



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

Sucesiones:

Fuero de atracción: finalidad; alcances; acción de filiación iniciada luego de la muerte del presunto progenitor; fuero de atracción del sucesorio; procedencia. **Código Civil y Comercial: Interpretación.**

NF Con nota a fallo

1 – El fuero de atracción es un instituto de orden público, ya que contempla el interés particular, así como también el interés general, para la más eficiente prestación del servicio de justicia, pues, ante la necesidad de uniformidad en el criterio de reconocimiento o desconocimiento del carácter de heredero a los diferentes sujetos reclamantes de una herencia, la calidad de sucesor debe ser reconocida o negada por el mismo juez; en tanto que de su apreciación dependerá la interpretación de las razones y pruebas que tiendan a lograr ese reconocimiento o desconocimiento.

2 – Las acciones de estado o de familia de las que resulte o pueda derivar una pretensión del reconocimiento de un llamado a la herencia –entre las que se hallan comprendidas las acciones de filiación– están sometidas al fuero de atracción de la sucesión.

3 – La falta de mención expresa de las cuestiones personales entre las acciones que son atraídas al juzgado en el que tramita el juicio sucesorio no implica de ningún modo que aquellas hayan sido excluidas, pues considerarlo así supone una interpretación aislada del texto legal, meramente gramatical y carente de razonabilidad, que descarta o ignora otras normas que presuponen la atracción al juzgado del sucesorio de las acciones personales de los acreedores del causante.

4 – Por aplicación de la doctrina según la cual la falta de mención expresa de las cuestiones personales entre las acciones que son atraídas al juzgado en el que tramita el juicio sucesorio no implica de ningún modo que aquellas hayan sido excluidas, cabe considerar que la presente acción de filiación promovida luego de la iniciación del proceso sucesorio del signado como padre está sometida al fuero de atracción de la sucesión. Ello, sin perjuicio de que dicha doctrina haya sido sentada bajo el derogado Código Civil, pues guarda plena

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

consonancia con lo dispuesto por el art. 2336 del cód. civil y comercial, que resume en su texto las disposiciones contenidas en los arts. 3283, 3284 y 3285 del anterior cód. civil. R.C.

59.790 – TSJ Córdoba, abril 4-2017. – R., M. J. c. O., D. F. (sus sucesores) - Acciones de Filiación - Contencioso - Post Mortem - Cuestión de Competencia.

Córdoba, cuatro de abril del año dos mil diecisiete

Vistos:

Estos autos caratulados: “R., M. J. c. O., D. F. (sus sucesores) - Acciones de Filiación - Contencioso - Post Mortem - Cuestión de Competencia” (SAC n° 2498709), traídos a despacho a los fines de resolver el presunto conflicto de competencia surgido entre el Juzgado de Familia de Primera Nominación y el Juzgado de Primera Instancia

NF Las acciones de Estado y el fuero de atracción

por JULIO CHIAPPINI

Sumario: 1. UNA OMISIÓN QUE SE LAS TRAE. – 2. ¿RESOLVIÓ BIEN EL TRIBUNAL? – 3. ¿QUÉ HACER? – 4. ¿OTRO PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO? – 5. EXCURSO: DEDICATORIA.

1 Una omisión que se las trae

El art. 3284 del cód. civil estableció el fuero de atracción. VÉLEZ SANSFIELD, eso al menos deslizan algunos comentaristas, llegó fatigado a sucesiones. Tal vez la con-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Sentencias con aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: derecho sucesorio*, por LUCILA PIANEZZA, EDFA, 67/-26; *La aplicación del Código Civil y Comercial al proceso sucesorio en trámite*, por JOSEFINA BONIFACIO COSTA, EDFA, 71/-23; *La aplicación del nuevo Código Civil a los procesos de divorcio en trámite*, por JOSEFINA BONIFACIO COSTA, EDFA, 75/-29; *Juicio por filiación extramatrimonial y “responde de expectativa”*. El problema de las costas, por JULIO CHIAPPINI, ED, 254-848; *Los principios y reglas Ali-Unidroit del Proceso Civil Transnacional (PRTCPC) y su posibilidad de integración en el procedimiento civil*, por ALEJANDRO ALDO MENICOCCHI, ED, 255-853; *Lineamientos del proceso civil moderno*, por MARIO MASCIOTRA, ED, 269-830; *Una posible excepción al “fuero de atracción” previsto en el art. 717 del Código Civil y Comercial*, por PABLO CARO, ED, 269-851. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

tingencia infligió que se abstuviera de incluir las acciones de estado, por ejemplo, un juicio de filiación, de desconocimiento de paternidad o de nulidad de matrimonio en ese fuero universal. El proyecto de FREITAS, para colmo, ni siquiera arribó a sucesiones.

Con todo, los sesudos civilistas a cargo de la reforma, que en realidad preparó en un nuevo ordenamiento tal como ya lo anticipa el título de ese código, también se desentendieron –art. 2336– del problema. Seguramente por la impaciencia propia de los talentos; o porque cuando se sabe mucho, se dan muchas cosas por sobreentendidas.

Posiblemente, esto último. Ya que la doctrina y la jurisprudencia coincidían en que, aunque las acciones de estado habían sido excluidas del fuero de atracción, igualmente quedaban comprendidas⁽¹⁾.

Incluso un reciente fallo del STJ Córdoba, en pleno, adhirió a esa interpretación. Pues lo contrario, asestó, “supone una interpretación aislada del texto legal, meramente gramatical y carente de razonabilidad, que descarta o

(1) La interpretación extensiva fue incluso propinada por la CS: Fallos: 245:43 y 287:328. Y los autores lo mismo. Cuando la unanimidad se equivoca, ¿tiene razón? ¿Existe con regencia en el derecho la democracia *rousseauiana*?

ignora otras normas –incluso del mismo precepto– que presuponen la atracción del juzgado del sucesorio de las acciones personales de los acreedores del causante (...) En la labor exegética no se puede soslayar el objetivo que persigue en materia sucesoria el fuero de atracción, cual es la concentración en un mismo magistrado de todos los juicios seguidos contra el causante; dada la conveniencia de que un mismo juez intervenga en todas las cuestiones que puedan afectar.

La universalidad del patrimonio (...) El fuero de atracción se trata de un instituto de orden público; ya que contempla el interés particular como así también el interés general para la más eficiente prestación del servicio de justicia⁽²⁾.

Esta resolución surgió de un conflicto de competencia negativo trabado entre un tribunal de familia y un juzgado civil de Córdoba capital. FLORES, en su referido comentario, que es adverso a lo decidido, se basa en un solo argumento: la acción de filiación, ante el silencio de la ley, debe tramitarse en el tribunal con competencia material especializada. Creo que tiene razón, pero no... razones.

En materia de sucesiones, y en el siglo XIX, se solía decir “juez de la testamentaria”. Lo que no cambió es el sentido de la tersa rima “del hoyo al bollo”.

(2) “Rivera c. Ortiz”, 4-4-17. Sentencia publicada en Foro de Córdoba N° 190, noviembre de 2017, pág. 131. Con nota de FRANCISCO MARTÍN FLORES. Hay quienes sostienen (ACUÑA ANZORENA, FORNIELES, RÉBORA) que el fuero de atracción no es de orden público, ya que solamente se ventilan intereses particulares.

CONTENIDO

DOCTRINA

Análisis de las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre Prevención del Daño, por **Diego Lo Giudice (Conclusión del diario del 17 de mayo de 2018)** .. 4

NOTA

Las acciones de Estado y el fuero de atracción, por **Julio Chiappini** 1

JURISPRUDENCIA

PENAL

Suspensión del Juicio a Prueba: Funcionario público: hecho ajeno a sus funciones; amenazas coactivas reiteradas en contexto de violencia doméstica (**Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 30 de la Capital Federal, abril 5-2018**) 7

PROVINCIA DE CÓRDOBA

Sucesiones: Fuero de atracción: finalidad; alcances; acción de filiación iniciada luego de la muerte del presunto progenitor; fuero de atracción del sucesorio; procedencia. **Código Civil y Comercial: Interpretación (TSJ Córdoba, abril 4-2017)**..... 1

en lo Civil y Comercial de Décimo cuarta Nominación, ambos de esta ciudad de Córdoba, en los que:

1. El accionante promovió demanda de filiación extramatrimonial en contra de los herederos de D. F. O. por ante el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba (fs. 1 y vta. y 13).

2. El titular del referido tribunal dispuso remitir las actuaciones al Juzgado Civil y Comercial de Décimo cuarta Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, en donde se encuentra tramitando la declaratoria de herederos del supuesto progenitor (proveído de fecha 28 de junio de 2016, fs. 20).

3. Llegados los obrados al Juzgado Civil indicado, su titular resolvió no abocarse al conocimiento de la causa y restituirla al Tribunal remitente (decreto de fecha 11 de octubre de 2016, fs. 25 y vta.).

Para así resolver consideró que tratándose de una demanda de filiación extramatrimonial, es decir de una reclamación de estado, la cuestión no puede considerarse concerniente a los bienes hereditarios y consecuentemente comprendidos en el fuero de atracción. Sostuvo que no debe confundirse el contenido u objeto de la acción con los efectos civiles que su reconocimiento provoque; éstos se harán valer o no según el caso por medio de la *actio petitoria* correspondiente por ante el juez del sucesorio, antes no. A mayor abundamiento, señaló que pese a que existen interpretaciones amplias sobre el fuero de atracción, incluyendo acciones de estado, la nueva legislación civil y comercial nada ha dicho al respecto, como asimismo, la legislación procesal del fuero de familia mantiene la regla de la competencia material de tal fuero, sin excepción alguna, todo lo cual hace entender que la interpretación amplia no puede ser de recibo.

4. Devueltas las actuaciones al Tribunal de origen, su titular ordenó correr vista al Ministerio Público Fiscal (decreto de fecha 25 de octubre de 2016, fs. 29), la que resultó evacuada por la señora Fiscal de Familia, quien

entendió que las razones brindadas por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Décimo cuarta Nominación no resultan atendibles (fs. 30/33).

Mediante proveído de fecha cuatro de noviembre de dos mil dieciséis se resolvió dejar planteada la cuestión de competencia y elevar los autos a este Tribunal Superior (fs. 34).

5. Llegados los obrados (fs. 37) se corrió traslado a la Fiscalía General de la Provincia (decreto de fecha 23 de noviembre de 2016, fs. 38), evacuándolo el señor Fiscal Adjunto del Ministerio Público Fiscal mediante Dictamen n° E-960 presentado con fecha 13 de diciembre de 2016, en el sentido que corresponde remitir las presentes actuaciones al Juzgado de Primera Instancia y Décimo cuarta Nominación en lo Civil y Comercial (fs. 39/41).

6. A fojas 42 quedó la cuestión de competencia suscitada en condiciones de ser resuelta.

Y Considerando:

I. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El artículo 165 de la Constitución Provincial en su inciso primero, apartado “b” –segundo supuesto– habilita al máximo órgano jurisdiccional local a conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno, las cuestiones de competencia que se susciten entre los tribunales inferiores, salvo que éstos tengan otro superior común.

En autos se plantea un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de Familia de Primera Nominación y el Juzgado de Primera Instancia y Décimo cuarta Nominación en lo Civil y Comercial, ambos de esta ciudad de Córdoba, con relación a la determinación del tribunal que debe intervenir en la acción de filiación, siendo que existe un juicio sucesorio respecto del sindicado como progenitor.

Como consecuencia de ello, toda vez que los tribunales involucrados carecen de un superior común, corresponde a este Cuerpo dirimir la contienda suscitada.

II. LA DOCTRINA DE ESTE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Los contornos del caso de marras, en cuanto se trata de una acción de filiación promovida luego de la iniciación del proceso sucesorio del signado como padre (cfr. constancia de fs. 19), ponen de manifiesto que es aplicable la doctrina ya sentada por este Tribunal Superior de Justicia en numerosas oportunidades⁽¹⁾.

