tiene sobre bienes del acervo hereditario y estos al momento de la partición se tomarán en cuenta para evitar que pierda sus créditos por inactividad y debido a que es “inútil forzar al heredero (...) provocar condenaciones contra la sucesión que está obligado a administrar. Representante de la sucesión, la acción se dirigiría contra él mismo y haría el papel de demandante y demandado”⁽¹⁴⁾. Esto es aplicable en cuestión de créditos, no obstante en materia acciones de derechos reales el presente art. no se aplica.

SUSTRACCIÓN BIENES HEREDITARIOS

El heredero que oculta o sustrae bienes de la herencia es considerado aceptante con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho de renunciar, y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de su ocultamiento o sustracción (art. 2295).

El inclinarse por presumir la posesión después de una prolongada conservación a cargo de uno de los he-

(14) Nota al art. 3972 C.C de Veléz Sarsfield

rederos, también lo expone a no ser parte de aquello a lo que ha conservado, por ser admisible entender que ha sustraído la cosa del acervo hereditario y de tener que “satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa y cumplir la obligación de cerramiento” (art. 1939 C.C.C), sin poder reembolsarse nada. Sin hacerle parte de ese bien y responder *ultra vires*. Como es visible, en algunos casos le convendrá invocar la calidad de poseedor para hacer uso de la posesión y *usucapir* (art. 1897 C.C.C); en otros la de heredero para obtener la compensación cuando se produzca la partición por el reembolso de gastos.

LA ADMINISTRACIÓN VS. LA POSESIÓN

“Si uno de los coherederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de ellos, se considera que hay un mandato tácito para los actos” art. 2325. Este artículo no diferencia si la administración de una cosa o de varios, o de todas las que constituyen el acervo hereditario es cuando se debe entender que existe un mandato tácito. En principio de considerarse como una gestión en interés de la comunidad hereditaria. Aunque tampoco se puede inferir la causa *possessionis*, se debe ver la relación objetiva considerando la complejidad de los actos subsiguientes.

Ahora depende de la dimensión lingüística y del significado del *animus*, si la conservación prolongada es

un acto exterior que autoriza a considerar posesión aún cuando exista un estado de indivisión.

Refiriéndose a mí entender el art. 1915 abarca cuando dice: “Se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto”. La disposición material y jurídica de los bienes hereditarios, se imposibilita porque sin el corpus no se puede transmitir ningún derecho real por no poderse cumplir con la tradición tanto cuando la cosa sea inmueble o se trate de una cosa mueble y para la disposición jurídica es necesaria en la etapa de administración, unanimidad entre los herederos o contar con un administrador judicial. Los demás herederos si quieren transmitir derechos sobre el bien necesitan unanimidad, si uno de ellos se niega estaría privando del poder de disposición a toda la comunidad, ya ante esto sería ostensible como acto que implica posesión y ante esto les quedaría la vía judicial para no desamparar sus derechos de pedir que se designe un administrador judicial y de esta manera demostrar interés en los bienes.

El Código Civil Y Comercial en el art. 2296 aclara los actos que no implican aceptación de la herencia:

los actos puramente conservatorios, de supervisión o de administración provisional, así como los que resultan necesarios por circunstancias excepcionales y son ejecutados en interés de la sucesión;

De ser así una persona con vocación hereditaria puede aún hasta renunciar, y sería hasta como si un tercero que hubiera conservado el bien. Lo que presenta problemas es apreciar de manera objetiva y determinar si es la conservación en interés de la sucesión o de su propio interés. Porque quien conserva, bien puede hacerlo porque quiere que la cosa sea suya. “Comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no” (art. 1909 C.C.C).

Si propugnamos que existe posesión deberá empezar el conteo a los efectos de la prescripción desde el primer acto de conservación conocido y tolerado porque el art. 2296 debería interpretarse razonablemente por un tiempo limitado, de continuar la conservación y sumado a una exclusión de los otros herederos, aunque la introducción de mejoras se realice posteriormente o no se realice. Ese sería el momento en que iniciaría el plazo útil para el cómputo de la prescripción. Quien conserva tiene un poder de hecho sobre la cosa y se comporta como dueño, no dejando que ésta desaparezca o se dañe irreparablemente. A pesar de que no exista uso, si excluye a los demás con su acción, ésta es una demostración tajante del *animus domini*. La inacción ante esto, es igual a la de cualquier titular dominial admitiendo el cómputo en contra de su derecho. Con la salvedad de que cualquiera mientras dure el estado de indivisión podrá accionar para interrumpir la prescripción por sí debido a que el art. 2352 autoriza al interesado a realizar medidas urgentes o a través de un administrador judicial provisional.

Si nos inclinamos por la contraria diremos que es un administrador con mandato tácito y que por analogía porque se omite regular la figura antedicha, se debe encontrar en el capítulo 4 de la Administración judicial, los derechos y deberes del mismo. El art 2349.- “Remuneración y gastos. El administrador tiene derecho a que se le reembolsen **los gastos necesarios y útiles** realizados en el cumplimiento de su función.

También tiene derecho a remuneración. Si no ha sido fijada por el testador, ni hay acuerdo entre el administrador y los copropietarios de la masa indivisa, debe ser determinada por el juez”.

Tendrá derecho expreso al reembolso y en la situación de solo haber conservado la cosa sin darle uso, cabe también una remuneración en reconocimiento del tiempo invertido y del beneficio que su accionar ha causado en la cosa, para que no exista un enriquecimiento sin causa para los otros copartícipes que se han mantenido desinteresados. Y de haber usado la cosa el art. 2328.- Uso y goce de los bienes. (...) El copartícipe que usa privativamente de la cosa indivisa está obligado, excepto pacto en contrario, a satisfacer una indemnización, desde que le es requerida. De no haberle sido requerido la indemnización nada debe por el uso. Cabe preguntarse si este uso, le quita la posibilidad de repetir los gastos necesarios. Porque lo invertido en las mejoras útiles y necesarias será devuelto.

LA PRUEBA

Una interpretación coherente debe tener un criterio uniforme, para así aplicar la ley en todos los casos de la misma manera.

Por lo que me parece razonable que un acto material sobre una cosa se pueda valorar como posesorio si es que el heredero lo quiere hacer valer para que el cómputo de la prescripción adquisitiva y para ejercer la acción para usucapir. En cambio si es que otro heredero alega la posesión en perjuicio de otro heredero, la carga de la prueba le corresponda debido a que existe otro principio que dice que los herederos poseen por la sucesión. Difícilmente estos hechos, por su variedad y reiteración a lo largo de los años pueden ser probados a través de una única prueba. De ahí que la convicción del juez se dará, por lo general, como el resultado de distintas pruebas combinadas. *“Es lo que se denomina prueba compuesta, que es la que deriva de la composición de pruebas simples, que al ser consideradas aisladamente, no hacen prueba por sí solas, pero al ser evaluadas en conjunto, pueden llevar al juez a un pleno convencimiento. No se trata de fracciones de prueba para formar un total, pues la sentencia no es el resultado de un cálculo matemático”*⁽¹⁵⁾. “el usucapiente tiene la carga de la prueba de haber poseído la cosa en forma pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante el tiempo requerido por la ley, lo que supone necesariamente la acreditación de la fecha de iniciación de la relación posesoria. No

(15) Conf. Alsina, Hugo, Tratado-, pág. 304

basta con afirmar que se ha poseído desde hace más de treinta años, sino también aclarar y comprobar en qué condiciones y en medio de qué circunstancias comenzó el contacto con el bien, al tiempo que a lo largo de los años el curso no se ha visto afectado por causal de suspensión o interrupción”.⁽¹⁶⁾

Si bien la prueba debe ser rigurosa al tratarse de un medio excepcional para adquirir el dominio. Un prudente criterio debe llevar a concluir que el estado de indivisión que si bien puede mantenerse mientras lo deseen los herederos, ante una prolongada conservación por alguno de ellos, sin que se contribuya a los gastos con más el conocimiento de la realización de los mismos también deba interpretarse como inicio del cómputo del plazo útil, ya que de otro modo no estaría operando la prescripción adquisitiva como medio para adquirir el dominio ante el abandono de la cosa por el sólo hecho de existir una comunidad hereditaria y no se privilegiaría lo que es la actividad más elemental y necesaria para la existencia de las cosas: La conservación como acto posesorio.

“Lo que realmente decide las contiendas judiciales en materia posesoria no es el estado de ánimo de las partes, sino las relaciones jurídicas que las vinculan y su conducta objetiva con respecto a la cosa”⁽¹⁷⁾.

(16) Partes: A. C. V. c/ I. de la V. de la C. de B. A. s/ prescripción adquisitiva; Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; Sala/Juzgado: G; Fecha: 5-may-2015; Cita: MJ-JU-M-93168-AR | MJJ93168 | MJJ93168

(17) Conf. Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique, “Manual de derechos reales”, Buenos Aires, 1962

CONCLUSIÓN

De lo que concluyo que si bien hay muchos argumentos que se pueden aducir, sí se puede admitir que la conservación es un acto posesorio que con más el conocimiento de los otros herederos y que si no se les solicita contribución es lógico que debería alertarlos de que no se les está reconociendo como tales y que la posesión no está siendo ejercida en interés de la comunidad hereditaria. Más si sumamos el plazo que se requiere para usucapir son largos, de llegarse a alegar es en sí mismo suficiente para ostentar la calidad de dueño; porque esa conservación se está acompañando de un tiempo prudencial y que se ha mantenido como una situación de hecho tolerada por los demás herederos de modo pasivo no compatible con el Derecho.

EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

DR. GUIDO MATÍAS LUNA

INTRODUCCIÓN

Actualmente no puede imaginarse una democracia que funcione como tal sin tener presente en ella por lo menos dos partidos políticos que compitan por el poder, teniendo reales posibilidades de acceder al mismo. Si existiera sólo un partido que gobierna y que se perpetra en el poder (sin que los otros tengan posibilidad de alcanzarlo) difícilmente lo llamaríamos democracia, así como tampoco llamamos democracia a los sistemas en los cuales el grupo que detenta el poder lo alcanza valiéndose de medios no previstos en la constituciones.

Pero para mantenerse en la lucha por el poder y conservar a la democracia en funcionamiento estas asociaciones privadas que llamamos partidos políticos, deben procurarse recursos. Esto es una constante de los sistemas democráticos, los cuales no funcionarían sin sus sujetos esenciales.

La necesidad de obtener fondos por parte de las agrupaciones políticas presenta dos momentos fácilmente diferenciables, el primero es el mantenimiento de su estructura partidaria todos los años y el segundo se manifiesta durante las elecciones en las cuales compiten por la victoria electoral.

La importancia de este tema radica en que si los partidos no obtienen fondos no pueden mantenerse y dejan de existir, y si éstos dejan de existir no tenemos democracia y por lo tanto difícilmente podríamos hablar de vivir en un Estado de derecho.

En la República Argentina el sistema de financiamiento que existe es un modelo mixto por el cual los partidos políticos pueden obtener sus recursos tanto de la faz pública como a través de los privados, tanto para el desenvolvimiento cotidiano como para las erogaciones que demanden las campañas electorales.

En esta exposición trataremos principalmente el financiamiento estatal, buscando brindar un poco de claridad en un área desconocida para la mayor parte de la ciudadanía.

FINANCIAMIENTO PARA EL DESENVOLVIMIENTO INSTITUCIONAL

En nuestro País el Estado contribuye al funcionamiento de los partidos políticos siempre que los mismos cumplan con los requisitos establecidos en la ley. Con los aportes que efectúa la nación los partidos pueden

realizar su desenvolvimiento institucional, el cual consiste en todas las actividades políticas, institucionales y administrativas derivadas del cumplimiento de la Ley 23.298, la ley (26.215 y sus modificaciones) y la carta orgánica partidaria, así como la actualización, sistematización y divulgación doctrinaria a nivel nacional o internacional y la capacitación política de sus afiliados.

Para realizar estas actividades la Nación aportará a los partidos políticos un fondo que se denomina Fondo Partidario Permanente, el cual está compuesto por:

1. El aporte que destine anualmente la ley de Presupuesto General de la Nación;
2. El dinero proveniente de las multas que se recauden por aplicación de la ley 26.215 y el Código Nacional Electoral;
3. El producto de las liquidaciones de bienes que pertenecieren a los partidos políticos extinguidos;
4. Los legados y donaciones que se efectúen con ese destino al Estado nacional;
5. Los reintegros que efectúen los partidos, confederaciones y alianzas;
6. Los aportes privados destinados a este fondo;
7. Los fondos remanentes de los asignados por esta ley o por la ley de Presupuesto General de la Nación, al Ministerio del Interior, para el Fondo Partidario

Permanente y para gastos electorales, una vez realizadas las erogaciones para las que fueron previstos.

