
Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales



Noviembre de 2014. Año 4. Volumen 2.

Autoridades UNLaR

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Cr. Jorge Riboldi

Secretario Académico:

Dr. Rodrigo Torres

Revista IN IURE

Directora:

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales

AÑO 4 – VOL. 2 –

Dirección:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

IN IURE

Séptima edición: 15 de Noviembre de 2014, La Rioja, Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2014

© IN IURE, 2011 - 2014

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

ÍNDICE

SECCIÓN TEMÁTICA

Presentación del número

Elsa Manrique.....7

El nuevo digesto jurídico argentino y el proyecto de Código Civil y Comercial

Orlando M Muiño y Efraín H Richard10

Posmodernidad y vida cotidiana: Una mirada desde lo cinematográfico

Alfredo Rolando.....19

La persona por nacer en Roma. El tema en el actualidad

Juan Carlos Costa.....48

La Fiscalía de Estado en el Derecho Público provincial argentino

Eduardo Valenzuela y Alberto Montbrun.....50

SECCIÓN

JURISPRUDENCIA.....84

BOLETÍN DE REFERENCIA

NORMATIVA.....97

OCTAVO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Elsa Manrique

Abogada. Escribana.
Directora de In Iure
Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

<http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación:

15/11/2014

Dirección de la Revista:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

La Revista digital *In Iure* es una publicación especializada, perteneciente al Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja. Su contenido comprende la generalidad de las especialidades dogmáticas del Derecho y ciencias conexas, como Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, entre otras.

En la revista Jurídica se publican trabajos de alto valor jurídico, que tienen por objeto contribuir al desarrollo de la investigación, creación e innovación de las Ciencias Jurídicas respondiendo a las necesidades de la comunidad. Esta publicación ha participado desde su creación en la promoción y circulación de nuevas ideas, opiniones y enfoques

sobre las Ciencias Jurídicas, vinculadas con la realidad política del país.

Los Dres. Orlando Manuel MUIÑO y Efraín Hugo RICHARD y expresan que en este trabajo se propusieron realizar una apreciación inmediata, casi meramente informativa, que formalizaron para la atención de los legisladores y colegas, que sin duda impondrá nuevas reflexiones ante la aparente resurrección de la estructura original del Código de Comercio, frente al avanzado estado legislativo de una unificación de los Códigos Civil y Comercial. El Lic. Alfredo Rolando expresa en su trabajo que uno de los espejos de la sociedad contemporánea es el cine, que a partir del enfoque dado por la posmodernidad ha originado distintas miradas sobre los procesos sociales. Además, observa que la imagen, arrastrándonos a territorios humanos poco conocidos, muestra la perplejidad del hombre ante las distintas subjetividades de un futuro hoy inescrutable.

El Dr. Jose Carlos Costa manifiesta que su trabajo es continuación de la investigación que viene realizando desde hace tiempo respecto de la problemática provenientes de la persona por nacer (nasciturus). Más allá de las disposiciones del código civil, el análisis de disposiciones normativas y fallos recientes, que contemplan particularmente la situación del concebido no nacido demuestra la pervivencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del más débil en la legislación argentina.

Los Dres. Edgardo Valenzuela y Alberto Montbrun expresan que la Argentina vivió un proceso de modernización de su derecho público provincial a partir del retorno a la democracia. Alrededor de veinte provincias dictaron nuevas constituciones. No obstante, el perfil tradicional de la Fiscalía de Estado se mantuvo sin mayores modificaciones. Solo en algunos casos se separó la investigación de irregularidades administrativas de su ámbito para ponerla en otros órganos. La abogada Elsa Manrique en su trabajo explica que la lesión constituye una de las herramientas jurídicas de mayor trascendencia para la reparación del sinalagma genético. Asimismo, relata que

aceptar la figura de la lesión no implica negar la fuerza obligatoria del contrato, sino enfatizarla eliminando aquellos supuestos en que una de las partes ha actuado de mala fe en la celebración del negocio jurídico.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Contador Jorge Riboldi, y al Señor Secretario Académico Licenciado Rodrigo Torres, el apoyo que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2014) "Octavo número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Noviembre de 2014, Año 4, Vol. 2. pp. 07-09. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL NUEVO DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: REESTRUCTURACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN SU AGONÍA

Orlando Manuel Muiño

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Comercial I, II y III de la Universidad Nacional de La Rioja. Profesor Titular de Derecho Privado IV y VIII en la Universidad Nacional de Córdoba, Catedrático de Post Grado de la UNC.

Efraín Hugo Richard

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas y Sociales, Doctor "honoris causa" en la Universidad Nacional de Tucumán, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino y Universidad Católica de Salta, Universidad Notarial Argentina, Profesor Emérito de la Univ. Nacional de Córdoba, Miembro de Número de Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Profesor de Postgrados en las Universidades Austral, Aconcagua, de Ciencias Empresariales de Rosario, Católica de Rosario, del Museo Social Argentino, de Belgrano, Notarial Argentina, Nacionales de Mendoza, del Rosario, del Litoral, de Salta, del Noroeste, de Lomas de Zamora, de Buenos Aires y Tucumán, Complutense y San Pablo de Madrid, San Sebastián, Valencia, Castellón y Pompeu Fabra de España, de la República de Uruguay, y del Centro y de la Santísima Trinidad de Concepción de Chile, Medellín y Javeriana de Cali en Colombia.

Palabras claves:

Código de Comercio,
Digesto Jurídico, Ley
General de Sociedades,
Código Civil.

Key words:

Commercial Code,
Legal Digest, General
Corporate Law, Civil
Code.

Resumen

En este trabajo nos propusimos realizar una apreciación inmediata, casi meramente informativa, que formalizamos para la atención de nuestros legisladores y colegas, que sin duda impondrá nuevas reflexiones ante la aparente resurrección de la estructura original del Código de Comercio, frente al avanzado estado legislativo de una unificación de los Códigos Civil y Comercial.

Abstract

In this paper we proposed an immediate, almost purely for appreciation, we formalize to the attention of our legislators and colleagues, who certainly impose new reflections at the apparent resurrection of the original structure of the Commercial Code, against advanced legislative status a unification of the Civil and Commercial Codes

***Trabajo Publicado en Digesto Jurídico Argentino ErreIus, Suplemento Especial. Doctrina ley 26939. Anexo de normas vigentes, pág. 33 y ss. Ed. Errepar, Buenos Aires julio de 2014.**

COMPILACIÓN Y LIMPIEZA DE NORMAS: EL DIGESTO JURÍDICO

Conforme a una previsión de la reforma constitucional del 94 se ha promulgaron la ley de Digesto Jurídico de la República Argentina, habiéndose publicado el lunes 16 de junio en el Boletín Oficial, en ánimo de eliminar normas no vigentes en la actualidad.

La sistematización tan esperada para hacer posible la real aplicación del art. 20 del Código Civil ("La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley"), al reducir al 10% las normas vigentes en el país, fue aprobada por el Congreso de la Nación el 22 de mayo pasado, reduciendo así las 32.234 normas sancionadas desde 1853 a la fecha. A partir de esta promulgación mantienen su vigencia sólo 3.353.

La sorpresa para los comercialistas es la fusión en el Código de Comercio de muchas leyes, incluso las leyes de sociedades y concursos. En particular por cuanto ambas mantendrán independencia si se derogara el Código de Comercio conforme el Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción del Senado de la Nación en el pasado mes de noviembre de 2013, en lo que hemos trabajado y seguimos aportando.

Recordamos que ese Digesto fue presentado en julio de 2011 por la Señora Presidente de la Nación junto al Ministro de Justicia en acto en el que se anunció el envío del proyecto al Parlamento. El trabajo de búsqueda, análisis y clasificación de las leyes y decretos estuvo a cargo de más de 200 profesionales, guiados por una comisión de destacados juristas. El camarista porteño en lo administrativo Arístides Horacio Corti presidió esa comisión, que se constituyó por

orden de la presidencia para cumplir con un compromiso que el Estado asumió en 1994 con la última reforma de la Constitución Nacional.