Siendo ello así, es menester reparar en las consideraciones allí vertidas, que si bien lo fueron bajo la aplicación de un artículo hoy derogado, guardan plena consonancia con lo dispuesto por el artículo 2336 del Código Civil y Comercial, que resume en su texto las disposiciones contenidas en los artículos 3283, 3284 y 3285 del anterior Código Civil⁽²⁾.

En relación a la falta de mención expresa de las cuestiones personales entre las acciones que son atraídas al juzgado donde tramita el juicio sucesorio –invocada por el titular del Juzgado en lo Civil y Comercial–, la doctrina y la jurisprudencia han tenido oportunidad de señalar que ello no implica de ningún modo que las mismas hayan sido excluidas⁽³⁾, pues considerarlo así supone una interpretación aislada del texto legal, meramente gramatical y carente de razonabilidad, que descarta o ignora otras

(1) TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n° 21 del 14/04/2008 “González”; Auto n° 57 del 19/11/2008 “Bujedo”; Auto n° 8 del 12/6/2009 “Amaya”; Auto n° 9 del 17/6/2009 “Martínez”; Auto n° 49 del 2/10/2009 “Ordóñez”; Auto n° 34 del 5/10/2011 “Garay”, entre muchos otros.

(2) Cfr. Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (directores); *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, CABA, 2014, t. VI, p. 176 y ss.

(3) Cfr. Alterini, Jorge; *Código Civil y Comercial Comentado: tratado exegético*, La Ley, CABA, 2015, t. XI, p. 288; Jorge O. Azpiri; *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, 1° ed., 2° reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 126/127; Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, San Isidro, Buenos Aires, Sentencia del 15/09/2015, “Orihuela”.

2 ¿Resolvió bien el tribunal?

Posiblemente. Tanto el código del *ancien régime* como el *superveniens* libraron la suerte de las acciones de estado al parecer de los jueces. Que, a su vez, ciertamente, pueden inspirarse en otros fallos o en la doctrina.

Como el asunto ya había sido muy debatido en todo el país, parece claro que esa fue la voluntad del reciente legislador. La competencia del caso era cuestión sumamente relevante. Pero el reformador no estaba obligado a pronunciarse. Prefirió mantener el *statu quo* acaso inteligencian-do que ya estaba dirimido por las fuentes materiales de la interpretación de la ley. A las que entonces, absteniéndose, les “dio la derecha”. Después de todo, ¿para qué elucidar una perplejidad ya completamente despejada y, tal vez por unanimidad, en nuestro espléndido derecho?

El argumento de FLORES, basado en la especialidad, desde luego tiene miga. Sin embargo, puede y hasta quizás debe anteponerse el argumento legal.

El argumento legal asegura que el fuero de atracción en el proceso sucesorio nace de la ley y que la enumeración es taxativa. Esta conclusión viene de un principio romano: “quien incluye, excluye”. *Exclusa consentur omnia, quae lex enumerando non inclusit*.

La versión contraria, en cambio, suele invocar “razones de practicidad”⁽³⁾. Es decir, la consabida costumbre de quemar incienso en el altar del pragmatismo. Que suele levantar tronos a los principios y cadalsos a sus consecuencias. Lo conveniente se formaliza cuando así lo considera la ley: “El fuero de atracción existe por motivos prácticos de la mayor importancia, que consiste en liquidar dentro del mismo juicio el pasivo del ejecutado o demandado”: ST Santa Fe, La Ley, 40, 472.

Comprendo que el legalismo ya pasó de moda. Que la ley ha dejado de ser la única fuente formal del derecho. Que la dogmática ha dejado de ser el único método científico para interpretar la ley. Que predicar otra cosa es una antigüalla. O una superstición como la danza de la lluvia. De allí la paradoja del derecho: es muy sencillo o es imposible. Sencillo es para los dispersos y contados *Illuminati*: antaño elites y hoy en día individualidades despreciadas por ortodoxas. Y, para los demás, nos resulta ímprobo.

Según BORGES, “las teorías pueden ser admirables estímulos (...) pero asimismo pueden engendrar monstruos o meras piezas de museo”.

(3) Por ejemplo, CALVO COSTA, CARLOS A., *Código Civil y Comercial de la Nación...*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, pág. 806.

3 ¿Qué hacer?

Pues pensar. Pensar si una reforma al código es conveniente (y evidentemente que sí) elucida bien la competencia que decíamos. En tanto, ¿qué debería establecer esa reforma?

Son dos alternativas:

a) Las acciones de estado acuden al fuero de atracción del sucesorio; o

b) las acciones de estado acuden a ese fuero salvo que en la misma competencia territorial se emplace un tribunal especializado en derecho de familia.

Son dos conclusiones aceptables. Pero una parece mejor que la otra. ¿Cuál? Carece de importancia nuestro criterio. Además, todo el mundo hace lo que quiere: legislar es una actividad un tanto ociosa si el Estado deja de ser de derecho. Es decir, si no respeta su propio derecho.

Mientras, y hasta donde sabemos, que desde luego es poco y nada, tratándose de juicios laborales, no se verifica el fuero de atracción del sucesorio. ¿Por qué, entonces, sí en las acciones de estado? ¿Tan sutiles somos en el arte de distinguir? Sucede que en derecho distinguir no es un arte sino una parte de su ciencia.

En rigor, el fuero de atracción, más que al orden público, atañe al orden judicial⁽⁴⁾. Lo jurisdiccional es lo abstracto y lo judicial lo concreto. Durante el estado de indivisión de la herencia (ex art. 3281, en parte, actual art. 400), es un ideal que todos los derechos y deudas del causante concurren a un proceso universal de liquidación. Ahora, ¿“todos”? Por de pronto, aquellos que alista el art. 2336. Que excluyó las acciones de estado. Que en realidad son ajenas, directamente, a derechos patrimoniales. Acaso sí. Por ejemplo, si se acoge una demanda por filiación. Ese hijo, de allí en más, concurre como heredero forzoso a la sucesión de su progenitor *de cuius*. Hasta entonces hay eventualidad.

Por eso, y ante el silencio de radio de la ley, ¿cuál es el problema si la duda se resuelve en el tribunal que correspondía? El viejo art. 3281 se refería a los bienes. VÉLEZ lo tomó de SAVIGNY con ese sentido literal. Es curioso que la nota invoca *Derecho romano*, t. 8, parágrafo 375. Sin embargo,

(4) DE IRIONDO, LUIS U., *Fuero de atracción*, ED, 7-461. De todos modos, el fuero de atracción es irrenunciable aunque todos los interesados así lo concierten: ex art. 21, actuales 12 y 1004. ALBERTO M. ETKIN se pronuncia por el orden público del fuero sucesorio: *Fuero de atracción en los juicios universales*, Buenos Aires, Enciclopedia Jurídica Omeba, 1980, t. XII, pág. 845. En ese tiempo, y ahora también, salvo alguna excepción aislada, se omitía distinguir entre el orden público absoluto y el relativo. Este último depende de que el interesado lo invoque. Por ejemplo, la pesificación.

la obra no estaba en su biblioteca. Seguramente se refería al *Sistema de derecho romano actual*, 1840-1849. Leído, entonces, fuera de su ámbito propio. Sí contaba con el *Traité de droit romain*, Firmin Didot Frères, París, 1855-1860, 6 tomos; y con otros tres textos de SAVIGNY. Como los alemanes carecían de código civil, hablaban de “sistema”. Los franceses, en cambio, desde 1804, año en el que murió KANT, *de cours*⁽⁵⁾. Porque en 1804 se sancionó el Código Napoleón. Incluso así denominado por decreto de 1850 *pour rendre hommage á la vérité historique*. En su testamento, “la obra de sus obras”, en el decir de EMIL LUDWIG, Napoleón escribió: “... mi verdadera gloria no consistió en haber ganado cuarenta batallas sino en haber promovido el Código Civil”.

CARRARA, al no contar con un código penal sancionado, tituló a su obra “Programa”. Y eso la inmortalizó: depender no de una ley sino de principios. Alemania, dicho sea de paso, demoró una enormidad en dictar su código civil, el BGB: 1900. Lo mismo en crear la universidad de Berlín: 1810. Su primer rector, Fichte, fue defenestrado por insoportable. Cortaba todo debate bramando: “¡No olvidéis que por mi boca habla la diosa razón!”. Savigny, apellido francés de la Lorena, lo sucedió.

Mientras, las acciones de estado, vimos, “pueden”, de prosperar, habitar el proceso sucesorio. No son acciones o, mejor dicho, pretensiones como contenido material del derecho de acción, vinculadas derechamente con patrimonios. Carecen de una inexorable conexión con las sucesiones. El fuero de atracción, como en los concursos y quiebras, es centrípeto. Pero no a la fuerza todo ha de ir a parar a sus fauces. Porque todo lo que ha de venir no es todo.

Agrego que, aunque a veces creamos lo contrario, el fuero de atracción del juicio sucesorio no se verifica *intuitu personae*. En una sucesión, por ejemplo, hay un solo heredero. Es legítimo, es sobrino del causante. Sin embargo, fulano también afirma ser sobrino, primo entonces del que ya estaba legitimado por partidas. Este nuevo sobrino no tiene una relación directa con el *de cuius successione agitur*. Es una relación indirecta, oblicua. Pero le basta para querer y poder heredar. La universalidad “pues, no es completa sino limitada e instituida principalmente a favor de los acreedores de la masa y en interés de la liquidación uniforme”⁽⁶⁾.

(5) Puede verse nuestro artículo *La vida de Savigny* en la Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, Universidad de Chile, 1979, t. I, pág. 143. Uno de sus biógrafos, JOACHIM RÜCKERT, comenta: “Sorprende que, tratándose de un hombre de noble linaje, escogiera la ciencia jurídica como profesión”.

(6) LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de derecho civil (Sucesiones)*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, t. I, pág. 73. Con todo, hay contin-

normas –incluso del mismo precepto–, que presuponen la atracción al juzgado del sucesorio de las acciones personales de los acreedores del causante⁽⁴⁾.

III. FUERO DE ATRACCIÓN: OBJETIVOS Y ALCANCES

En la labor exegética no se puede soslayar el objetivo que persigue en materia sucesoria el fuero de atracción, cual es la concentración en un mismo magistrado –el que entiende en el principal– de todos los juicios seguidos contra el causante, dada la conveniencia de que un mismo juez intervenga en todas las cuestiones que puedan afectar la universalidad del patrimonio.

Es dable destacar que el fuero de atracción se trata de un instituto de orden público, ya que contempla el interés particular como así también el interés general para la más eficiente prestación del servicio de justicia. Por otra parte, una de las razones jurídicas de índole extrapatrimonial que da razón de ser al fuero de atracción del proceso sucesorio es la necesidad de uniformidad en el criterio de reconocimiento o desconocimiento del carácter de heredero a los diferentes sujetos reclamantes de una herencia. Por ello, la calidad de sucesor debe ser reconocida o negada por el mismo juez, pues de su apreciación dependerá la interpretación de las razones y pruebas que tiendan a lograr ese reconocimiento o desconocimiento⁽⁵⁾.

Con esta proyección y bajo la vigencia del anterior Código Civil, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las acciones de estado de familia de las que resulte o pueda derivar una pretensión de reconocimiento de un llamado a la herencia –entre las que se hallan comprendidas las acciones de filiación– están sometidas al fuero de atracción de la sucesión por estar alcanzadas por las disposiciones del inciso 1 del artículo 3284 citado, en cuanto dispone que deben tramitarse ante el juez del sucesorio las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por alguno de los sucesores universales contra sus coherederos⁽⁶⁾.

(4) Cfr. Ferrer, Francisco A. M. y Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban; “Fuero de atracción y acciones personales de los acreedores del causante”, La Ley, AR/DOC/3476/2015.

(5) Cfr. Rivera, Julio C. y Medina, Graciela; ob. cit., p. 178.

(6) Cfr. CSJN, Fallos 245:43 y 287:328.

Ello así, pues justamente la acción de filiación tiene por objeto determinar el estado filial de una persona y consecuentemente, la vocación hereditaria de ésta respecto de la sucesión.