El encargado de administrar este fondo hasta que sea entregado a los partidos políticos será el Ministerio del Interior, el cual recibe el veinte por ciento (20%) de la partida presupuestaria asignada al Fondo Partidario Permanente en la ley de Presupuesto General de la Nación, previo a toda otra deducción con el objeto de otorgar las franquicias que autoriza la presente ley y aportes extraordinarios para atender gastos no electorales a los partidos políticos reconocidos.

Así mismo dicho Ministerio deberá asignar un porcentaje para el desenvolvimiento institucional de aquellos partidos políticos reconocidos con posterioridad a la distribución anual del Fondo Partidario Permanente y aportes de campaña a los partidos que se presenten por primera vez y que no presenten una base para el cálculo del financiamiento, en este punto nuestra legislación difiere de la de otros países de la región, buscando colocar a los nuevos sujetos electorales en un pie de igualdad con aquellos que llevan años compitiendo en los comicios. En este sentido la normativa Argentina tiene un salto de calidad, si sumamos esto a la publicidad en los medios audio visuales, genera una oportunidad para las nuevas ofertas electorales, que en caso contrario no podrían competir, siendo un rasgo de esta parte de la ley el tender a la igualdad de oportunidades.

En caso de quedar remanente de este fondo el mismo debe ser integrado al Fondo de Partido Permanente para su posterior distribución.

El primer mes de cada año el Ministerio encargado deberá informar a los partidos políticos y a la Cámara Nacional Electoral del monto de los recursos que integran el Fondo Partidario Permanente al 31 de diciembre del año anterior. Dicha suma, más los fondos asignados por el Presupuesto nacional, menos las deducciones del veinte por ciento (20%) antes mencionada, serán los recursos a distribuir⁽¹⁸⁾, para que los partidos realicen sus actividades. Estos aportes se repartirán de acuerdo a lo establecido por la ley: el veinte por ciento (20%) en forma igual entre los partidos reconocidos, el otro ochenta por ciento (80%) en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales⁽¹⁹⁾. De esta distribución sólo participan los partidos que acrediten haber obtenido por lo menos el uno por ciento (1%) del padrón electoral nacional.

La entrega de los fondos queda supeditada a un requisito que es el de presentar la documentación contable correspondiente al último ejercicio; dicha documentación debe presentarse ante el juez electoral correspondiente.

(18) Los aportes de la Dirección Nacional Electoral asignados a los partidos para su desenvolvimiento en el año 2019 ascendió a la suma de PESOS VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS CATORCE MIL CIENTO VEINTE (\$ 22.714.120,00).

(19) Los diputados nacionales se eligen cada dos años.

Este monto debe ser entregado en un porcentaje de ochenta por ciento (80%) a los organismos partidarios de cada distrito electoral y el veinte por ciento (20%) restante a los organismos nacionales, de acuerdo a lo establecido por la ley de financiación.

En el caso de que el partido no hubiera sido reconocido a nivel nacional el aporte será entregado a los organismos del distrito o distritos en el cual estuviera reconocido.

Otro supuesto contemplado por la ley es el caso de que los partidos se presenten a las elecciones en forma de alianzas electorales. En esa situación los partidos deberán repartir los aportes estatales (del fondo permanente para el año siguiente) de acuerdo a lo pactado previamente cuando se constituyó la alianza. En nuestra provincia los acuerdos presentados ante la Justicia electoral Federal en las diferentes actas constitutivas de las alianzas o frentes electorales normalmente contemplan que el partido X será el que recibirá mayor porcentaje de los fondos percibidos por ser el que soporta la mayor carga económica, pero no hay limitaciones para que se reparta de otra forma.

Conforme lo expresado observamos que la ley confiere gran libertad a los partidos políticos para utilizar los fondos públicos permanentes. Solamente existe una obligación impuesta, que es la de destinar por lo menos el veinte por ciento (20%) de lo que reciban en concepto de aporte anual para desenvolvimiento institucional al financiamiento de actividades de capacitación para

la función pública, formación de dirigentes e investigación. Dentro de este monto fija que al menos el treinta por ciento (30%) será destinado a capacitación para la función pública, formación de dirigentes e investigación para menores de 30 años. Lo que se busca con esta obligación es mejorar la calidad de los dirigentes políticos que se forman y de esta manera mejorar la política. Este punto fue resaltado por la Cámara Electoral en su fallo 3743/2007 cuando expresaba *“la financiación pública es completa, es decir comprende no solo los aportes destinados a solventar las campañas electorales sino también la actividad permanente, entre las cuales la Constitución Nacional y la ley 26.215 destacan de forma preponderante la necesidad de capacitación de los cuadros diligenciales y la investigación, con el objeto de categorizar el rol que desempeñan los partidos políticos en la sociedad...”*.

También se prevé que en caso de no cumplir con lo exigido anteriormente podrá aplicarse una multa del doble del valor no asignado a la educación y formación en la próxima distribución del fondo estatal.

Uno de los puntos controvertidos de la ley es su artículo 3 en el cual se establece que la actividad de los partidos reconocidos estará exenta de IVA. Esto lleva a la discusión entre los autores que sostienen que es parte del financiamiento público de manera indirecta y los que postulan que no es una contribución sino simplemente una exención que no contribuye al sostenimiento económico de los partidos.

Este último punto se encuentra superado por la doctrina española⁽²⁰⁾ ya que la misma diferencia los aportes públicos en directos e indirectos y estas exenciones integran los segundos.

Finalmente cabe aclarar que el pago del aporte para el desenvolvimiento institucional está supeditado a la rendición de cuentas que deben presentar los partidos políticos, acompañando todo el soporte legales y contables que se exigen a todas las personas jurídicas, previo al paso de dicho informe y contralor por parte del cuerpo de contadores del juzgado federal, procederá el juez con competencia electoral a aprobar o desaprobar el informe, existiendo sanciones en caso de no rendir cuenta de forma correcta⁽²¹⁾.

FINANCIAMIENTO PÚBLICO PARA CAMPAÑAS ELECTORALES

Para los años que deban desarrollarse campañas, la ley de presupuestos general de la nación deberá determinar un monto a distribuir en concepto de aporte extraordinario para campañas electorales. Este monto será distribuido en tres partidas o dos dependiendo si ese año se elige Presidente, senadores y diputados o si solamente se elige a los dos últimos⁽²²⁾.

(20) Id. HOLGADO GONZÁLES María. *La financiación de los partidos políticos en España*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003. Pág. 192.

(21) El ejercicio contable tiene la duración de un (1) año calendario.

(22) Cada cuatro años se elige Presidente y son tres las partidas que debe contemplar el presupuesto nacional. Mientras que la elección de diputados y

La ley también prevé la distribución de los fondos entre los partidos por categorías, debiendo distribuir el cincuenta por ciento (50%) del monto asignado de forma igualitaria entre las listas presentadas. El otro cincuenta por ciento (50%) se distribuirá entre los veinticuatro (24) distritos (veintitrés provincias y la capital federal) en proporción al total de electores correspondientes a cada uno. Una vez realizada esta distribución entre los distritos se procederá a dosificar a cada agrupación política en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la elección general anterior de la misma categoría.

Hay dos aclaraciones que debemos hacer con relación a la distribución. En primer lugar, la elección de senadores se realiza cada seis (6) años y la cámara se renueva en un tercio ($1/3$) cada dos años, por esto la partida que se destina al rubro de senadores solamente se distribuye en ocho (8) distritos porque se divide en tres grupos a las provincias que renuevan su parte en la cámara.

La segunda aclaración importante es que en caso de ballottage (o segunda vuelta) se entrega a las agrupaciones políticas el treinta por ciento (30%) del mayor aporte de campaña para primera vuelta. Esto último quiere decir que se entregará el mismo monto a ambas agrupaciones. Se debe a que en caso de ballottage se considera que ambos partidos tienen posibilidades de acceder al gobierno y por esto lo que se busca es que compitan por

senadores nacionales es bianual.

los votos que lleven a una u otra al poder, desde una base igualitaria para evitar que un partido alcance la victoria solamente por tener más recursos. (Diario de Sesión del 17- 4-2002).

Otra contribución importante que brinda el Estado a los partidos políticos son los fondos necesarios para la impresión de boletas electorales. La ley 26.215 prevé la entrega a los partidos de los recursos necesarios para la impresión de dos boletas y media (2,5) por elector registrado en cada distrito. Este aporte ha cobrado cada vez más relevancia, dado el gran aumento que sufrió el este ítem en los últimos años generando que se pasara de reconocer una boleta y media por elector (1,5) al número actual (2,5). En oportunidad del debate parlamentario se sostuvo que el mínimo de boletas que debía proveer el Estado eran tres (3), en virtud de que éste era un prerequisite para la participación y para las condiciones de igualdad del debate democrático (Diario de Sesión del 17-4-2002). Otra postura que aparece es la que sostuvo que debía dejarse al Ministerio del Interior que determine dicho monto.

La jurisprudencia⁽²³⁾ establece que “este no es un tema menor para los partidos políticos más pequeños o de más reciente creación y para los que se han auto impuesto condiciones para financiar sus campañas”.

(23) Jurisprudencia emanada de la Cámara Nacional Electoral de los fallos 3103/2003 y 3268/2003.

FINANCIAMIENTO DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL

En este punto analizaremos lo concerniente a la publicidad electoral, desde el aspecto de la financiación pública

Respecto a los sujetos alcanzados por este beneficio son todos aquellos que oficialicen candidaturas para cargos públicos electivos y solamente para la difusión de los mensajes de campaña, no pudiendo emitirse publicidad que previamente no haya sido aprobada y distribuida por la dirección correspondiente. Este punto de la ley argentina fue introducido en el año 2009 y el cual presenta la particularidad de que prohíbe la contratación de espacios publicitarios para realizar cualquier tipo de propaganda. Solamente puede realizarse la misma en los espacios que brinda el Estado, (a través de la Dirección Nacional Electoral, Dependiente del Ministerio del Interior Obras Públicas y Vivienda de la Nación). Esta es una diferencia con la leyes provinciales, que en su gran mayoría continúan permitiendo que los partidos políticos contraten con los medios audiovisuales todas las horas que deseen.

Este cambio extremo de postura que presenta la ley (un cambio en relación a la ley que la antecedió, que no prohibía la contratación privada, ni brindaba espacios públicos de difusión) fue impulsado buscando la igualdad entre los partidos políticos y se acordó que el Estado sería el encargado de suministrar los tiempos publicitarios entre los partidos. Se parte de la base de que siempre que existiera la posibilidad de que los par-

tidos compren espacio publicitario, los partidos más grandes y poderosos adquirirían dicho tiempo y que los partidos más pequeños o los que se presentan por primera vez en los comicios no podrían hacerlo por su elevado costo. Lo anterior es lo que sucedía antes de que se dictara esta ley ya que en la televisión así como en las principales radio difusoras solamente contrataban los partidos con mayores recursos.

La ley estipula que el total de las horas se distribuirán de la siguiente manera: cincuenta por ciento (50%) por igual entre todas las agrupaciones políticas que oficialicen listas y el otro cincuenta por ciento (50%) en proporción a la cantidad de votos obtenidos en la elección anterior para la categoría de diputados nacionales. La ley también prevé para evitar la sesión de horas y el fraude a lo establecido en este capítulo que, en caso de que la agrupación política no realice publicidad en los medios audiovisuales, la misma no podrá ser cedida bajo ningún concepto a otro partido o candidato. Los horarios y los medios en que se transmitirá la publicidad electoral se realizará por sorteo público. Los horarios de transmisión serán los comprendidos entre las siete (7:00) y la una (1:00) horas. En la distribución deberá asegurarse a todos los partidos la rotación en todos los horarios y al menos dos (2) veces por semana en horario central en los servicios de comunicación audiovisual.

Respecto de quien corre con los gastos de los espacios audiovisuales, el mismo es una obligación que pesa sobre los medios la cual surge de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, no así los gastos de pro-

ducción de cada uno de los spots o mensajes a reproducirse los cuales deben ser abonados íntegramente por cada agrupación.

PUBLICIDAD EN REDES SOCIALES

Esta es una de las últimas modificaciones introducida a la ley y la misma obedece a que precedentemente el ámbito de las redes sociales se encontraba sin regulación, dejando un medio de alcance masivo sin control, por ello en mayo del año 2019 se introduce la obligación para los precandidatos, candidatos y las autoridades de los partidos, así como para los partidos o las alianzas que se generen para las elecciones de registrar las cuentas de las redes sociales que posean, paginas digitales o canales on-line en los cuales se encuentren presentes.