Informó el Senador Aníbal Fernández que sería “el primer digesto jurídico del mundo”. Y afirmó a Infojus Noticias que la iniciativa viene a echar luz sobre “las leyes que están vivas y las que murieron porque tenían fecha de vencimiento, se cumplió su objetivo, cayeron en desuso o fueron contradichas por otras posteriores”. Ese legislador indicó que “las normas conservarán su numeración original, pero también tendrán una nueva denominación alfanumérica para ordenarlas según sus ramas”.

EL CODIGO DE COMERCIO

Frente a la nueva sistematización del Código de Comercio, mientras tiene estado parlamentario una derogación de ese Código por la promulgación de un único Código Civil y Comercial, pasa a ser de importancia la identificación de las normas para determinar si es necesario que la Cámara de Diputados revise las disposiciones sobre modificaciones y derogaciones de normas por la ley que promulgaría ese Código, particularmente de la norma que se identificaría como Ley General de Sociedades por absorber la sociedad civil hoy regulada en el Código Civil.

Es importante, entonces, advertir cómo se identifican las leyes en el Digesto, que lo serán en categorías con la letra relativa a la rama del derecho que integren, así la F) corresponderá al derecho Comercial.

La Dirección de Información Parlamentaria ha señalado que se mantendrán ambas denominaciones para las leyes. Y que el proceso de creación y sanción de normas seguirá como hasta ahora en el Congreso, con numeración correlativa a la que se maneja actualmente, a la que luego se le incorporará la ubicación en la materia y el número Digesto.

Recordemos que el inmediato conflicto también alcanzará al sector E) Civil por la unificación de Códigos, que el Código de Comercio será denominado como F 0067 dentro del Digesto, en el que la ley de Sociedades se introduce en el artículo 256, encontrándose prevista la reforma del mismo por la incorporación de la sociedad unipersonal en el Código Civil y Comercial unificado, como así también todo el sistema de la irregularidad societaria para dar cabida en un régimen más benigno a la sociedad civil a partir del art. 21 que en el Digesto se denomina dentro de la F 0067 art. 21, manteniéndose en la misma la sociedad accidental o negocio en participación art. 615, el agrupamiento de colaboración en el art. 621 y la unión transitoria de empresas desde el art. 631, siendo que estos tres contratos pasarán a integrar los contratos asociativos en el Código Unificado.

La alteración numérica y el advenimiento de otro posible cambio impone preocupación y la duda en la oportunidad de modificación del Código de Comercio, pero si se mantienen ambas indicaciones numéricas se atenuaría la sensación de inseguridad que hoy nos embarga.

Adviértase que la consolidación legislativa lo es al 31 de marzo de 2013, informándonos que se generará de inmediato un proceso de actualización para evitar las islas, como ocurrirá sin duda en la actualización del capital mínimo de las sociedades por acciones.

A su vez deberá actuarse con cuidado con la incorporación de la ley 24.522 al Código de Comercio, pues en el Código unificado que absorbe a aquel Código no se prevé la incorporación de dicha ley.

LA PROMULGACIÓN

La ley publicada en el BOLETIN. OFICIAL del 16 de junio de 2014, determina en el Art. 1 la aprobación del "Digesto Jurídico Argentino", declarando que corresponde a una consolidación de normas al 31 de marzo de 2013.

El Art. 2 determina la vigencia de las normas incorporadas al Anexo I, "Leyes nacionales de carácter general vigentes", declarando en el Art. 3 la no vigencia de las normas identificadas en el Anexo II, "Leyes nacionales de carácter general no vigentes", anexos que integran "la presente ley. También aprueba, en el Art. 4 "la referencia a las normas aprobadas por organismos supraestatales o intergubernamentales de integración de los que la Nación es parte, que se adjunta como Anexo III", integrando estos cuatro artículos el capítulo iniciático.

El siguiente capítulo sobre "Principios y contenido" se inicia con un artículo 5º de carácter explicativo, marcando el futuro del Digesto a través del sistema de consolidación, al igual que el art. 6º que explicita el contenido referido en los anexos.

El art. 7 determina la modalidad de referencia a la especificidad de las normas que integren el Digesto, que será a través de una letra inicial: "ADM) Administrativo; ACU) Cultura, Ciencia y Tecnología; AED) Educación; ASA) Salud Pública; ASE) Seguridad; ASO) Acción y Desarrollo Social; B) Aduanero; C) Aeronáutico-Espacial; D) Bancario, Monetario y Financiero; E) Civil; F) Comercial; G) Comunitario; H) Constitucional; I) De la Comunicación; J) Diplomático y Consular; K)

Económico; L) Impositivo; M) Industrial; N) Internacional Privado; O) Internacional Público; P) Laboral; Q) Medio Ambiente; R) Militar; S) Penal; T) Político; U) Procesal Civil y Comercial; V) Procesal Penal; W) Público Provincial y Municipal; X) Recursos Naturales; Y) Seguridad Social; Z) Transporte y Seguros.

El capítulo III crea la "Comisión Bicameral Permanente del Digesto Jurídico Argentino", fijándose sus atribuciones el Art. 9: "a) Analizar las actualizaciones del Digesto Jurídico Argentino propuestas por el organismo de asistencia técnica y, en su caso, emitir el dictamen correspondiente para su aprobación por el Honorable Congreso de la Nación, conforme lo establecido en el Capítulo IV; b) Coordinar y supervisar la edición electrónica del Digesto Jurídico Argentino; c) Resolver las consultas y las observaciones recibidas, previa recomendación de la Dirección de Información Parlamentaria, conforme lo establecido en el Capítulo V; d) Organizar actividades de difusión y publicidad del Digesto Jurídico Argentino. Especialmente, promover la difusión gratuita de la edición electrónica del Digesto Jurídico Argentino.

El CAPÍTULO IV modela el "Procedimiento de actualización", señalando en el Art. 11 que a "cinco (5) días desde la publicación de una ley en el Boletín Oficial, la Dirección de Información Parlamentaria la incorporará al sitio web del Digesto Jurídico Argentino, encuadrándola en la categoría correspondiente de acuerdo con las establecidas en el artículo 7". El art. Art. 14 norma "En el procedimiento de actualización del Digesto Jurídico Argentino se observarán las siguientes pautas técnicas: a) Consolidación: importa la refundición en un solo texto legal de normas análogas sobre una misma materia; b) Ordenación: importa la aprobación de textos ordenados de materias varias veces reguladas o modificadas parcialmente; c) Cantidades: las cifras o cantidades se expresarán en letras y números. En caso de posible divergencia se tendrá por válido

lo expresado en letras. Art. 15 – No podrán introducirse modificaciones que alteren el espíritu de las leyes. Art. 16 – Las leyes se identificarán por la letra de la categoría correspondiente y un número arábigo, cardinal y corrido, respetando la fecha de sanción.

El CAPÍTULO V establece un “Período de observación y publicidad”, que el art. 20 fija en “ciento ochenta (180) días corridos desde la publicación de la presente ley, la Comisión Bicameral Permanente del Digesto Jurídico Argentino dará a publicidad el contenido del Digesto Jurídico Argentino. En dicho plazo, la Comisión Bicameral recibirá las consultas y observaciones fundadas que pudieran efectuarse en relación con el encuadramiento en una categoría, la consolidación del texto o la vigencia de una ley incluida en el Digesto Jurídico Argentino”.

En el CAPÍTULO VI se determina la modalidad de “Edición electrónica” con igual valor jurídico “que su publicación en la versión impresa del Boletín Oficial”, y en el CAPÍTULO VII de “Disposiciones finales”, se derogan las leyes 20004 y 24967.

