



Honorario mínimo obligatorio

NECESARIA COORDINACIÓN CON LAS NORMAS DE FONDO

Martín A. Torres Girotti (*)

SUMARIO: I. Planteo.— II. Fundamentos de la obligatoriedad.— III. Soluciones propuestas.— IV. Nuestra opinión.— V. Conclusiones.

➔ La directiva del art. 16, último párrafo, de la ley 27.423 no es absoluta sino que inexorablemente debe armonizarse con las referidas pautas de fondo y con la jurisprudencia análoga de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en mérito a elementales razones de adecuada hermenéutica legal y de debida salvaguarda de las garantías constitucionales en juego.

I. Planteo

El art. 16, último párrafo, de la ley 27.423 de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia, establece que los jueces no pueden apartarse de los mínimos previstos en dicho ordenamiento, a los cuales les otorga carácter de orden público.

La cuestión que se suscita en la práctica es qué lugar deja esta regla para que los jueces apliquen las pautas de equidad de los arts. 13 de la ley 24.432 y 1255, segundo párrafo, del Cód. Civ. y Com., cuando la estricta observancia de los mínimos arancelarios conduce a resultados reñidos con las restantes pautas que la misma norma arancelaria establece, en orden a la fijación de un honorario justo tanto para el letrado que debe percibirlos como para la parte que debe abonarlos.

II. Fundamentos de la obligatoriedad

La obligatoriedad del arancel mínimo busca limitar la discrecionalidad de los jueces, evitar honorarios exigüos y asegurar una compensación justa y equitativa de la labor profesional (1).

Esta política legislativa no es nueva ya que el dec.-ley 30.439/1944 (ratificado por

ley 12.997), la ley 14.170 y la propia ley 21.839 establecían pisos arancelarios para diversos supuestos.

Lo que sí resulta novedoso, en cambio, es la convivencia de una regla de literalidad rígida e inflexible como la del caso, con otras normas que no han sido derogadas y que permiten apartarse de esos pisos si su aplicación conduce a una evidente e injustificada desproporción con la importancia de la labor cumplida, y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha avalado sistemáticamente este criterio. A todo lo cual se suma, como segundo elemento inédito, que la norma actual establece incluso que tales mínimos son de orden público, declaración que los regímenes arancelarios anteriores no contenían en forma expresa (2).

III. Soluciones propuestas

Algunos autores han sugerido conciliar la dicotomía normativa haciendo primar la ley 27.423 sobre las normas de fondo por razones de especialidad y temporalidad (3).

Otros autores, en cambio, han recurrido al argumento de la jerarquía normativa para privilegiar las normas de fondo, por considerarlas superiores. Sobre esa base, postulan la idea de “orden público atenuado” de la norma arancelaria (4).

IV. Nuestra opinión

IV.1. Enunciación

Consideramos que la directiva del art. 16, último párrafo, de la ley 27.423 no es absoluta sino que inexorablemente debe armonizarse con las referidas pautas de fondo y con la jurisprudencia análoga de la Corte Suprema, en mérito a elementales razones de adecuada hermenéutica legal y de debida salvaguarda de las garantías constitucionales en juego.

IV.2. La cuestión hermenéutica

Si los jueces debieran aplicar automáticamente el mínimo arancelario en razón de su carácter de orden público, la primera parte del art. 16 de la ley 27.423 no tendría razón de ser, lo cual importaría una inconsistencia legislativa que no es dable presumir.

Esa primera parte consagra las pautas de mérito habituales en nuestra tradición jurídica para regular los honorarios; esto es, el monto del asunto; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada, la complejidad y novedad de la cuestión planteada; la responsabilidad que pudiera derivarse para el profesional de las particularidades del caso; el resultado obtenido; la probable trascendencia de la resolución a la que se llegare para futuros casos; y la trascendencia económica y moral que la cuestión en debate revista para el interesado.

Son parámetros de suma trascendencia pues permiten conciliar la señalada finalidad tuitiva de la escala arancelaria con las características propias del caso y la labor profesional concreta que en él se desplegó. Constituyen, por lo tanto, verdaderas pautas de equidad puesto que aspiran a establecer un emolumento proporcional —y por ende justo— con la labor efectivamente desplegada y el contexto concreto del caso en cuestión.

Si la primera y la segunda parte de la norma fuesen escindibles, de manera que esta última pudiera prescindir de aquella, hubiese bastado con ordenar que, en los procesos con contenido económico, sólo deban observarse los porcentajes de ley. Empero, no es eso lo que la norma establece, por lo que ambos tramos de su texto necesariamente deben coordinarse entre sí, so riesgo de incurrir en interpretaciones incoherentes.

En auxilio de esa coordinación concurren los arts. 13 de la ley 24.432 y 1255, segundo párrafo, del Cód. Civ. y Com., que como vasos comuni-

cantes entre ambas partes de la misma norma, muestra la solución que cabe adoptar cuando la estricta observancia de la escala resulta incompatible con las restantes pautas de mérito, por devenir el honorario excesivo incluso en el mínimo de ley.

Tal solución consiste en privilegiar la recta adecuación de la remuneración que se fije con los demás extremos valorativos que concurren en el caso específico, aun cuando para ello sea necesario dejar de lado el baremo arancelario, lo cual en tal caso no se haría en forma arbitraria sino por expresa autorización de las normas de fondo precedentemente citadas.

Esta hermenéutica integradora encuentra asidero en el art. 2º del Cód. Civ. y Com., el cual ordena interpretar la ley en consonancia con los principios y valores jurídicos y de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. Lo primero importa hacer primar los estándares de derecho socialmente aceptados que informan a toda la legislación nacional, dando lugar a una unidad axiológica más allá de las distintas disposiciones que la integran. Lo segundo lleva a interpretar y aplicar la norma de manera sistemática con todo el derecho nacional, sus principios y garantías, evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones con el resto del bloque jurídico, adoptando como verdadera aquella tésis que concilie y deje con valor y efecto a todas las normas en aparente conflicto (5).

Entendemos que el conjunto de estas directivas no se satisface con la aplicación automática del mínimo arancelario en todos los casos, sino analizando en cada caso concreto la correspondencia de tales mínimos con las pautas previstas en la primera parte del artículo en tratamiento, pues sólo así es posible consagrar un honorario proporcionado y equitativo, acorde a los principios generales del derecho, al diálogo de fuentes y al mandato constitucional de afianzar la justicia, objetivo axiológico supremo en el que reposa todo el sistema jurídico argentino.

DOCTRINA. Honorario mínimo obligatorio. Necesaria coordinación con las normas de fondo

Martín A. Torres Girotti 1

NOTA A FALLO

El control de convencionalidad de las penas draconianas

Ricardo S. Favarotto 3

JURISPRUDENCIA

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES. Responsabilidad criminal. Pena de multa (TCrim. Nº 3 Mar del Plata) 3

SERVICIO PENITENCIARIO. Retiro por incapacidad. Beneficio especial del doble ascenso. Accidentes en y por acto de servicio. Accidente ocurrido al tratar de evitar un

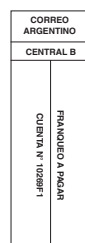
ilícito penal fuera de la jurisdicción penitenciaria (CS)..... 5

DESALOJO. Legitimación activa. Inmueble de titularidad de una entidad financiera. Inquilino que no acredita la relación contractual (CNCiv.) 7

CONVERSIÓN DE LA QUIEBRA. Desistimiento. Efectos (CNCom.)..... 7

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. Solicitud con posterioridad a la audiencia preliminar. Necesidad de acreditar causas sobrevinientes que justifiquen su admisión (CNCom.) 7

ALIMENTOS. Ejecución de sentencia. Excepciones oponibles. Pago documentado (CNCiv.).. 8



IV.3. La cuestión constitucional

Desde otra perspectiva, la aplicación inexorable del mínimo arancelario, habida cuenta de su carácter de orden público, importa consagrar un derecho absoluto con total prescindencia de sus efectos económicos, lo cual puede conducir, en determinados casos concretos, a resultados lesivos del patrimonio del deudor, por no guardar simetría el emolumento fijado con las restantes pautas de mérito del art. 16 del arancel, en detrimento de la garantía constitucional de razonabilidad.

Así como la existencia de mínimos arancelarios no es novedosa, la admisibilidad constitucional de su observancia imperativa tampoco lo es. Por el contrario, la invalidez constitucional de tal apego irreductible a los mínimos arancelarios fue destacada en forma unánime y reiterada por la doctrina y la jurisprudencia bajo el régimen de la ley 21.839 e incluso con anterioridad, partiendo del hecho incontrovertible que el derecho al honorario debe compatibilizarse razonablemente con los derechos de idéntica jerarquía de quien debe afrontar su pago (6).

Al igual que el art. 1071 del Cód. Civ., el art. 10 del Cód. Civ. y Com., reputa abusivo el ejercicio de los derechos que contraría los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Este es un principio general del derecho que se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico, informándolo (7), lo cual permite superar toda discusión sobre primacía de normas por razones de especialidad o temporalidad, al tiempo que remite a la ya señalada necesidad de armonizar y coordinar el art. 16 *in fine* del arancel con el resto del ordenamiento jurídico, sus valores y principios.

Tal como explicaban los autores y los magistrados bajo la ley anterior, si la aplicación de un precepto del arancel (como sería en la actualidad la escala del art. 21 de la ley 27.423), se traduce en el caso concreto en el desconocimiento de una garantía constitucional, el art. 31 de la Carta Magna impone dar prevalencia a tal garantía, a cuyo efecto el juez puede y debe apartarse, incluso de oficio, de las pautas arancelarias para hacer compatible su pronunciamiento con la garantía constitucional afectada.

De tal suerte, la prelación de una u otra garantía constitucional —y, con ello, la jerarquía de las normas que las consagran— ya no viene dada de manera apriorística y genérica sino que se determina en cada supuesto específico, en función del equilibrio o desequilibrio entre el derecho a la justa retribución del profesional y la garantía de intangibilidad de la propiedad de quien adeuda sus honorarios, que conlleve la aplicación del mínimo arancelario en el marco particular de cada caso concreto.

En este sentido, es doctrina invariable de la Corte Suprema que la hermenéutica que

tiende a concordar la norma legal con los principios y garantías constitucionales es correcta, y tal alcance tiene la que proscribire regulaciones exorbitantes, en cuanto la validez constitucional de los honorarios no depende solamente de la magnitud del litigio sino, fundamentalmente, del mérito de la labor desarrollada, ya sea por su jerarquía intrínseca o su complejidad, según los casos (8).