Este punto es un gran avance para la actualidad en la que vivimos, más si tenemos en cuenta que es el campo digital en el cual se difunde con mayor facilidad y mayor eficacia los mensajes electorales, esto se debe a que se puede efectuar una segmentación más precisa.

Este ámbito (el digital) lejos de encontrarse suficientemente regulado, carece prácticamente de la misma, debiendo en un futuro dictar las leyes que prevean y regulan las diferentes situaciones que se plantean en el mundo digital, más si tenemos en cuenta que países como Estados Unidos atribuyen a las redes sociales la elección exitosa de un candidato a Presidente, como han expresado otros autores las redes sociales han rem-

plazado en gran parte espacio público, ya no se toman las calles o se copan las plazas, si se invaden las redes sociales.

Respecto del financiamiento que brinda la ley para la campaña electoral, la misma diferencia las contribuciones públicas como un gasto destinado a ciertos momentos electorales en los cuales se celebran las elecciones primarias como generales en cualquier nivel territorial (provincial o federal).

CONCLUSIÓN

Podemos concluir que la legislación de financiamiento de los partidos políticos (en su faz publica), ha ido evolucionando en los últimos años de forma favorable, tendiendo a equiparar a los partidos a la hora de competir, morigerando la diferencia que genera la “estructura electoral” a la hora de rivalizar en las elecciones.

Respecto de los distintos puntos que se financian, observamos una tendencia a equilibrar las posibilidades electorales entre las distintas fuerzas políticas sin olvidar las diferencia en los caudales electorales, que de hecho existen, es positivo el avance, si consideramos que en los sistemas de financiamiento mixtos que imperan en el mundo la tendencia es hacia nivelar a los contrincantes electorales.

El principal progreso que se presenta es respecto de la transparencia en el manejo de los fondos y las distintas formas exigidas para rendir cuenta, en este punto se ve positivamente que se regule los espacios digitales, sobre los cuales se comenzó a regular en el capítulo recientemente agregado, pero resta mayor regulación, entendemos que este aspecto ira mejorando a medida que transcurran los años, ya que en este campo recién hemos empezado a transitar.

GARANTÍA EXTENDIDA

ANDREA ALICIA CHOROLQUE⁽²⁴⁾

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretenden abordar diferentes temáticas referentes al servicio de posventa de productos en el marco regulatorio de los derechos del consumidor, determinado por la ley 24.240, sus leyes modificatorias y su decreto reglamentario 1798/94.

A tal fin se analizarán normas específicas de ese ordenamiento (artículos 11 a 17) lo que permitirá tener un mayor conocimiento acerca de la naturaleza jurídica y los alcances de la llamada garantía legal, pretendiendo con ello compararla con la llamada “Garantía Extendida”, que no se encuentra expresamente prevista en la ley 24.240.

Puntalmente y en lo atinente a esta última se aspira a realizar un estudio de la misma que permita determinar sus alcances y efectos en las relaciones de consumo, analizando cómo repercute la misma en la determina-

(24) Abogada, Procuradora, graduada de la Universidad Nacional de Tucumán. Ejerce libremente la profesión de abogada. Mediadora. Asesora legal y Conciliadora en Defensa del Consumidor de la Provincia de Jujuy.

ción de los derechos de los consumidores como en las correlativas obligaciones de las empresas involucradas.

Completaremos el estudio con normas previstas en el Código Civil y Comercial, en la ley de Seguros N°: 17.418 y en la resolución N° 38.052 del 20 de diciembre/ 2013 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Superintendencia de Seguros de la Nación.

Esta última resolución crea el RAI (Registro de Agentes Institorios) y regula la actuación de los denominados “agentes institorios”, término enigmático utilizado para definir a quienes tienen mandatos otorgados por las aseguradoras para comercializar seguros, que en definitiva forman lo que coloquial y vagamente se denomina: “Garantía Extendida”.

GARANTÍA LEGAL

La ley 24.240, en su Capítulo IV, desde el art. 11 al 18 regula la garantía de cosas muebles no consumibles, que están obligados a respetar los diferentes proveedores intervinientes en la cadena de comercialización: los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en la normativa.

Si bien de la letra de la ley de no se desprende una definición de garantía legal, entiendo que lo que la ley pretende garantizar es el buen funcionamiento de los productos, por ende, implica el “derecho” que tienen todos los consumidores que adquieren un bien nuevo o

usado, a recibir el producto en perfectas condiciones de uso, o sea que el mismo sea apto para cumplir la finalidad para la cual fue creado. Entonces, se puede definir la garantía legal como la “obligación” que tienen los fabricantes, importadores y vendedores de reparar los defectos que las cosas pudieran sufrir luego de la venta.

La cuestión es tratada en el art. 11, ley 24240 el cual establece: *“Cuando se comercialicen cosas no consumibles conforme lo establece el art. 2325 del código civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozaran de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.*

La garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguro y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo”.

Asimismo, el decreto reglamentario N° 1798/94, en su art. 11 reza:

“Si la cosa debiera trasladarse a fábrica o taller para efectivizar la garantía, el consumidor deberá notificar al responsable de la misma para que en el plazo de

CUARENTA Y OCHO (48) horas de recibida la comunicación realice el transporte.

Cuando no se realice dentro de ese lapso, el consumidor podrá disponer el traslado sin comunicación previa al responsable de la garantía, pero en tales casos éste no quedará obligado sino hasta los importes de flete y seguro corrientes en plaza. El traslado deberá hacerse al centro de reparación más próximo al lugar donde la cosa se encuentre, si no indicare otro el responsable de la garantía”.

El art. 11 de la LDC, obliga a quienes comercialicen cosas muebles no consumibles a otorgar una garantía legal por defectos o vicios de cualquier índole, agrega que estos defectos o vicios pueden ser ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, por ende, no exime de la obligación de garantía el hecho de que el defecto sea manifiesto. El bien jurídico que se tutela en este caso no es la información debida al usuario, sino la certeza de que los productos son apropiados para su utilización. Precisamente a eso se compromete el proveedor, salvo que claramente exprese que la cosa no se encuentra en estado de ser utilizada. Pero si esta circunstancia no está expresamente asentada en la oferta y en el respectivo documento de venta, el hecho de que el defecto sea ostensible resulta irrelevante para eximir de responsabilidad. La norma es congruente con el art. 18 de la LDC, que no disculpa por los vicios redhibitorios que fueran conocidos por el comprador. Se trata de protecciones acentuadas a favor del consumidor.

Como se puede apreciar, el citado artículo muestra una clara obligación de los diferentes integrantes de la cadena de comercialización, que consiste en otorgar al comprador la garantía del bien que este adquiera, y acota sobre el tipo de defectos por los cuales se responderá, pero no define que es una garantía.

En busca de una definición acerca de este concepto de garantía, el diccionario de la Real Academia española, define la misma manifestando que: “**es el compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería**”.

Por ende, atendiendo a la definición dada, como a la regulación prevista en el art. 11 se puede inferir que:

A.-Esta obligación legal (garantía) es accesoria del contrato principal mediante el cual se suministra el bien al consumidor o usuario. Por ejemplo, en un caso de compraventa, una parte entrega la cosa y la otra entrega a cambio una suma de dinero. La obligación principal de la parte proveedora consiste en entregar la cosa, y accesoriamente también se obliga por ley a garantizar al comprador que el producto que adquiere funcione correctamente y cumpla con la finalidad para la cual fue creado.

B.-También se observa que los responsables de esta obligación pueden coincidir o no con los sujetos del contrato principal cuando el garante es el propio empresario suministrador, o también puede suceder que

el garante sea un tercero productor o fabricante. No obstante, y más allá de poder identificar rápidamente al obligado principal de la garantía, que en la mayoría de los casos se encuentra en cabeza del fabricante, no se debe olvidar la responsabilidad solidaria que pesa sobre todos los sujetos intervinientes en la cadena de comercialización, tal como lo prevé el art. 13 de la LDC.

C.-Adema hay que tener presente que la Ley de Defensa del Consumidor, es de Orden Público, por lo tanto, la garantía del art. 11 tiene carácter irrenunciable. En consecuencia, rige por imperativo legal y puede invocarse, aunque no haya sido otorgada por escrito por el proveedor.

D.-Asimismo, el art. 11 prevé un plazo de duración de la misma, de 3 meses para cosas muebles usadas y seis meses en los demás casos (entendiendo que se refiere a cosas muebles no consumibles nuevas). Dicho plazo se cuenta a partir de la entrega de la cosa y las partes podrán convenir un plazo mayor. En la práctica ocurre que las empresas que comercializan electrodomésticos entregan dichos productos con un plazo de garantía de un año, en caso de automotores por lo general este plazo es de 3 años. Como bien lo señala la ley el plazo legal implica un piso mínimo que se debe respetar y que no obsta a que el proveedor ofrezca una garantía legal por un plazo superior al mínimo.

E.-En lo que respecta a los gastos de transporte del bien al servicio técnico autorizado, quedan a cargo de los proveedores involucrados, como también los gastos de aseguramiento de ese transporte. Solo pesa sobre el adquirente el deber de notificar al responsable de la garantía para que este efectúe el traslado dentro de las 48 horas de recibida la comunicación. Si vencido dicho plazo no se da cumplimiento con el traslado, el consumidor se encuentra facultado para efectuar el traslado, con derecho a que se le reembolse lo gastado.

F.-Únicamente se otorgará esta garantía cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles. El art. 231 del Código Civil y Comercial define las cosas no consumibles como *“aquellas que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo”*.

GARANTÍA EXTENDIDA

Para adentrarnos en este tema debemos ubicarnos dentro de la secuencia jurídica temporal del contrato. La mal llamada garantía extendida por lo general surte sus efectos una vez cumplido el contrato principal (se entregó la cosa mueble no consumible usada o nueva), como también una vez finalizado el plazo de duración de la garantía legal de 3, 6 meses o la convencional por plazo mayor.

Ocurre en la práctica que, a raíz de la insuficiencia de los plazos legales de la garantía obligatoria, los proveedores de bienes extienden dichos plazos, lo que en principio se encontraría autorizado por el art. 11 de la LDC, pero si la mencionada extensión de la garantía conlleva un adicional en el precio de la cosa, ese incremento debe ser fehacientemente informado al cliente. Desgraciadamente, no son pocas las veces que, bajo pretexto de extender el plazo de la garantía, los usuarios reciben facturas con cargos distintos de los que esperaban. El principio general es que toda modificación unilateral en los términos de la oferta es violatoria de los arts. 4 y 7 de la LDC. Desde luego, el proveedor no incurre en esas infracciones si la extensión del plazo no incrementa el precio de la cosa.

En rigor de verdad, la mal llamada garantía extendida no implica técnicamente una ampliación del plazo de la garantía legal (tal como se preceptúa en el art. 11 de la LDC.), sino que esta supone lisa y llanamente una nueva y distinta contratación, la contratación de un SEGURO a cargo del consumidor. Son pocas las oportunidades en que los proveedores informan al cliente que está contratando un seguro que cubre la deficiencia del producto por las fallas que pueda presentar con posterioridad a la terminación del plazo de garantía, simplemente buscan captar la atención de los posibles compradores ofreciendo la compra del producto con un beneficio complementario “mayor tiempo de cobertura de la garantía”, y es común observar que el marketing empleado para ello, tiene que ver con una publicidad engañosa traducida en una “oferta”.

En efecto ni en la ley 24.240 ni en su decreto reglamentario, se prevé dicha figura (garantía extendida), incluso el propio art. 11 segundo párrafo, cuando se refiere a la vigencia de la garantía legal, expresa que esta será por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, **pudiendo las partes convenir un plazo mayor**. Cuando la ley habla de que las partes pueden convenir un plazo mayor, lo hace con los alcances e implicancias propias de la garantía legal (arriba mencionados) en ningún momento contempla el supuesto que una vez finalizado dichos plazos se pueda convenir un nuevo plazo de extensión de garantía.

Sucede que aparecieron en el mercado nuevas formas de contratación en donde las empresas que comúnmente comercializan en determinado ramo o sector, comenzaron a conexas los contratos, asociándose con aseguradoras, o constituyéndose como agentes institorios y en consecuencia ofreciendo pólizas a sus habituales clientes.

Este fenómeno se generalizó, desde grandes compañías financieras hasta pymes, al ofrecer sus productos al público al mismo tiempo ofrecen, en ocasiones en forma no muy clara, una supuesta ampliación de la garantía legal, cuando en realidad lo que se concreta es la contratación de un seguro, con los efectos y alcances propios de estos contratos.