Se formaliza en la norma una referencia a los ANEXOS, disponiendo “*Los Anexos que integran esta Ley se publican en la edición web del BORA y también podrán ser consultados en la Sede Central de dicha Dirección Nacional (Suipacha 767 – Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*”.

Este decreto promulga la Ley 26.939 del Digesto Jurídico Argentino.

APRECIACIÓN SINTÉTICA

Esta es una apreciación inmediata, casi meramente informativa, que formalizamos para la atención de nuestros legisladores y colegas, que sin duda impondrá nuevas reflexiones ante la aparente resurrección de la estructura original del Código de Comercio, frente al avanzado estado legislativo de una unificación de los Códigos Civil y Comercial con media sanción del Senado, que impondrá revisar íntegramente el actual contenido que se plasma en el renovado Código de Comercio.

Será fundamental que se disponga una equivalencia en la individualización de normas, por su vieja expresión y la nueva que impone la ley 26.939 para no desactualizar de un plumazo todo lo escrito, volviéndolo criptográfico, a su vez que imponiendo que la Cámara de Senadores retome el proyecto de Código Civil y Comercial aunque sólo fuere para determinar derogaciones y modificaciones, como así también como desintegrar el nuevo Código de Comercio en su fusión con el Código Civil.

Cita de este artículo:

MUIÑO, O. Y RICHARD, E. (2014) "El nuevo digesto jurídico argentino y el proyecto de Código Civil y Comercial". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Noviembre de 2014, Año 4, Vol 2. pp. 08-18. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

POSMODERNIDAD Y VIDA COTIDIANA: UNA MIRADA DESDE LO CINEMATográfico

Alfredo Rolando

Lic. en Comunicación Social. Doctorando en Comunicación Social (UNC) Prof. Titular Documentación Periodística, y Asistente de Lenguaje II y Producción Radiofónica, Licenciatura en Comunicación Social. UNC. Prof. Titular Producción Televisiva, Licenciatura en Comunicación Social. Prof. Titular Lenguaje Y Narrativa Televisiva, Tecnicatura en Televisión Digital. Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Posmodernidad-
vida cotidiana y
subjetividad-Estado
Nación y exclusión.*

Key words:

*Populism,
capitalism, history,
Governments,*

Resumen

Uno de los espejos de la sociedad contemporánea es el cine, que a partir del enfoque dado por la posmodernidad ha originado distintas miradas sobre los procesos sociales. La imagen, arrastrándonos a territorios humanos poco conocidos, muestra la perplejidad del hombre ante las distintas subjetividades de un futuro hoy inescrutable. El personaje de "La edad de la ignorancia" – película motivo de este artículo- no acepta esta modernidad corroída por el desencanto y reasume, en soledad, la construcción de un nuevo destino.

Abstract

One of the mirrors of the contemporary society is the cinema that at the beginning of the postmodernism shows another way of the social processes. The character of "The age of innocence", the film that is develop in this paper, doesn't accept this decadence of modernity because of his disenchantment and he emerged from that to in loneliness to th construction of a new destiny.

Key Words: modernity-everyday life and subjectivity-nation-state, and exclusion.

Una mirada desde lo cinematográfico

Diferentes expresiones artísticas aluden a la crisis del hombre contemporáneo en la posmodernidad. Una de las miradas más profundas de la condición humana se muestra hoy en imágenes, a través del arte cinematográfico en luces y sombras que diseccionan –como el escalpelo de un cirujano- toda la complejidad paradigmática de los procesos sociales.

Si bien en una primera instancia el cine fue testigo y sostén fundante de la percepción global de la modernidad, colaborando en el diseño de un universo en el cual habitaba un futuro abierto a todas las utopías, progresivamente, esas miradas fueron dejando al descubierto otros escenarios, que no solamente registraban promesas incumplidas sino también horizontes despojados de esperanza.

A pesar del paso del tiempo, en el siglo XXI el hambre y la desigualdad no han sido erradicadas y, paralelamente, aparecen ahora nuevas amenazas –como el desequilibrio ambiental, la

represión ideológica y el sojuzgamiento identitario- que ponen en crisis todos los paradigmas.

En este camino hacia la comprensión de las condiciones que generan, en diferentes sociedades, indignación e inconformidad, el cine muestra múltiples rostros de un mundo fragmentado complejizando las preguntas –y las posibles respuestas- en un laberinto de espejos.

La subjetividad humana, como proceso histórico desarrolló distintos moldes que lo fueron configurando a través de distintas épocas.

Pero las nuevas fuerzas –sociotécnicas, entre otras- producen hoy renovadas representaciones, escenarios que colocan al sujeto ante nuevas subjetividades que se insertan y buscan espacio en el horizonte de la modernidad.

En este panorama, uno de los espejos del arte contemporáneo es el cine.

...Es innegable que el arte cinematográfico desterritorializa el ojo humano y la percepción y desplaza su centro de gravedad. La violenta, la astilla, la arrastra a otras sensaciones, a otras lógicas, hacia otro cogito, otra subjetividad, un yo polimorfo, inestable, dispersivo, discontinuo, plástico, casi amorfo..... El ojo, no como el soporte de un punto de vista, sino como instrumento de buceo molecular, de surfteo o de sobrevuelo (Pal Pelva, 1998: 81)

Este concepto es el que aplica Denys Arcand Director de "La edad de la ignorancia"¹ una mirada ácida a la subjetividad en los tiempos modernos.

La película constituye una tesis de lo que implica el desmoronamiento de la modernidad y el surgimiento de nuevas subjetividades. El personaje (Jean Marc) sometido a la rutina de un empleo público que desprecia, con un matrimonio al cual no le ve ningún atractivo, tiene como escape su imaginación en ensueños que funcionan como compensación de su desencanto y aburrimiento.

Distintas situaciones –en donde Jean Marc ensueña ser emperador, guerrero, escritor, político, mediático, y especialmente amante de diferentes mujeres- remiten a contradictorias miradas sobre los procesos sociales y el papel del Estado, en un panóptico donde la subjetividad del hombre construye un multifacético microcosmos.

Jean Marc se siente parte de un mundo que no comprende, que le exige respuesta a situaciones que considera inverosímiles. Su actividad laboral es escuchar y dar respuestas, que son siempre limitadas, envueltas en el desencanto. Su función, en una "oficina de Protección del Ciudadano" es dar soluciones a los reclamos, angustias y necesidades de la gente. Pero el Estado, del cual forma parte, ya no tiene respuestas. Santos explica que

... La función general del Estado era la de asegurar la cohesión social en una sociedad dividida en clases. El estado capitalista moderno tiene como función general la

¹ L'Age des ténèbres (Day of Darkness) filmada en el año 2007. Director Denys Arcand. Cierra la trilogía "El declive del imperio americano" y "Las invasiones bárbaras". Es un drama, vestido de comedia, donde el personaje, a través de ensueños es todo lo que no le ofrece la vida real. Jean Marc (Marc Labréche) quiere otra vida y distintas respuestas a las que les otorga su vida de empleado público. Finalmente decide dar el salto decisivo y afrontar un futuro que no sabe que puede depararle.

de mantener la cohesión social en una sociedad atravesada por los sistemas de desigualdad y de exclusión. En cuanto a la desigualdad, la función del Estado consiste en mantenerla dentro de unos límites que no impidan la viabilidad de la integración subordinada. En lo que respecta a la exclusión, su función es la de distinguir entre las diferentes formas aquellas que deben ser objeto de asimilación o, por el contrario, objeto de segregación, expulsión o exterminio. El Estado tiene que intentar validar socialmente esta repartición, apoyándose en ciertos criterios: el loco o el criminal peligroso y el que no lo es; el buen o mal inmigrante, el pueblo indígena bárbaro y aquel que es asimilable; la etnia hibridizable y la que no lo es; el desvío y la orientación social tolerable e intolerable. (De Souza Santos, 2004:199).