En el mismo sentido, el Máximo Tribunal ha resuelto que, en aquellos casos que exhiben una significación patrimonial genuinamente de excepción, la labor jurisdiccional no puede considerarse constitucionalmente satisfecha con una mera remisión a las fórmulas aritméticas previstas en las leyes arancelarias (9) pues ello podría exceder la justa retribución que garantiza el art. 14 de la Constitución Nacional (CN) y todos los estándares valorativos mencionados anteriormente, en detrimento de la garantía constitucional de propiedad de la parte obligada al pago.

En tales supuestos donde la aplicación mecánica de la ley arancelaria podría conducir a honorarios irrazonables y confiscatorios en función de la extensión y la complejidad de la labor profesional, el método más adecuado para discernir la remuneración aplicable con respeto al derecho de propiedad del deudor y al derecho a la justa retribución del acreedor, consiste en determinar el porcentaje aplicable conforme al prudente arbitrio judicial, con prescindencia de las escalas arancelarias.

Creemos que la literalidad del art. 16 *in fine* de la ley 27.423 cercena la facultad judicial de compatibilizar ambas garantías constitucionales, lo cual constituye un deber jurisdiccional insoslayable a fin de salvaguardar la validez constitucional del honorario fijado.

Ha dicho en este sentido la Corte Suprema que si bien los honorarios están dados por la onerosidad de los servicios prestados, tal condición no admite como único medio para satisfacerla el apego a las escalas de los aranceles respectivos, pues la justa retribución que reconoce la Constitución Nacional en favor de los acreedores debe ser conciliada con la garantía de igual grado que asiste a los deudores de no ser privados ilegítimamente de su propiedad al verse obligados a afrontar honorarios exorbitantes, además de que no puede ser invocada para legitimar una solución que represente un lucro absolutamente irracional, desnaturalizando el principio rector de razonabilidad sentado por el art. 28 de la CN para la tutela de las garantías reconocidas (10).

Esta elemental regla de justicia —que bajo la vigencia de la ley 21.839 fue convalidada incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos” (11)— podría quedar anulada con el férreo régimen del art. 16 *in fine* de la ley 27.423, si en razón del carácter de orden público de los mínimos arancelarios

se terminase por consagrar un honorario carente de razonabilidad y lesivo de la garantía constitucional de propiedad del deudor, en razón de su desproporción —incluso en el piso de ley— con las tareas efectivamente realizadas por el beneficiario del emolumento.

Dada, en suma, la posible afectación patrimonial a la que podría conducir la observancia automática de los mínimos de ley por directiva expresa del art. 16 *in fine* de la ley 27.423, somos de la opinión de que cabe decretar la inconstitucionalidad de la norma si el resultado concreto al que conduce en el caso específico resulta incompatible con el imprescindible equilibrio que debe existir entre las garantías de retribución profesional justa e inviolabilidad de la propiedad que la Carta Magna consagra a favor de ambas partes.

Tal declaración de inconstitucionalidad cabe efectuarla incluso de oficio, en la medida que se den las excepcionales condiciones previstas a ese efecto por la Corte Suprema (12), que en la especie vendrían dadas en gran medida por la obligatoria prohibición impuesta a los jueces de apartarse de los mínimos de ley y por el carácter de orden público que a estos se les asignan, todo lo cual constituye un obstáculo para aplicar sin más las pautas de los arts. 13 de la ley 24.432 y 1255 del Cód. Civ. y Com., y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido análogo al que dimana de tales dispositivos.

V. Conclusiones

La finalidad tuitiva del arancel y, por ende, de la dignidad profesional que inspira la regla de los mínimos arancelarios obligatorios es loable y cabe compartirla y defenderla denodadamente, pues lleva a consagrar —junto con las escalas arancelarias en general— pautas remuneratorias objetivas y preestablecidas, lo cual constituyen una garantía positiva de orden general (13), no sólo en beneficio de los letrados sino también de los litigantes (14).

Empero, la observancia de tales mínimos no puede consagrarse a costa de prohibirles a los jueces apartarse de ellos en todos los casos, pues importa tanto como vedarles hacer justicia allí donde tal regla conduzca a resultados incompatibles con normas constitucionales e infraconstitucionales, lo cual deviene manifiestamente contrario a derecho.

La función de los jueces no es aplicar la ley automáticamente sino hacerlo sólo si esta encuentra fundamento en la Constitución Nacional, lo cual supone un permanente examen de constitucionalidad de las normas (15).

A lo cual se suma su obligación de dotar a sus pronunciamientos de un fundamento razonable (art. 3º del Cód. Civ. y Com.), lo cual no se da si aquel no es derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstan-

cias particulares del caso debidamente comprobadas, sino el producto de la observancia obligatoria de la norma, con total prescindencia de las particularidades del caso.

Sobre esa base, somos de la opinión de que, así como el mínimo arancelario es la primera regla que debe observarse al regular honorarios, corresponde admitir la posibilidad de compatibilizar su observancia con las pautas de equidad que consagran la primera parte del art. 16 de la ley 27.423 y diversas normas de fondo, pues sólo así se logrará fijar un honorario justo, cometido de interés general en cuya concreción también está comprometido el orden público.

A tenor de los fundamentos expuestos, sostenemos que tal armonización cabe hacerla a través de los arts. 13 de la ley 24.432 y 1255 del Cód. Civ. y Com., todo lo cual exigirá una expresa y debida fundamentación basada en las circunstancias concretas y objetivas del caso particular, habida cuenta del apartamiento de la expresa directiva legal que comportan en esta materia de relieve social.

Tal posibilidad no encuentra óbice en la directiva contraria que establece la norma sobre la base del carácter de orden público que consagra pues, a la luz de la jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema, tal orden deviene indefectiblemente inconstitucional si lleva a romper el imprescindible equilibrio que debe existir entre las garantías que la Carta Magna otorga tanto al acreedor como al deudor de los honorarios.

Tenemos la profunda convicción de que sólo aceptando la posibilidad de que los jueces puedan apartarse de los mínimos de ley cuando su aplicación pueda conducir a resultados desproporcionados con la labor profesional realmente desplegada, en lugar de imponer su observancia ciega e irreflexiva en todos los casos sin distinción, se contribuirá a mejorar la consideración social de la profesión letrada y a cumplir la noble misión que la inspira, consistente en realizar el derecho para afianzar la justicia. ●

Cita on line: AR/DOC/2400/2018

! MAS INFORMACIÓN

Sosa, Toribio E., “Aplicación de la Ley de Honorarios en el tiempo. El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LA LEY, 21/09/2018, 5; AR/DOC/1923/2018.

Quadri, Gabriel H., “Aplicación de la Ley de Honorarios Profesionales en el tiempo y el nuevo valor de la UMA”, LA LEY, 17/09/2018, 1; AR/DOC/1876/2018.

Gudiño, Fernando, “Aplicación temporal de la ley de honorarios profesionales a los procesos judiciales en trámite y a las regulaciones firmes”, LA LEY, 2018-C, 1183, RCyS 2018-IX, 248; AR/DOC/445/2018.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado y Escribano por la U.C.A.L.P. Magister en Finanzas por la U.C.E.M.A. Asociado senior del Departamento de Litigios y Arbitrajes Comerciales de Estudio M. & M. Bomchil.

(1) En los Fundamentos del entonces Proyecto de Ley S-2993/15 (actual ley 27.430), se explicaba: “...la norma que se propone a través de este proyecto busca dignificar la profesión de los abogados y los procuradores a través de disposiciones que limiten la discrecionalidad judicial para regular honorarios, determinen mínimos arancelarios, restablezcan la calidad de orden público para la ley que regule los honorarios y aranceles que perciban los profesionales del derecho y aseguren a los matriculados la obtención de una recompensa justa y equitativa por el ejercicio de su labor profesional” (disponible en http://www.parlamentario.com/db/000/000207_honorarios_poder_judicial.pdf).

(2) En rigor de verdad, el art. 51 del dec.-ley 30.439/1944 establecía que sus disposiciones eran de orden público. Sin embargo, tal declaración fue suprimida al san-

cionarse la ley 12.997.

(3) Cfr. SAGÜÉS, Guillermo E., “Colisiones, jerarquías, prelación normativa y facultades no delegadas en las provincias. A propósito de las leyes de aranceles de abogados en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires”, LA LEY, 2018-A, 1078.

(4) Cfr. HITTERS, Juan Manuel - CAIRO, Silvina, “Comentario a la ley 14.967 de la provincia de Buenos Aires”, ADLA 2017-11, 67; y HITTERS, Juan Manuel, “Comentario a la ley 27.423”, ADLA 2018-2, 36.

(5) Fallos 296:432; 297; 142; 301:460; 320:196; entre muchos otros.

(6) BIDART CAMPOS, Germán J. - HERRENDORF, Daniel E., “El costo del servicio de justicia y el derecho a la jurisdicción: los honorarios profesionales”, ED, 139-139.

(7) VIGO, Rodolfo, “Consideraciones jusfilosóficas sobre el abuso del derecho” en *Abuso del derecho*, RDPC, 16-309 y ss.

(8) Fallos 245:524; 250:275; 253:456; 257:157; 259:355; entre muchos otros.

(9) Fallos 320:495.

(10) Fallos 320:495.

(11) Dijo dicho Tribunal *in re* “Cantos, José M. vs. República Argentina” (sentencia el 28 de septiembre de 2002): “cobro de honorarios regulados con base en el monto de la *litis*, en los términos en que se ha hecho en este caso particular, impone al actor una carga desmedida y se transforma, en definitiva, en un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia” (párr. 56). Y agregó: “existen normas internas en la Argentina que ordenan liquidar y pagar por concepto de tasa de justicia y de honorarios de abogados y peritos sumas exorbitantes, que van mucho más allá de los límites que corresponderían al cubrimiento razonable de los costos y costas generados por la administración de justicia y a la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado. Por otra parte, también existen disposiciones que facultan a los jueces para reducir el cálculo de la tasa y de los honorarios aludidos a límites que los hagan razonables y equitativos” (párr. 62).

(12) Tales condiciones son (i) que la violación de la Constitución Nacional sea de tal entidad que justifique

la abrogación de la norma, (ii) que la repugnancia a la Constitución sea manifiesta e indubitable, dado que en caso de duda debe estarse por la validez, (iii) que la incompatibilidad sea inconciliable, es decir, que no sea posible una solución adecuada del problema planteado por otras vías, (iv) que el ejercicio de la facultad en modo alguno suponga admitir la declaración en abstracto de la inconstitucionalidad, sin una causa concreta, (v) que la declaración de inconstitucionalidad no vaya más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso y (vi) que la misma no tenga efecto derogatorio genérico (Fallos 324:3219).

(13) URE, Carlos E. - FINKELBERG, Oscar G., “Honorarios de los profesionales del derecho”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 13.