“Por tal motivo nos ofrecen la posibilidad de que con un pequeño aumento en las cuotas a pagar se pueda gozar

de una extensión en la garantía. Nos ilustran la situación apuntando a que es normal que, por ejemplo, el electrodoméstico adquirido falle luego de vencido el plazo de la garantía otorgada por el fabricante y que el arreglo puede llegar a ser tan costoso como la adquisición de un modelo nuevo. De esta forma se manipula al consumidor a fin de que crea que con el pago de estos importes se solucione cualquier rotura, falla o molestia que traiga el producto vendido”⁽²⁵⁾.

Asimismo reciente jurisprudencia de la provincia de Salta expreso: *“La buena fe de los consumidores se ve afectada mediante prácticas abusivas como lo son, a menudo las de la oferta de este tipo de “beneficio”, pago, que cuando es necesario para la cobertura de situaciones disvaliosas para el comprador/consumidor, se transforma por el contrario en una especie de ceпо que lo dejan maniatado e impedido de ejercitar su derecho a usar y gozar del producto adquirido”⁽²⁶⁾.*

Características de la mal llamada garantía extendida (contrato de seguros):

A.-Al no estar prevista en la ley 24.240, no nace de la ley, sino por el contrario nace de un contrato, por ende, los efectos son los pactados por las partes, no

(25) GHERSI CARLOS ALBERTO – WEINGARTEN CELIA (Directores). Defensa de los Derechos de Usuarios de Servicios. Nova Tesis Editorial Jurídica, Santa Fe, 2016.-

(26) Cám. de Apel. en lo Civil y Com. de Salta, Sala I, “Rodríguez, Marco Aurelio C/ Garbarino S.A. – HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. S/ Sumarísimo o Verbal”, Abril del 2015.

los previstos en los art. 11 a 18 de la ley 24.240. En la casuística se concreta en formularios con cláusulas predispuestas extendidos por los proveedores a sus clientes, sin otorgarles copia.

B.-No implica una obligación accesoria a las previstas en el contrato principal, sino que configura un nuevo contrato, con obligaciones definas y muy diferentes a las del contrato con el cual confusamente se lo vincula.

C.-No es de orden público.

D.-No es irrenunciable, por ende, el consumidor en cualquier momento podrá dejarla sin efecto, y renunciar a la misma.

F.-El sujeto obligado a suministrar esta “garantía extendida” no es la firma comercial con la que el consumidor contrata, ni el fabricante del producto, sino que el obligado es una compañía aseguradora.

G.-Generalmente comienza a regir una vez vencido el plazo de garantía legal, y por el plazo que se contrate, que frecuentemente es de dos a tres años más. Debe vigilarse con estrictez esta secuencia de tiempo, ya que muchas veces la garantía extendida se superpone con la vigencia de la garantía legal.

H.-Los gastos de transporte del bien al servicio técnico autorizado, no necesariamente se encuentran a

cargo del seguro, por lo general recaen en el consumidor (asegurado).

Como se puede observar los efectos de esta contratación son considerablemente diferentes a los de la garantía legal.

Numerosas ONG de consumidores han opinado sobre esta nueva modalidad de venta de seguros, así la Asociación Protectora de Defensa del consumidor ha señalado, a modo de consejo:

“Antes de contratar una garantía extendida sepa que:

A.-Está pagando un seguro muy anticipadamente, la garantía legal por productos nuevos es de seis (6) meses, siendo muy normal que se venda hasta con un (1) año garantía por parte del fabricante. Por lo que sería más lógico, contratar en el momento próximo al vencimiento.

B.-Está contratando un seguro, mediante una compañía de seguro, donde no tiene “nada “de responsabilidad el vendedor, ni el fabricante del producto. Es decir, no tiene ningún respaldo del fabricante.

C.-En general estos contratos de seguros, tienen disposiciones engañosas para poder hacer efectiva la garantía. Lo más común es que busquen excepcionarse en: La falta de instalación por personal de la propia empresa vendedora; el propio uso inadecuado del producto, falta de embalaje, rotura de sellos y fajas, etc...

D.-En general ante el desperfecto, tendrá que concurrir a un Servicio Técnico, donde le obligaran a trasladar el producto, que puede quedar muy alejado de su domicilio, que se tomará un largo tiempo para evaluar si tiene arreglo, después se tomará otro largo tiempo para buscar repuestos, después se tomará un largo tiempo para reparar el producto, y después tendrá que pagar por “extras” o volver a esperar. Para al último volver a pagar un transporte para retornar a su domicilio.

E.-En el caso que no se pueda arreglar, o no les convenga, le ofertaran el precio histórico del bien, no el de reposición actual. Por lo que, con una alta inflación, más lo pagado por el seguro, y el valor de un producto de mayor tecnología, los números serán negativos.

F.-Por último aconsejamos que ante la existencia de la obligación legal (Art 12 LDC) que tienen los proveedores de mantener las partes, repuestos y servicio técnico de los productos vendidos hasta que los mismos sean obsoletos, hace que la garantía extendida no posea mucha utilidad, dado que su precio oscila entre un 20% a 40% del precio de compra, seguro que la reparación de producirse excepcionalmente una rotura, será de mucho menor valor o no convendrá su reparación sino comprar un nuevo producto⁽²⁷⁾.

(27) VADILLO, Mario N.,25/9/12 Fuente: “Protectora”, Asociación de Defensa del Consumidor. <http://www.protectora.org.ar/formularios-reclamos/formulario-de-reclamo-por-garantía-extendida/17136/>.

DEL AGENTE INSTITORIO

Para comprender a fondo esta nueva modalidad con los que numerosos proveedores operan es necesario remitirnos a lo determinado en la ley de Seguros, específicamente al art. 54 de dicha ley establece:

Art. 54, ley 17.418: Agente Institorio. Zona asignada: “Cuando el asegurador designa un representante o agente con facultades para actuar en su nombre se aplican las reglas del mandato. La facultad para celebrar seguros autoriza también para pactar modificaciones o prórrogas, para recibir notificaciones y formular declaraciones de rescisión, salvo limitación expresa. Si el representante o agente de seguro es designado para un determinado distrito o zona, sus facultades se limitan a negocios o actos jurídicos que se refieran a contratos de seguro respecto de cosas que se hallen en el distrito o zona, o con las personas que tienen allí su residencia habitual”.

CONOCIMIENTO EQUIVALENTE

Art. 55. En los casos del artículo anterior el conocimiento del representante o agente equivale al del asegurador con referencia a los seguros que está autorizado a celebrar.

Por ende, las empresas que ofrecen estos seguros (garantía extendida), en realidad no son compañías aseguradoras, sino son personas jurídicas, en su mayoría

sociedades, que poseen un MANDATO de una compañía de seguros autorizada para funcionar como tal por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Dichas empresas mandatarias, actúan como AGENTES INSTITORIOS, cuyo funcionamiento y control actualmente se encuentra regulado en la resolución N° 38052/2013 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Por ende, la figura del Agente Institorio constituye un medio de comercialización de contratos de seguros al que se le aplican las reglas del mandato.

Entre los fundamentos por los cuales la Superintendencia de Seguros de la Nación procedió a regular este nuevo canal de comercialización se pueden destacar los siguientes:

A.- Que, por medio de este canal de comercialización, las entidades aseguradoras se sirven de estructuras organizadas destinadas a producir u ofrecer bienes y/o servicios en ramas de la actividad económica distintas al seguro.

Muchas de estas prácticas la encontramos en operaciones bancarias, por ej. al solicitante de la apertura de una caja de ahorro, o de un plazo fijo etc., se le ofrecen como parte de dicho paquete bancario la contratación de un seguro de vida o de cualquier otro seguro que cubra otros riesgos, o también se manifiesta en los casos de empresas de electrodomésticos que ofrecen un producto determinado ejemplo un lavarropas y al mismo tiempo una “garantía extendi-

da”, que cubra alguna contingencia que sufra dicho producto. Como se observa tanto el banco como la casa de electrodomésticos no tienen como actividad principal la comercialización de seguros, sino por el contrario la rama de la actividad económica en la que actúan es muy distinta, pero gracias a que actúan por este nuevo canal de comercialización (agente institutorio) pueden incursionar en una rama distinta a la de su actividad económica principal valiéndose de una cartera de clientes ya consolidada.

B.-Que en atención al volumen de operaciones que se canaliza a través de este medio de comercialización, resulta necesario determinar nuevas pautas normativas que optimicen el control estatal sobre la figura y las condiciones de servicio.

C.-Que la regulación sobre dicha figura debe comprender aspectos relativos al alcance del mandato, procurando que dicha información se encuentre a disposición de los usuarios de manera rápida, clara y detallada.

D.-Que la presente Resolución tiene por objetivo promover la transparencia en las transacciones comerciales y mejorar los procesos de elección por parte de los usuarios de seguros.

Entre los artículos más importantes de la mencionada **resolución N° 38052/2013**, se pueden destacar:

A.-Por el **ART. 1°** se crea un **registro de Agentes Institorios** (RAI) que será de carácter público y estará a cargo de la Gerencia de Autorizaciones y Registros de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION. En Argentina, algunos **AI** (Agentes Institorios) más importantes son los Retailers (Cencosud, Frávega, CMR Falabella, Compumundo, Garbarino, Coto), las Entidades Financieras (Banco Galicia, Banco Itaú, Banco Credicoop, HSBC, Banco Santander, Tarjeta Naranja), los Comercios (Car One, Derka& Vargas), las Cooperativas, las Asociaciones Mutuales, etc.

B.-El **ART. 3°** establece: Sólo podrán inscribirse en el RAI las **personas jurídicas**, cualquiera fuere la forma societaria adoptada, que acrediten como mínimo DOS (2) años de trayectoria en su actividad principal.

C.-El **ART. 6°**: El mandato que otorgue la aseguradora deberá ser otorgado por escritura pública, constando como mínimo la identificación de las partes, número de CUIT, domicilio, ramos o planes de seguro para los que se concede autorización y el inicio de su vigencia. El mandato deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio de la jurisdicción competente.

D.-**ART. 7°**: El mandato deberá contener un apartado en el cual se detallen las facultades otorgadas al Agente Institorio, las que no podrán ser delegadas o sustituidas. No obstante, en todos los casos, dicho documento deberá contener una cláusula por la que se faculta al Agente Institorio a celebrar contratos de

seguros, pactar modificaciones o prórrogas y recibir notificaciones. Podrá concederse autorización para el cobro de premios debiendo la cobranza efectuarse por los medios autorizados por la normativa vigente...

E.-ART. 8°: *Durante su intervención el Agente Institorio deberá garantizar el resguardo del derecho del tomador o asegurado para decidir sobre la contratación de seguros, estándole especialmente vedado condicionar el otorgamiento de un bien o servicio a la contratación de los seguros que éste ofrezca...*

F.-ART. 20: El Agente Institorio deberá designar en cada uno de los puntos de venta donde ofrezca los servicios de seguro —casa matriz, sucursales, agencias, filiales, u otros— ***un dependiente con el cargo de Responsable de Atención al Cliente Asegurado***, el que tendrá la tarea de: Atender las consultas y los reclamos de los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios y/o derechohabientes, proporcionando información adecuada y veraz acerca de los términos y condiciones de las coberturas ofrecidas, prestando la máxima diligencia y cooperación en cuanto al suministro de información que les fuere requerido.

-Se puede observar que en todos los artículos descriptos se exigen a las empresas ciertos requisitos (inscripción en un registro, mandato otorgado por escritura pública, base informática de datos) para poder constituirse en agentes intitorios, a los fines que esta actividad no sea usada informalmente o de manera abusiva.

Antes del dictado de la presente resolución, eran innumerables las prácticas abusivas en que incurrieron varias empresas (grandes y pequeñas, hasta personas físicas) para captar clientes de seguros con esta modalidad, por lo cual el dictado de la presente resolución representa un gran avance en beneficio de los consumidores.

-Además se advierte que en los artículos 8 y 20 se intentó **resguardar los derechos de los consumidores** que contraten seguros. Con el art. 8 principalmente se busca proteger la “libertad de contratación”, dado que prohíbe al Agente Institorio subordinar la adquisición de un producto a la contratación de un determinado seguro, al respecto el **art. 1099 del Cod. Civil y Comercial establece: “Están PROHIBIDAS las practicas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultanea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.** Se busca evitar lo que se conoce como “VENTA ATADA”, por ende, todo lo que se ofrezca debe contratarse por separado, respetando la libertad del consumidor y extendiéndole copia del contrato al mismo.