En igual sentido, ha sostenido la doctrina especializada que: “(...) nuestra doctrina y jurisprudencia, en forma casi unánime, reconocen que quien peticiona la herencia, en última instancia lo que discute es la entrega de parte o de todos los bienes hereditarios, y en consecuencia, sea o no reconocido heredero (...) no puede discutirse que debe someterse tal reclamo al juez del sucesorio, sea por la vía del juicio de petición en sí o por el de filiación, que en cierto modo la comprende”⁽⁷⁾.

Además, se ha dicho que las acciones de estado o de familia de las que resulte o pueda derivar una pretensión del reconocimiento de un llamado a la herencia –entre las que se hallan comprendidas las acciones de filiación– están sometidas al fuero de atracción de la sucesión⁽⁸⁾.

En mérito de tales antecedentes, corresponde declarar que en la presente causa debe entender el Juzgado de Primera Instancia y Décimo cuarta Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad.

IV. Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Adjunto de la Provincia (Dictamen n° E-960 del 13/12/2016)

Se resuelve:

I. Declarar que en la presente causa debe entender el Juzgado de Primera Instancia y Décimo cuarta Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, a cuyo fin deberán remitírsele estos obrados.

II. Notificar al Juzgado de Familia de Primera Nominación de esta ciudad y a la Fiscalía General de la Provincia.

Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen. – *Aída L. Tarditti*. – *Domingo J. Sesín*. – *Luis E. Rubio*. – *M. de las Mercedes Blanc de Arabel*. – *Carlos F. García Allocco*. – *María M. Cáceres de Bollatti*. – *Sebastián Cruz López Peña*.

(7) Goyena Copello, Héctor R.; *Curso de Procedimiento Sucesorio*, 8° ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 51.

(8) Cfr. Medina, Graciela; *Proceso Sucesorio*, 2° ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 72.

En cuanto a otras excepciones, si una persona falleció y está concursada, prevalece el fuero de atracción comercial. Y, si un proceso está pendiente de apelación, predomina el tribunal de alzada respecto del sufragáneo. Y lo que resuelve entonces sí se traslada al sucesorio⁽⁷⁾.

COUTURE caracteriza el fuero de atracción en orden a “procesos acumulativos”⁽⁸⁾. En realidad, no: cuando la acumulación de autos, hay una afinidad que genera una sola sentencia. Cuando el fuero de atracción, en cambio, los procesos se congregan en un mismo tribunal. Y se dictan varias sentencias. Salvo que esos procesos, en algún caso, sean susceptibles de ser acumulados entre sí. *Fuero* viene del latín *forum* = “tribunal”. Pasa que en esos inicios había un solo juez. El foro era el lugar donde se trataban los asuntos públicos y en el que el pretor anunciaba sus resoluciones.

La interpretación de la ley es declarativa. Si alguien la quiere ampliar o achicar, debe explicar por qué. De no, incurrimos en pamplinadas. Por ejemplo, sostenemos que la apertura a prueba en la alzada es excepcional y de interpretación estricta. Cuando es al contrario: es de interpretación amplia, dado el principio *in dubio pro probatione*. O lo mismo: la apertura de la feria judicial es de interpretación excepcional y estricta. No, es de interpretación amplia con base en la regla *in dubio pro actione*. Hay que tener mucho cuidado antes de revolear dogmas procesales que luego se convierten en letanías de falacias.

Según SARTRE, “el infierno es la imposibilidad de razonar”. Y también promulgó que “el infierno son los otros”.

En cuanto a los argumentos, en esta nota los hemos apilado cual un *croupier* apila las cartas de una baraja. En estos casos conviene que omitamos mezclar fundamentos inconcusos con motivos débiles o febles. No es que la fuerza de una cadena esté en su eslabón más vulnerable, que así es. En todo caso, podemos aclarar que a ciertos

gencias por debatir. Por ejemplo, la acción de nulidad contra la declaratoria de herederos o la de rectificación de una partida que acredita un vínculo. En ambos casos, la jurisprudencia ungió el fuero de atracción.

(7) CHIAPPINI, JULIO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe comentado*, Rosario, Fas, 2011, t. 5A, pág. 454.

(8) COUTURE, EDUARDO J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pág. 296.

razonamientos los consideramos irrefutables. Y que, de todos modos, agregamos otros sin tanta gravitación, pero con cierto poder de persuasión. Las motivaciones endebles debilitan las fuertes e incluso decisivas⁽⁹⁾.

Además, por una regla de la luminotecnica, si sumamos una luz menor a una mayor, no habrá más luminosidad. Ejemplo: si almorzamos al aire libre en un día soleado, por más que instalemos 55 velas prendidas en la mesa, imposible que haya más luz. Y si encendemos grandes focos tipo estadio de fútbol, hay incluso menos. Pues al mirarlos nos encandilamos.

Como sea, EMERSON: “Los argumentos no convencen a nadie”. *Arguments convince nobody*. Y también en el derecho la retórica convence y la dialéctica vence. Pero, infelizmente, algunos jueces son falibles. Pasa que el error es posible, probable y hasta inevitable. Y, si no existiera, deberíamos inventarlo. Para los pesimistas, el derecho se ha reducido a opiniones, al afán de arbitrariedad o de originalidad, al abuso de la ignorancia ajena, a la omnipotencia, al azar. Y otras encantadoras bellezas.

4 ¿Otro problema epistemológico?

Tal vez podríamos evitar palabras tan pomposas. SAVIGNY, al tiempo que acuñó la palabra “dogmática”, ingenió cuatro maneras de interpretar el derecho. Una es la interpretación lógica.

En realidad, desbarró; pues la lógica es propedéutica a todas las ciencias. Y desde luego que le exigimos, incluso a la legalista dogmática, que sea lógica en sus razonamientos.

RUDOLF CARNAP, en *¿Qué es la lógica de la ciencia?* (1935), predica la originalidad de desprender la mayor cantidad posible de materias respecto de la filosofía. Que en realidad es el *living* de todas las ciencias. Por ejemplo, desgaja las ciencias de la naturaleza y las exactas. Y, no contenta, propina una serie de interrogantes destinados a

(9) GENARO RUBÉN CARRIÓ una vez me enseñó una cosa: “Yo firmo recursos extraordinarios federales en los que mi cliente tiene razón. O, cuanto mucho, los dudosos. Jamás los temerarios”.

NOVEDADES 2018

OBRA COMPLETA

OBLIGACIONES

Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores

DANIEL BAUTISTA GUFFANTI



Tomo I

Año 2017
ISBN 978-987-3790-3-4
675 páginas



Tomo II

Año 2018
ISBN 978-987-3790-71-3
790 páginas

Venta telefónica (11) 4371-2004
Compra online: ventas@el.derecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

despejar intrínquilis. Uno, y creo que casualmente, puede aplicarse a nuestro caso de ahora.

Pregunta CARNAP: “Tal teoría T2, ¿es o no compatible con la teoría T1? Y si son compatibles una con otra, ¿T2 está, por su constitución, contenida en T1, o bien su contenido desborda el de T1? O: ¿en qué consiste lo que está en T2, sin estar en T1?”.

Si queremos descifrar esta especie de ecuación, proponemos que la teoría T1 es el art. 2336. Y que la teoría T2 es la posibilidad de que las acciones de estado integren, un poco de contrabando (comercio intérope), ese art. 2336.

La primera respuesta podría ser que el listado del art. 2336 es compatible con las acciones de estado. Y que por cierto descuido del legislador este olvidó incluirlas en esa norma. Lo principal es que no las excluyó expresamente.

Aceptada esa premisa, debemos sostener, aunque no hay obligación al respecto, que el art. 2336, T1, es *numerus apertus*. Si admitimos eso, las acciones de estado pueden deslizarse en su listado. Como que le ponemos un taparrabos a la ley; pues le hacemos decir lo que en rigor no dice. Al menos, no lo dice de la boca para afuera.

La tercera contestación a las hipótesis de CARNAP es que la teoría T2 desborda el art. 2336. Pero que, con base en una interpretación amplia de la disposición, se verifica el fuero de atracción que decíamos. Hay que apelar nomás a la interpretación extensiva. Y, en este caso, bien hecho.

Queda por fin una incógnita, una equis, que urge revelar: aceptamos que las acciones de estado acuden al fuero de atracción. Empero, ¿qué sucede si en la misma competencia territorial hay un tribunal especializado en el derecho de familia? Un derecho que, por decirlo de un plumazo, es el que figura, tema más o tema menos, en los programas de la materia en las facultades de derecho.

Si bien JAN KOTT aconseja “defenderse de los dilemas”, acá no hay nada que hacerle, hay que enfrentar el reseñado.

El planteamiento que hicimos para nada aspira a una lógica formal. Sí a presentar el intrínquilis por medio de símbolos. En cuanto a la conclusión, ya adelantamos que podría quedar como una partida de ajedrez suspendida. Tal vez la solución, pese a tratarse de una cuestión de puro derecho, sea dudosa. O tal vez si sopesamos ambos argu-

mentos, y ambos tienen miga, se podría llegar a un resultado. No será esta vez por DE QUINCEY: “Es tan importante hallar un problema nuevo como solucionar un problema viejo”. O por LESSING: “Si el destino me diera la verdad o la investigación de la verdad, preferiría la investigación”.

Mientras, se ha constituido una comisión presidida por Julio César Rivera a la que se le encomendó proponer reformas al Código Civil y Comercial. Probablemente, por no decir “seguramente”, sus perinculitos miembros advertirán el módico enigma y dictaminarán una conclusión. Elucidar. O bien dejar las cosas como están; con el consiguiente “adivina adivinador”. Entretanto, la inercia es el principal motor del obrar humano.

Cuando se sanciona un nuevo ordenamiento, durante unos cuatro años la primordial fuente crítica es la doctrina. Luego, la jurisprudencia ya tomó cartas en el asunto y, como dicen los jugadores de truco (el derecho no es mucho más que eso), “se emparejan los tantos”. Pero en todos los casos, OLIVER WENDELL HOLMES: “El derecho es una profecía de lo que harán los tribunales”.

Lo que sí, antes de sancionar una ley mala, aunque no inconstitucional, es preferible que el legislador calle y deje librado el asunto a la gran capacidad, generalmente rutillante, de los intérpretes.

En cuanto a CARNAP, nació en Wuppertal en 1891 y murió en Santa Mónica en 1970. Fue uno de los fundadores del Círculo de Viena. El nazismo lo obligó a exiliarse en Praga y luego en Chicago. Fue profesor en los Estados Unidos y publicó 15 libros, mayormente en inglés. Buena parte de su obra se dedicó a, digámoslo así, la lógica del lenguaje. Que llamó “enunciados protocolares”. Tal vez a CARNAP le sucedió lo mismo que a un personaje que WELLS describe en *La máquina del tiempo*: “Él era demasiado inteligente como para que le creyeran”.

5 Excurso: dedicatoria

Dedico estas tan modestas líneas en memoria de mi ex condiscípulo OMAR UBALDO BARBERO (1948-2018) en la

Facultad Católica de Derecho de Rosario. Corría 1965. Lució notablemente los cuatro ases del póquer: magistrado judicial, abogado, doctrinario y profesor. Fue un hombre probo y... probado.

Según CICERÓN, “la vida de los muertos consiste en vivir en el alma de los vivos”. Y según SAN AGUSTÍN, “los muertos no son seres ausentes sino invisibles”. Y dijo COUTURE en una carta: “A nuestros hijos les dejamos como fortunas cosas y honores; las cosas, un día, tarde o temprano, se las lleva el diablo. Pero los honores y los actos dignos de la vida no se los puede llevar jamás”⁽¹⁰⁾.

VOCES: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO CIVIL - FAMILIA - ESTADO CIVIL - SUCESSIONES - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - JUECES - COMPETENCIA - ORDEN PÚBLICO - JURISPRUDENCIA

(10) Citado por BREBBIA, ROBERTO H., *Instituciones de derecho civil*, Rosario, Juris, 1997, t. II, pág. 477.