(14) ALBARRACÍN GODOY, Jorge, “Honorarios de abogados y procuradores”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 71.

(15) C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala I, 21/06/2018, *in re* “S. P. N. y otro/a s/ divorcio presentación conjunta”, LA LEY Online, AR/JUR/45199/2018.

NOTA A FALLO

Tenencia de estupefacientes

Responsabilidad criminal. Pena de multa.

Hechos: *Personal policial —en oportunidad de diligenciarse una orden de registro domiciliario— constató que una persona de sexo masculino mayor de edad tenía ilegítimamente en su poder, bajo su esfera de custodia y con inequívocos fines de comercialización, 32,9 gramos de presunta cocaína. Fue condenado a la pena de prisión.*

1. - El imputado es responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, debido a los actos de comercio previos constatados, las filmaciones en el inmueble, el secuestro dentro del inmueble de material en infracción —por su cantidad y distribución en la vivienda se concluye que el destino era su comercialización—, el secuestro de arma de fuego y dinero, a los que deben sumarse los mensajes de texto del celular del acusado.
2. - La multa mínima prevista para los delitos de tenencia de estupefacientes no debe aplicarse y corresponde su reducción, ya que el *quantum* fijado por el legislador no aparece como una solución plausible porque trasvasa principios constitucionales, que afectan en definitiva la dignidad del condenado, máxime si el encartado no pidió dejar de pagar

la multa, sino que se disminuya su importe, lo que demuestra una intención de cumplir con la ley.

121.526 — TCrim. N° 3 Mar del Plata, 24/09/2018. - Causa 6891.

[Cita on line: AR/JUR/50486/2018]

Mar del Plata, septiembre 24 de 2018.

Considerando: I. Materialidad

Corresponde analizar las cuestiones teniendo en cuenta la prueba producida (arts. 210, 373, 366 y conchs. del Cód. Proc. Penal).

Se encuentra probado que el día 21/09/2017, siendo aproximadamente las 16:20 horas en oportunidad de diligenciarse orden de registro domiciliario emanada del Juzgado de Garantías N° 4 Departamental, en la calle ..., esquina ..., de Mar del Plata, personal policial de la Delegación de Drogas Ilícitas, constató que una persona de sexo masculino mayor de edad, identificada como J. M. C., tenía ilegítimamente en su poder, bajo su esfera de custodia y con inequívocos fines de comercialización 32,9 gramos de presunta cocaína distribuida en 131 envoltorios de *nylon* y 65,5 gramos de presunta marihuana distribuida en 37 envoltorios de *nylon*.

La sustancia secuestrada se encontraba distribuida en la cocina-comedor sobre el

piso, lindante al sindicato J. M. C., dentro de una bolsa de color verde, treinta y un envoltorios de *nylon* de color gris con presunta cocaína.

También se secuestró en el pilar derecho visto de frente que sostiene la mesada, detrás de una madera clavada en uno de los agujeros de los ladrillos, dentro de una bolsa de color blanco con inscripción que reza "Claro", noventa y seis envoltorios de *nylon* de colores blanco, gris y celeste, con presunta cocaína y en el interior de una media de toalla de color gris oscuro, dieciocho envoltorios de *nylon* de color negro con presunta marihuana. Sobre una tarima de madera se incautaron recortes de *nylon* de color gris.

Por su parte en el baño se secuestraron dos recortes de *nylon*, uno de color verde y el restante de color blanco.

Asimismo se secuestró en poder de J. M. C. un celular marca Nokia de color blanco IMEI ..., con chip colocado de la empresa Claro ..., y la suma de \$ 850 en efectivo.

En la antesala, ubicado sobre una repisa en el interior de un envase plástico de color blanco con tapa de color marrón con inscripción "Rayito de Sol", se hallaron diecinueve envoltorios de *nylon* de color negro conteniendo presunta marihuana y cuatro envoltorios de *nylon*, tres de color verde y el restante de color gris, que contenían cocaína.

La materialidad del hecho descripto se encuentran probados con el informe poli-

cial de fs. 2, declaraciones testimoniales de fs. 7/8, 11/12/vta., 15/16, 17/18, 19/20, 25/26, 32/33, 42/43, 49/50, 55/56, 79/vta., 80/81, 82/vta., 83/84, fotogramas de fs. 9, 13/14, 21/24, 27/30, 34/39, 44/48, 51/53, actas de procedimiento de fs. 10/vta., 58/vta. y 95/vta. documental de fs. 31, 40/41, CD con videograbaciones de fs. 54 —reservado en Secretaría—, hojas testigo con test de orientación de fs. 59, 76, 77 y 96, acta de registro domiciliario de fs. 71/75, croquis ilustrativo de fs. 85, planas de fs. 86/89, informe médico de fs. 90, acta de notificación de derechos de fs. 91/vta., acta de apertura y pesaje de fs. 94/vta. y preliminar químico de fs. 110, pericia química de fs. 130/137, informe UFED de fs. 151/153 y CD con informe de análisis UFED de fs. 154, informe actuarial de fs. 155/162.

Es por ello que encuentro probado este extremo de la imputación (arts. 371, inc. 1°, 373 y 399, Cód. Proc. Penal).

II. Participación

La responsabilidad criminal de C. en carácter de autor penalmente responsable del hecho surge, principalmente, de las constancias ya apuntadas al tratar el acápite anterior, a las que me remito por principio de economía procesal.

Asimismo se completan con la siguiente prueba:

a) Desde el primer momento se sindicó a partir de la denuncia telefónica anónima

El control de convencionalidad de las penas draconianas

Ricardo S. Favarotto (*)

I. Las partes litigantes acordaron proseguir el proceso penal sometiendo a la instancia jurisdiccional un acuerdo de abreviación del trámite en virtud del cual el acusado podría ser condenado, a título de autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización [art. 5º, letra c), de la ley 23.737], a las penas conjuntas de cuatro años de prisión y dos mil pesos de multa.

Desde el punto de vista estrictamente adjetivo, cuando en los arts. 395/6 del Cód. Penal de Bs. As. se hace mención al acuerdo sobre la pena, como base de sustentación de esta particular modalidad juzgadora, se incluye no sólo a la especie (en el caso, prisión y multa), sino también a la cantidad (idem, cuatro años y dos mil pesos) y a la forma de cumplimiento (ibidem, de ejecución efectiva), pues de otra manera —si, por ejemplo, el órgano jurisdiccional creyera que el sistema de abreviación procesal mantiene incólume la potestad de aplicar la cuantía sancionatoria,

conforme al principio de legalidad sustantiva— se estaría alterando, para sorpresa y perjuicio del imputado, el pilar fundamental del convenio originario, cual es el pacto sobre la pena, entendida en su extensión más amplia. Va de suyo, por lo tanto, que si la sanción consensuada, en cualquiera de sus múltiples componentes (especie, cantidad o modo de ejecución), resulta inaplicable, el juez o tribunal debe abstenerse de homologar el acuerdo, pero jamás modificarlo en un sentido gravoso para los intereses del causante.

En el caso que se analiza, la pena de multa convenida por los interesados era sensiblemente inferior al mínimo legal, con lo cual cabría adoptar alguno de los siguientes cursos de acción, al momento de expedirse acerca de la solicitud de homologación del acuerdo: a) relativizar la significación jurídica del mínimo de la escala punitiva, dado su carácter indicativo como lo señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar (1); o Binder (2); o b) rechazar,

sin más, la vía acotada escogida por las partes por ser contraria a derecho, aun cuando la redacción actual del art. 398, inc. 1º, del Cód. Proc. Penal (3) tiene una fórmula marcadamente restrictiva para la desestimación de estos pactos.

II. Para las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, y a pesar de sus varios centenares de modificaciones, el Código Penal mantiene la casi centenaria estructura de la ley 11.179 (4), que prescribe escalas sancionatorias que bajo el paradigmático imperio de la ley, dentro del Estado de derecho, constituyen límites infranqueables con los que el legislador, al propio tiempo, conmina a los destinatarios de la norma y obliga a los jueces a fijar las penas aplicables (5), acorde no sólo a la gradualidad de la culpa del sujeto responsable por el injusto cometido, sino también a los criterios de dosificación inscritos en los arts. 40 y 41.

En este último sentido, los márgenes sancionatorios impiden fijar penas por encima del extremo superior y por debajo del límite infe-

rrior, con lo cual marcan un techo y un piso que no deben ser perforados por el juez, aunque su significado y alcance no sea exactamente el mismo. En efecto, mientras el techo marca un tope sin excepciones para el ejercicio de la violencia estatal que conlleva la pena (*potentia puniendi*), en cumplimiento del principio de legalidad (6), el piso implica un cierto grado de presunción de culpabilidad básica que, bajo ciertas condiciones, podría ser desplazado en protección de los derechos fundamentales emergentes del bloque de constitucionalidad federal.

III. Según surge de los antecedentes del caso, las partes de consuno solicitaron inaplicar la escala punitiva de la multa prevista para el provincializado delito de narcomenudeo [art. 5º, letra c), de la ley 23.737], descendiendo del piso legal que, en la actualidad, asciende a la suma de ciento treinta y cinco mil pesos [ley 27.302 (7)], al convenir que aquella sea fijada en la cantidad de dos mil pesos.

El magistrado interviniente, al referirse a este tópico, comenzó evocando el deber

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Master en Criminología y Sociología Jurídico-penal, por la Universidad de Barcelona. Profesor de grado y postgrado en el Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ex juez de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

(1) "En principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala penal no se topa en el caso concreto

con otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos" (cfr. ZAFFARONI, E. Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro W., "Derecho Penal. Parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 952).

(2) "Si bien es admisible el establecimiento legal del máximo de la pena porque ello es una de las consecuencias principales del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*), no ocurre lo mismo con el establecimiento de límites mínimos a la reacción punitiva [...]. Así que por más que la provisión de esa reacción punitiva mínima sea expresa en la legislación penal, ello no implica la imposibilidad de autorizar una reacción menor a esa previsión, fundándose en el *grado real de culpabilidad* y no en el

que surge de una presunción legal de culpabilidad [...]. Determinar la intensidad de la reacción violenta es una de las decisiones más importantes que se deben tomar en el marco del proceso de conocimiento y por ello no puede estar sustraída a sus características centrales (imparcialidad, contradicción, publicidad)" (cfr. BINDER, Alberto M., "Introducción al derecho penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 252).

(3) T.o. ley 13.943, BO del 10/02/2009.

(4) Sancionada y promulgada el 30/09 y el 29/10/1921, en ese orden; comenzó a regir el 29/04/1922.