El art. 20 por su parte obliga al agente institorio que designe una persona encargada específicamente de brindar toda la INFORMACION necesaria para la contratación de los seguros que se ofrezcan al público, con esto se busca resguardar el derecho a la información consagrado en el art. 4 de la ley 24.240.

CONCLUSIÓN

Tras haber realizado un análisis de esta nueva modalidad de comercialización mal llamada garantía extendida, se observa que su verdadera naturaleza jurídica es la de un contrato de seguro, por ende, no se trata de la garantía prevista en el art. 11 de la ley 24240, sino que encuentra una regulación directa en la ley de seguros N° 17418 y en la reciente resolución N° 38.052 del 20 de diciembre/ 2013 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Superintendencia de Seguros de la Nación.

Esa “garantía extendida” en la mayoría de los casos es vendida por los mismos proveedores con los cuales una persona se contacta normalmente para adquirir un bien o servicio distinto a un contrato de seguro. Por lo general se observa que, en las diferentes ventas, dicha garantía se comercializa abusivamente, de una manera habitual, admitida como “normal” por la mayoría de las personas quienes mediante engaños acceden a través de una oferta, a una supuesta prolongación de una garantía legal, creyendo que intervienen los mismos actores con las mismas responsabilidades que en el supuesto de la garantía legal.

Es de destacar que el Estado advirtió la existencia de esta poderosa práctica abusiva, que coloca al consumidor en una situación de mayor inferioridad, en desmedro de su derecho a la información previsto en el art. 4 de la Ley 24.240, y en clara violación a la libertad de contratación (art. 1100 y art. 1099 del Cód. Civ. y Com.)

por ello emitió la resolución N^a 38.052 para evitar los efectos perniciosos que genera esta práctica abusiva.

Considero de fundamental importancia el rol del Estado en el control a los diferentes proveedores y en caso de incumplimientos en sancionar a los mismos, siendo menester la tarea de los profesionales abogados, y operadores del derecho en general en colaborar, difundir, hacer saber y exigir la aplicación de esta figura como de **denunciar los abusos** en los que incurran los diferentes proveedores.

Por último, resulta absolutamente necesaria la educación al consumidor respecto de esta práctica, que advierta al ciudadano común, sobre esta modalidad de venta, como también sobre sus derechos y las correlativas obligaciones de las empresas.

EL ROL DE LA MUJER
EN EL DERECHO DEL TRABAJO

DRA. CALISAYA PEREZ MELINA NAHIR

Cada vez son más las mujeres que ingresan en el mercado laboral, pero el avance hacia la igualdad de género en esta materia ha tenido sus altos y bajos en el tiempo.

El detalle está en que aún hoy las mujeres nos encontramos en situaciones de desventaja en relación a la fuerza de trabajo masculina, y con esto me refiero a la segregación en el trabajo, basada en el sexo; la remuneración inferior en comparación al hombre ocupando las mismas posiciones; la mujer está sobre representada en el trabajo precario, en la economía informal y en trabajos con salarios bajos.

Ante la subsistencia de estas situaciones se requiere un tratamiento especial en protección a uno de los sectores más desprotegidos, concretamente en la situación de la mujer trabajadora, la gestación y los primeros momentos de vida del niño, donde se requiere una mayor atención por parte de la madre.

En la actualidad, gracias al movimiento de mujeres y demás organizaciones que acompañan, se busca la protección y los derechos de la mujer frente a la Violencia de Género que vemos en todos los ámbitos de la vida, y una de las herramientas protectoras en el ámbito laboral es la Ley de Contrato de Trabajo que tiene un Título especial en protección de la mujer en el trabajo.

DESCANSOS Y PROHIBICIONES

Rige la normativa general establecida en la ley 11.544 de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales de labor. Además, el art 174 L.C.T establece un descanso de dos horas al mediodía para las mujeres que trabajen por la mañana y por la tarde, sin embargo se podrá suprimir o disminuir dicho descanso en base a las características de las tareas.

La Jurisprudencia Nacional reforzó este descanso señalando: *“Si bien el art 174 L.C.T autoriza a suprimir o reducir el periodo de descanso de dos años en base a las características de las tareas, tal modificación debe contar con la autorización del Ministerio de Trabajo. Esto no se modifica aunque la empleadora haya obtenido la conformidad de sus dependientes”*⁽²⁸⁾.

El art 175 de la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe el encargo de tareas a domicilio a la mujer trabajadora,

(28) Cámara nacional de apelaciones del trabajo, Sala VII Expediente N 19950 “Ministerio de Trabajo c/ Resero S.A. s/ sumario 10/8/98)

lo que se busca es evitar que se vea obligada a llevarse tareas a realizar a su domicilio, sin que ello genere derecho a horas extras, proteger el reintegro a su grupo familiar a la trabajadora y “desconecte” del ámbito laboral.

Sin embargo el art 175 L.C.T es reiterativo a la normativa general, ya que ningún trabajador, hombre o mujer, puede trabajar más allá del tope legal establecido por la ley 11.544.

Por último, el art 176 L.C.T. establece la prohibición de ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre, y se aplican al respecto las disposiciones del art 195 del mismo cuerpo legal.

La importancia de esta última normativa es la presunción legal, en los casos de accidente de trabajo o enfermedad contraída por la mujer trabajadora en el ámbito de tareas insalubres, peligrosas o penosas que rige la presunción *iure et de iure* de culpabilidad del empleador por las consecuencias dañosas sufridas si se encontraba en el ámbito laboral de forma permanente y con conocimiento del empleador, o rige la presunción *iuris tantum* si estaba en forma ocasional y sin el consentimiento del empleador.

Es de destacar que estas últimas normativas referentes al descanso y prohibiciones específicamente para la mujer trabajadora, fueron realizadas en otra época donde la mujer tenía un rol fundamental en el grupo familiar, y lejos de buscar la paridad con el sexo mas-

culino, lo que se buscaba era la protección de la mujer en el trabajo pero sin descuidar su rol de ama de casa. Claramente un acto legislativo discriminatorio.

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La protección de la maternidad se encuentra regulado en la Ley de Contrato de Trabajo en el Título VII Capítulo II, del art 177 al art 179, en la medida que esté vigente la relación laboral y se extiende a las distintas situaciones de la mujer antes, durante y después del embarazo.

Esta protección se basa en motivos biológicos, de seguridad, eugenésicas y por razones de orden; es así que el art 177 L.C.T. regula distintos aspectos en protección a la mujer embarazada, en primer lugar con carácter imperativo prohíbe el trabajo de la mujer embarazada por un periodo de cuarenta y cinco días antes y después del parto, otorga una protección legal de estabilidad impropia por un periodo determinado y regula la ausencia por enfermedad relacionada al embarazo o parto.

LICENCIA POR MATERNIDAD

La norma en primer lugar prohíbe el trabajo de la mujer embarazada durante un plazo de noventa días, en principio de cuarenta y cinco días antes y después del parto, pero dicho plazo puede ser acortado a opción de

la mujer embarazada a gozar de licencia treinta días antes de la fecha presunta del parto y adicionar los quince días restantes a los cuarenta días posteriores, de tal manera tiene una licencia postparto de sesenta días.

A los fines de obtener la protección de esta normativa, se requiere un requisito esencial que es la notificación fehaciente, preferentemente telegrama ley, al empleador y poniendo a su disposición el Certificado Médico con indicación de la presunta fecha de parto a los fines de que en virtud de sus facultades de organización y dirección pueda establecer los plazos de licencia.

En el supuesto en que el nacimiento se produzca antes del término que se estableció como fecha probable de parto, se acumulará al descanso posterior al lapso de licencia hasta completar los noventa días.

Además a su favor percibirá una asignación abonada por el Estado, específicamente de ANSES, como asignación familiar exclusivamente en los noventa días pre y postparto, se trata de una suma igual a la retribución bruta que cobra, sin retención de aportes y contribuciones porque no es un monto remuneratorio. También a causa de la maternidad, además de la Asignación por Maternidad, el Sistema de Seguridad Social le confiere la Asignación Prenatal, Asignación por Nacimiento, Asignación por Hijo y Asignación por Hijo con Síndrome de Down.

Se debe resaltar que durante el periodo de licencia, la mujer trabajadora no está prestando servicios al em-

pleador, aunque quisiera no puede porque la ley expresamente lo prohíbe, por lo que no le correspondería cobrar el Sueldo Anual Complementario.

Cabe una crítica a esta situación, ya que si el fin de la norma (art 177) y del capítulo en cuestión es la protección de la madre y del recién nacido, nos encontramos lejos de ella porque no solo prohíbe a la mujer embarazada a trabajar aunque quisiese, sino que disminuye su remuneración colocándola en una situación de mayor vulnerabilidad económica y de discriminación.

DE LA ESTABILIDAD DE LA MUJER EMBARAZADA

En la segunda parte del art 177, establece que: *“La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantizase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior”*.

Es decir que, la mujer trabajadora una vez notificado el embarazo y acredite oportunamente el nacimiento, tendrá estabilidad en su empleo como derecho adquiri-

do por un periodo de siete meses y medio anteriores y posteriores al nacimiento del hijo, y una presunción a favor de la mujer

Este derecho a la estabilidad corresponde a una estabilidad impropia durante la licencia por maternidad.

AUSENCIA POR ENFERMEDAD
RELACIONADA AL PARTO O EMBARAZO

El último párrafo del art 177 regula el caso de la mujer que se ausente en su trabajo por motivo de una enfermedad relacionada al embarazo o al parto por un tiempo mayor, vencidos los plazos de licencia por maternidad, es acreedora de los beneficios del art 208 LCT respecto a accidentes y enfermedades inculpables. El mismo establece que: *“Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabaja-*

dor se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente.

La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes”.

DESPIDO POR CAUSA DE EMBARAZO. PRESUNCIÓN

El art 178 de la L.C.T protege a la mujer trabajadora embarazada con una presunción *iuris tantum* a favor de ella en caso de extinción de su contrato de trabajo sin invocación de causa.

“Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de ma-

ternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.”

Uno de los requisitos para la procedencia de esta protección es la notificación fehaciente al empleador del embarazo, sin embargo la Ley de Contrato de Trabajo no ha contemplado la patología de la contratación como son aquellos supuestos de empleo no registrado, o bien el requisito legal aparece como innecesario y de excesivo rigor formal cuando el hecho del embarazo resulte tan notorio⁽²⁹⁾, que su conocimiento no podía ser ignorado por la patronal; por eso razones de estricta justicia imponen que en tales supuestos se consagre igualmente la protección legal, pues de lo contrario se estaría alentando al “abuso del derecho”.

Cabe preguntarse si es procedente la presunción de despido por causa del embarazo en los supuestos de interrupción del embarazo. No se debe olvidar la finalidad de la norma y del capítulo en cuestión que es la protección de la maternidad, no gira en torno al recién nacido o persona por nacer sino que busca la proteger la salud psicofísica de la madre, independientemente que el em-

(29) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, Expediente N° 6076/01 “Leura, Liliana y otro c/ Panadería Monserrat SRL s/ despido” 5/3/03.

barazo haya llegado a término o no, o que el bebe haya llegado con o sin vida⁽³⁰⁾.

La jurisprudencia nacional sostuvo que: “Y si, como ocurrió en el caso, el embarazo se interrumpe, la protección legal no desaparece por cuanto no puede soslayarse que la tutela de los arts. 177 y siguientes de la L.C.T. encuentra fundamento en un amplio marco de protección de los derechos de la mujer que trasciende l caso de la maternidad. Y no obsta a la procedencia de la referida indemnización especial el hecho de que se haya tratado de un despido indirecto en tanto, probada la causal en la que se fundó dicha decisión, la accionante resulta acreedora a las mismas indemnizaciones que le hubiesen correspondido si el despido hubiese sido determinado por la empresa. Por lo tanto la condena en concepto de indemnización especial prevista en el art 182 L.C.T. resulta procedente”⁽³¹⁾.

El mismo criterio debería tomarse en caso de interrupción del embarazo por aborto espontaneo, en la medida que medie despido durante el plazo de protección, en resguardo de la salud psicofísica de la mujer.

En el supuesto que el despido se haya producido con anterioridad al periodo de protección, no rige la presunción que fue por causa del embarazo, sin embargo será la trabajadora embarazada la que tendrá que de-

(30) Leonardo Salvador Calvo, “Aspectos Usuales del Derecho del Trabajo” Ed. El Fuste.