Pero la desigualdad y la exclusión son inherentes a este tipo de estructura social donde muchos deben pagar el buen pasar de pocos.

Con diferentes herramientas (desde leyes que hacen gala de arbitrariedad hasta ordenanzas municipales que, directamente carecen de racionalidad o lógica aplicable) el estado construye, fundamenta y desarrolla modelos de regulación social que responden a distintas prioridades y en especial a las que incluyen las lógicas del mercado.

Este encuadre se hace evidente en los diálogos que mantiene Jean Marc con las personas que solicitan la ayuda del estado: El profesor que ha perdido todo por un matrimonio inconveniente, (personaje de "Las invasiones bárbaras"), y al que simplemente envía a otra repartición, el que ya ha perdido sus piernas por un choque y que debe pagar un foco de luz arruinado por el accidente, situaciones insólitas que son ejemplos de un estado sin cohesión lógico-

administrativa y que no tiene respuestas ante la complejidad de una sociedad fragmentada, corroída, y en perpetuo cambio.

Sin embargo, era el estado el que, desde sus inicios, daba sentido de una identidad, a una estructura social.

"...El Estado da existencia al principio general de consistencia y es el articulador simbólico que dona sentido a las situaciones que son parte de esa lógica. Si el Estado Nación es tales cosas, implica que el Estado es el marco organizativo donde transcurre la vida. En la lógica nacional, fuera de ese universo metainstitucional, no hay existencia socialmente instituida" (Grupo Doce, 2001:30)

Pero esto es lo que, desde la óptica de Denys Arcand, ahora no se cumple y se transforma en ilusión. No hay respuestas.

De esta manera, si el Estado deviene incapaz de producir un sentido para orientar la experiencia vital (social e individual), pierde su condición de articulador simbólico, es decir, de Estado Nación. Siendo esto así, estamos en presencia de otro tipo de Estado: el Estado Técnico – administrativo. Justamente por eso, trazar continuidad entre las funciones, el alcance y las formas del Estado Nación y el Estado actual es, por lo menos, un abuso de lenguaje. Es preciso señalar que ese marco organizativo donde transcurre la vida en tiempos nacionales produce la subjetividad capaz de atravesarlo. Es decir, las instituciones disciplinarias de los Estados Nacionales (familia, escuela, hospital, cuartel, fábrica, prisión, etc.) instituyen la serie de operaciones necesarias para habitar la metainstitución estatal en este sentido, la dominación

de los Estados Nacionales es correlativa de un tipo específico de subjetividad. En este sentido, el agotamiento del Estado Nación como metainstitución también implica el agotamiento de un tipo específico de subjetividad: la subjetividad ciudadana. (Grupo Doce, 2001:31).

Cada institución deja su marca subjetiva, su modo, su sello.

Así como la escuela se acostumbra a responder a un horario, a una disciplina a una actitud, (que se seguirá luego en el trabajo o en la profesión) es en definitiva esta subjetividad la que no puede adaptarse a otras exigencias.

En el film se advierte la actitud mecánica, repetitiva, de la esposa del personaje que trabaja y tiene como principal objetivo su ascenso profesional. Lleva en sí las marcas de la subjetividad moderna.

Esta correspondencia analógica entre las marcas subjetivas producidas por las instituciones es la que asegura la relación transferencial entre ella. De esta manera, cada una de las instituciones opera sobre las marcas previamente forjadas. La escuela trabaja sobre las marcas familiares, la fabrica sobre las modulaciones escolares, la prisión sobre las molduras hospitalarias, etc. Como resultado de este funcionamiento, se organiza un encadenamiento institucional que asegura y refuerza la eficacia de la operatoria disciplinaria en cada uno de los dispositivos. (Grupo Doce, 2001:39)

Pero ahora la posmodernidad instaaura otros tipos de subjetividades a las cuales no se sabe dar respuesta.

Cuando el personaje decide dejar el trabajo ("estoy harto"), pasa junto a la fila de quienes esperan ser atendidos. Lo que les dice refleja cómo el Estado evalúa hoy a los ciudadanos. "Están perdiendo su tiempo. Es inútil. No tenemos soluciones para Uds. Sus vidas son demasiado complicadas. La situación es demasiado compleja"

Es en estos contextos donde se encuadra la subjetividad que producen las instituciones. En la modernidad se trata de que a las experiencias vitales se les otorgue un solo sentido, acorde a las respuestas que puede ofrecer y dentro de los esquemas definidos. La ambigüedad, la fluidez de la estructura social queda enmarcada o pasa a formar parte del campo de la exclusión.

En este mundo fragmentado las instituciones del estado están vaciadas de sentido, sin marcas que homogeneicen las conductas o la percepción del mundo. Es el predominio de la subjetividad mediática sobre las que el estado pretende establecer.

Si la subjetividad institucional producida por los dispositivos disciplinarios de los Estados Nacionales, operaba como puente facilitador de las relaciones, hoy no hay nada equivalente a esa metasubjetividad, a esas operaciones básicas que simplificaban el ingreso en un dispositivo. Más bien, sucede todo lo contrario. La subjetividad dominante no es institucional sino massmediática. En este sentido, sus operaciones básicas no son disciplinarias sino otras. No se trata de normativa y saber sino de imagen y opinión personal. Si las operaciones son estas, se inicia el malentendido; se interrumpe la razonable suposición. ¿Por qué? Porque las

instituciones disciplinarias (ya devenidas galpones) operan como si el sujeto interpelado estuviera constituido por las marcas disciplinarias, pero el sujeto que responde no dispone de operaciones institucionales sino mediáticas. Se arma, entonces, el desacople subjetivo entre la interpelación y la respuesta, entre el agente convocado y el agente que responde. De esta manera, el galpón destituye a la institución que determinaba las relaciones entre sus agentes. Las instituciones sin Estado son galpones, las instituciones sin normativa capaz de producir subjetividad son galpones. Ahora bien, la producción de instituciones y de subjetividad fue, en tiempos nacionales, atributo estatal. Agotado el Estado Nación como paninstitucion, esa posibilidad deviene imposible. Muerto el padre, será necesario pensar otros modos de existencia. De no ser así, nuestro destino será el galpón. (Grupo Doce, 2001: 45)

Pero volvamos a “La edad de la ignorancia”. La muerte de la madre del personaje, internada en un asilo y que era solamente un cuerpo despojado de voz, de identidad, lo sumerge en la desesperación.

En el trayecto en auto hacia su casa toma conciencia, a través de la violencia, del agotamiento del discurso. Después de una reacción desmesurada comienza a comprender que debe buscar otras respuestas.

...Cuando un sistema social funciona, cuando se reproduce respetando su propia pauta –esto es, independientemente de la justicia de sus actos, de la satisfacción de las necesidades colectivas y otros floeos ideales- la violencia se presenta precisamente en los puntos en que fracasa el lazo social. Lo que llamamos violencia emerge o irrumpe ahí

donde queda suspendido o comprometido lo que hace vínculo entre las personas, el discurso y las prácticas que producen una comunidad, lo que hace que una sociedad sea una sociedad y esa sociedad. Y la violencia aparece ahí, en las orillas del discurso, porque precisamente por fuera del discurso, no hay nada que decir. No hay nada que decir no porque no haya nada, sino porque de lo que puede decirse, ningún enunciado puede hacer sentido. (Lewkowicz, Ignacio, 2004:38).

Es aquí cuando las condiciones de los procesos sociales muestran signos de agotamiento, de incapacidad para ofrecer un futuro, que se produce un quiebre, un desgarró en la subjetividad.