Análisis de las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre Prevención del Daño

por DIEGO LO GIUDICE

(Conclusión del diario del 17 de mayo de 2018)

11 La evitación

La víctima debe, cuanto de ella dependa, evitar agravar un daño ya producido (aprobado por unanimidad).

El art. 1710 del cód. civil y comercial regula el deber de prevenir el daño del siguiente modo:

“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a. evitar causar un daño no justificado;

b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c. no agravar el daño, si ya se produjo”.

Esta norma impone el deber de prevenir daños a todas aquellas personas que puedan causar un daño no justificado y siempre que esté a su alcance. Es así que “el imperativo de no dañar (art. 19 Const. Nacional) y la coherente función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1708), se despliegan en deberes puntuales de impedir perjuicios injustificados, a cargo de todas las personas en condiciones para hacerlo”⁽¹⁶⁹⁾.

Tal posibilidad debe estar dentro de su esfera de control⁽¹⁷⁰⁾ para evitar que el deber sea tan amplio que alcance a todos⁽¹⁷¹⁾.

Allí se regula un deber genérico que es distinto de la acción preventiva (art. 1711, cód. civil y comercial) contemplada para hacerlo efectivo. Pero no es la única herramienta útil para este fin, puesto que pueden existir mandatos preventivos que no requieran el ejercicio de una pretensión. De tal modo, “... en cualquier situación, en particular en el marco de un proceso judicial, si se presenta un supuesto en el que se active el deber genérico de prevención del daño (verificándose, claro está sus requisitos de procedencia), el potencial afectado se encontrará habilitado para efectuar el planteo respectivo, o incluso el juez podrá actuar de oficio”⁽¹⁷²⁾.

Para LÓPEZ HERRERA, los dos primeros incisos se superponen parcialmente porque el modo de evitar daños se realiza mediante la toma de medidas razonables. Pero hace una distinción. Por una parte, interpreta que el inc. a) está dirigido a quien tiene el dominio total del hecho que causa el daño y, por ser su autor, tiene toda posibilidad de evitarlo. Por la otra, considera que el inc. b) quedaría reservado

para quien no ha causado el daño pero puede adoptar medidas para evitar que se incremente⁽¹⁷³⁾.

Coincidimos con VÁZQUEZ FERREYRA en cuanto afirma que se podrían haber reducido los tres supuestos previstos en el art. 1710 al inc. a), puesto que evitar causar un daño también implica impedir su agravación y adoptar las medidas necesarias para ese fin⁽¹⁷⁴⁾. No es obstáculo el hecho de que lo que se deba evitar sea “causar” un perjuicio. Nos parece que esto no lo restringe solo a quien genera una amenaza o un daño⁽¹⁷⁵⁾, sino que una interpretación amplia podría extenderlo incluso a los terceros que con su omisión podrían permitir que se produzca el resultado dañoso.

La necesidad de que la adopción de las medidas para evitar un daño sea “de buena fe”, apelando a la “razonabilidad” y “conforme a las circunstancias”, no agrega mucho. Podría haberse entendido de tal modo sin necesidad de regular el inc. b), aunque no está de más.

En el Código Civil derogado no había una norma que contemple este deber en general. Solo existían algunas manifestaciones de este para supuestos aislados. Por esta razón la doctrina lo hacía derivar del principio de buena fe⁽¹⁷⁶⁾.

Conforme a esta postura, no consideramos que el vocablo “evitar” se deba ceñir a una actitud meramente pasiva. Implica también tomar todos los recaudos necesarios para que el daño no se configure.

Actualmente, el Código Civil y Comercial habla de “evitar un daño no justificado”. Tal denominación fue adoptada en lugar del “daño injusto” del derecho italiano por los problemas que este término ha generado⁽¹⁷⁷⁾. Asimismo, del análisis de esta redacción se desprende que el daño a prevenir debe ser antijurídico.

Este primer inciso alude a un momento previo al daño. Es decir, este todavía no se ha producido, pero es previsible que ocurra. En caso contrario, la posibilidad de evitarlo no estaría a su alcance y no habría forma de prevenirlo. Dicho razonamiento se condice con lo expresado en la primera parte del artículo, que impone estos deberes solo cuando “dependa” del sujeto.

El inc. b) del art. 1710 del cód. civil y comercial prevé que deben adoptarse las medidas necesarias para evitar la producción de un daño o disminuir su magnitud. Entendemos que aquí se contemplan las conductas que debe adoptar: a) quien generó la amenaza; b) el causante de un daño que puede agravarse; c) un tercero por amenazas o daños causados por otros e incluso fortuitas⁽¹⁷⁸⁾.

(173) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Código Civil y Comercial*, cit., pág. 996.

(174) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO, *La función preventiva...*, cit.

(175) Como sostienen PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 829.

(176) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Código Civil y Comercial*, cit., pág. 995.

(177) Ídem.

(178) PIZARRO y VALLESPINOS entienden que la evitación del daño causado por el propio agente estaría contemplada en el inc. a) (en

Las circunstancias que deben tenerse en cuenta son aquellas de personas, tiempo y lugar. Esto no significa que se exija una conducta culpable en los términos del art. 1725 del cód. civil y comercial, sino que estos parámetros deben ser apreciados para determinar si existe el deber de prevenir a los efectos de determinar la previsibilidad.

Luego agrega que si ellas “evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa”.

Es evidente que la norma alcanza a quien no generó el riesgo pero tiene la posibilidad de evitarlo. No queda claro, por el contrario, si dentro del concepto de “tercero” al que alude el precepto debe ser incluido el potencial dañador respecto de la posible víctima que realiza los gastos. Nos parece que la interpretación adecuada es la afirmativa, puesto que la intención del precepto es aludir a la posición en la que permanece quien realiza los gastos respecto de otro sujeto, que tendría responsabilidad.

Por otra parte, la redacción parecería referirse solo al daño futuro, ya que alude a un tercero que *sería* responsable por este. Entendemos que se da ante la inminencia e inevitabilidad de su producción⁽¹⁷⁹⁾ o cuando, una vez producido, todavía existe la posibilidad de detener sus efectos.

Esta restricción contempla los gastos necesarios para evitar el daño (daño emergente), pero deja fuera al lucro cesante y al daño extrapatrimonial. Tampoco contempla el caso de que la conducta no sea atribuible ni siquiera a un tercero (como quien sufre graves quemaduras al salvar a alguien de un incendio provocado por un rayo)⁽¹⁸⁰⁾.

Para PIZARRO y VALLESPINOS corresponde al menos una reparación de equidad, por interpretación analógica de los arts. 1718, inc. b) *in fine*, y 1742 del cód. civil y comercial, para que se dé una aplicación justa y sensata⁽¹⁸¹⁾. También podría resultar inconstitucional para el caso concreto, cuando perjudique en forma injustificada a quien ha tomado las medidas.

De tal modo:

- Si la posible víctima realiza gastos para prevenir, podría reclamarlos del potencial dañador, siempre que estén relacionados con la amenaza y no en un exceso del propio damnificado. Un ejemplo es el de aquella persona que repara su pared ante los signos de humedad provenientes de un inmueble vecino, con el fin de evitar que su vivienda sufra mayores deterioros.

Nos parece que es necesario que sean útiles para lograr la prevención (o que previsiblemente lo hayan sido), lo que no equivale a decir que podrá reclamar únicamente en la medida del enriquecimiento del dañador.

- En el caso en que los gastos hayan sido realizados por un tercero, debe apreciarse el caso concreto: a) si solo debió prevenir por ser quien estaba en “mejor posición” para hacerlo, nos encontramos dentro del supuesto de la norma, por lo que la solución debe encaminarse por los me-

Tratado de responsabilidad..., cit., pág. 829). Pensamos que ambos se complementan, debido a que nos parece que podría haberse incluido los tres incisos en el primero.

(179) ALFERILLO, *Código Civil...*, cit., pág. 15.

(180) PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, CARLOS G., *Tratado de responsabilidad...*, cit., pág. 833.

(181) Ídem.

(169) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 182.

(170) Cfr. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

(171) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO, *La función preventiva...*, cit.

(172) OSSOLA, *El deber...*, cit., pág. 54.

dios antes aludidos (equidad o inconstitucionalidad); b) en cambio, si tenía algún control sobre la actividad, estamos ante otro supuesto, allí no sería responsable un “tercero”, sino el mismo individuo que generó el riesgo. Por lo tanto, entendemos que los gastos de prevención no podrían serle reclamados a la víctima potencial.

Cabe preguntarse qué sucede en el supuesto de heroísmo: cuando alguien no tiene el deber de prevención, pero igualmente evita un daño y resulta perjudicado. Aquí jugaría la limitación indemnizatoria de los arts. 1719 y 1710, inc. b), del cód. civil y comercial. Coincidimos con PIZARRO y VALLESPINOS en cuanto afirman que hubiera sido preferible establecer un estándar de responsabilidad por equidad⁽¹⁸²⁾.

En cuanto al inc. c), se alude al deber de no agravar el daño. Se trata de un “deber” cuando quien debe tomar esa actitud es el dañador o un tercero y de una “carga” cuando está en cabeza de la víctima.

PEYRANO distingue dos supuestos: a) el cese del daño y la continuación de sus efectos; y b) el cese del agravamiento.

Respecto del primero, explica que la prolongación del daño en el tiempo “agrava sus consecuencias y vuelve su reparación cada vez más difícil y costosa”⁽¹⁸³⁾. Se busca evitar que la misma causa jurídica se perpetúe como factor potencialmente idóneo de los mismos y previsibles multiplicados daños⁽¹⁸⁴⁾. En este caso no ha cesado la conducta que lo genera, por lo que la prevención estará dirigida a hacerla finalizar. Por ejemplo: ante aquellos actos abusivos, discriminatorios, contaminantes, que exceden la normal tolerancia entre vecinos, que violan la intimidad o que vulneran el régimen de propiedad horizontal⁽¹⁸⁵⁾.

Cuando lo que se busca es el cese del agravamiento, nos encontramos frente a una conducta que ya cesó. Pese a ello, ha generado un daño cuyas consecuencias se agravan con el tiempo. A diferencia de la anterior, no hay una conducta continua de daño, sino única⁽¹⁸⁶⁾, puesto que, si ya se consumó por completo, resultaría inútil una acción preventiva. Se trata de reponer o rehabilitar situaciones afectadas, con el fin de aminorar los efectos nocivos en un futuro⁽¹⁸⁷⁾.

Creemos que ambos supuestos están contemplados en este tercer inciso. Además, como bien señala GALDÓS, la agravación del daño puede contemplar varias situaciones: aumentar su magnitud, extensión o prolongar sus efectos temporales o espaciales⁽¹⁸⁸⁾.

Para el dañador –ya no en potencia–, implica un deber de abstenerse de realizar cualquier acción que pueda agravar el perjuicio que ya generó. Para la víctima, se funda en el principio de buena fe y en una apreciación razonable de un hecho suyo como eximente. Se trata de una carga como imperativo del propio interés⁽¹⁸⁹⁾.

LÓPEZ HERRERA explica que, por tratarse de conductas continuadas, las acciones para lograr el cese del daño son imprescriptibles e independientes de las indemnizatorias. Afirma que, de lo contrario, “habría que admitir que el paso del tiempo pueda purgar la discriminación, la depredación al ambiente o la exposición de la vida pública”. En cuanto al cese del agravamiento, considera que en principio no está alcanzado por la prescripción liberatoria⁽¹⁹⁰⁾.

Nos parece que corresponde distinguir: a) si se busca el cese del daño y se procura evitar que continúen sus efectos, no empezaría a contarse el plazo hasta tanto cese el perjuicio. De tal modo, la solución sería similar a la del autor antes mencionado, puesto que, mientras el daño subsista, no habría prescripción; b) pero si se busca evitar el agravamiento de un daño que ya se produjo o la conducta es única, entendemos que comenzaría a correr a partir del momento de su producción.

De no ser así, el individuo comprendido en este último supuesto se encontraría en una mejor situación que si tuviera que iniciar una acción resarcitoria. Es su propia

inactividad la que no permite que dichas consecuencias desaparezcan. Y desde el punto de vista del dañador, no podría quedar ligado eternamente a un perjuicio que se dio en un único momento.