(5) También aplicable en el derecho comparado, a pesar de haber recibido serias objeciones dogmáticas. Así, se sostiene que "el sistema de determinación cuantitativa

de la pena concreta en el derecho español establece para cada delito una pena mínima y una máxima dejando un estrecho margen a la discrecionalidad del juez. Sin duda este sistema dificulta la realización del principio de necesidad de la pena. De ahí que *de lege ferenda* sería más recomendable un sistema en que se estableciera simplemente una pena máxima para cada delito" (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. - HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Lecciones de derecho penal", Ed. Trotta, Madrid, 1997, vol. I, p. 166).

(6) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Manual de derecho penal. Parte general", 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Ed. PPU, Barcelona, 1994, p. 554.

(7) BO del 08/11/2016.

—identificada con el número 642/17—, que en el domicilio de calle ... se vendían drogas en forma regular estando la actividad ilícita a cargo de una familia de apellido C. (v. fs. 1/3).

b) Del procedimiento de “corte” (fs. 10/vta.) realizado el día 07/09/2017 aproximadamente a las 18:00 horas en la intersección de las calles ... y ... de esta ciudad, dando cuenta que los funcionarios policiales P., B. y A. de la DDI Drogas Ilícitas, procedieron a interceptar a un sujeto de sexo masculino identificado como D. C. P., quien previamente había ingresado al domicilio investigado y tenía en su poder un envoltorio de película plástica con atadura en el medio y sustancia en polvo de color blanco que resultó positiva para cocaína según test respectivo obrante a fs. 59 y pesó 0,3 gramos aproximadamente.

c) De otro procedimiento de “corte” (fs. 11/12/vta.) donde el oficial P. explica que en horas de la tarde del 07/09/2017, en cercanía del lugar investigado de calles ... y ..., observó y filmó el arribo de un sujeto de sexo masculino vestido con prendas y gorra oscuras, llevando un carro con un colchón —estando acompañado por una persona de sexo femenino— y estacionó su carro frente a la finca en cuestión para ingresar al lugar y retirarse al poco tiem-

po —siendo a criterio del deponente una maniobra compatible con la compraventa de material estupefaciente—, por lo cual deciden realizar un seguimiento del sujeto indicado, procediendo a su interceptación en calle ..., esquina calle ..., y constatando en presencia del testigo L. V. que P. tenía en su mano derecha un envoltorio de pequeñas dimensiones de color verde con atadura del mismo material, conteniendo sustancia pulverulenta similar a la cocaína y que posteriormente resultó positiva según test respectivo (fotogramas fs. 13/14, copia certificada de acta de secuestro de fs. 58/vta. y test de orientación con resultado positivo para cocaína de fs. 59).

d) De las observaciones realizadas por el oficial P. las que resultan compatibles con actos de comercio al menudeo en el inmueble de C. (fs. 44/48).

e) Del último procedimiento de “corte” realizado minutos antes de irrumpir en la finca allanada, donde personal policial observó el arribo al lugar de un sujeto de sexo masculino que ingresa y al breve tiempo egresa de la finca, y ante la posible existencia de maniobra compatible con el comercio de estupefacientes lo interceptan en calles ... e ..., y ante testigo de actuación —C. V.—, se incautó en poder del ciudadano N. D. M., dos envoltorios de

nylon de color verde conteniendo cocaína —según *test* orientativo de fs. 96—, acta de secuestro de fs. 95/vta. y pericia química de fs. 130/137 (949 —muestras 4 y 5—).

f) Del indicio que surge del acta de registro domiciliario obrante 76/77/vta., donde se da cuenta que el día 21/09/2017 aproximadamente a las 16:20 horas en oportunidad de diligenciarse orden de allanamiento emanada del Juzgado de Garantías N° 4 Departamental, en el domicilio de calle ..., esquina calle ..., de la ciudad de Mar del Plata, se secuestran armas y material infractorio conforme la imputación realizada por la Fiscalía.

g) Finalmente surge del análisis del teléfono celular secuestrado en poder de C. (fs. 151/153) marca Nokia modelo Asha 302, carcasa color blanco y gris con bordes plateados y funda protectora, IMEI ..., con *sim card* de la empresa AMX Claro SA N° ... y ... que junto con el informe e impresión de mensajes de WhatsApp de fs. 155/162, surgen mensajes y conversaciones relacionadas con el comercio de estupefacientes.

La prueba valorada en forma conglobante me permite afirmar la autoría de J. R. C. (art. 45, Cód. Penal, y arts. 371, inc. 2°, 373, 399, Cód. Proc. Penal).

III. Eximentes

No han sido propuestos ni encuentro que surjan de lo actuado eximentes a meritarse (art. 34, *a contrario*, Cód. Penal, y arts. 371, inc. 3°, 399, Cód. Proc. Penal).

IV. Atenuantes

Proponen el buen concepto presunto el cual debe ser acogido en el sentido indicado (art. 18, CN, art. 41, Cód. Penal, y art. 371, inc. 4°, Cód. Proc. Penal).

V. Agravantes

No han sido propuestos (art. 41, Cód. Penal, y art. 371, inc. 5°, Cód. Proc. Penal).

VI. Veredicto

Por las razones expresadas en los apartados primero, segundo y tercero mi pronunciamiento es condenatorio, por lo que paso a tratar las siguientes cuestiones del art. 375 del Cód. Proc. Penal:

VII. Calificación legal

El hecho traído a juicio constituye delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5°, inc. c], de la ley 23.737, arts. 371, 375, 399, Cód. Proc. Penal).

asumido por la Nación argentina al integrarse al sistema continental de promoción y protección de los derechos humanos, toda vez que los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica se comprometieron “a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” [CADH, art. 2°(8)], agregando que —dada la estructura republicana y federal del país, con un modelo difuso de control— le corresponde al Poder Judicial bonaerense realizar un exhaustivo contralor de la compatibilidad constitucional y convencional (CN, arts. 1º, 5º, 75, inc. 22, y 121; Const. Bs. As., arts. 1º, 10 y 11) de las normas jurídicas, producidas en la instancia legislativa, garantizando así la plena vigencia del principio de supremacía constitucional.

Luego de ese necesario introito, el juez apuntó que “Si bien el art. 7º de la CADH establece que ‘Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios’, lo cierto es que Argentina hizo una reserva al respecto, ya que el legislador penal siempre contempló la pena de multa (principal o accesoria). La cuestión en este caso en particular se complejiza ya que el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización contempla tanto la pena de prisión como la de multa y la solución legislativa dispuesta en el art. 21, Cód. Penal, que sustituye la multa por prisión —al no poder pagar el acusado la suma establecida por un órgano administrativo— resultaría inconstitucional respecto a la CADH, ya que trasvasaría, incluso, la reserva formulada por nuestro país”. Todavía más. A continuación expuso: “Se ha sostenido de manera pacífica que la sustitución establecida en el art. 21, Cód. Penal, es de carácter restrictiva y debe ser la *ultima ratio*. En el caso concreto, teniendo en

cuenta el *quantum* fijado por el legislador, no aparece como una solución plausible ya que la aplicación de este mecanismo trasvasa principios constitucionales (culpabilidad, razonable, igualdad, entre otros), que afectan en definitiva la dignidad del condenado y el mensaje del Estado es: ‘vas preso por no poder pagar la multa’. A esta altura se nos viene a la memoria el Código de Vélez Sarsfield que prohibía la prisión por deudas. En un Estado social de derecho el Estado no puede permitir una actuación semejante de sus poderes públicos, por el caso el Poder Judicial, ya que no obraría éticamente (art. 36, CN)”.

Trascartón explicó que “Dentro de este paraguas protectorio, establecido por la doctrina judicial del art. 18 de la CN y complementado por los tratados con o sin jerarquía constitucional (arts. 31, 75, inc. 22, párrs. 1º y 2º, 75, inc. 24, CN), ya que se ubican encima de la ley 23.737, y más aún sobre una resolución de la ‘Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico’ dependiente del Ministerio de Seguridad de la Nación (conf. art. 45 de la ley 23.737), corresponde hacer primar las normas jerárquicas superiores a los fines de otorgarle validez al sistema constitucional. Por su parte, la Corte IDH estableció una nueva obligación para el juez nacional; realizar no sólo un control de constitucionalidad —entendido en el sentido clásico— sino de convencionalidad; es decir que deberá auscultar ya no sólo las normas nacionales, sino también las internacionales, para nuestro caso no sólo las de la DADH y la CADH dentro del sistema de la OEA, sino las del resto de los tratados de derechos humanos que nuestro país haya ratificado, en especial los que poseen jerarquía constitucional”.

De este modo, el fallo comentado se ajusta a las directrices emergentes de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala”, donde se estableció que “cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el Poder Judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos útiles de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el Ministerio Público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de éstos ha hecho la Corte Interamericana” (párr. 330).

En consecuencia, considerando que la exuberante sanción pecuniaria mínima, prevista para el ilícito en juzgamiento, menoscaba la dignidad humana, los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad, convirtiendo a la pena en degradante, el sentenciante dispuso homologar el acuerdo traído y fijar la pena de multa en la pactada suma dos mil pesos, acorde también a las reales posibilidades de satisfacerla por parte del acusado.

IV. Breve excursión acerca de la pena. Concebida en términos retributivos, en sentido estricto, la pena no es otra cosa que la consecuencia jurídica del delito culpablemente cometido. Luego, el principio de proporcionalidad funciona como un complemento indispensable del de culpabilidad, siendo una directriz esencial a los fines de una justa y razonable determinación punitiva, es decir, un criterio rector para decidir en cada caso acerca de la esfera de intervención de las sanciones penales. En cualquier caso, la dicotomía entre la pena justa (retributiva) y la pena útil (preventiva) debe ser resuelta, tanto como sea posible, en favor de una síntesis entre ambas, aun cuando se advirtió que “las teorías mixtas no son más que fórmulas eclécticas que antes que superar los problemas planteados los suman” (9).

Resulta fundamental evitar los efectos nocivos de los unilateralismos, porque tan inconcebible es una pena meramente retributiva, que no persiga otra meta que la de reparar en nombre de la idea de justicia el mal causado por el delito, como una exclusivamente utilitaria, donde se pretenda legitimar que el sujeto condenado se use con fines sociales, argumentando que “la desutilidad que se causa a un individuo (por ejemplo, cuando se le pena) puede ser compensada por la utilidad que se causa a otros (por ejemplo, por la violencia que evita esta sanción penal). A mi entender, esta suma total de utilidad es la única manera factible de decidir sobre la justificación de acciones e instituciones en una sociedad en que se reconoce un valor igual a todos los individuos. Desde tal punto de vista creo que el utilitarismo es una doctrina moral profundamente igualitaria” (10).