... ¿Qué es un desgarró? En principio, el desgarró está causado por la dinámica de mercado. Más precisamente, es un efecto –en la subjetividad- de una lógica cuya temporalidad es la velocidad, la sustitución, la inmediatez. Dicho de otro modo, la subjetividad mercantil intenta adaptarse a unas condiciones que varían permanentemente, pero ese intento, que necesita de la creación de unas operaciones específicas, (reinvención y flexibilidad) tiene consecuencias subjetivas. Vale decir, entonces, que el desgarró es el término que designa una serie de marcas constitutivas de la subjetividad actual. A saber: destitución de consistencias y desligadura de anudamientos simbólicos. En definitiva, desvanecimiento de la máquina de pensar disponible. (Grupo Doce, 2001, 59)

Ante este quiebre el personaje asume la soledad (deja su familia para recluirse en una casa junto al mar en donde sus ensueños se desvanecerán y reiniciará una nueva vida trabajando en un jardín y

colaborando en tareas de granja) y busca un nuevo eje para los espacios desgarrados, los fragmentos destruidos, tengan otras reglas y nuevas ligaduras para afrontar la exclusión.

El hartazgo del personaje puede ser asimilado al concepto de "fatiga" de Barthes

La fatiga tiene una actividad silente, algo que exalta – se infla – y luego se extenúa – se desinfla -, un pleno que se vacía. La "palabra" fatiga se declina sustituyendo la "palabra" airada, iracunda, se desinfla como una pompa de jabón. La cita de Gide, "soy un viejo que se desinfla", muestra no tanto el miedo imaginario a la desintegración física o a la descomposición intelectual, sino el terror al vacío, al vaciamiento, al "cuerpo sin órganos", a la descorporización psicótica que, no sería un cuerpo muerto, sino un "cuerpo neutro", desolado, sin deseos. (Barthes, Roland, 2004:21)

Es este cuerpo, ahora sin deseos, el que va dejando sus ensueños.

... el Estado Nación producía un tipo específico de exclusión, nada nos permite pensar que, alteradas esas condiciones llamadas Estado Nación, la naturaleza y las formas de la exclusión seguirán siendo las mismas. Por el contrario, los cambios en el lazo social y la subjetividad no sólo trastocan el status de la inclusión sino también – y esto es lo que importa aquí – de la exclusión social. (Grupo Doce, 2001: 47)

Ante sí el personaje tiene el desafío de reelaborar su destino.

Una breve toma alude brevemente a la búsqueda de otros caminos.

Desde el vehículo mira un cartel que dice "Búsqueda del Grial" Hay un esbozo de sonrisa y sigue conduciendo ¿Es una alusión a la búsqueda del Santo Grial que en la Edad Media daba sentido a las cruzadas? ¿Es que en realidad todos estamos en una búsqueda tan eterna como la vida misma?

... una experiencia pensada exclusivamente desde los resultados se desrealiza como recorrido subjetivo porque queda sometida a los parámetros de racionalidad instalados por el mercado. Habitar un recorrido exige, entonces, trazar otros criterios de racionalidad. Pero otros no significa otros cualesquiera, significa otros en tanto que específicos de ese recorrido. (Grupo Doce, 2001:70)

Cabe preguntarse si asumir la soledad implica un destino asumido que implicaría también "un retiro pulsional, un retraimiento frente a los placeres mundanos, desde la sexualidad – destino de pulsión – a una gastrosofía – destino fisiológico – frente a la saciedad y a hartura, templanza y frugalidad. (Barthes, Roland, 2004: 33)

Pero sobre todo, este movimiento resulta complejo porque nuestra subjetividad, marcada por las viejas representaciones, se resiste a pensar y hablar en los nuevos escenarios.

En otros términos, el agotamiento no describe la desaparición de los términos de la lógica en cuestión sino la pérdida de una estructura que responda a todos los cuestionamientos.

Si se puede definir al sujeto como "individuación en curso" como proceso ilimitado que amplía las posibilidades y que hace convivir las

singularidades con las nuevas subjetividades e incluso sus niveles de indeterminación, es la perspectiva de Deleuze –sobre lo escrito por Foucault- en relación al pliegue del afuera (la subjetividad) que es un campo atravesado por múltiples fuerzas contradictorias entre sí.

Es preciso repetir lo obvio: no sabemos todavía qué otros pliegues nos esperan, qué nuevas maneras de plegar y desplegar las fuerzas del afuera nos acechan, qué formas futuras de desacelerarlas, de abrirse a ellas, de desobstruir la supuesta clausura subjetiva: todo es cuestión de experimentación en este punto. No hay que extrañarse de que Deleuze incluso haya definido el inconsciente como un protocolo de experimentaciones de los otros tantos pliegues por venir. La soledad positiva, afirmativa, disyuntiva, consistiría en una manera de resistir a un socialitarismo despótico, de desafiar la tiranía de los intercambios productivos y de la circulación social. Se esboza, por momentos, una comunidad de los desiguales, de las maquinas célibes, de las subjetividades parciales, donde el exceso y la dispersión inhumana no se eliminan por una reinscripción social obligatoria (Pal Pelbart, 1998:78)

Es totalmente acorde a la naturaleza humana que se quiera percibir a la verdad como objeto deseable, agradable a nuestra percepción.

Pero si se tiene en cuenta que desde su origen el ojo percibe imágenes según ciertos parámetros a los cuales suma contextos específicos, esa inteligibilidad está viciada de sentido, es ilusoria.

Es el salto al vacío del personaje es lo que Derrida llama “instante de locura” o “decisión” ante un futuro inescrutable.

Foucault expresa que *"nos toca promover nuevas formas de subjetividad rechazando el tipo de individualidad que nos fue impuesto durante siglos. Deleuze llama a la lucha" no cabe temer o esperar, sino buscar nuevas armas"*.

Pero, igualmente, estamos solos, ante un horizonte despojado de luz y transitando un camino ante el cual solamente tenemos certezas provisorias.

Tal vez la propuesta de Boaventura de Souza Santos resulte lo más accesible para el hombre de la posmodernidad: no recomponer los pedazos de una modernidad corroída por el desencanto sino elaborar un posmodernismo de oposición, es decir, plantear transformaciones que, más allá del pensamiento único, propongan alternativas en las cuales desaparezca lo hegemónico y se acepte la pluralidad.

BIBLIOGRAFIA

- Barthes, Roland, 2004, "Lo Neutro" Ed. Siglo XXI.
De Souza Santos, Boaventura, 2004, "El milenio huérfano", Ed. Trotta.
Grupo Doce, 2001, "Del fragmento a la situación" Ed. México.
Pal Pelva, Peter, 1998, "Filosofía de la Deserción. "Ed. Tinta Lumen.

Cita de este artículo:

ROLANDO, A (2014) "Posmodernidad y vida cotidiana: Una mirada desde lo cinematográfico". Revista IN IURE [en línea] 15 de Noviembre de 2014, Año 4, Vol. 2. pp. 19-32. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA PERSONA PRO NACER EN ROMA. EL TEMA EN LA ACTUALIDAD

Juan Carlos Costa

Profesor Titular Regular Derecho Romano,
Universidad Buenos Aires (UBA);
Universidad del Salvador (USAL);
Universidad Argentina J. F. Kennedy (UAJFK).

Palabras claves:

*concebido, protección,
personalidad, sujeto de
derecho, capacidad
jurídica.*

Key words:

*conceived, protection,
personality, subject of law,
legal capacity.*

Resumen

Más allá de las disposiciones del código civil, el análisis de disposiciones normativas y fallos recientes, que contemplan particularmente la situación del concebido no nacido demuestra la pervivencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del más débil en la legislación argentina.