Si en ambos casos la conducta ya cesó, resulta lógico que también prescriba el derecho para accionar por el cese de su agravamiento.

Pero como no se trata de un reclamo *indemnizatorio* derivado de la responsabilidad civil, no sería aplicable el de tres años contemplado en el art. 2561 del cód. civil y comercial, sino el genérico de cinco años (art. 2560, cód. civil y comercial).

12 Sentencia

El juez tiene amplias facultades a la hora de resolver fundada y razonablemente y no está compelido a seguir los planteos de las partes, pudiendo, inclusive, actuar de oficio.

En virtud de ello, el ejercicio de estas facultades no transgrede, en esta materia, el principio de congruencia.

El juez debe resolver ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

La idoneidad del medio seleccionado se vincula no solo con el resultado final procurado, sino también con las técnicas procesales eficaces para asegurar su concreción (aprobado por unanimidad).

Creemos que es necesaria cierta participación activa de los jueces y que en determinados casos es indispensable para lograr una solución justa. Sin embargo, no nos parece que esto pueda generalizarse. El Código les otorga a los magistrados una gran cantidad de facultades, sin distinguir en qué situaciones concretas debe utilizarlas. Se ha regulado la cuestión en general, dejando en el arbitrio de los jueces la potestad de imponer medidas restrictivas o no. Consideramos que en ciertos casos esas potestades son amplias y excesivas, aunque parecen adecuadas cuando la prevención es urgente y recae sobre derechos fundamentales. Su aplicación razonable dependerá del poder judicial, que hasta el momento ha sido prudente en este sentido⁽¹⁹¹⁾.

En materia ambiental, por ejemplo, el juez cuenta con activismo en la producción y diligenciamiento de pruebas⁽¹⁹²⁾ (conforme lo dispone el art. 32 de la Ley General del Ambiente)⁽¹⁹³⁾ que es aceptable, debido a la importancia de los derechos que se encuentran afectados. De tal modo, la investigación no recae solamente en las partes, sino también en el juez⁽¹⁹⁴⁾. Tiene un rol tutelar y preventivo en este ámbito, con fundamento en que “la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”⁽¹⁹⁵⁾.

Un aspecto muy discutido era si la prevención debía ser aplicada por el juez solamente a pedido de parte o si también podía hacerlo de oficio. Esto surgió como consecuencia de la doctrina contenida en algunos interesantes precedentes jurisprudenciales: “Celulosa Argentina”⁽¹⁹⁶⁾

(191) Esta conclusión surge de las soluciones adoptadas en los distintos fallos citados en el presente trabajo.

(192) CFed. Córdoba, sala A, 1-4-2015, “Ulla, Laura y otros c. Fidela Delia Ribas y Eduardo Ramón Ribas SH y otro”; sumario publicado en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2016-2 “Prevención del daño”, pág. 628.

(193) Art. 32 de la Ley General del Ambiente: “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

(194) CNCom., sala C, 4-7-13, “Algavi S.A. c. Esso S.R.L.”, sumario publicado en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2016-2 “Prevención del daño”, pág. 629.

(195) Fallo citado; en el mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema, en fecha 23-2-16, en los autos caratulados “Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbrera Limited y otro”, sumario publicado en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2016-2 “Prevención del daño”, pág. 629.

(196) C1°C N° 1 La Plata, “Celulosa Argentina”, 11-10-77, JA, 1978-III-321.

(voto en disidencia del Dr. Sosa), “Altamirano, Elsa c. Cerámica Martín SA y otros”⁽¹⁹⁷⁾ (revocado por la Cámara de Apelaciones), “Giménez, Domingo y Ferreyra, Marta Raquel c. Estado Nacional (Ejército Argentino) por daños y perjuicios”⁽¹⁹⁸⁾.

El Proyecto de 1998 había previsto en su art. 1586 lo siguiente: “El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción del daño”. ZAVALA DE GONZÁLEZ entiende que este artículo tiene vigencia doctrinaria en el sistema actual y que preveía la prevención de oficio, puesto que “si se entendiera que es a solicitud de parte, sería tautológico respecto de la viabilidad de reclamaciones preventivas”⁽¹⁹⁹⁾.

La posibilidad de actuar de oficio se tuvo en cuenta en otros proyectos y jornadas⁽²⁰⁰⁾.

Se ha dicho en este sentido que el juez, apreciando la posibilidad de un perjuicio evidente y teniendo en cuenta la protección que debe brindar a las víctimas, no puede permanecer impasible ante la producción del daño. En caso de que así lo hiciera, estaría creando un “derecho a perjudicar”⁽²⁰¹⁾. Además, esto implicaría un dispendio de actividad y resultado adverso a la solidaridad, ya que luego se condenaría a indemnizar daños que pudieron y debieron evitarse⁽²⁰²⁾.

En sentido afirmativo se ha manifestado ZAVALA DE GONZÁLEZ, quien entiende que “si la amenaza es actual o inminente y enervarla no admite dilaciones, la inhibitoria es factible aun cuando, por defecto de la petición de la víctima o porque quien debe cumplir la medida no ha comparecido a la causa, este no haya podido ejercer su derecho de defensa”. En este caso podría recurrir con posterioridad la decisión⁽²⁰³⁾.

LORENZETTI se inclinaba por una solución distinta. Al estudiar dos de los casos más resonantes⁽²⁰⁴⁾, se manifestaba en favor de la prevención de oficio que se adoptó en ellos. Sin embargo, explicaba que la situación no podía generalizarse y cuestionaba que pueda realizarse respecto de un tercero que no ha comparecido a juicio y que no ha tenido oportunidad de defensa. Aclaraba que, con anterioridad a la regulación de la acción de amparo en la Constitución Nacional, era imperativo utilizar la vía oficiosa para solucionar estos problemas, pero que, luego de la reforma que incorporó dicho remedio y permitió su ejercicio por parte del Defensor del Pueblo, ya no tendría sentido⁽²⁰⁵⁾.

Actualmente, el art. 1713 del cód. civil y comercial le otorga la facultad al juez de imponer obligaciones al sujeto pasivo, “a pedido de parte o de oficio”. Por tal motivo, nos parece que *excepcionalmente* puede actuar de oficio.

ALFERILLO entiende que la posibilidad de imponer medidas preventivas de oficio está fundada en que se encuentra involucrado el orden público⁽²⁰⁶⁾. Entendemos que esto no sucede en todos los casos. Se verifica cuando se impone la tutela de intereses fundamentales, tales como la vida, salud u otros derechos personalísimos⁽²⁰⁷⁾.

ZAVALA DE GONZÁLEZ advierte que el texto de esta norma en el Anteproyecto estaba mejor formulado que el actual. Se hacía referencia a la sentencia que “ordena la prevención del daño”, mientras que el Código Civil y Comercial habla de la que “admite la acción preventiva”. La jurista explica que este enunciado “parece ceñir el carácter oficioso a una resolución preventiva diversa de la postulada por el pretensor, pero exigiendo la promoción de una acción en tal sentido. La cuestión no ha sido resuelta con claridad, y dará lugar a interpretaciones contrapuestas”⁽²⁰⁸⁾. Incluso parecería requerir un proceso previo en el cual se solicitó la prevención de un daño y se resolvió en modo favorable, aunque, quizás, no se pidió la imposición de alguna medida indispensable. La letra del artículo no se expide respecto de la actuación de ofi-

(197) Juzgado Civil y Comercial N° 8 de Morón, 8-7-86, “Altamirano, Elsa c. Cerámica Martín S.A. y otros”. Dicho fallo fue revocado por la sala II de la Cámara de Apelaciones de Morón el 5-2-87.

(198) Sala III de la Cámara de Apelaciones de La Plata, 8-8-88, “Giménez, Domingo y Ferreyra, Marta Raquel c. Estado Nacional (Ejército Argentino) por daños y perjuicios”, JA, 1988-III-96.

(199) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 269.

(200) Proyecto de 1992 (art. 1549, párr. 2°); IV Congreso Provincial de Derecho Procesal realizado en San Lorenzo en 1991; XXIII Jornadas de Derecho Civil; XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

(201) AGUIAR, *Hechos y actos...*, cit., t. IV, pág. 172.

(202) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 272.

(203) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La tutela inhibitoria...*, cit., pág. 8.

(204) Sala III de la Cámara de Apelaciones de La Plata, 8-8-88, JA, 1988-III-96; Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 4 de la ciudad de Santa Fe, oct. 1989, Zeus, febrero 1990, bol. 3453.

(205) LORENZETTI, RICARDO L., *La tutela civil...*, cit., pág. 1225.

(206) ALFERILLO, *Código Civil...*, cit., pág. 21.

(207) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La tutela inhibitoria...*, pág. 8.

(208) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 270.

(182) *Ibidem*, pág. 491.

(183) PEYRANO, *Más sobre...*, cit., pág. 1221.

(184) MORELLO, AUGUSTO - STIGLITZ, GABRIEL, *Responsabilidad civil...*, cit., pág. 372. Dicha idea se expresó con relación al fallo comentado en dicho artículo (Juzgado Civil y Comercial N° 8 de Morón, “Altamirano, Elsa R. c. Cerámica Marti S.A. y otros”).

(185) Ejemplos brindados por LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Código Civil y Comercial*, cit., pág. 999.

(186) PEYRANO, *Más sobre...*, cit., pág. 1221.

(187) CNCiv., sala H, “Pérez, Eduardo c. Lavadero Los Vascos”, 16-11-95, LL, 1996-C, 719, cita online: AR/JUR/2044/1995; y CN-Civ., sala J, 31-8-2012, “K., A. P. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, MJ-JU-M-74318-AR | MJJ74318 | MJJ74318.

(188) GALDÓS, JORGE M., *Código Civil y Comercial*, cit., pág. 299.

(189) Al respecto puede verse el punto 10, relativo a legitimación pasiva.

(190) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Código Civil y Comercial*, cit., págs. 999/1000.

cio, cuando en el juicio no se ha promovido una acción tendiente a evitar un perjuicio. Entendemos que también podrían adoptarse, aunque el peligro de daño no haya sido invocado en el proceso⁽²⁰⁹⁾, por cuanto “la congruencia, en cuanto principio procesal, se diluye en parte en razón de la existencia de un interés superior, cual es el que reposa en el principio de prevención”⁽²¹⁰⁾.

En consecuencia, el juez podría imponer una medida preventiva en un proceso distinto, como sucedería, por ejemplo, si se iniciara una acción por daños y perjuicios en la cual se advirtiera que el perjuicio puede seguir agravándose⁽²¹¹⁾.

De tal modo, una resolución oficiosa abarca tanto el dictado sin impulso del interesado como también la posibilidad de adoptar otra medida distinta de la reclamada si es más eficaz y preserva mejor los intereses de las partes y de afectados potenciales⁽²¹²⁾. Igualmente, se puede sustituirla por otra más efectiva (aunque con petición del interesado)⁽²¹³⁾.

Puede suceder que, luego de haberse verificado daños por actividades especialmente peligrosas, se inicie un proceso y, durante su trámite, el juez advierta que no hubo una corrección o eliminación del riesgo por parte del demandado, que había tenido oportunidades para hacerlo. Por eso, el magistrado, además de entender en el conflicto planteado, puede ordenar medidas a fin de evitar nuevos daños, sin que ello signifique vulnerar el debido proceso⁽²¹⁴⁾. También se puede adelantar la decisión de alguna medida, imprimiendo un trámite más ágil⁽²¹⁵⁾.

A nuestro entender, lo decisivo para permitir la actuación oficiosa del juez –sea peticionada o no por la parte interesada– radica en que el peligro de daño recaiga sobre derechos fundamentales, como los relativos a la persona o el medio ambiente, y que sea necesario actuar con celeridad para evitar el resultado⁽²¹⁶⁾.