Desde el garantismo se refutan, con todo acierto, estas concepciones utilitaristas por el inevitable quebranto de la objeción moral kantiana, según la cual “ningún hombre puede ser tratado como un simple medio para fines de otros”, exponiendo que “la heterogeneidad entre costes penales padecidos por los reos y utilidades obtenidas por los no reos hace incongruente la comparación, y consiguientemente la justificación, de los primeros con los segundos” (11).

V. En tiempos de intensos reclamos sectoriales y sociales por mayor severidad punitiva, de creciente demagogia en el uso del sistema penal, es cuando más se requiere que los jueces contengan la ilimitada expansión de la *potentia puniendi*, reafirmando no sólo su función de garantes de los derechos fundamentales en el Estado de derecho, sino también la vigencia y eficacia del principio de proporcionalidad para evitar las aplicación de penas draconianas. El test de convencionalidad utilizado en el fallo, siguiendo los criterios de la jurisprudencia continental, es una herramienta valiosa para la concreción de esa noble finalidad.

La sentencia comentada se inscribe, sin dudas, en el camino correcto. ●

{ NOTAS }

(8) BO del 27/03/1984.

(9) Cfr. BOMBINI, Gabriel A., “Fundamentos de la pena estatal”, Ed. Suárez, Mar del Plata, 2005, p. 73.

(10) Cfr. CID MOLINÉ, José, “¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española”,

Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 287.

(11) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 3ª ed. en español, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 264.

La ultrafinalidad ya fue tratada en los puntos anteriores (materialidad y autoría) pero se sintetizan en los actos de comercio previos (cortes) constatados, en las observaciones en el inmueble (filmaciones), en el secuestro dentro del inmueble de material infractorio, que por su cantidad y distribución en la vivienda se concluye que el destino era su comercialización, en el secuestro de arma de fuego y dinero, a los que deben sumarse los mensajes de texto del celular del acusado, todos ellos conforman elementos de convicción para sostener el encuadre legal propugnado.

VIII. Pedido de reducción del monto de la multa

Las partes ratificaron y ampliaron durante la audiencia lo pactado en el acta de acuerdo obrante a fs. 18, en el sentido de disminuir el monto de la multa a dos mil pesos. La agente fiscal adjuntó constancia de la base de datos del sistema "Nosis", como así también el acusado explicó su situación socioeconómica manifestando que cuando cobrara su pareja el sueldo a fin de mes podría integrar ese monto. Debemos recordar que el tipo penal que atrapa el fuero provincial es el "narcomenudeo" y no los hechos delictuales más graves.

Corresponde tratar el planteo articulado por las partes respecto a la no aplicación del monto actual de la pena de multa del tipo penal del art. 5°, inc. c), de la ley 23.737 que en la actualidad el mínimo asciende a la suma de \$ 135.000 (conf. ley 27.302, BO del 08/11/2016).

Como se sabe, por obligación que asumió el Estado argentino al formar parte del sistema interamericano de derechos humanos (art. 2° de la ley 23.054), los órganos encargados en el derecho interno del control de convencionalidad deben velar por el efecto útil de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En nuestra estructura federal, puntualizando en la provincia de Buenos Aires, el Poder Judicial de manera difusa es el encargado de efectuar no sólo un control de constitucionalidad (arts. 1°, 5°, 121, CN, y arts. 1°, 10 y 11, Const. Bs. As.) sino también de convencionalidad.

Si bien el art. 7° de la CADH establece que "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios", lo cierto es que Argentina hizo una reserva al respecto, ya que el legislador penal siem-

pre contempló la pena de multa (principal o accesoria). La cuestión en este caso en particular se complejiza ya que el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización contempla tanto la pena de prisión como la de multa y la solución legislativa dispuesta en el art. 21, Cód. Penal, que sustituye la multa por prisión —al no poder pagar el acusado la suma establecida por un órgano administrativo— resultaría inconstitucional respecto a la CADH, ya que trasvasaría, incluso, la reserva formulada por nuestro país. Esta reflexión también la realiza Enrique Comellas ("El problema de las nuevas multas en la ley 23.737, según texto legal de la ley 27.302", en *Revista Jurídica Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, N° 2, mayo/2018).

Por otra parte, se ha sostenido de manera pacífica que la sustitución establecida en el art. 21, Cód. Penal, es de carácter restrictiva y debe ser la *ultima ratio*. En el caso concreto, teniendo en cuenta el *quantum* fijado por el legislador, no aparece como una solución plausible ya que la aplicación de este mecanismo trasvasa principios constitucionales (culpabilidad, razonable, igualdad, entre otros), que afectan en definitiva la dignidad del condenado y el mensaje del Estado es: "vas preso por no poder pagar la multa". A esta altura se nos viene a la memoria el Código de Vélez Sarsfield que prohibía la prisión por deudas. En un Estado social de derecho el Estado no puede permitir una actuación semejante de sus poderes públicos, por caso el Poder Judicial, ya que no obraría éticamente (art. 36, CN). Sería una versión *aggiornada* del clásico "El mercader de Venecia" (Shakespeare, W.).

No obstante lo expuesto la aplicación del mínimo legal de la multa vulnera el art. 5° de la CADH, en sus incisos "2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente; 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Dentro de este paraguas protectorio, establecido por la doctrina judicial del art. 18 de la CN y complementado por los tratados con o sin jerarquía constitucional (arts. 31, 75, inc. 22, párrs. 1° y 2°, 75, inc. 24, CN), ya que se ubican encima de la ley 23.737, y más aún sobre una resolución de la "Subsecretaría de Lucha contra el Narcotráfico" dependiente del Ministerio

de Seguridad de la Nación (conf. art. 45 de la ley 23.737), corresponde hacer primar las normas jerárquicas superiores a los fines de otorgarle validez al sistema constitucional.

Por su parte, la Corte IDH estableció una nueva obligación para el juez nacional; realizar no sólo un control de constitucionalidad —entendido en el sentido clásico— sino de convencionalidad; es decir que deberá auscultar ya no sólo las normas nacionales sino las internacionales, para nuestro caso no sólo las de la DADH y la CADH dentro del sistema de la OEA, sino las del resto de los tratados de derechos humanos que nuestro país haya ratificado, en especial los que poseen jerarquía constitucional. Este criterio también se encuentra receptado por la Corte IDH en el "Caso Gudiel Álvarez y otros (Diarrio Militar) vs. Guatemala", allí expresó: "...cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el Poder Judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos útiles de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el Ministerio Público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de éstos ha hecho la Corte Interamericana" (párr. 330).

Dato no menor, y he de valorarlo positivamente es que C. no pide dejar de pagar la multa, sino que se disminuya su importe, lo que demuestra una intención de cumplir con la ley y por ende con el castigo que impone la pena de prisión y multa de la ley 23.737 modificado por ley 27.302.

Bajo este nuevo paradigma, y a los efectos de asegurar el efecto útil de aplicación de la Convención y evitar responsabilidad

internacional del Estado Nacional, corresponde declarar inconvencional el monto mínimo establecido por la ley 27.302 por afectar la dignidad, la igualdad, el principio de culpabilidad, el de proporcionalidad y por convertir a la pena en degradante, todo ello de acuerdo a las normas constitucionales y convencionales citadas; y reducirlo en este caso, a partir de la prueba producida, a la suma dos mil pesos (\$ 2000) de acuerdo a las reales posibilidades del acusado.

Por todo lo expuesto, dicto el siguiente fallo: I. Declarar a J. R. C. autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y condenarle a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de pesos dos mil (\$ 2000). Con accesorias legales y costas (arts. 5°, inc. c], de la ley 23.737; 373, 375, 529/533, Cód. Proc. Penal).

Se impone la multa pactada por las partes en la suma indicada, declarando inconvencional el mínimo fijado por la ley 27.302 (BO del 08/11/2016) que en la actualidad asciende a \$ 135.000,00, por afectar la dignidad, la igualdad, el principio de culpabilidad, de proporcionalidad y por convertir a la pena en degradante (arts. 16, 18, 31, 75, inc. 22, párrs. 1° y 2°, 75, inc. 24, CN; art. 5° de la CADH, incs. 2°, 3° y 6°).

II. Declarar con carácter provisorio que el vencimiento de la pena impuesta operará el 20/09/2021, para lo cual se tiene en consideración que el causante se encuentra ininterrumpidamente privado de su libertad desde el 21/09/2017 (arts. 24, Cód. Penal; 500, Cód. Proc. Penal).

III. Firme que sea, puede el Ministerio Público Fiscal proceder al decomiso del arma, del teléfono celular así como del material infractorio incautado en el allanamiento practicado en autos (art. 226, Cód. Proc. Penal; ley 14.442, art. 30 de la ley 23.737).

Con relación al dinero incautado, que asciende a la suma de pesos ochocientos cincuenta (\$ 850), deberá ser transferido a la cuenta del Patronato de Liberados del Banco de la Provincia de Buenos Aires Casa Matriz (art. 188, inc. 4°, de la ley 12.256; dec. 9116/2011, Anexo I, art. 39, *in fine*, de la ley 23.737 ([conf. ley 26.052]).

Cumplido practíquense las comunicaciones de ley y dése intervención a la Justicia de Ejecución Penal. Supla la presente el carácter de atenta nota de envío (arts. 25, 497 y ss., Cód. Proc. Penal). — *Fabián L. Riquert*.



JURISPRUDENCIA

Servicio Penitenciario

Retiro por incapacidad. Beneficio especial del doble ascenso. Accidentes en y por acto de servicio. Accidente ocurrido al tratar de evitar un ilícito penal fuera de la jurisdicción penitenciaria.

1. - El art. 1° de la ley 20.774 es inaplicable si las lesiones incapacitantes sufridas por el agente del servicio penitenciario, a raíz de un enfrentamiento con un delincuente fuera de la jurisdicción penitenciaria, no fueron consecuencia inmediata del ejercicio de las funciones de seguridad, requisito necesario para obtener el beneficio especial del doble ascenso que consagra la norma. (De la doctrina de la Corte sentada en "Rojas, Rodolfo c. Estado Nacional - Mi-

nisterio de Justicia", 16/09/2008, AR/JUR/7455/2008, a la cual remite).

2. - El accidente sufrido por el agente del servicio penitenciario, mientras intentaba evitar la comisión de un ilícito penal fuera de la jurisdicción penitenciaria, fue la consecuencia del ejercicio de un deber esencial impuesto por la ley 20.416 y, como tal, constituye un riesgo propio y específico de la función penitenciaria; por lo tanto, cabe calificar ese accidente como ocurrido "en y por actos de servicio" a los efectos de la procedencia del beneficio previsional previsto en la ley 20.774. (Del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

121.527 — CS, 30/10/2018. - Jaques, Emilio César c. Estado Nacional Argentino - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Nacional s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.