(31) Camara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, Expediente N° 9991/2011 “Mercado Ana Gabriela c/ Vaquero Alberto s/ despido” 13/12/16

mostrar los indicios de que el despido fue por motivo del embarazo, en estos casos se aplica los criterios del despido discriminatorio. Sin embargo la jurisprudencia nacional sostuvo que *“la sola inmediatez entre el aviso del embarazo y el despido dispuesto por la demandada constituye una presunción hominis respecto de que tal rescisión incausada ha sido motivada por el hecho del embarazo”*.

DESCANSO DIARIO POR LACTANCIA

El art 179 L.C.T. otorga a la madre trabajadora dos descansos diarios de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado.

Este derecho también fue consagrado por el art 3 del Convenio 3 de la OIT retificado por la ley 11.726 sobre protección de la maternidad.

La finalidad de la norma es que la trabajadora lactante tenga contacto con su hijo a lo largo de la jornada de trabajo, para amamantarlo o alimentarlo mediante sustitutos de la leche materna, en razón de la importancia de su presencia en ese acto, no sólo fundada en razones médicas, sino también psicológicas y fisiológicas que son inherentes a la madre y al menor.

La lactancia no sustituye el descanso al mediodía previsto para las trabajadoras⁽³²⁾, porque se trata de un descanso con un fin específicamente previsto por la ley.

Es de destacar que el uso de los descansos no puede conllevar una reducción de la remuneración. La trabajadora debe percibirla íntegramente, utilice o no el descanso por lactancia. Y esta licencia no puede ser compensada económicamente, ya que goza de una protección similar a la de las vacaciones, tiene una finalidad específica y no puede ser desvirtuada por una compensación económica, por lo que la titular del derecho si no toma los recaudos pertinentes para que le sea otorgada, el beneficio del descanso se pierde y no puede exigir pago alguno por ese concepto.

El tiempo neto del descanso establecido por la ley no puede ser modificado *in peius* por el empleador, so pretexto que la trabajadora desempeña tareas en jornada reducida. El descanso establecido por la ley es de orden público.

Leonardo Calvo, opina que la sanción en caso de incumplimiento de este descanso por parte del empleador, será que a la trabajadora que se le prive de este derecho podrá darse por despedida por el incumplimiento

(32) Art 174 LCT Descanso al mediodía. “Las mujeres que trabajen en horas de la mañana y de la tarde dispondrán de un descanso de dos (2) horas al mediodía, salvo que por la extensión de la jornada a que estuviere sometida la trabajadora, las características de las tareas que realice, los perjuicios que la interrupción del trabajo pudiese ocasionar a las propias beneficiarias o al interés general, se autorizare la adopción de horarios continuos, con supresión o reducción de dicho período de descanso.”

de los horarios de lactancia y el reclamo tendrá acogida favorable en los juzgados.

ESTADO DE EXCEDENCIA

El art 183 L.C.T dispone situaciones que puede optar la mujer trabajadora luego del vencimiento del plazo legal de Licencia por maternidad:

- a) Continuar su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo.
- b) Rescindir su contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el artículo 245 por cada año de servicio, la que no podrá exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, o los mayores beneficios que surjan de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.
- c) Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses.
- d) Si la mujer no se reincorporara a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia por maternidad, y no comunicara a su empleador dentro de las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de los mismos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que optó por extinguir el vínculo laboral y

por la percepción de la compensación establecida en el artículo 183 inciso b) párrafo final.

Esta normativa amplía su protección no solo a la madre del recién nacido sino también en el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo, menor de edad a su cargo, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación.

El mismo art 183 conceptualiza el Estado de Excedencia como *“la situación que asuma voluntariamente la mujer trabajadora que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados”*.

Los requisitos del estado de excedencia son tres:

- a) Tener una antigüedad en el empleo como mínimo de un año;
- b) Continuar residiendo en el país;
- c) No celebrar un nuevo contrato de trabajo con otro empleador diferente

Con el límite que si la mujer trabajadora hallándose en situación de excedencia formalizara nuevo contrato de trabajo con otro empleador quedará privada de pleno derecho de la facultad de reintegrarse.

Es de destacar que si la mujer opta por la situación de excedencia, se suspenden las prestaciones de ambas partes, la del trabajador que no prestará servicios du-

rante este plazo y la del empleador que no está obligado al pago de la remuneración, además que no se computará a la antigüedad el lapso por el cual la trabajadora se encuentre en excedencia.

REINGRESO

Este capítulo prevé también la obligatoriedad de la trabajadora a reintegrarse al trabajo dentro de los plazos legales establecidos, una vez finalizado el periodo de excedencia (art 184).

Por lo que el empleador podrá disponerlo:

- a) En cargo de la misma categoría que tenía al momento del alumbramiento o de la enfermedad del hijo.
- b) En cargo o empleo superior o inferior al indicado, de común acuerdo con la mujer trabajadora, pero siempre manteniendo o aumentando su salario.

Si la trabajadora decide reintegrarse, y el empleador le niega asignación de tareas o decida no reincorporarla, se considerará despido sin justa causa con las correspondientes indemnizaciones en su caso. Salvo que el empleador demostrara la imposibilidad de reincorporarla, en cuyo caso la indemnización se limitará a una compensación equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la remuneración de la trabajadora, calculada en base a la mejor remuneración mensual, normal y habitual por cada año de servicio, la que no podrá exceder

de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses.

A mi entender, esta institución no suele ser de beneficio a la madre trabajadora, por acarrear un perfil discriminatorio de género, porque lejos de favorecer a la madre y al recién nacido, la coloca en un estado de vulnerabilidad mayor al no percibir durante ese lapso una remuneración o asignación por el lapso de excedencia, el no computo de ese plazo como tiempo de servicio y la falta de cobertura social. Si este instituto no suele ser frecuente en la práctica es porque nada de beneficioso tendrá para la mujer.

CONCLUSIÓN

Así, podemos llegar a la conclusión de que el capítulo especial de “trabajo de la mujer” en la Ley de Contrato de Trabajo no se debe por su nivel de instrucción, capacitación y/o capacidades, sino que se debe a la segmentación sexual del trabajo.

Me parece sumamente interesante el que como sociedad nos detengamos a pensar y a evaluar métodos para romper los paradigmas que sostienen la desigualdad y la permanencia de patrones culturales que la sostienen.

Es muy importante que el trabajo femenino, deje de ser visto como complemento del trabajo masculino y sea valorado como corresponde. La brecha salarial de género es un indicador de la desigualdad, y refleja la dife-

rencia de retribución entre hombres y mujeres. Aunque con el transcurso del tiempo la brecha salarial de género ha disminuido en algunos países, en general sigue siendo significativa.

Este ensayo va más allá de valorar la protección de la mujer en el derecho del trabajo sino que critica supuestos beneficios que lejos de ser eso, la coloca en una peor situación. Busca expandir algunas “ventajas” hacia la diversidad de género en el lugar de trabajo, amparándonos en los mismos principios de la Ley de Contrato de Trabajo tendientes a preservar la igualdad de trato, impidiendo discriminaciones arbitrarias, fundadas en razones de sexo, religión o raza (art. 81, ley de contrato de trabajo y art. 16, Constitución Nacional).

A modo de reflexión final, podemos señalar que existe aún en la modernidad diferencias entre ambos sexos. Por un lado se le reconoció a la mujer trabajadora una igualdad relativa respecto del hombre dentro de la ley en análisis, sin embargo la sociedad sigue con una mentalidad no acorde a ella, y si no se la educa conforme a la ley solo hablamos de letra muerta.

TESTIMONIOS DE NIÑOS EN CÁMARA GESELL
EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL
DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

DRA. MARIANA CÓRDOBA ETCHART

I. INTRODUCCIÓN

Si bien esta monografía es realizada para ser presentada en el marco del Curso de Postgrado en Derecho Procesal Penal dictado por la Universidad de Belgrano, a fin de cumplimentar uno de los requisitos para la aprobación del mismo, la elección del tema y su desarrollo trascienden esa finalidad inmediata referida, pretendiendo investigar y adquirir mayores conocimientos sobre el procedimiento especial en Cámara Gesell. Asimismo, trataré de analizar cada uno de los temas abordados dándoles un aporte crítico.

En el presente trabajo, me propongo describir el procedimiento establecido por el Art. 221 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que es el procedimiento para receptar testimonio a niños menores de 16 años de edad que han sido víctimas de delitos contra la integridad sexual, como así también analiza-

ré el alcance de su remisión al artículo 308 del mismo cuerpo legal.

II. CÁMARA GÉSELL

A) ORIGEN Y NOCIÓN

La Cámara Gesell es un dispositivo creado por el Dr. Arnold Lucius Gesell, psicólogo y pediatra estadounidense, quien se dedicó a estudiar las etapas evolutivas de los niños. Fue concebida como domo (Gesell dome en inglés) para observar la conducta en niños sin ser perturbados o que la presencia de una persona extraña cause alteraciones.

Esencialmente, consiste en una habitación compuesta por dos ambientes separados mediante una pared divisoria, que posee un vidrio espejado de grandes dimensiones que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra, pero no al revés, es decir es un vidrio de visión unilateral.

Dicho dispositivo, puede a su vez complementarse con el uso de medios tecnológicos y entonces podemos decir que “la Cámara Gesell, es una habitación acondicionada para permitir la observación con personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equi-

pos de audio y video para la grabación de los diferentes experimentos”.⁽¹⁾

Este mecanismo, que en un primer momento fue utilizado en el campo de la psicología, fue luego empleado en el proceso judicial, ya que se considera que es un instrumento de efectos especiales en lo visual y lo auditivo, de gran utilidad porque permite que la entrevista al niño por un psicólogo especialista de acuerdo a sus condiciones, pueda ser monitoreada por los defensores y por otros profesionales y técnicos, sin que el entrevistado se percate de su presencia.-

B) ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO
POR EL ARTÍCULO 221 BIS DEL C.P.P

Antes de hacer referencia a la normativa vigente en la provincia de Córdoba, deseo hacer mención a lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”*. Asimismo, dicha Convención establece en su Art. 3 inc. 1 *“en todas las medida concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privada de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá el interés superior del niño”*. Y niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud

(1) Según la enciclopedia Wikipedia [C%C3%A1mara_de_Gesell](#)

de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.⁽²⁾

El marco regulatorio vigente en la provincia de Córdoba, en lo que respecta específicamente al testimonio de niños víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual se encuentra previsto en el artículo 221 bis del Código Procesal Penal.

Cuando se trate de una víctima o testigos de delitos contra la integridad sexual, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no haya cumplido los dieciséis años de edad, sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial, pudiendo ser acompañados por otro especialista cuando el caso particular así lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso, no pudiendo ser interrogados en ningún caso, en forma directa, por dicho órgano o las partes, salvo que excepcionalmente lo autorice el fiscal. El órgano interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo, como así también las que estén relacionadas con asuntos posteriores al hecho.

El acto se llevará a cabo, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor cuando ello fuera posible, o adecuado a su estado de vulnerabilidad si fuera víctima del

(2) Convención de los derechos del niño, Comentada y Anotada, D'Antonio Daniel Hugo, Ed. Astrea, Buenos Aires, Año 2001, ISBN 9505085702.-

delito de trata o explotación de personas u otra grave violación a los derechos humanos.⁽³⁾

En caso, que la víctima estuviera imposibilitada de comparecer por motivos de salud o por residir en un lugar muy distante a la sede del tribunal, o para garantizar la protección de su seguridad, se podrá realizar el acto a través de videoconferencia.

El órgano interviniente requerirá al profesional actuante que eleve un informe detallado, circunscripto a todos los hechos acontecidos en el acto procesal.

A pedido de parte o cuando el órgano actuante lo dispusiera de oficio, el acto podrá ser seguido desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con el que se cuente, tratando en lo posible de preservar al menor de la exposición a situaciones revictimizante, sin perjuicio del derecho de defensa. En este caso, previo a la iniciación del acto se hará saber al profesional que interviene de las inquietudes propuestas por las partes, como así también las que vayan surgiendo durante el curso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano, no pudiendo en ningún caso estar

(3) FUNES, Roque G. - PLO, Nicolás, op. cit., pág.533

presente el imputado, quien será representado a todos los efectos por el defensor, debiendo con posterioridad permitirle el acceso al informe, acta, constancias y documentales del acto.

Cuando se trate de menores que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido dieciséis años de edad y no hubieran cumplido los dieciocho, el órgano interviniente, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicológica del menor, es decir, si dicha declaración podría afectar de algún modo su salud mental. En caso afirmativo, se seguirá este procedimiento; en caso negativo se le receptará testimonio en forma tradicional.