Esta actuación de oficio no es discrecional para el juez, sino que se trata de una atribución *imperativa* cuando se dan los presupuestos⁽²¹⁷⁾. En esos casos, les corresponde “evitar, reprobar y en su caso sancionar mediante las soluciones procesales disponibles, todo tipo de intento de desvío funcional de los institutos preventivos”⁽²¹⁸⁾. El gran problema sería determinar cuándo el juez está obligado a adoptarlas, ya que las pautas no son claras.

Si existe una obligación a cargo del Estado, es correcto notificar al Defensor del Pueblo para que inicie la acción preventiva⁽²¹⁹⁾. Pero en este caso, como en tantos otros, el modo de actuar dependerá del tiempo con el que se disponga y de los intereses en juego. Si hay urgencia y se trata de derechos fundamentales, la acción preventiva debería prosperar, dejando en manos del Estado la posibilidad de interponer, posteriormente, impugnaciones no suspensivas.

En la actuación preventiva de oficio, cobra importancia la ponderación de dos principios procesales que han sido

objeto de discusión, y provocado distintas opiniones en la doctrina. La primera de ellas es el respeto al derecho de defensa con relación al sujeto al que se le impone el deber de prevenir y la segunda, su conformidad con el principio de congruencia.

El primer tema se verifica cuando se dicta una sentencia que obliga a un sujeto a evitar un daño, sin posibilidad de contradecir los dichos del actor. Algunos entienden que esto vulnera su derecho de defensa⁽²²⁰⁾. En principio parecería ser acertada esta postura, al apreciar que los efectos de la decisión podrían alcanzar a un sujeto que no pudo defenderse en juicio.

Sin embargo, es importante recordar la evolución de la Corte Suprema respecto de esta garantía constitucional⁽²²¹⁾. Es así que en principio corresponde a las normas procesales reglamentar y hacer efectivas las garantías del debido proceso y defensa en juicio⁽²²²⁾. Y se admite que para lograrlo pueden establecer restricciones a los litigantes, incluso en el orden temporal⁽²²³⁾. Para valorar el respeto del derecho de defensa, no solo cabe tener presente la situación del demandado, puesto que “en la tarea de reglamentación de los principios constitucionales, la ley debe compatibilizar el ejercicio de los derechos de todos los intervinientes en juicio, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia”⁽²²⁴⁾. En este mismo sentido, sostuvo que el derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía de la defensa en juicio⁽²²⁵⁾.

Como bien señala MARCOS PEYRANO, no se puede hablar de un derecho defensivo exclusivo del demandado, “sino de un conjunto de facultades previsto constitucionalmente mediante la fórmula ‘es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos’ que apunta a la tutela efectiva, adecuada y oportuna de los derechos de ambas partes”⁽²²⁶⁾. Por eso, en caso de no existir una tutela judicial efectiva, también se verifica un estado de indefensión, muchas veces con consecuencias más perjudiciales que en los supuestos habituales. Aun cuando formalmente se le hubiera permitido llevar adelante el proceso en su totalidad, el litigante puede ver desprotegidos sus derechos⁽²²⁷⁾.

La bilateralidad implica oír ambas voces, pero no siempre escucharlas explayarse sobre el tema en dos o tres oportunidades⁽²²⁸⁾, puesto que complicaría la toma de decisiones en casos urgentes.

Cuando se ingresa en el análisis de este tipo de casos y en las particularidades que han tenido los fallos en los que se aplicó la prevención en forma oficiosa, se aprecia que la solución era imperativa. La urgencia no ameritaba un trámite extenso y, en la mayoría, estaba en riesgo la vida o la salud de personas distintas del actor⁽²²⁹⁾. Por este motivo, debía actuarse inmediatamente.

Cierta parte de la doctrina entiende que es posible salvaguardar el derecho de defensa del sujeto obligado a prevenir mediante la posibilidad de interponer impugnaciones no suspensivas. De tal modo, las medidas de seguridad ordenadas por el juez podrán seguir su curso sin ser paralizadas por el planteo⁽²³⁰⁾.

(220) LORENZETTI, RICARDO L., *La tutela civil...*, cit., pág. 1225.

(221) Según análisis efectuado por SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. II, pág. 329.

(222) Fallos: 303:232.

(223) Fallos: 304:708.

(224) Fallos: 286:257.

(225) CS, 25-8-88, “Rolon Zappa, Víctor F.”.

(226) PEYRANO, MARCOS L., *La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa*, en *Medidas...*, Jorge W. Peyrano (dir.), pág. 231.

(227) AYERZA, SOLEDAD - PEYRANO, MARCOS, *Dimensiones del principio de tutela judicial efectiva y su proyección como acción preventiva*, en *Principios procesales*, 1º ed., Jorge W. Peyrano (dir.), Sergio J. Barberio y Marcela M. García Solá (coords.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, t. I, pág. 263.

(228) PEYRANO, JORGE W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 151.

(229) Juzgado Civil y Comercial Nº 8 de Morón, 8-7-86, “Altamirano, Elsa c. Cerámica Martín S.A. y otros”. Dicho fallo fue revocado por la sala II de la Cámara de Apelaciones de Morón el 5-2-87; sala III de la Cámara de Apelaciones de La Plata, 8-8-88, “Giménez, Domingo y Ferreyra, Marta Raquel c. Estado Nacional (Ejército Argentino) por daños y perjuicios”, JA, 1988-III-96. En ambos casos existía peligro de que se repita el daño hacia cualquier otro individuo.

(230) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 274; en este sentido, CCiv., Com. y Minería San Juan, sala I, 21-11-05, “Quinsacara, Nicolás S. Medida Cautelar”, autos 18.385, L. de A., t. 141, fo. 12/156 (en este fallo la apelación fue con efecto suspensivo). También se ha sostenido que el derecho de defensa puede diferirse para la etapa de contradicción y bilateralidad en la Alzada (GALDÓS, JORGE M., *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*, JA, 1998-III-659; *Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva*, LL, 1997-F-482; CApel. Azul, sala II, “Luro, María c. Spaghi, María Carlota s/daños y perj. autom. s/acción preventiva”, causa n° 62.383).

La congruencia, por su parte, exige una correspondencia entre las pretensiones de las partes y lo que el juez resuelve en la sentencia. Más que un principio jurídico, se trata de un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento⁽²³¹⁾. Esto es lo que ocurre habitualmente en un proceso civil, en el que no cabría apartarse de lo postulado por los litigantes. Sin embargo, en la actualidad se advierte la necesidad de reformular este concepto y admitir excepciones, a fin de no caer en rituales excesivos que impidan la *efectiva tutela procesal* de los derechos⁽²³²⁾. Esto es importante para lograr la eficacia de las acciones preventivas, en las que puede darse una injusticia si no se actúa para evitar un daño.

Así, se ha postulado una “flexibilización de la congruencia”, que ha tenido repercusiones en distintos ámbitos del derecho privado y, en particular, del derecho de daños. En este sentido, MORELLO y STIGLITZ entienden que las facultades judiciales para disponer de oficio la tutela inhibitoria de daños no afectan la congruencia ni el debido proceso. Es que no estamos frente a un esquema rígido de límites infranqueables que impida su flexibilidad y adaptación para una “armonización funcional frente a valores superiores”⁽²³³⁾. Para PEYRANO, los principios dispositivos, de congruencia y sobre legitimación procesal “pueden y deben funcionar en el entramado ‘normal’ del proceso y no en supuestos donde [...] el accionar del juez debe exorbitar la solución de la concreta litis planteada”⁽²³⁴⁾.

ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA agregan que “por sobre o al lado del principio de congruencia, la seguridad requiere proteger sin dilaciones intereses fundamentales que atañen a la vida e incolumidad de las personas, cuya no evitación puede desencadenar detrimentos graves o irreversibles”⁽²³⁵⁾.

En el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, se dijo que “los jueces tienen amplias facultades para instrumentar la acción preventiva, incluso para disponer el tipo de medida que considere más idónea para la prevención aunque no haya sido solicitada por el reclamante, debiendo procurarse el menor perjuicio posible al obligado. En este aspecto, doctrina y jurisprudencia preconizan una flexibilización en el principio de congruencia”⁽²³⁶⁾.

Estas medidas se pueden aplicar en cualquier tipo de proceso⁽²³⁷⁾.

En estos supuestos, el juez realiza una adecuada valoración de los bienes en litigio: cuánto pierde el potencial dañador en caso de aplicar la medida y cuánto podría perder la posible víctima si se produce el daño. En el caso de hacer lugar a la acción preventiva, su decisión deberá tener en cuenta la eficacia de la sentencia y, a su vez, la menor restricción posible hacia el obligado. Algunas veces podrá garantizar ambos requisitos con la imposición de una medida y otras no. En este último supuesto, la valoración que debe realizar no es muy clara. Es dudoso a cuál de ambas pautas debe dar primacía. El Código no dice nada al respecto, por lo que es menester efectuar ciertas aclaraciones.

La menor restricción posible está relacionada con la libertad de los individuos. Implica respetar el ejercicio regular de sus derechos, tal como se desprende de lo dispuesto por el art. 1718, inc. a), del cód. civil y comercial⁽²³⁸⁾.

(231) DE LOS SANTOS, MABEL, *Principio de congruencia*, en *Principios...*, Peyrano (dir.), Barberio y García Solá (coords.), cit., t. I, págs. 200/201. Algunos afirman que la relación debe darse también con las oposiciones de las partes (GUASIP, JAIME, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, t. I, pág. 974; y DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1997, págs. 76 y 438; ambos citados por la autora), pero en la obra se destaca que, de conformidad con la definición, estas también son pretensiones, pág. 209.

(232) DE LOS SANTOS, cit., pág. 200/201. Allí explica que el principio de congruencia es una garantía instrumental, a diferencia de las esenciales que constituyen un fin en sí mismas (nota 2).

(233) MORELLO, AUGUSTO - STIGLITZ, GABRIEL, *Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia*, LL, 1987-D-364. Cabe recordar que en dicho trabajo los autores comentaron el fallo “Altamirano, Elsa c. Cerámica Martín S.A. y otros” (cit.), que fue revocado en segunda instancia, con fundamento en la congruencia.

(234) PEYRANO, JORGE, *El escorzo del mandato preventivo*, JA, 1992-I-888 y sigs.

(235) ZAVALA DE GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, *La prevención...*, cit.

(236) XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Subcomisión 2 de la Comisión 1 de Derecho Procesal Civil y Comercial, que trabajó la jurisdicción preventiva (conclusión n° 8); STJ Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, 19-5-10, “Arancena Llanca, Segundo B. c. América Latina Logística S.A. y otra s/sumario”.

(237) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 274.

(238) Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 292. En su obra se refiere a la necesidad de respetar la libertad de quienes ejercen regularmente sus derechos.

(209) Cfr. OSSOLA, *El deber...*, cit., pág. 57.

(210) Ibídem; en este mismo sentido se había manifestado PEYRANO, JORGE W., *La acción preventiva...*, cit., pág. 27.

(211) COSSARI, MAXIMILIANO, *Prevención y punición...*, cit., págs. 103/104.

(212) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 270.

(213) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Código Civil y Comercial*, cit., pág. 1004.

(214) Así lo entendió MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ en un caso que falló, en el cual un joven resultó incapacitado por una electrocución por fallas en los cables conductores y, al momento de realizar el peritaje, subsistían (citado en su obra *Responsabilidad...*, cit., t. I, pág. 270); GARRIDO CORDOBERA, *El riesgo...*, cit., pág. 129 y sigs. El mismo criterio se adoptó en los siguientes fallos: C1°CC Nº 1 La Plata, 11-10-77, “Celulosa Argentina”, JA, 1978-III-321; Juzgado Civil y Comercial Nº 8 de Morón, 8-7-86, “Altamirano, Elsa c. Cerámica Martín S.A. y otros” (fallo revocado por la sala II de la Cámara de Apelaciones de Morón el 5-2-87); sala III de la Cámara de Apelaciones de La Plata, 8-8-88, “Giménez, Domingo y Ferreyra, Marta Raquel c. Estado Nacional (Ejército Argentino) por daños y perjuicios”, JA, 1988-III-96; Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nº 4 de la ciudad de Santa Fe, 12-10-89, “Farina c. E.P.E.”, publicada en Zeus, tomo 52-J-40.