Abstract

Despite the civil code regulations, legal regulation and recent judgement analysis, that specifically consider the not born conceived situation, it evidences the survival of the Roman Law governing principles involved in the weakest protection within the argentinean legislation

I. Introito

El presente trabajo es continuación de la investigación que vengo realizando desde hace tiempo respecto de la problemática provenientes de *la persona por nacer (nasciturus*¹). Más allá de las disposiciones del código civil, el análisis de disposiciones normativas y fallos recientes, que contemplan particularmente la situación del *concebido no nacido* demuestra la pervivencia de los principios rectores del derecho romano en la protección del más débil en la legislación argentina.

II. Protección al concebido en el derecho romano

Es profunda la influencia del derecho romano respecto de la problemática concerniente al concebido (*nasciturus*). Prefiero emplear esta terminología más propia de Teixeira de Freitas y Vélez Sársfield, continuadores de la corriente romanista ibérica, sin desconocer la polémica doctrinaria al respecto reseñada por Catalano cuando

¹Costa J. C. y García R. G., 1990. La situación jurídica del nasciturus en el derecho romano y su influencia en A. T. Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, IX° Encuentro Nacional Profesores Derecho Romano, Tucumán; Costa J. C., 1997. El derecho de familia y de las personas en Roma, Estudio, Buenos Aires; Costa J. C., 2001. Estatuto de la persona, XVIII° Jornadas de derecho civil, Buenos Aires, Costa J. C., 2004. Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea, XIV° Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Bs.As.; Costa J. C., 2007. La protección del concebido en el Derecho Romano y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea, Revista Aequitas, USAL, Año 1 N° 1, Buenos Aires; Costa J. C., 2011. La protección del concebido en el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho Romano, Revista Signos Universitarios, Universidad del Salvador, año XXX, N° 46, Buenos Aires.

reflexiona que frecuentemente en Europa la introducción de los conceptos abstractos de *persona, personalidad, sujeto de derecho, capacidad jurídica*, ha importado una renovación de los principios y de las normas avanzando de la *igualdad ontológica al eclecticismo pacífico legislativo*².

Respecto al tema puedo señalar que, los juristas romanos fieles a su estilo práctico y realista consideran la existencia de la persona centrada en el hecho biológico y empírico del nacimiento. *El nacer* implica el comienzo a la vida en modo práctico y jurídico. A posteriori, la intensa actividad de la jurisprudencia clásica romana hace variar dicha premisa reconociéndole derechos al *nasciturus* con la finalidad de paliar situaciones jurídicas que producen soluciones inequitativas, v.g., la situación hereditaria del hijo póstumo, cuestiones alimentarias, etc., mediante lo cual, lentamente se comienza a considerar que *la vida se inicia a partir de la concepción y que el nacimiento ratifica el proceso de gestación iniciado en el seno materno*. En otras palabras, mediante la contemplación jurídica de casos cotidianos destinados a procurar soluciones justas se inicia la consideración de la existencia de la persona desde el momento de la concepción en el seno materno. *La vida se genera desde la gestación y no a partir del nacimiento; y por ende, la protección del concebido (nasciturus) se torna necesaria*. La jurisprudencia clásica, fiel a su estilo, no elabora al respecto una teoría general de la persona sino que mediante soluciones a casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene inicio con la concepción en el seno materno y no con el nacimiento. Este último, de ser con vida, no es otra cosa que la ratificación de la personalidad de quien la ha iniciado en el vientre materno³.

²Catalano P., 1990. *Diritto e Persone*, G. Giappichelli editore, Torino, p. 204 y ss.

³Costa J. C, 2001. Estatuto de la persona, XVIIIº Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires.

Lo expuesto me permite sostener que, la jurisprudencia romana considera jurídicamente ambas posturas, *nacimiento y concepción*, hasta que esta última desplaza a la primera, lo cual significa que los juristas romanos conocen ambos supuestos biológicos, decidiendo finalmente la protección jurídica al concebido desde el instante mismo de la concepción y sujeto a la condición resolutoria que nazca con vida.

II. a. La posición de Savigny

Para comprender mejor la cuestión planteada en el derecho romano es necesario hacer hincapié, primero, en modo breve, en la postura rígida propiciada por Savigny⁴, que considera el inicio de la persona en el derecho romano desde el nacimiento para entender la evolución equitativa y humana, devenida en actual, que considera la personalidad y protección jurídica del concebido. La posición de Savigny se encuentra fundada en distintos pasajes de las fuentes que hacen referencia al nacimiento como consideración gravitante a tener en cuenta para el derecho⁵. Pero al punto habremos de admitir, que han sido interpretadas forzosamente en virtud que varios de los mismos no refieren concretamente al concebido como persona ni tampoco al alcance de sus derechos, sino a situaciones peculiares, tales como, el fruto del vientre de una esclava, legados que tienen como objeto los frutos de un fundo y de una esclava, y la consideración que el feto es parte de las entrañas de la mujer. De una atenta lectura de las fuentes indicadas se advierte, que en rigor no hacen referencia a *la persona por nacer como tal (nasciturus)* y a *su protección o sus derechos*. Por el contrario los casos aluden al *feto de una esclava*, siendo clara la distancia entre ésta y una mujer libre. Por dicho motivo, al considerar a una esclava jurídicamente como

⁴De Savigny M. F. C., 1878. *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. Guenoux M. Ch., F. Góngora y Cía. Editores, Madrid, T. I, p. 272 y ss.

⁵ Inst. 2.203 / D.25.4.1.pr. / D.25.4.1.1 / D.30.24.pr. / D.35.2.9 / D.44 .2.7.3.

cosa, el concebido en su vientre es considerado en modo similar. De aquí se infiere su comparación y asimilación con *los objetos de un legado*. Por otra parte, el pasaje del Digesto que alude a la persona por nacer como *parte integrante de las entrañas de la mujer* debe ser interpretado como aquello que se encuentra en el vientre de la madre formando parte de su integridad y que hacen a su intimidad y pudor. La cita concretamente refiere a un caso de *inspección de vientre y custodia de parto*, motivado por requerimiento del padre en un caso de divorcio y no por una cuestión de consideración de la *persona por nacer en sí misma*.

II. b. Nuestra opinión

A la luz de la evolución que efectúa el derecho en Roma comienza a surgir mayormente la tendencia de excepcionar el principio de considerar el nacimiento como punto de partida de la persona. Esta evolución deviene en importantes decisiones jurídicas contempladas en las fuentes, que permiten aseverar que la jurisprudencia romana haciendo gala de una actitud netamente humana va en dirección de *la defensa y equiparación del más débil (concebido) mediante la implementación de su protección jurídica*.

De este modo, tenemos la consideración y cobertura brindada al póstumo a través de la designación de tutores para después del nacimiento⁶, lo que implica reconocerlo como persona⁷; diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre para después que el concebido hubiera nacido⁸; la percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre⁹; la designación

⁶Gayo, Inst. 2.13 / Ulpiano, Reglas, 22.15 / Inst. 2.16.4 / Inst. 2.132 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4.

⁷Inst. Gayo 2.183 / Ulpiano, Reglas 22.15 / Inst. 1.13.4 / Inst. 1.14.5 / Inst. 2.13.2 / Inst. 2.16.4 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4 / Inst. D.26.2.1.1 / D.26.2.1.5 / D.26.2.6 / D.26.2.19.2 / D.50.17.187.

⁸D.1.5.18 / D.48.19.3.