Mediante este especial método de entrevista regulado por la ley, se establece el modo en que estos menores víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual puedan transmitir con naturalidad y espontaneidad sus percepciones sensoriales sobre determinados sucesos que han vivenciado en carne propia o que tan solo los han percibido. Si bien no se ha incluido en esta disposición a otros Títulos del Código Penal, en el que los menores también se ven afectados, como por ejemplo, aquellos que resultan a consecuencia de hechos de violencia familiar en los que los propios menores o sus familiares se encuentra involucrados, en la práctica también este procedimiento es utilizado para estos casos.

Además del artículo desarrollado precedentemente, se cuenta en la provincia de Córdoba con el Acuerdo

Reglamentario N° 751 Serie “A” del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 28 de Febrero de 2005.

Este acuerdo establece, que cuando se trate de víctimas que no hayan cumplido dieciséis años, la declaración del niño se recepcionará a través de la intermediación de un psicólogo, y no en forma directa por el tribunal o las partes; y en la medida de lo posible en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva, con la modalidad de los actos definitivos e irreproducibles. Asimismo, establece que cuando se trate de la recepción de declaraciones de jóvenes entre los 16 hasta los 18 años de edad, previamente se requerirá un informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica del menor para su comparecencia ante los estrados, y en caso afirmativo se le recepcionará declaración en la forma establecida para los niños.

Pero no debe perderse de vista, que la entrevista al niño y/o adolescente, sea llevada a cabo por un personal especializado y no directamente por el órgano judicial o las partes, no implica de manera alguna violación a la garantía del juez natural. Así lo ha expresado la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el caso Bulgarelli: “no existe vulneración del juez natural, porque, de hecho, el juez sigue controlando el interrogatorio, solamente que lo hace por interpósita persona.⁽⁴⁾ Tampoco, se encuentra vulnerado el principio de Defensa en Juicio por falta de

(4) CN Crim. y Correc., sala I, 28/12/2004, “Bulgarelli, Raúl A...”.

control, dado que tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto; en todo momento, las partes pueden ejercer el derecho de controlar la prueba, pudiendo inclusive sugerir preguntas cuya formulación al menos queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio.

Este procedimiento exige para su operatividad que el Poder Judicial cuente con los recursos humanos (psicólogos) y de infraestructura (gabinete acondicionado especialmente).

En la actualidad, sólo el centro judicial capital cuenta con el Servicio de Psicología Forense para el fuero penal y la mayoría de los otros centros judiciales posee equipos técnicos multidisciplinarios que atienden los requerimientos de los diferentes fueros, para las pericias e informes. Pero hay que tener presente, que afectar a los profesionales para la recepción de todas las declaraciones e informes de niños y jóvenes víctimas de delitos contra la integridad sexual, traería como consecuencia demoras en la realización de tareas periciales.

En cuanto a la infraestructura, sólo el centro judicial de la capital cuenta con un gabinete especial acondicionado para recibir la declaración de las víctimas en las condiciones establecidas por el artículo 221 bis del CPP; los demás centros judiciales carecen de estos gabinetes, aunque en el año 2004 se hayan aprobado proyectos de implementación de los mismos.

Dado que el artículo 221 bis del CPP, no es operativo, hasta tanto se cuente con los recursos que posibiliten su aplicación, la recepción de estos testimonios se hará del siguiente modo: en el centro judicial capital, los Fiscales de Instrucción y la Cámaras en lo Criminal solicitarán turno en el Servicio de Psicología Forense; en el caso de que la asignación del turno acarree demoras que afectasen las garantías constitucionales que rigen en todo proceso penal o bien la consecución de sus fines, procederán a recibir la declaración con arreglo al Protocolo de Recomendaciones del Servicio de Psicología Forense.

En cuanto a la recepción de declaraciones de niños y jóvenes en centros que cuentan con equipos técnicos multidisciplinarios, el turno será solicitado por Fiscales y Cámaras en lo Criminal a este equipo técnico multidisciplinario. Cuando se trate de la recepción de testimonios de niños y jóvenes en centros que no cuentan con equipos técnicos, los Fiscales de Instrucción receptorán la declaración con ajuste al Protocolo de Recomendaciones del Servicio de Psicología Forense, hasta tanto cuenten con un equipo técnico multidisciplinario.

C) ALCANCE DE SU REMISIÓN AL ART. 308

DEL C.P.P. DE CÓRDOBA

El testimonio de niños y jóvenes víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual recepcionado mediante el procedimiento establecido por el Art. 221 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba

(Cámara Gesell), si bien no puede ser considerado como un acto definitivo e irreproducible, ya que estas declaraciones si bien podrían ser nuevamente receptadas en similares condiciones, se les otorga tal carácter para no llevar a estos menores a otra posible revictimización, con el riesgo de sufrir nuevos padecimiento innecesarios sobre lo ya vivido o experimentado.

A tal fin, al igual que lo que sucede con los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, se les concede a las partes del proceso el derecho de asistencia y control del acto, a cuyo fin deberán ser notificados, justamente para evitar su repetición. Con esta remisión, se procura una mayor protección a la víctima, al asegurar la intervención de todas las partes en el acto, y evitar, en lo posible, inútiles reiteraciones.-

Cabe agregar, que la falta de notificación a la defensa para la realización de este acto no trae aparejada la nulidad del acto practicado, ya que, en primer lugar, no se vulnera de manera alguna la Defensa en Juicio, consagrada en la Constitución Nacional, y en segundo lugar se trata de una testimonial y no de una pericial, cuya falta de notificación no produce la invalidez del acto. Que, si ello ocurriera, se estaría favoreciendo al imputado, cuando lo que busca la disposición a beneficiar los intereses de la víctima, evitando que sea necesario receptorle una nueva declaración.

D) NATURALEZA JURÍDICA

El artículo 221 bis ha incorporado al ordenamiento procesal penal la llamada **entrevista en Cámara Gesell**, cuyo objeto es obtener información relacionada al hecho que se investiga, utilizando para ello medios materiales y humanos que tienden a reducir la revictimización secundaria en el abordaje del menor. Así, la ley prevé la realización de la entrevista con la intervención de psicólogo forense, sin que ello implique una mutación de este elemento probatorio.

En efecto, este acto es un medio para la recepción de un testimonio y no constituye técnicamente una pericia, lo cual se demuestra no sólo con la ubicación sistemática dentro del Código penal, sino también porque no hay objeto para examinar y por ende tampoco conclusión que arribar.⁽⁵⁾

El psicólogo actuante entrevista al menor y no elabora un dictamen con sus conclusiones, sino que reproduce el contenido del interrogatorio en un acta que se labra a tal efecto.-

Podemos decir entonces, que **la declaración de niños receptada en Cámara Gesell en el marco de un proceso penal, es en esencia un testimonio.** El testimonio, es por definición, la declaración de una persona física, no sospechada por el mismo delito, recibida en el

(5) Juzgado de Control Nº 7 de la ciudad de Córdoba “Ocurrencia presentada por los Dres. Hugo Luna y Nicolás Moyano en autos Perfumo, Walter Damián p.s.a. Abuso Sexual con Acceso carnal”

curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción de estos.⁽⁶⁾

La circunstancia de quien declara sea un menor que no ha cumplido los dieciséis años de edad y que por tal motivo, siendo inimputable, no debe prestar juramento, no cambia la sustancia del acto, por más que en la práctica e le suela denominar en este caso exposición, para diferenciarla del testimonio bajo juramento de ley.

Corroborra esta posición, la doctrina del Tribunal superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, cuando afirma **“la exposición de los menores víctimas de los hechos de autos receptada a través de la metodología de la Cámara Gesell, en modo alguno constituye una prueba pericial, sino una prueba testimonial”**.⁽⁷⁾

Sin embargo, hay que tener presente que no estamos en presencia del testimonio tradicional que supone la inmediatez entre el órgano judicial, los defensores de las partes y el testigo; sino en presencia de un testimonio con características especiales, particularizado, por un lado por la intervención de un experto (psicólogo) que actúa como intermediario entre el testigo y el órgano judicial y los defensores de las partes, y por otro,

(6) CAFFERATA NORES, José Ignacio- HAIRABEDIAN, Maximiliano, op. cit., p. 104

(7) In re: “Vaudagna”, Sentencia N° 209, del 14/08/08

por el lugar donde se lleva a cabo, que debe reunir las condiciones necesarias para contribuir a evitar la revictimización del menor, y a la vez otorgar las posibilidades para un adecuado ejercicio de la defensa.

Por mi parte, y atendiendo a la sustancia del acto, que es precisamente lo que relata el niño, **coincido con la doctrina de TSJ de Córdoba, y concluyo que no se trata de una pericia sino de un testimonio, pero un testimonio con características especiales que le dan una forma y estructura particular. Asimismo, es mi deseo agregar que no se trata de cualquier testimonio sino del testimonio de la víctima de una delito de carácter sexual, y por lo tanto su incorporación y utilidad es absolutamente necesaria para el descubrimiento de la verdad dentro del proceso penal, por ser el testimonio la prueba más directa y contundente.**

E) CAPACIDAD DE LOS NIÑOS PARA SER TESTIGOS

Los niños cualquiera sea la edad alcanzada, pueden deponer como testigos en un proceso penal.

Cabe destacar, que conforme al Documento Internacional en el cual se establecen “Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos”, elaboradas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, se proclama: **“la edad no debe constituir un impedimento al derecho del niño a participar plenamente en el proceso de justicia. Cada niño tiene**

el derecho a que se le trate como un testigo y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione un testimonio comprensible”.

Incluso un estudio reciente señala, que desde los cuatro años los niños tienen una comprensión de la mentira y verdad, y tienen suficiente capacidad para participar efectivamente en el sistema legal, aunque tradicionalmente se ha considerado la imagen del niño como testigo o víctima poco creíble debido a su tendencia a la fantasía , a su vulnerabilidad, a su dificultad para distinguir entre lo real y lo ficticio y por tanto con tendencia intencionada o ingenua a falsear su declaración.

No obstante lo expresado anteriormente, existen ciertos factores que pueden influir en la exactitud del testimonio infantil, y estos son: **la memoria, la inclinación a falsear la verdad, las fantasías, el lenguaje y la sugestionabilidad.**

La *memoria* es la capacidad del ser humano de actualizar vivencias pasadas, de grabar y fijar otras nuevas. La exactitud del testimonio de una persona depende en gran medida de la calidad de sus recuerdos. Ahora bien, en relación con el recuerdo de los niños, hay que destacar que los menores de dos o tres años poseen incapacidad para rememorar, pero a partir de los tres años los niños adquieren habilidad para brindar testimonio de una manera acertada siempre que se les permita relatar lo sucedido con sus propias palabras. Bajo estas condi-

ciones, los menores pueden dar testimonios altamente precisos de situaciones vivenciadas, en especial si fueron personalmente significativas. Entonces, el recuerdo de los niños de corta edad (tres años) es más exacto aunque menos detallado que el de los niños de ocho años y a partir de los diez años no existen diferencias entre el relato de los menores y el de las personas adultas.

Además, se puede mencionar como otro factor que influye en el testimonio de los niños su *inclinación a falsear la verdad*. Como se mencionó en el párrafo precedente, los niños a partir de los tres años tienen conciencia de lo que significa la mentira. No existe ninguna investigación científica que haya arribado a la conclusión de que los niños mientan más que los adultos. Las personas pueden engañar a cualquier edad y es falsa la afirmación de que la credibilidad aumente con los años. En general, son limitadas las razones por las que los niños mientan. Pueden hacerlo para impedir un castigo cuando incurrieron en alguna falta o para disimular alguna situación de inmadurez respecto de sus pares. Pero en relación con los delitos sexuales, es muy poco probable que un menor pueda mentir, mucho más cuando mencionan detalles concretos de la sexualidad adulta. Además, por más que los adolescentes dispongan ya de estas capacidades, la utilización de falsas acusaciones para dañar a otras personas es poco frecuente.

Las *fantasías* son también influyentes en el testimonio infantil. El niño no puede diferenciar las sensaciones de las representaciones, lo verdaderamente real de aquello que sólo es imaginario. Sin embargo, el nivel

evolutivo no obstaculiza la capacidad de los niños para transmitir acertadamente aquello registrado por sus cinco sentidos: si algo o alguien los tocó, si vieron o escucharon algo, las características de ciertos olores o sabores que percibieron.

Otro factor a tener presente se localiza en determinar a qué edad el niño adquiere la capacidad para comunicar lo que ha percibido por medio de sus sentidos. Se considera que el menor a los dos años ingresa en el período del desarrollo del *lenguaje*, adquiriendo durante el transcurso de los tres años la capacidad suficiente para construir oraciones. Los menores son incapaces de acceder a sus recuerdos si antes no adquirieron el uso del lenguaje; sin embargo, pueden expresarse válidamente a través de otros medios como son los juegos y los dibujos.