(215) Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 1 de Tandil, “Luro, María c. Spaghi, María Carlota s/daños y perj. autom. s/acción preventiva”. Allí se dispuso la tramitación de la cuestión preventiva por medio de un expediente separado y destinado a analizar la tutela anticipada. La solución procesal parece correcta, a pesar de que dicho fallo fue revocado por entenderse que no se había acreditado la urgencia (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de Azul, sala II, causa n° 62.383).

(216) En el mismo sentido: ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 271; ROJAS, JORGE A., *Los principios procesales y la tutela preventiva*, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2016-2 “Prevención del daño”, pág. 299.

(217) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 274.

(218) XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Subcomisión 2 de la Comisión 1 de Derecho Procesal Civil y Comercial, que trabajó la jurisdicción preventiva (conclusión n° 9).

(219) Argumento coincidente con la postura antes citada de LORENZETTI, *La tutela civil...*, cit., pág. 1225, quien sostenía esta misma solución respecto de la acción de amparo.

Si bien no cabe ceñirse estrictamente a lo monetario, es preciso tener en cuenta el aspecto económico de la cuestión. La eliminación o la reducción de la actividad peligrosa deben hacerse al menor costo posible. También deben apreciarse otros aspectos, como las dificultades técnicas para hacerlo o la posibilidad de que otro lo haga a un costo menor. Es así que el alcance de los costos preventivos debe guardar proporcionalidad racional con los beneficios de su eliminación⁽²³⁹⁾, cuando se trata de cuestiones puramente patrimoniales. De tal modo, entendemos que esta premisa no es válida cuando se trata de una lesión a derechos extrapatrimoniales o personalísimos. A su vez, estos costos deben equilibrarse con la entidad de daños potenciales y de ventajas del responsable⁽²⁴⁰⁾.

El Código sigue una orientación similar, al regular el cese de molestias nocivas en relaciones de vecindad, en las cuales el juez debe “ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”. En este sentido, se reiteran las pautas adoptadas por el Código Civil derogado en su art. 2618⁽²⁴¹⁾.

El otro criterio que establece el art. 1713 del cód. civil y comercial es la necesidad de utilizar el “medio más idóneo” para la obtención de la finalidad. De tal modo, el juez debe seleccionar aquellos que permitan lograr la prevención. Se trata de un concepto amplio que requiere precisar ciertas cuestiones.

Así como el criterio de menor restricción posible atiende a la situación del sujeto que debe prevenir, este medio más idóneo tiene en miras a la potencial víctima.

Entendemos que, en primer lugar, debe procurarse armonizar ambas reglas. Pero, a la vez, debe tenerse en cuenta que “cuando más serio es el menoscabo probable o la imposibilidad de subsanarlo, más ágil y reforzada debe ser la tutela preventiva”⁽²⁴²⁾. Por ello, cuando fuera imposible complementarlos, entendemos que debería darse prioridad al criterio que procura utilizar el medio más idóneo para prevenir. Si bien se tiene en cuenta la situación del demandado, lo fundamental es prevenir y que se adopten las medidas necesarias para evitar el daño.

Sin embargo, cabe destacar que esto no equivale a la elección de aquellos que sean más gravosos. En caso de ser posible, debe procurarse encauzar la actividad, mediante técnicas que sean compatibles con su eficacia⁽²⁴³⁾.

Es fundamental que en el proceso se reúna toda la información posible y que, en su caso, se le otorgue la posibilidad al sujeto pasivo de complementarla. Esto permitirá al juez llegar a una decisión basada en serias probabilidades. Sin embargo, no sería posible en aquellos litigios en los que se requiere una tutela urgente, ya que una sentencia tardía podría ser irreversible. Aun en estos casos, debe procurarse la menor restricción, en la medida que sea posible (como por ejemplo, suspender la actividad durante un tiempo para verificar su carácter inocuo o que en el intervalo se neutralicen los factores que la hacen peligrosa)⁽²⁴⁴⁾.

ZAVALA DE GONZÁLEZ realiza una distinción entre la selección de dichos medios y la eficacia de la sentencia preventiva, que puede asegurarse a través de cualquier medio que sea idóneo. A este fin podría procurarse el cumplimiento compulsivo por el sujeto pasivo, la ejecución a través de terceros, imposición de astreintes o multas civiles, privación de beneficios económicos, etc.⁽²⁴⁵⁾. El objetivo es prevenir sí o sí, por lo que procede “utilizar con amplitud todos los mecanismos para asegurar la eficacia de la sentencia que ordene la prevención”⁽²⁴⁶⁾. A fin de lograr

este cometido, es aconsejable evitar que los mandatos judiciales se cumplan mediante ejecuciones sustitutivas por terceros o por daños, si pueden utilizarse el auxilio de la fuerza pública u otros recursos (a fin de evitar el pago a un tercero y la necesidad de luchar posteriormente por su incierta devolución)⁽²⁴⁷⁾.

Pero este razonamiento no puede ser considerado en forma absoluta, porque el potencial dañador también tiene el derecho a no ser convertido en víctima. Puede suceder que un daño ínfimo requiera de un derroche importante de recursos para ser prevenido. En estos casos, entendemos que la restricción al obligado debería ser lo más acotada posible.

Al hablar de la aplicación de astreintes en estos supuestos, la autora antes citada explica que si bien el art. 804 del cód. civil y comercial atiende al caudal económico de quien debe satisfacerlas, esto no significa que se excluyan otros parámetros de valoración. De tal modo, considera fundamental que su importe supere las ventajas económicas que el condenado obtenga mediante la actividad nociva, a fin de lograr un fin compulsorio y disuasorio de futuras conductas infractoras⁽²⁴⁸⁾.

Conclusiones

1. Si bien la función preventiva surgió como consecuencia de una nueva mirada por parte de los operadores jurídicos y tuvo un gran desarrollo a pesar de no estar expresamente regulada, la sanción del Código Civil y Comercial otorga pautas importantes para aclarar el panorama.

2. En la introducción al presente trabajo, hemos referido a la amplitud de la regulación que prevé el Código en esta materia, lo que hacía necesario encontrar los límites adecuados para la aplicación de este instituto. Luego hemos aludido a los distintos aspectos de la figura, los que algunos autores han interpretado de forma más amplia y otros de modo más estricto.

Consideramos que en ciertos aspectos la regulación del Código es muy amplia, por lo que cabe restringir su aplicación. En otros, por el contrario, cabe utilizar todos los medios necesarios para lograr la evitación de daños. Esto último sucede cuando se encuentran en juego intereses fundamentales cuya lesión podría causar un perjuicio grave o irreparable. Y aquí aparece la primera limitación: la comparación entre los intereses de las partes.

La “menor restricción posible” y el “medio más idóneo para la obtención de la finalidad” son dos pautas fundamentales para aplicar la figura de forma equilibrada, puesto que la primera procura proteger al demandado y la segunda busca lograr la evitación.

A nuestro entender, no son necesarias reformas. Su recepción en el Código significó un gran avance, a pesar de la aludida amplitud y de que muchas cuestiones todavía son opinables. Los alcances de la acción preventiva serán razonables si se realiza una adecuada interpretación de sus presupuestos y demás aspectos de su regulación.

3. Sin perjuicio de su responsabilidad preventiva en el caso concreto, sería conveniente que el Estado se preocupe por alentar la adopción de medidas preventivas por parte de quienes dañan en masa.

4. Nos parece que deben diseñarse procesos adecuados para la prevención de daños. En la mayoría de estos supuestos no pueden tolerarse las demoras actuales de los juicios, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales.

5. Es indiscutible que la prevención es axiológicamente preferible a la reparación. Es necesario que la sociedad entienda esta nueva visión y que los daños deben ser evitados. No se agota en la posibilidad de que se inicie una acción preventiva contra alguien. Se trata de un deber general que debe ser respetado por todos los sujetos.

VOCES: DERECHO CIVIL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DAÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

del *référé* estará facultado para imponer multas coercitivas. Podrá liquidarlas, a título provisional”.

(247) PEYRANO, JORGE W., *La ejecución de resoluciones judiciales por mano del juez*, LL, 12-3-13, 1, LL, 2013-B, 796, cita online: AR/DOC/778/2013.

(248) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 299.

(239) Ídem.

(240) ZAVALA DE GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, *La prevención...*, cit., citado en ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 292.

(241) Cuestión que ha sido advertida por ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 222.

(242) Ídem.

(243) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 298.

(244) Ídem, pág. 294.

(245) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE - GONZÁLEZ DE ZAVALA, RODOLFO, *Pretensiones judiciales preventivas*, ponencia presentada a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán en 2011, punto 6; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 299.

(246) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 2011 (conclusión unánime). El art. 491 del cód. procesal de Francia tiene presente esta preocupación, por lo que prevé multas para el caso del *référé*: “El juez llamado a pronunciarse por los cauces

Suspensión del Juicio a Prueba:

Funcionario público: hecho ajeno a sus funciones; amenazas coactivas reiteradas en contexto de violencia doméstica.

1 – Sin desconocer el contexto normativo establecido tanto por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la doctrina emergente del fallo “Góngora”, el caso de autos presenta aristas distintas de aquellas que motivaron aquel precedente, desde que las características de los hechos imputados, sumado al informe social obrante en el legajo de personalidad y los dichos de la presunta damnificada, se erigen como datos objetivos que, valorados a la luz de la conformidad prestada por la fiscalía, tornan procedente la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

2 – De la descripción del hecho reprochado se advierte que la calidad de funcionario o empleado público que el inculso revestiría no podría erigirse en condición que obstaculice la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, ya que el art. 76 bis, párr. 7º, del cód. penal establece que no podrá suspenderse el proceso a prueba en el supuesto de que un funcionario público “en el ejercicio de sus funciones” participe en el delito, pues el hecho imputado es ajeno a las funciones que le competen como policía. M.E.

59.791 – Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 30 de la Capital Federal, abril 5-2018. – R., R. F. s/coacción (causa n° CCC 17018/2016/TO1).

Buenos Aires, 5 de abril de 2018

Y Vista:

La causa n° 5191 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 30 de la Capital Federal, seguida a R. F. R. –argentino, titular del D.N.I. n° ..., nacido el 23 de agosto de 1982 en Martín Coronado, Pcia. de Buenos Aires, hijo de B. R. y de C. B. T., soltero, policía, con estudios secundarios completos–, en orden a los delitos de amenazas coactivas reiteradas.

Y Considerando:

1. En primer término corresponde analizar la procedencia formal en el caso en concreto del instituto peticionado

EDICTOS

CITACIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 63, secretaria única, sito en Av. De Los Inmigrantes 1950, 4º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los autos caratulados “BURGOS CARLOS MIGUEL C/ CENTRO MEDICO OFTALMOLOGICO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Expte. N° 48778/2006, dispuso la publicación de edictos por dos días en el Diario El Derecho, emplazando a los herederos del Sr. Carlos Miguel Burgos, para que dentro del plazo de cinco días comparezcan a tomar la intervención que le correspondiera en autos, bajo apercibimiento de designar al Defensor Oficial para que lo represente en el presente juicio. Buenos Aires, 25 de abril de 2018. **Pablo Tortorolo** Juez. **Marcelo Salomone Freire**, sec.

I. 17-5-18. V. 18-5-18 36B

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. **Javier Pico Terrero**, Secretaria n° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la CABA, comunica que la Sra. VANIA FLORERO LOPEZ, con DNI N° 94.601.500, nacida el 6/04/1985 en Cochabamba Punata, Bolivia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 11 de mayo de 2018. **Carlos G. Mallo**, sec. fed.

I. 18-5-18. V. 21-5-18 39B

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. **Javier Pico Terrero**, Secretaria n° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la CABA, comunica que el Sr. JUAN CARLOS ANGEL BOTERO, con DNI N° 95.113.895, nacido el 09/12/1993 en Pitalito, Huila, República de Colombia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 09 de mayo de 2018. **Carlos G. Mallo**, sec. fed.