[Cita on line: AR/JUR/52542/2018]

Dictamen del Procurador Fiscal

- I -

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la decisión de la instancia anterior que había rechazado la demanda iniciada por Emilio César Jaques, suboficial retirado del Servicio Penitenciario Federal, contra el Estado Nacional (Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Nacional). La acción tuvo por objeto que se declarara la nulidad del acto administrativo que desestimó su reclamo tendiente a que se le concedieran, por la incapacidad sufrida, los beneficios previsionales especiales previstos en las leyes 16.443 y 20.774 y se le abonaran las diferencias salariales correspondientes (fs. 200/201 de los autos principales, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

Con cita de jurisprudencia, el tribunal expresó que el artículo 1° de la ley 20.744 subordina el otorgamiento del doble ascenso al momento del pase a retiro, a que el hecho generador de la minusvalía se hubiera verificado como consecuencia directa e inmediata de funciones penitenciarias y como riesgo específico y exclusivo de la profesión. Entendió que esas circunstancias no concurrían en el presente caso ya que el acto que le causó la incapacidad al actor pudo haberle ocurrido, de igual modo, a cualquier ciudadano y que su condición de funcionario no modificaba el riesgo cotidiano al que se hallaba expuesto.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, el demandante dedujo recurso extraordinario (fs. 222/235) que, denegado (fs. 246), dio lugar a la presentación directa en examen (fs. 63/67 del cuaderno respectivo).

El recurrente sostiene que la Cámara realizó una interpretación errónea de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal, así como de las leyes 16.443, 20.146, 20.774. Afirma que del juego armónico de las disposiciones contenidas en los artículos 31, 32, 33 y 118 de la ley 20.146 surge el deber de los agentes penitenciarios de prevenir y reprimir toda acción delictiva no solo en jurisdicción penitenciaria federal. Alega que son funcionarios con estado policial.

Explica que trató de frustrar un intento de robo con arma, del cual él mismo fue la ocasional víctima y que de no haber actuado de ese modo, rehusando a sus obligaciones legales y reglamentarias, habría sido considerado autor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Con sustento en dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, entiende que las expresiones legales “en servicio” y “en y por actos de servicio” son asimilables a los efectos de la concesión de las prestaciones de las leyes 16.443 y 20.774, por lo que argumenta que le corresponden los beneficios previstos en ellas, a los que también considera acumulables.

Considera que la decisión de la Alzada le ocasionó la pérdida de diez años de créditos provisionales retroactivos. Se agravia por la condena en costas.

- III -

El recurso extraordinario fue mal denegado, puesto que en el caso se ha puesto en tela de juicio la aplicación e interpretación de normas federales (leyes 16.443, 20.744 y 20.146) y la sentencia apelada es contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

- IV -

Con relación con el fondo del asunto, en mi opinión, el *a quo* ha hecho una interpretación correcta de la normativa aplicable y del encuadramiento de la incapacidad sufrida por el actor.

En efecto, el artículo 1º de la ley 20.774 establece la promoción a dos grados jerárquicos del personal del servicio penitenciario federal incapacitado en forma permanente, total o parcialmente, en y por acto de servicio, en el caso de que deba acogerse o se haya acogido a los beneficios de la ley 16.443.

A su vez, esta norma, en su artículo 1º, reconoce al personal “del ex Cuerpo de Guardiacárceles” incapacitado en acto de servicio el grado inmediato superior para el caso de que deba acogerse o se haya acogido al retiro. Esta disposición es recogida por la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, que establece este beneficio tanto para quienes fueren incapacitados en acto de servicio como para aquellos que lo hubieren sido por actos de servicio (art. 112, ley 20.416).

Como expresó reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que el beneficio especial previsto en la ley 20.774 resulte procedente, el hecho que provoca la incapacidad debe ser la consecuencia directa e inmediata del ejercicio de funciones específicas y haberse producido en virtud del riesgo propio de esas funciones.

En “Del Valle Yñíguez, Hortencia c. La Nación - Policía Federal Argentina s/ regularización” (Fallos 316:679) la Corte Suprema sostuvo que el criterio legislativo para distinguir entre accidentes o enfermedades sufridos por el personal (policia) “en y por actos de servicio” y “en servicio”, “se sustenta en los riesgos directos y propios de la profesión de policía para otorgar el régimen jubilatorio especial” (considerando 6º). En ese marco, la Corte rechazó calificar como

acaecido “en y por acto de servicio” el hecho que ocasionó la muerte de un agente de la Policía Federal —la descarga eléctrica mientras reparaba un tablero de luz por orden de un superior—, y señaló, además, que el encuadramiento del accidente como un hecho ocurrido “en servicio” no implicaba apartamiento alguno de la solución legal prevista, toda vez que “ocurrió durante el horario de trabajo, pero en circunstancias que no fueron consecuencia directa e inmediata del ejercicio de funciones policiales (...) máxime cuando la misma ley exige que el hecho no se haya derivado de otras circunstancias de la actividad profesional o de la vida ciudadana u ocurrido *in itinere*” (considerando 7º).

Este criterio ha sido reiterado por la Corte Suprema en los precedentes “Rojas” (S.C. R. 2, L XLII, “Rojas, Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia”, 16 de septiembre de 2009) y “Galera” (S.C. G. 715, L. XLII, “Galera, Cirila c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia de la Nación”, 16 de septiembre de 2008). En el citado caso “Rojas” resolvió que era razonable la negativa del Servicio Penitenciario Federal de encuadrar al agente, a los efectos del retiro obligatorio, en las previsiones del artículo 1º de la ley 20.774, si el accidente ocurrido durante el horario de trabajo —en el caso, tropezar con una piedra, caer y lesionarse al bajar del automóvil particular en el estacionamiento del lugar de trabajo— no fue “consecuencia directa e inmediata del ejercicio de las funciones de seguridad” y no constituyó un “riesgo propio y específico de la profesión”, requisito necesario para obtener el beneficio especial del doble ascenso que prevé la norma mencionada (punto IV del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte Suprema).

Es decir, las expresiones “en servicio” y “en y por actos de servicio” no son asimilables a los efectos de la concesión de las prestaciones de las leyes 16.443 y 20.774 como afirma el recurrente.

Por lo demás, la Corte Suprema ha establecido que los dos grados de promoción que concede la ley 20.774 no son acumulables con el grado previsto en la ley 16.443. Puntualizó que “la voluntad del legislador fue conceder el máximo de dos grados. Por lo tanto, no cabe adicionar ese beneficio al que concede la ley 16.443”. (Fallos 325:2386, “Possenti”, considerando 8º).

En el *sub lite*, la incapacidad sufrida por el actor no se produjo como consecuencia directa o inmediata del ejercicio de su función penitenciaria, como un riesgo propio y específico de la profesión.

En efecto, las obligaciones derivadas del estado penitenciario no son equiparables a aquellas que impone el estado policial por lo que los agentes penitenciarios no tienen la carga de cumplir, fuera de la jurisdicción penitenciaria, los deberes propios de las fuerzas de seguridad.

Al respecto, el artículo 1º de la ley 20.416, Orgánica del Servicio Penitenciario Federal establece que “es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad”. Las obligaciones que se imponen a los agentes penitenciarios deben ser interpretadas en función de esa misión fundamental.

En tal sentido, el artículo 32 de la norma dispone que es obligatoria la cooperación recíproca del personal penitenciario con las policías y demás fuerzas de seguridad y defensa. Con esa finalidad, el artículo 33 autoriza el uso racional y adecuado de su armamento. A su vez, el artículo 118 de la ley enumera algunos “deberes esenciales” del personal penitenciario, como son “defender

contra vías de hecho o en actos de arrojo, la propiedad, la libertad y la vida de las personas y mantener el orden público, preservar la seguridad pública, y prevenir y reprimir toda acción delictiva”, pero sitúa estos deberes “en jurisdicción penitenciaria federal o en los casos del artículo 32 de esta ley”.

En suma, los agentes penitenciarios sólo tienen esos deberes de seguridad dentro de la jurisdicción penitenciaria y, fuera de ella, cuando están obligados a cooperar con las fuerzas de prevención y represión del delito, pero no deben sustituirlas o asumir como propias las obligaciones que impone la función policial. En estas condiciones, el hecho incapacitante padecido por el actor no se produjo como consecuencia de un acto acaecido “en y por acto de servicio”, por lo que no encuadra en las previsiones del artículo 1º de la ley 20.774.

Por último, la índole de la solución propuesta me exime de tratar el agravio referido a la pérdida de créditos. Respecto del agravio por las costas observo que, según lo que surge de fojas 201, la condena no se impuso de conformidad con el principio objetivo de la derrota, tal como sostiene el recurrente, sino “por su orden”.

- V -

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, rechazar el recurso extraordinario federal y confirmar la decisión apelada. Buenos Aires, 30 de junio de 2016. — *Victor Abramovich*.

Buenos Aires, octubre 30 de 2018.

Considerando:

Que los agravios de la parte recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento por el señor Procurador Fiscal en su dictamen de fs. 73/75, a cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte se remite por razón de brevedad, máxime cuando resultan coincidentes con la doctrina del Tribunal en la causa CSJ, 2/2006 (42-R)/CS1 “Rojas, Rodolfo c. Estado Nacional Ministerio de Justicia”, sentencia del 16 de septiembre de 2008.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz* (en disidencia).

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando: 1º) Los antecedentes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada, los planteos de las partes y lo atinente a la admisibilidad formal del recurso extraordinario han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal que antecede (apartados I, II y III), cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

2º) En autos corresponde decidir si las lesiones incapacitantes sufridas por el actor —integrante del Servicio Penitenciario Federal— a raíz de un enfrentamiento con un delincuente ocurrido fuera de la jurisdicción penitenciaria, deben calificarse como “en y por actos de servicio” a los fines del otorgamiento del beneficio previsional previsto en el art. 1º de la ley 20.774. Para ello, corresponde determinar si dicho accidente fue el resultado de un riesgo propio y específico de la función penitenciaria (cfr. CSJ 2/2006 [42-R]/CS1 “Rojas, Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia” y CSJ, 715/2006 [42-G]/CS1 “Galera, Cirila c. Estado Nacio-

nal Ministerio de Justicia de la Nación”, sentencias de fecha 16 de septiembre de 2008).

3º) A los fines de definir el alcance de los riesgos propios y específicos de la función penitenciaria, es necesario desentrañar cuáles son los deberes esenciales que la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal 20.416 les impone a los agentes penitenciarios.

La referida ley menciona ciertos deberes esenciales como “defender contra vías de hecho o en actos de arrojo, la propiedad, la libertad y la vida de las personas y mantener el orden público, preservar la seguridad pública, y prevenir y reprimir toda acción delictiva” (ver art. 118, ley 20.416). Los riesgos vinculados al ejercicio de esos deberes esenciales constituyen riesgos propios y específicos de la fuerza penitenciaria a los fines previsionales.