Por último, tenemos la *sugestionabilidad*. La sugestión es la acción de incorporar a la mente de alguien una idea o pensamiento al margen de la crítica y la razón, es decir, cuando la idea penetra en nosotros sin nuestro discernimiento o decisión inteligente.⁽⁸⁾ Todas las personas pueden ser sugestionadas, pero los ancianos y sobre todos los niños son más propensos que los adultos. El niño es accesible a todo tipo de influencia externa: esto es lo que permite educarlo y también a menudo hace que altere la verdad de los hechos. El menor puede ser confundido, al igual que los adultos,

(8) Conf. CABELLO, Vicente P.: *Psiquiatría forense en el derecho penal*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 129.

pero éstos en menor medida por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por lo tanto, si la persona que recepta la declaración trata de forzar la memoria de cualquier testigo puede proceder a rellenar las lagunas de aquellos acontecimientos no percibidos o recordados. Entonces el problema de los niños como testigos no radica en que sean buenos o malos testigos, o en que sean o no sugestionables, sino que el problema radica en el entrevistador ya que aquellos se encuentran en una situación de mayor exposición a sufrir la sugestión del entrevistador que las personas adultas.

F) POSIBILIDAD DE CONTAR CON UN PSICÓLOGO COMO ASESOR DE PARTE

Si bien el artículo 221 bis del CPP de Córdoba, establece que en la entrevista sólo podrá ser llevada a cabo por un psicólogo del Poder Judicial, la intervención que aquí se postula no es en calidad de perito de control para que actúe junto a un perito oficial, es decir, no en calidad de auxiliar de la parte que lo contrata y por lo tanto representante de su interés, sino que se trata de un asesor técnico que es llamado a colaborar con el defensor en su tarea específica.

La experiencia indica que en más de una oportunidad, durante la entrevista surgen innumerables circunstancias que pueden ser de utilidad para la defensa y que sólo pueden ser captadas por un profesional de la ciencia que se utiliza para la realización de la medida.

Cabe agregar, que la presencia del psicólogo asesor de parte no tiene porqué incidir en el desarrollo del acto, ni siquiera ser percibida por el menor, dado que su tarea se limitará a aconsejar al defensor para que éste a su vez pueda formular las preguntas o efectuar las postulaciones que fueren necesarias, contribuyendo con ello a la labor defensiva.

Se han esgrimido distintos argumentos a favor de la intervención del psicólogo asesor de parte, las cuales podemos sintetizar principalmente en tres: 1) desde la perspectiva del niño, la presencia de este profesional no tendría que tener ninguna influencia, ya que ni siquiera tiene porqué ser notada por aquel. Además, las preguntas que el abogado pueda proponer como consecuencia de los consejos del psicólogo asesor, siempre deberán canalizarse a través del órgano que dirige el acto; 2) desde el punto de vista de la defensa, puede pensarse que el auxilio de un experto que acompañe al defensor resulta provechoso para la guía del mismo en la proposición de preguntas o inquietudes, lo que sería de utilidad para un mejor ejercicio de su tarea defensiva; y 3) desde el punto de vista del órgano judicial, tampoco debería implicar obstáculo alguno para el ejercicio de su labor, ya que éste profesional que interviene como psicólogo asesor de parte es simplemente un asesor técnico que viene a complementar la tarea del abogado defensor.

En cuanto a este tema, **la Cámara de Acusación de Córdoba, en un primer momento, estableció: “la asistencia profesional pretendida por la defensa, además de no estar prevista legalmente, resulta innecesaria**

en tanto los psicólogos actuantes están preparados para canalizar las preguntas al menor (...)”⁽⁹⁾ Con posterioridad, la Cámara de Acusación avaló la posibilidad de contar con un psicólogo asesor de parte, ya que considera que resulta lo más adecuado al ejercicio de la labor defensiva. Además agrego, que resulta necesaria la intervención ya que las valoraciones que el psicólogo oficial pueda incorporar en su informe deben ser posibles de ser contrarrestadas por las otras partes. Pero aún, la Cámara agrega otro argumento: ello también es adecuado al interés del menor, dado que debe hacerse todo lo posible para tratar de que ese menor sea expuesto sólo una vez”.⁽¹⁰⁾

Debemos tener presente, que la mayor o menor utilidad que en los hechos pueda tener esta intervención, dependerá de la naturaleza del caso, y si bien no resultará necesaria en hechos simples si lo será en hechos más complejos.-

III. CONCLUSIÓN

En el sistema procesal, existen ciertos actos que por su naturaleza y características no tiene sentido repetir-

(9) Cámara de Acusación e Córdoba, Auto N° 153, 27/08/07

(10) Cámara de Acusación de Córdoba, A.I. 59 10/03/09, pronunciado en autos: “Actuaciones labradas por Unidad Judicial de la mujer y el Niño en el Sumario N° 3827/07 s/ se efectúe entrevista en Cámara Gesell a la menor L.N.H (Expte. “At./45/07”)

los, o en caso de ser llevados a cabo no lo pueden ser en las mismas condiciones que lo fueron en la primera oportunidad, como por ejemplo los registros, reconocimientos, inspecciones, entre otros.

Pero existen ciertos actos, que aunque no son en esencia actos definitivos e irreproducibles, se les otorga tal carácter para evitar que se repitan con posterioridad; y este es el caso de los testimonios receptados mediante el sistema de Cámara Gesell.

Lo que se busca justamente con el otorgamiento de tal carácter, es no someter a la persona que está siendo testimoniada bajo este procedimiento, generalmente víctima de un delito sexual, a una ulterior revictimización.

Para que este procedimiento sea eficaz y operativo es necesario contar con infraestructura y recursos humanos. Sin embargo, en la Provincia de Córdoba, no ocurre eso ya que sólo el centro judicial de la capital cuenta con el espacio adecuado para la recepción de estos testimonios y con un gabinete técnico adecuado dedicado exclusivamente para eso, que es el Cuerpo de Psicología Forense del Poder Judicial.

Desde mi humilde punto de vista, para que este procedimiento funcione correctamente se debe procurar, de a poco, que todos los centros judiciales cuenten con una infraestructura material y humana, para que de esta manera se cuente con un espacio acreo y no se afecte a los psicólogos oficiales que también tienen que atender

otras cuestiones, a la exclusiva recepción de estos testimonios, dilatando así la administración de justicia.

En relación al testimonio infantil, puedo concluir, que, en términos generales, a partir de los 10 años el menor puede rememorar detalladamente los sucesos que haya percibido, en forma muy similar al recuerdo que produce una persona adulta. No quiere decir, que el niño que haya alcanzado la edad de tres años no esté en condiciones de rememorar y relatar hechos pasados, pero lo va a hacer en forma menos pormenorizada.

Si bien existe la posibilidad de que el menor sea suggestionada, el equipo técnico del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cuenta con profesionales altamente capacitados para que esto no suceda.

IV.-BIBLIOGRAFÍA

- Almirón, Hugo Antonin, Bustos, Julio César, Caeiro, Eduardo, Caeiro Palacio, Eduardo Santiago, Jaime, Marcelo, Nuñez, Carlos, Pérez Moreno, Eugenio, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- Comentado y Anotado, La Lay, Buenos Aires, 2010.-
- Cafferata Nores, José, Montero, Jorge, Vélez, Víctor, Ferrer, Carlos, Novillo Corvalán, Marcelo, Balcarce, Fabián, Hairabedián, Maximiliano, Frascaroli, Susana, Arocena, Gustavo, Manual de

Derecho Procesal Penal, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003.-

- Cafferata Nores, José y Hairabedián, Maximiliano, La prueba en el proceso penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.-
- Lucero, Inés, El testimonio de niños en el proceso penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.-
- Romero, Sebastián G, Cámara Gesell, Testimonio de niños en proceso penal, Alveroni, Córdoba, 2010.-
- D'Antonio, Daniel Hugo Convención de los derechos del niño, Comentada y Anotada, Astrea, Buenos Aires, Año 2001, ISBN 9505085702.-

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES <i>(DRA. GABRIELA FERREYRA JENKS)</i>	9
CAMBIO DE PARADIGMA.....	9
LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE DERECHO.....	16
COMPETENCIA.....	20
BIBLIOGRAFÍA.....	26
DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARREPENTIDO <i>(DR. ROBERTO JESÚS IMANOL ABDALA)</i>	27
MARCO LEGAL.....	27
LINEAMIENTOS ESPECÍFICOS.....	36
LA FIGURA DEL ARREPENTIDO.....	36
EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEY DE ESTUPEFACIENTES.....	42
CONCLUSIONES FINALES.....	45
BIBLIOGRAFÍA / LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	47

**E – GOVERNMENT (GOBIERNO ELECTRÓNICO
Y HERRAMIENTAS PARA ENFRENTAR
A LA BRECHA DIGITAL**

(DR. FACUNDO AGUSTÍN LUNA)..... 49

**ESTADO DE INDIVISIÓN:
OPOSICIÓN DE POSESIÓN DE UN COHEREDERO**

(DRA. DAIANA FLORENCIA RITU)..... 63

INTRODUCCIÓN..... 63

LA POSESIÓN PARA USUCAPIR..... 64

LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y LA POSESIÓN COMO DUEÑO..... 65

CONCEPTOS PREVIOS..... 66

 LA CALIDAD DE HEREDERO..... 66

 LA POSESIÓN HEREDITARIA
 Y LA POSESIÓN DE DERECHOS REALES..... 66

LOS POSIBLES CURSOS DE ACCIÓN..... 67

 ACTOS CONSERVATORIOS Y MEDIDAS URGENTES..... 67

 LA DISPOSICIÓN DE LA COSA..... 69

 SUSPENSIÓN DE PRESCRIPCIÓN ENTRE HEREDEROS..... 69

 SUSTRACCIÓN BIENES HEREDITARIOS..... 70

LA ADMINISTRACIÓN VS. LA POSESIÓN..... 71

LA PRUEBA.....	75
CONCLUSIÓN	77

EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

<i>(DR. GUIDO MATÍAS LUNA)</i>	79
INTRODUCCIÓN.....	79
FINANCIAMIENTO PARA EL DESENVOLVIMIENTO INSTITUCIONAL.....	80
FINANCIAMIENTO PÚBLICO PARA CAMPAÑAS ELECTORALES.....	86
FINANCIAMIENTO DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL.....	89
PUBLICIDAD EN REDES SOCIALES.....	91
CONCLUSIÓN.....	92

GARANTÍA EXTENDIDA.....	95
<i>(ANDREA ALICIA CHOROLQUE)</i>	95
INTRODUCCIÓN.....	95
GARANTÍA LEGAL.....	96
GARANTÍA EXTENDIDA.....	101
DEL AGENTE INSTITORIO.....	108
CONOCIMIENTO EQUIVALENTE.....	108
CONCLUSIÓN.....	114

EL ROL DE LA MUJER EN EL DERECHO DEL TRABAJO <i>(DRA. CALISAYA PEREZ MELINA NAHIR)</i>	117
DESCANSOS Y PROHIBICIONES	118
PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO	120
LICENCIA POR MATERNIDAD	120
DE LA ESTABILIDAD DE LA MUJER EMBARAZADA	122
AUSENCIA POR ENFERMEDAD RELACIONADA AL PARTO O EMBARAZO	123
DESPIDO POR CAUSA DE EMBARAZO. PRESUNCIÓN	124
DESCANSO DIARIO POR LACTANCIA	127
ESTADO DE EXCEDENCIA	129
REINGRESO	131
CONCLUSIÓN	132
TESTIMONIOS DE NIÑOS EN CÁMARA GESELL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA <i>(DRA. MARIANA CÓRDOBA ETCHART)</i>	135
I. INTRODUCCIÓN	135
II. CÁMARA GÉSELL	136
A) ORIGEN Y NOCIÓN	136

B) ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 221 BIS DEL C.P.P.....	137
C) ALCANCE DE SU REMISIÓN AL ART. 308 DEL C.P.P. DE CÓRDOBA.....	143
D) NATURALEZA JURÍDICA.....	145
E) CAPACIDAD DE LOS NIÑOS PARA SER TESTIGOS.....	147
F) POSIBILIDAD DE CONTAR CON UN PSICÓLOGO COMO ASESOR DE PARTE.....	151
III. CONCLUSIÓN.....	153
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	155

La composición y el armado de esta edición se realizó en Editorial EL FUSTE, San Salvador de Jujuy en la segunda quincena del mes de Septiembre de 2020.

www.elfuste.com.ar

editorial@elfuste.com.ar