I. 18-5-18. V. 21-5-18 38B

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. **Javier Pico Terrero**, Secretaria n° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la CABA, comunica que el Sr. JUAN CARLOS ANGEL BOTERO, con DNI N° 95.113.895, nacido el 09/12/1993 en Pitalito, Huila, República de Colombia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 09 de mayo de 2018. **Carlos G. Mallo**, sec. fed.

I. 18-5-18. V. 21-5-18 37B



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

en la audiencia celebrada en el marco de los presentes acudados en los términos del art. 293 del C.P.P.N.

En tal sentido, es del caso señalar que resulta de aplicación en el presente la denominada tesis amplia, por lo que, sin desconocer la autoridad de la doctrina plenaria emanada del fallo “Kosuta”, cabe destacar que dicha tesis resulta ineludible a partir del dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del fallo “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo, ley 23.737” (recaído el 23 de abril de 2008 –causa n° 28/05–), en el que, con meridiana claridad se fijó un criterio de interpretación de la norma contenida en el art. 76 bis del C.P., acogiendo la llamada “tesis amplia”, a cuyo criterio –*brevitatis causa*– me remito.

2. Sentado ello, corresponde analizar si la solicitud efectuada en la presente puede tener favorable acogida, y que previo a todo análisis, atento a que los hechos por los que viene requerida la elevación a juicio respecto de R. es de aquellos considerados como de “violencia de género”, amerita un examen sobre la cuestión, a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema en el conocido fallo “Góngora”.

En tal sentido, es preciso recordar que el instituto de la suspensión del juicio a prueba “apunta al cumplimiento de aquellos principios superiores que postulan un derecho penal de *ultima ratio* y mínimamente intenso en pos de la resocialización; específicamente en el caso de delincuentes primarios (o que se encuentran en la situación contemplada en el séptimo párrafo del art. 76 ter del C.P.) que hayan cometido delitos leves, en tanto permitan, en el caso concreto, el dictado de una condena cuyo cumplimiento, en principio, puede ser dejado en suspenso de acuerdo al artículo 26 del C.P...” (CFCP, Sala IV “Castillo, Víctor Leandro s/rec. de casación”, res. el 21/11/2011).

Así, el art. 76 bis del Código Penal establece que “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio”.

Que R. fue requerido a juicio en orden a los delitos de amenazas coactivas, por lo que atento la penalidad prevista para los delitos que se le enrostran la aplicación del instituto peticionado resulta procedente al darse en el caso los requisitos legales exigidos por la norma del art. 76 bis del C.P., a la luz de la doctrina emergente del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Acosta”.

Por otro lado, debe ponerse de resalto que, tal como se consignó precedentemente, durante la celebración de la audiencia la señora Auxiliar Fiscal y con anterioridad la damnificada, han prestado su conformidad para la concesión del instituto peticionado y pese a no resultar vinculante su opinión, lo cierto es que sometido el dictamen fiscal al control jurisdiccional de logicidad y fundamentación (art. 69 del C.P.P.N.), todo lo cual me lleva a concluir que no se advierten circunstancias de relevancia fáctica o jurídicas que habiliten a descalificar la postura asumida por el Ministerio Público, quien como titular del ejercicio de la acción pública, puede manifestar su voluntad para suspender su ejercicio.

Que, en el entendimiento de que la suspensión de juicio a prueba (ley 24.316) resulta ser una excepción al principio de oficialidad en el ejercicio de las acciones –principio de legalidad procesal– (art. 71 del C.P.P.N.), se advierte que en el presente caso el Ministerio Público Fiscal ha dado fundadas razones para prestar su consentimiento.

De manera que las razones que expresara examinadas en el contexto de la naturaleza de los hechos imputados, resultan de suficiente entidad para concederle el beneficio solicitado.

En consecuencia, sin desconocer el contexto normativo establecido tanto por la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” cuanto por la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” y la doctrina emergente del fallo “Góngora”, el caso de autos presenta aristas distintas a aquellas que motivaron aquel precedente.

Ello así, desde que las características de los hechos imputados a R. tal como ha quedado descrito en el requerimiento de elevación a juicio, sumado a lo que surge del informe social obrante en el legajo de personalidad, como así también lo manifestado por la presunta damnificada J.

B. al comparecer ante la Fiscalía y el Tribunal, se erigen como datos objetivos que, valorados a la luz de la conformidad prestada por la Fiscalía, tornan procedente la suspensión del juicio a prueba.

Dicho criterio ha sido sostenido por este Tribunal en casos anteriores similares al aquí examinado (cnfr. causa n° 4759 seguida a Juan Carlos Salas Medrano [o Juan Carlos Salas] en orden al delito de amenazas simples en concurso ideal con lesiones leves y amenazas coactivas, resuelta el 28 de junio de 2016; causa n° 4718 seguida a Lucio Efraín Noguera Cardozo en orden al delito de amenazas simples resuelta el 8 de mayo de 2017; causa n° 5182 seguida a Jorge Roberto Salinas Armella en orden al delito de amenazas simples en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada, resuelta el 17 de noviembre de 2017, entre otras), que convergen en apoyo a la tesis aquí sostenida.

También corresponde analizar si la condición de policía de R. constituye un obstáculo legal para la concesión de la suspensión del proceso a prueba a su respecto, debiendo determinarse si al momento de cometer el hecho reprochado estaba cumpliendo funciones propias de dicha condición.

De la descripción del hecho reprochado a R. se advierte que la calidad de funcionario o empleado público que revestiría no podría erigirse en condición que obstaculice la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, ya que el art. 76 bis, 7° párrafo del Código Penal, establece que no podrá suspenderse el proceso a prueba en el supuesto que un funcionario público “en el ejercicio de sus funciones” participe en el delito.

En tal sentido se ha sostenido que “la exclusión del régimen de suspensión del proceso a prueba no se contenta con la verificación del carácter de funcionario público del imputado, sino que, al mismo tiempo, requiere la constatación de haberse encontrado (al momento de su actuación) ejerciendo efectivamente la función pública que le es propia. Por ello es que, cuando los funcionarios públicos no se encuentran ejerciendo la función para la cual fueron designados, deben recibir el mismo trato que el Estado brinda a cualquier habitante del país” (Vitale, Gustavo E., “Suspensión del proceso penal a prueba”, Ed. del Puerto, 2010, pág. 174).

Por otra parte se ha expresado que “esta exigencia no reviste carácter temporal, es decir, no se refiere al hecho de que la comisión del delito se realice durante el ejercicio de las funciones propias del sujeto activo. Ella reviste, por el contrario, carácter funcional, vinculado al desempeño profesional propio del funcionario público” (Bovino, Alberto, “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino”, Ed. del Puerto, 2001, pág. 86, doctrina citada en CCC, Sala IV, causa n° 1579/10 “A., R. A.”, rta. 5/11/2010).

En síntesis, el hecho que se le imputa a R. es ajeno a las funciones que le competen como policía, debiendo tenerse en particular consideración la existencia de consentimiento fiscal para la concesión del instituto.

En consecuencia, superada así la cuestión relativa a la especial índole de la conducta delictiva que se reprocha al causante en la pieza del requerimiento de elevación a juicio fiscal y su calidad de policía, solo resta establecer las condiciones en que habrá de ser suspendido el proceso a su respecto.

En cuanto al plazo por el que corresponde disponer la suspensión del proceso a prueba respecto del imputado, teniendo en consideración el tiempo de suspensión solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal, corresponderá fijarlo en dos años y seis meses, atento la relevancia y trascendencia del eventual daño causado al bien jurídico tutelado por la norma, y las condiciones personales del causante.

Por otro lado, estimo que durante dicho lapso, el imputado deberá cumplir con las siguientes obligaciones: fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato, regla, esta última, que aparece como necesaria para así efectuar un mínimo control necesario para supervisar su arraigo, trabajo y familia, como forma de velar, el Estado, por el cumplimiento del espíritu del instituto en estudio.

Asimismo, también se le impondrá que durante ese lapso cumpla con las tareas que se le asignen a favor de la comunidad. Para ello y a pesar que en Paso de los Libres

el causante no habría conseguido ningún lugar para ello, corresponderá solicitarle al Patronato de Liberados de la Pcia. de Corrientes, se arbitren los medios para que se le asignen tareas no remuneradas a favor de la comunidad en alguna institución de la ciudad de Paso de los Libres o en alguna ciudad cercana, por un total de 120 horas a realizar durante el plazo de suspensión.

Por último, con relación a la concurrencia al Programa Grupo para Hombres Violentos que se realiza en el Centro Integral de la Mujer “Arminda Aberastury”, sito en Hipólito Yrigoyen 3202 de esta Ciudad, solicitado por la Fiscalía, corresponde señalar que ello no resulta una regla de fácil cumplimiento e instrumentación.

Por ello corresponderá que el nombrado efectúe un curso sobre violencia de género en la provincia donde reside para lo cual también se solicitará al Patronato de Liberados de la Pcia. de Corrientes que en caso que exista un curso o programa destinado a personas imputadas por delitos de violencia de género en la ciudad de Paso de los Libres se lo incorpore en el mismo. En caso que no exista, corresponderá eximirlo de su realización.

Atento lo solicitado por la Sra. Auxiliar Fiscal, corresponderá prohibir el acercamiento de R. F. R. a menos de 200 metros de la damnificada J. B., y efectuar cualquier acto de comunicación, perturbación o intimidación a través de cualquier medio (por intermediarios, correo electrónico, carta, redes sociales, teléfono, etc.), respecto de la damnificada, bajo apercibimiento de revocar el beneficio concedido.

Con relación a la reparación patrimonial de dos mil pesos (\$2000) ofrecida, la misma luce razonable y toda vez que la misma ha sido aceptada por la damnificada, deberá R. transferir dicha suma a la cuenta que se le requerirá a la damnificada.

Respecto del damnificado G. A. L. A. le quedará expedita la vía civil respectiva.

Por todo lo expuesto, conforme lo dispuesto en los arts. 76 bis y ss. del Código Penal y demás normas citadas; *resuelvo*:

1) Suspender el proceso a prueba por el término de dos años y seis meses respecto de R. F. R. –art. 76 bis y ter del C.P.–, e imponerle al nombrado que, durante el mismo lapso, dé cumplimiento a las siguientes obligaciones: a) fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato (art. 27 bis, 1° del C.P.), b) realizar las tareas a favor de la comunidad que le sean asignadas en Paso de los Libres o una ciudad cercana por el Patronato de Liberados de la Pcia. de Corrientes, por un total de 120 horas (art. 27 bis, inc. 8° del C.P.), c) realizar un curso o programa destinado a personas imputadas por delitos de violencia de género en la ciudad de Paso de los Libres para lo cual también se solicitará su inclusión al Patronato de Liberados de la Pcia. de Corrientes. En caso que no se dicten esos cursos en la ciudad de Paso de los Libres, se lo eximirá de dicha obligación, y d) prohibir su acercamiento a menos de 200 metros de la damnificada J. B., como así también efectuar cualquier acto de comunicación, perturbación o intimidación a través de cualquier medio (por intermediarios, correo electrónico, carta, redes sociales, teléfono, etc.), respecto de la damnificada.

2) Imponer a R. F. R. el pago de dos mil pesos (\$2000) a favor de la damnificada J. B., monto que deberá transferir a la cuenta bancaria que se le requerirá a la nombrada. Dicha transferencia deberá ser realizada dentro del décimo día a partir que se le brinden a su defensa los datos de la cuenta bancaria.

3) Solicitar a la damnificada J. B. que aporte al Tribunal los datos de una cuenta bancaria a su nombre a efectos de que el causante cumpla con la transferencia ordenada precedentemente.

4) Dejar expedita la acción civil al damnificado G. A. L. A.

Regístrese, notifíquese al causante en el domicilio constituido conforme fuera solicitado en la audiencia, y oportunamente practíquense las comunicaciones de estilo, debiendo comunicarse lo resuelto a la División Precursoras Químicos y Drogas Emergentes de la Policía Federal Argentina, a sus efectos –fs. 99–. – Guillermo E. Friele (Sec.: José M. Arias).