La caracterización efectuada de esos riesgos no se encuentra limitada a la jurisdicción penitenciaria, sino que comprende también a la actividad desarrollada por los agentes penitenciarios fuera de dicha jurisdicción en cooperación con otras fuerzas (ver arts. 32 y 118, ley 20.416).

Al respecto, el art. 32 de la referida norma dispone: “es obligatoria la cooperación recíproca de personal del Servicio Penitenciario Federal con las policías y demás fuerzas de seguridad y defensa; y con las fuerzas armadas, previa solicitud, en este caso, de las autoridades competentes”.

A los fines del ejercicio de los deberes esenciales descriptos, la ley 20.416 habilita el uso racional y adecuado del armamento con fines de prevención y en los casos en que fuera indispensable rechazar una violencia o vencer una resistencia; en circunstancias de producirse una evasión o su tentativa. Esa habilitación se encuentra otorgada tanto para el ejercicio de la fuerza dentro de la jurisdicción penitenciaria como en los casos de cooperación del art. 32 antes citado. Ello supone que el riesgo propio de la función que prestan los integrantes del Servicio Penitenciario Federal se extiende a dichas tareas.

En suma, los riesgos ocurridos en cumplimiento de los deberes esenciales antes referidos constituyen riesgos propios y específicos de la función penitenciaria sin que ello se vea de ningún modo alterado por el hecho de que su ejercicio fuera de la jurisdicción penitenciaria federal sea realizado en cooperación con las policías y demás fuerzas de seguridad y defensa. Ello no implica en modo alguno sustituir o asumir como propias las obligaciones que impone la función policial sino cumplir con los deberes esenciales que la ley 20.416 les impone a los agentes penitenciarios.

En efecto, como la misma ley lo dispone, el personal penitenciario “tiene las facultades y atribuciones correspondientes a su calidad de depositario de la fuerza pública” de acuerdo con la ley 20.416 (art. 31).

4º) De conformidad con el marco normativo antes descripto, el accidente sufrido por el actor mientras intentaba evitar la comisión de un ilícito penal fuera de la jurisdicción penitenciaria fue la consecuencia del ejercicio de un deber esencial impuesto por la ley 20.416 y, como tal, constituye un riesgo propio y específico de la función penitenciaria. Por ello, cabe calificar dicho accidente como ocurrido “en y por actos de servicio” a los efectos de la procedencia del beneficio previsional previsto en la ley 20.774.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado en lo pertinente por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Declarar admisible la queja, procedente el recurso

extraordinario y dejar sin efecto la sentencia recurrida con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a efectos de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Desalojo

Legitimación activa. Inmueble de titularidad de una entidad financiera. Inquilino que no acredita la relación contractual.

El presunto inquilino de un inmueble, cuya titularidad corresponde a una entidad financiera, carece de legitimación activa para demandar el desalojo de intrusos toda vez que no ha comprobado que exista un título que le permita reclamar la restitución, y la entrega del bien efectuada en una causa penal no lo transformó en poseedor o en tenedor.

121.528 — CNCiv., sala B, 29/10/2018. - Castillo, Vitraldo Ernesto c. Yanes, Javier y otros s/ desalojo: intrusos.

[Cita on line: AR/JUR/52099/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 29 de 2018.

Vistos: I. Contra la sentencia de fs. 629 bis/ 644 interpone recurso de apelación la parte demandada. Sus fundamentos obran a fs. 666/669 y fueron respondidos a fs. 671/674.

Sustancialmente cuestionan que el actor hubiera acreditado su legitimación activa para exigir la restitución de la tenencia del inmueble sito ..., torre 1, piso 1, departamento G de esta ciudad. Por ello se agravan que se considerara que el actor era locatario de Díaz, cuando no existen elementos que lo acrediten; concretamente impugnan la declaración de la Sra. Boner —esposa del actor—. A ello se agrega, explican, que no está acreditado que Díaz sea titular dominial del inmueble. Cuestionan, finalmente, el modo en que fueron impuestas las costas procesales.

II. En la materia que nos ocupa se ha decidido que es legítimo acordar la acción de desalojo no sólo al propietario locador, sino a todo aquel que invoque un título del cual derive un derecho de usar y gozar del inmueble (dueño, poseedor, sublocador, usufructuario, locatario, etc.), contra todo el que esté en la tenencia actual de él (Salgado A. J., “Locación, comodato y desalojo”, 7ª Ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 356). Desde esta perspectiva ha de señalarse que la restitución de un inmueble a través de la vía del desalojo es exigible por quien es acreedor de una obligación de restituir o entregar exigible, sea propietario, poseedor, locador, usufructuario, usuario u ostente otra calidad análoga (cf. Morello, “Códigos Procesales...”, t. VII-B, p. 50, año 1999).

El actor, al declarar el 5 de julio de 2014 en la causa penal MPF 55414, señaló que era inquilino de Guillermo Ángel Díaz y que desde hace 13 años residía en la propiedad cuyo desalojo persigue y agregó: “Con respecto al alquiler de la propiedad no puede aportar documentación que acredite esa circunstancia, ni contrato de alquiler, ni recibos de pago, refiriendo quien declara que este señor Guillermo no es dueño de la propiedad ya que la misma es propiedad del Banco Hipotecario...” (cfr. fs. 16/17 de dicha causa).

Dicha instrucción concluyó haciendo entrega al actor del inmueble, por el abandono en la ocupación que hicieron sus ocupantes, —en ese caso el conflicto era justamente con quien el actor sindicaba como su locador—, en los términos del art. 335 del CPPCABA, “En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil”.

La presente demanda por intrusión fue promovida con posterioridad a que dicha entrega, fundada en el abandono voluntario de los ocupantes, aconteciera. En ese contexto, más allá de que los ocupantes aquí demandados no hubieran acreditado un motivo que les permitiera permanecer en la ocupación, una carga previa para el actor era demostrar que ostenta un título que le permita reclamar la restitución de la tenencia o de la posesión (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Dicha legitimación activa no ha sido acreditada. En efecto, la entrega efectuada en el marco de la causa penal no transformó al actor en poseedor o en tenedor, sino que se fundó en la ausencia de oposición de algún ocupante y en la verosimilitud del planteo. Tampoco ha quedado acreditado que Ernesto Vitraldo Castillo sea inquilino en la actualidad, ni al deducir la demanda.

Además, se ha acreditado que el inmueble pertenece a un tercero, sin determinar si se formalizó una locación con Guillermo Díaz, que eventualmente le permitiera sublocar a favor del actor.

En suma, no comprobado que exista un título que le permita al actor reclamar la restitución, al menos, de la tenencia del inmueble de que se trata, corresponde revocar la sentencia apelada y desestimar la presente demanda. Las costas de ambas instancias serán impuestas al actor en su condición de vencido (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo expuesto se resuelve: revocar la sentencia apelada de fs. 629/644 y rechazar, consecuentemente, la demanda de desalojo deducida, con costas de ambas instancias a cargo de la parte actora. Regístrese, publíquese y devuélvase, encomendando la notificación en la instancia de grado. — *Claudio Ramos Feijóo*. — *Roberto Parrilli*. — *Omar L. Díaz Solimine*.

Conversión de la quiebra

Desistimiento. Efectos.

Hechos: *Apeló el peticionante la resolución que admitió la pretensión verificatoria hasta el importe resultante de convertir la deuda a moneda de curso legal a la fecha del primer decreto de quiebra. La decisión fue confirmada.*

La deuda del fallido debe convertirse a moneda de curso legal a la fecha del primer decreto de quiebra, pues, aun cuando se haya dispuesto la conversión en concurso preventivo, tal conversión fue desistida, debiendo continuar tramitando la quiebra preexistente y borrando los efectos de la conversión como si nunca hubiera existido.

121.529 — CNCom., sala B, 10/10/2018. - Carusela, Carlos Andrés s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de Areco Levene, Carlos.

[Cita on line: AR/JUR/48962/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 10 de 2018.

Vistos: 1. Apeló el peticionante en fs. 116 la resolución de fs. 113/115 que admitió la pretensión verificatoria hasta el importe resultante de convertir la deuda a moneda de curso legal a la fecha del primer decreto de quiebra. Su memorial de fs. 121/123 fue contestado por la sindicatura a fs. 127/128.

La Sra. Fiscal ante la Cámara se excusó de dictaminar por considerar que la cuestión es ajena al interés general por el que le corresponde velar (v. fs. 136).

2. La quiebra de Carlos Carusela fue decretada el 13/09/2016, posteriormente el 04/04/2017 se dispuso la conversión en concurso preventivo cuyo desistimiento fue declarado el 21/06/2017.

Desistido el concurso preventivo, debe continuar tramitando la quiebra preexistente, pues carece de razonabilidad despojar al deudor de la totalidad de las consecuencias de la primigenia declaración de falencia. (CNCom., Sala C, *in re*, “Peck, Juan G. s/ quiebra” del 05/05/1998; *id.*, Sala E, *in re*, “Ariue, Juan s/ quiebra” del 29/10/2001). La inteligencia contraria implicaría colocar a los acreedores en peor situación que la que detentaban en la quiebra, pues al fracasar la conversión no existiría quiebra ni concurso.

No obsta a lo expuesto que la resolución que tuvo por desistido el concurso decretó nuevamente la quiebra del deudor (v. fs. 298/301) ni tampoco el hecho de que la ley concursal no establezca de modo expreso la continuidad del trámite de la falencia anterior.

El desistimiento opera como una condición resolutoria que borra los efectos de la conversión como si nunca hubiera existido y, desde esta perspectiva conceptual, es inducible que la quiebra readquiere su virtualidad (conf. Heredia, P., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, t. 3, Ed. Ábaco; Buenos Aires, 2001, p. 618; Conil Paz, A., “Conclusión de la quiebra”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1996, pp. 115/116; Mosso G., “Un Lázaro concursal: muerte o resurrección de la sentencia falencial en la conversión fracasada”, ED, 179:485).

Por las razones precedentemente expuestas, cabe confirmar la resolución atacada en cuanto ordena la conversión de las sumas a moneda de curso legal a la fecha del primer decreto de quiebra (13/09/2016).

3. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de fs. 116 y se confirma la decisión apelada, sin costas por no mediar contradictorio. Notifíquese por Secretaría del Tribunal, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13, CSJN, y a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4° de la Acordada N° 15/13, CSJN y, devuélvase al Juzgado de origen. Firman las suscriptas por encontrarse vacante la vocalía N° 5 (conf. Art. 109, RJN). — *Matilde E. Ballerini*. — *Maria L. Gómez Alonso de Díaz Cordero*.