⁹D.25.6.1.7 / D.37.9.1.3 / D.379.1.5 / D.37.9.5.pr / D.37.10.5.3.

de curador al *nasciturus* para protegerlo y administrar sus bienes considerándolo incapaz de hecho¹⁰. En este último caso se llega a considerar que el curador debe pagar las deudas contraídas en ocasión de la curatela implicando extender la responsabilidad de la persona por nacer ante las deudas¹¹. También respecto de la posesión se permite en ciertos casos al concebido ejercerla a través del curador o incluso de la madre¹². Por otra parte, se encuentran pasajes del Digesto que aluden al concebido en igual consideración al que *ya ha nacido*¹³; y otras fuentes tienen en cuenta la concepción como determinante del estado familiar del concebido desplazando el nacimiento¹⁴. Finalmente se considera al concebido sujeto a la condición que nazca con vida (efecto resolutorio) en contraposición al efecto que le otorga tener en cuenta el nacimiento como punto de inicio (condición suspensiva¹⁵).

O sea que a modo de apretada síntesis puedo señalar que, partiendo de la consideración del momento del nacimiento los juristas romanos comienzan a integrar la indefensión del concebido hasta equiparlo al ya nacido. *Esto implica la creación y sustento del principio moderno contemplado en numerosas legislaciones en cuanto a que la concepción en el seno materno da inicio a la persona como tal, bajo la condición que nazca con vida.*

III. El código de Vélez

Vélez Sarsfield siguiendo a su mentor Augusto Teixeira de Freitas establece el comienzo de la existencia de la persona desde el momento mismo de la concepción en el seno materno. A dicho respecto puedo decir que, *Vélez adopta las conclusiones derivadas de*

¹⁰ D.26.5.2.pr / D.26.10.3.3 / D.26.10.3.11 / D.27.1.45.2 / D.37.9.1.22 / D.50.16.161.

¹¹ D.27.4.1.2. / D.37.9.5.1.

¹² D.6.5.1.pr / D.26.6.1.1 / D.37.9.

¹³ D.1.5.7 / D.1.5.26 / D.50.16.153.

¹⁴ Inst.1.13.9 / D.1.7.15.

¹⁵ D. 34.5.7.pr / D.38.16.3.9 / D.40.4.7 / D.50.16.129.

*las múltiples soluciones propiciadas por el derecho romano, tan bien conocidas en su época, trasladándolas a nuestro derecho positivo*¹⁶. Respecto de la labor de nuestro codificador, Schipani ha tenido oportunidad de señalar que *el código de Vélez con sus notas constituye la expresión más concluyente desde el punto de vista teórico en cuanto a la continuidad existente entre los códigos justinianos y los códigos contemporáneos*¹⁷.

La persona por nacer en el código civil se encuentra legislada en los artículos 63 a 78¹⁸, y especialmente en la nota al artículo 63¹⁹, donde Vélez señala con notable acierto que,

“las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar...; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto...”.

En la nota indicada encontramos también puntuales referencias al derecho romano y citas de códigos coetáneos de marcada influencia romanista, v.g., Luisiana (art. 29), Prusia (T. 1 art. 10 parte 1ra.). Empero, es menester destacar la decisiva influencia que ha tenido en nuestro codificador la postura asumida por el jurisconsulto brasileño Teixeira de Freitas, que por coincidir con la misma sigue acertadamente, especialmente en cuanto a la admirablemente distinción efectuada por Freitas entre *persona futura* y *persona por*

¹⁶ Costa J. C., 1997. *El Derecho de familia y de las personas en Roma*, Estudio, Buenos Aires, p. 42.; Costa J. C., 2005. “Raíces Romanas en las Instituciones Modernas”, XXº Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Buenos Aires.

¹⁷ Schipani, S., 2004. *Treinta años de diálogo con los juristas latinoamericanos*, La Ley, Buenos Aires, 22-09.

¹⁸ Que corresponden a los arts. 1 a 7 del Título III y arts. 1 a 9 del Título IV, ambos de la Sección Primera, Libro Primero “De las Personas”, según la numeración original dispuesta por Vélez reemplazada luego por la actual correlativa.

¹⁹ En el original corresponde al art. 1, Título III, Sección Primera, Libro Primero.

nacer²⁰; su aguda reseña sobre la situación codificadora de la época²¹; y el excelente fundamento empleado en refutación de la posición de Savigny.

Con lo expuesto quiero señalar que, *la solución adoptada por Vélez en el código considerando que la existencia de la persona se inicia en el momento de la concepción tiene origen en el derecho romano, demostrando su influencia y vigencia no sólo históricamente sino a modo de pervivencia, transmutación o transfiguración jurídica.*

IV. El tema en la actualidad

Es evidente, que el enfoque jurídico de Vélez y los juristas de su época solo pueden considerar el único modo posible de concebir, esto es, en el seno materno. He dicho más arriba, que la jurisprudencia romana se adelanta al momento que les toca vivir dejando atrás el principio que la persona de existencia física se inicia con el nacimiento remplazándolo por la concepción. Más hoy, el adelanto de la ciencia médica nos induce al análisis de *la problemática de la fecundación extracorpórea*, planteado el eje de la cuestión respecto *la concepción fuera del seno materno*. Ya he tenido oportunidad de desarrollar el tema haciendo hincapié en el campo de la bioética para concluir que es legal y justo brindar la correspondiente protección jurídica al concebido extracorpóreo²². Es evidente que el tema es espinoso y causa de debate doctrinario permanente. Sin perjuicio de ello, con la prudencia y mesura que la cuestión requiere, especialmente en consideración de las opiniones en contrario, en su momento sostuve que es menester brindar una adecuada aceptación y protección jurídica al concebido extracorpóreo²³. Con esto, en definitiva y en mi

²⁰ Teixeira de Freitas, Exboxo, Libro I Sección I, Título 2º Capitulo 1, nota art. 53.

²¹ A favor de la concepción: Cód. Austria (art. 22); Luisiana (art. 2); del Perú (art.3); Estados Prusianos (art.10, parte 1º, Título 1º). A favor del nacimiento: Cód. Chile (arts. 74 y 77).

²² Costa J. C., *La protección del concebido en el derecho romano y los problemas...* cit.

²³ Costa J. C., *La protección del concebido en el derecho romano y los problemas...*, cit.

opinión, no es otra cosa que brindar *protección legal al más débil*, tal cual lo hicieran los juristas romanos con *el concebido en el seno materno*. Pero es evidente, que tratándose de una cuestión delicada, la sociedad, entiéndase Estado, debe implementar una política tuitiva del concebido extracorpóreo, como incluso otrora se hiciera en Roma respecto de la protección jurídica del concebido desde el seno materno.

V. La cuestión en los proyectos legislativos

Desde 1985 a la fecha son diversos los proyectos de carácter nacional que se han presentados con el fin de legislar el tema pero sin que hayan recibido aprobación por ninguna de las Cámaras del Poder Legislativo. Recién, en julio de 1997, el Senado aprobó un proyecto originado en varias de sus comisiones, que finalmente no fue convalidado en Diputados. Por su parte, el denominado "Proyecto de Código Civil unificado al Código de Comercio", presentado en 1998, trata el tema en diversos artículos, especialmente el 15, que reza, "*la existencia de las personas humanas comienzan con la concepción*", modificando lo dispuesto por Vélez cuando habla de "*la concepción en el seno materno*". El "Proyecto" en sus "Fundamentos" (L. 2º T. Iº p. 3) dice al respecto que, "al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina la expresión en el seno materno para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces no sólo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4 inc.1). Los otros arts., que proponen armónicamente la modificación expuesta son los siguientes: 111, 505, 543, 563 y 2229 inc. c."

VI. El tema en el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial

El proyecto del nuevo "Código Civil y Comercial" según su versión originaria trata la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana en los artículos 19 a 21, que analizaremos a continuación:

Artículo 19. **Comienzo de la existencia.** *La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.*

Artículo 20. **Duración del embarazo. Época de la concepción.** *Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo de embarazo es de TRESCIENTOS (300) días y el mínimo de CIENTO OCHETA (180), excluyendo el día del nacimiento.*

Artículo 21. **Nacimiento con vida.** *Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.*

Si bien se trata aún de un proyecto, que tiene sanción solo en cámara de senadores, debemos realizar las siguientes apreciaciones.