Beneficio de litigar sin gastos

Solicitud con posterioridad a la audiencia preliminar. Necesidad de acreditar causas sobrevinientes que justifiquen su admisión.

Hechos: *La actora apeló la resolución que denegó el nuevo beneficio de litigar sin gastos que promovió. La Cámara rechazó el remedio interpuesto.*

El beneficio de litigar sin gastos solicitado nuevamente por la parte actora debe denegarse, pues el incidente fue iniciado luego de la celebración de la audiencia preliminar, sin que se invocara ninguna circunstancia sobreviniente que justifique la admisión de la nueva petición.

121.530 — CNCom., sala B, 01/10/2018. - Chprintz, Oscar c. Martín, Rolando Abel s/ beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: AR/JUR/48330/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 1 de 2018.

Vistos: 1. La actora apeló la resolución de fs. 8/9, que denegó el nuevo beneficio de litigar sin gastos que promovió. Su memorial corre a fs. 12/13.

La Sra. Fiscal ante la Cámara dictaminó a fs. 19/20.

2. Si bien es cierto que el art. 78, CPCC, prescribe que se podrá solicitar la concesión del beneficio de litigar sin gastos en cualquier estado del proceso, no lo es menos que la reforma introducida por la ley 25.488 agregó en el art. 84 —tercer párrafo— que la promoción del beneficio puede ser realizada hasta la audiencia preliminar o la declaración de puro derecho, salvo que se aleguen y acrediten circunstancias sobrevinientes.

Se advierte así una contradicción entre ambas normas, por lo que corresponde al Tribunal interpretar y armonizar esas disposiciones a fin de brindar un adecuado servicio de justicia.

La modificación del referido artículo 84 viene a limitar la pauta genérica sentada por el art. 78, ciñendo la etapa idónea para su promoción hasta la audiencia preliminar o la declaración de puro derecho.

En esta línea argumental, sin perder de vista que el art. 78 del CPPr. no fue eliminado, y en el entendimiento de que el beneficio de litigar sin gastos tiene raigambre constitucional y se basa en la necesidad de garantizar la defensa en juicio y mantener la igualdad de las partes en el proceso (CN, arts. 16 y 18), los interesados podrán solicitar el beneficio luego de la audiencia preliminar o declaración de puro derecho, más deberán (de acuerdo con el art. 84-3°) alegar y acreditar circunstancias sobrevinientes (CNCom. esta Sala, *in re*, “Soruco, Víctor A. c. BBVA Banco Francés SA s/ beneficio de litigar sin gastos” del 29/06/2007, *idem*, *in re*, “Iarplas SA c. Guido Guidi SA s/ Beneficio de litigar sin gastos” del 10/06/2015, *idem*, *in re* “Milgron, Nicolás M. c. General Motors de Argentina SRL s/ Beneficio de litigar sin gastos” del 26/09/2016), lo que no acaeció en el *sub lite*.

En efecto, el beneficio anteriormente promovido por el peticionario, que concluyó por caducidad de instancia y el presente se sustentaron en los mismos hechos y pruebas (v. fs. 1/2 de los autos “Chprintz, Oscar c. Martín, Rolando A. s/ Beneficio de Litigar sin gastos”, Expte. N° 17.912/2017); no se invocó ninguna circunstancia sobreviniente que justifique la admisión de esta nueva petición.

En tal virtud y con prescindencia de lo que se decidió en el particular caso citado por la Sra. Fiscal en su dictamen, no encontrándose controvertido en autos que el presente incidente fue iniciado luego de la celebración de la audiencia prevista por el art. 360 del CPPr., cabe confirmar la decisión del anterior sentenciante, ante la inexistencia de nuevas circunstancias que justifiquen decidir del modo propuesto por el apelante.

3. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de 10, sin costas por no mediar contradictorio. Notifíquese por Secretaría del Tribu-

nal, conforme acordadas N° 31/11 y 38/13, CSJN, y a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4° de la Acordada N° 15/13, CSJN y, devuélvase al Juzgado de origen. Firman las suscriptas por encontrarse vacante la vocalía N° 5 (conf. Art. 109, RJN). — *Matilde E. Ballerini*. — *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero*.

sólo podrá oponer la excepción de pago documentado por medio del pertinente recibo, de manera que el alimentante debe tener la prudencia de documentar el pago que efectúa y, si no actúa de tal modo, cargará con las consecuencias de su negligente actitud.

121.531 — CNCiv., sala H, 27/09/2018. - I., M. P. c. F., E. O. s/ ejecución de alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/47755/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, septiembre 27 de 2018.

Considerando:

Vienen estos autos a la Alzada para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 80, concedido a fs. 81, contra la decisión de fs. 79. El memorial obra agregado a fs. 82 y fue contestado a fs. 84/86.

Alimentos

Ejecución de sentencia. Excepciones oponibles. Pago documentado.

En el trámite de ejecución de la sentencia que fija una cuota alimentaria el obligado

A fs. 98 dictaminó la Sra. Defensora de Menores de Cámara, propiciando la confirmación de la resolución recurrida.

I. Examinadas las actuaciones, se advierte en la especie, que la expresión de agravios no alcanza a constituir una crítica concreta y razonada del decreto atacado. En efecto, a criterio de este tribunal, el memorial no cumple la carga que el art. 265 del rito le impone pues no ha reprochado con adecuada eficiencia las razones fundantes de la decisión de la juez de grado, habiendo omitido el interesado exponer eficazmente su crítica respecto de los términos de la decisión recurrida, limitándose sustancialmente a reiterar argumentos y manifestaciones formuladas en anteriores presentaciones que integran la causa o que exceden el acotado marco cognoscitivo de la ejecución de alimentos.

Es que, el citado artículo 265 del Código Procesal impone, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la resolución sea concreta, lo cual significa que el recurrente debe seleccionar del discurso del magistrado aquellos argumentos que constituyan estrictamente las ideas dirimientes y que formen la base lógica de la decisión. Efectuada esa labor de comprensión, incumbe luego al interesado la tarea de señalar cuál es el punto del desarrollo argumental que resulta equivocado en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica.

Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por la falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia (CNCiv., esta Sala, R. 448.801 del 08/05/2007, "Olmedo de Medina, A. Avelina y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios"; *id.* R. 480.721 del 22/05/2007, "Rodas, Elisa Benedicta c. Cons. Prop. Tacuarí 796 s/ daños y perjuicios"; entre muchos otros).

Sin perjuicio de lo expuesto y a mayor abundamiento, cabe agregar, como es sabido, que la ejecución del crédito alimentario fundado en la sentencia o en un convenio homologado se rige por lo dispuesto por el art. 648 del ritual. En miras a ello el procedimiento a observar para hacer efectiva dicha ejecución no se halla sujeto a las normas generales sobre ejecución de sentencias (conf. art. 499 y sigtes., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) por cuanto la norma en cuestión establece un

trámite más breve y más simple (conf. Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. IV, p. 501, CNCiv., Sala F, R. 61.515, del 30/03/1990; *id.* Sala K, del 10/12/2002; diario LA LEY, del 27 de diciembre de 2002, p. 4).

En tal contexto, y tal como lo señala la *a quo*, corresponde destacar que el estado en que se encuentran las actuaciones con relación a la cuota alimentaria convenida por las partes en el expediente conexo N° 31.155/2015 sobre "régimen de visitas" que se tiene a la vista, es precisamente el de trámite de ejecución a fin de obtener el cumplimiento de la prestación ya establecida; y es sabido que en tal procedimiento, es principio indiscutido la limitación de las defensas de las que pueda valer el obligado (v. Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", t. VI, p. 553 y Falcón, Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. IV, p. 248/250), quien —como regla— solo podrá oponer excepción de pago documentado por medio del pertinente recibo, de manera que el alimentante debe tener la prudencia de documentar el pago que efectúa y si no actúa de tal modo, cargará con las consecuencias de su negligente actitud (v. Bossert, G., "Régimen Jurídico de los Alimentos", ps. 389/390).

En este orden de ideas, la pretensión del alimentante de acreditar los pagos que dice haber efectuado sin haberlos acreditado debidamente, resulta en el caso improcedente. Por otra parte, su propuesta de pagar en cuotas el importe reclamado, no ha sido aceptada por la ejecutante.

Por las razones dadas, la apelación no tendrá favorable acogimiento.

II. Las costas de esta instancia deberán ser soportadas por el apelante vencido (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

III. Por las consideraciones precedentes, y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores de Cámara a fs. 98, el tribunal resuelve: Confirmar la decisión apelada en cuanto fuera motivo de cuestionamiento; con costas al apelante. Regístrese y notifíquese por secretaria a las partes y a la Sra. Defensora de Menores de Cámara. Cumplido, comuníquese al CIJ (Acs. 15/2013 y 24/2013 CSJN) y devuélvase. La doctora Liliana E. Abreut de Begher no firma por hallarse en uso de licencia. Res. 1790/18. — *José B. Fajre*. — *Claudio M. Kiper*.



THOMSON REUTERS
LA LEY

LEGAL ONE
La primera y única solución de inteligencia jurídica

THOMSON REUTERS LEGAL ONE

es un socio inteligente porque analiza, interpreta y se adapta a sus necesidades de manera proactiva. Es la única plataforma que reúne información, herramientas y gestión en un mismo lugar, asegurando exactitud y eficiencia en la performance de su estudio.



Conozca más en legalone.com.ar
o llámenos al **0810 222 5253**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

EDICTOS

El Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 4, Secretaría N° 7, informa que MANUEL JOSÉ RAMÍREZ GUTIÉRREZ, de nacionalidad colombiana, estudiante, D.N.I. N° 94.458.796, ha iniciado los trámites para obtener la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días en LA LEY.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2015
Mariana Roger, sec.
LA LEY: I. 09/11/18 V. 09/11/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 9, sito en la calle Libertad 731, piso 10° de la Capital Federal, hace saber que LEAÑO FERREIRA, JULIÁN CAMILO, DNI: 94.810.196, nacionalidad colombiana, ocupación camarero, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención 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. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 2 de octubre de 2018
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 09/11/18 V. 09/11/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que NELSA ANDREINA CARABALLO HURTADO, nacida en Valera, Trujillo, Venezuela, el 22 de junio de 1982, con D.N.I. N° 94.475.022, ha peticionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2018

Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 09/11/18 V. 09/11/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría N° 16, a mi cargo, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que JANE IRIS APONTE PACHECO, nacida en Victoria, Lima, Perú, el 2 de marzo de 1965, con D.N.I. N° 93.575.486, ha peticionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 13 de julio de 2018
Sebastián Andrés Ferrero, sec.
LA LEY: I. 09/11/18 V. 09/11/18