El tema es álgido e intensamente debatido desde lo político, moral, social religioso, etc., esencialmente porque trata la consideración jurídica del inicio de la persona. En dicho sentido el proyecto no se aparta de la doctrina civilista argentina tradicional fundada en el

derecho romano en cuanto a que el inicio de la persona se produce en la concepción en el seno materno (art. 19). Si bien éste es el principio general para la procreación natural innova en cuanto a los casos de los embriones originados por técnicas de reproducción asistida señalando que el comienzo de la vida se produce con la implantación en la mujer. Pero la norma no se desentiende de lo más agudo de la problemática referida a "la situación del embrión no implantado", pero sin brindarle solución jurídica dado que lo deja supeditado a la sanción de una futura ley.

Los restantes artículos (20 y 21) son de raigambre netamente romanista, tanto lo concerniente a la duración del embarazo como la sujeción a la condición resolutoria que nazca con vida²⁴.

VII. Breve consideración de la problemática de la procreación asistida en el país

Coexisten respecto del tema dos puntos de vista antagónicos. Por un lado, la postura que admite con amplitud la procreación asistida en aras del progreso de la ciencia, y por el otro, aquella que la rechaza²⁵. Sin entrar en profundidad en la consideración técnica de los distintos procesos de fecundación asistida puesto que escapa a la ocasión del presente trabajo es menester dejar en claro que éstos pueden ser de modo extracorpóreo intracorpóreo. Las primeras se fundamentan en que "la mayor parte de las mismas efectúan la fusión de los gametos masculino y femenino en un medio extracorpóreo, pudiendo tratarse de la fertilización denominada pasiva, que es la más común y conocida o la activa (inyectar uno o algunos pocos espermatozoides en el interior del óvulo), transfiriendo

²⁴Costa J. C. 1997, *El derecho de familia...*, cit., p. 42 y ss.

²⁵ Sambrizzi E. A., 2001. *La producción asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 13 y ss.

luego el huevo fecundado a las trompas de la mujer”.²⁶ Las segundas, presenta como característica que la fusión se produce mediante “la introducción del semen del varón en la vagina o útero de la mujer, en la cavidad abdominal o dentro del folículo ovárico antes de que se produzca la ovulación, o mediante la transferencia intratubárica de gametos, que consiste en la introducción en las trompas de la mujer, en el abdomen o a través del canal cervical, de los gametos femenino -previamente extraído- y masculino, sin previa fertilización entre ambos²⁷”.

La fertilización extracorpórea ha conducido muchas veces a la aplicación de otras técnicas complementarias que causan una intensa discusión doctrinaria: a) El congelamiento o crioconservación de gametos masculinos o de embriones debido al poco éxito obtenido en el desarrollo hasta hoy en la congelación de gametos femeninos que conlleva a la congelación de óvulos ya fecundados (embriones); b) La selección de embriones en consideración a su mejor aptitud, cantidad requerida por la gestante, rechazo de la gestante de la implantación de los embriones crioconservados, fallecimiento de la madre biológica y no implantación posterior en otra madre. Procedimientos técnicos que han conducido a la decisión de desechar o descartar. Es evidente que la adopción de cualquiera de estas dos últimas posibilidades genera oprobio en parte de la doctrina por cuanto considera que en el primer caso se produce “la cosificación del embrión humano”, y en el segundo, “la muerte premeditada de un ser humano”.²⁸

Hasta aquí sólo me he referido brevemente el aspecto emergente de la pareja que desea tener un hijo y los médicos que la asisten (fertilización homóloga), empero, otra faceta del problema surge en el caso de fertilización heteróloga, que se produce entre la pareja y

²⁶ Sabrizzzi E. A., *La producción asistida...*, cit., p. 18 y ss.

²⁷ Sambrizzzi E. A., 1995. *La producción asistida...*, cit., pág. 19; Loyarte D. y Rotonda A. E. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Buenos Aires, p. 107 y ss.

²⁸ Sambrizzzi E. A., *La procreación asistida...*, cit., p. 20 y ss.

los donantes del material genético o entre éstos y los bancos de semen o entre el donante y los hijos nacidos con motivo de la utilización de los gametos de aquellos. Otra variedad de la problemática en tratamiento, sin ánimo de agotar la misma, y a modo de ejemplo, se da en la relación entre la pareja y los embriones no implantados, el alcance de la guarda del secreto de la identidad de los donantes, la madre portadora o subrogada (gestación realizada por una tercera persona con óvulos que pueden o no ser de ella con la cual se ha convenido previamente la entrega del hijo que gestó a quien o quienes se lo han encargado); gestación del hijo por parte de la mujer que utiliza embriones congelados o gametos crioconservados del marido premuerto; la extracción de semen de los testículos del marido fallecido, etc.²⁹

En mi opinión, lo concerniente a los inconvenientes y supuestos que se pueden presentar respecto a la finalidad de la fecundación extracorpórea es sumamente agudo y conflictivo. Toda persona, simplemente por el hecho de serlo, tiene derecho a la vida. *Persona y vida son una misma cosa no pudiéndose separar una sin que se pierda la otra*³⁰. Por ende, siendo la procreación algo propio y natural de la unión sexual de la mujer y el hombre es menester tener en claro qué es lo que se persigue con la fecundación extracorpórea, por cuanto la ciencia médica, esto es, la inteligencia del hombre reemplazando a la naturaleza, genera una responsabilidad que no puede ser soslayada por el legislador puesto que entramos en el terreno de la bioética (del griego *bios*, vida, y *ethiké*, moral), que consiste en “*el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales*”³¹. El término bioética “*se ha ido incorporando paulatinamente en el lenguaje científico, primero y en el habla corriente, después indicando*

²⁹ Sambrizzi, E. A., *La procreación asistida...*, cit., p. 22 y ss.

³⁰ Costa J. C., 2001. XVIII° Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires.

³¹ Loyarte D. y Rotonda A. E., *Procreación...*, cit., pág.11 y ss.

de modo fehaciente la especial influencia que estos temas tienen en el hombre moderno, afectado por una incesante medicalización de su vida³²".

Sin perjuicio que resulta imposible abarcar la cuestión con la profundidad y seriedad que merece es fundamental dejar en claro, al menos, que es imposible soslayar "el vacío legal sobre el tema" sin tener en cuenta los principios que emergen de esta nueva ciencia, por cuanto en definitiva se trata "de crear vida", y ello conlleva principios inexorables que deben ser tenidos en cuenta desde el punto de vista, médico, legal y ético, dado que es "el propio hombre que crea vida humana reemplazando el acto natural de la procreación", con los peligros que esto puede acarrear, v. g. la clonación.

VIII. Otro aspecto de la vigencia del derecho romano en cuanto a la protección del concebido en la legislación argentina

Efectuado en los acápites precedentes el análisis de la situación del concebido en el derecho argentino arribo prima facie a la premisa: *que el derecho romano ha brindado a la normativa argentina principios rectores destinados a la consideración y protección del concebido como persona.*

Por dicha razón me he abocado al estudio del tema mediante el análisis de otro punto de vista en la cuestión, siendo el caso de lo referente a la protección del concebido no nacido prevista en el art. 495 del Código Procedimiento Penal de la Nación, que dispone "la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal del juicio solamente en los siguientes casos: 1) cuando

³² Loyarte D. y Rotonda A. E., *Procreación...*, cit., p. 12 y ss.

deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia...”.

En este sentido, los argumentos de recientes fallos jurisprudenciales han sostenido que *“en circunstancias particulares deben meritarse a la hora de resolver, además de cuestiones propias de la detenida, extremos y situaciones fácticas que van más allá del sujeto que viene sufriendo la detención, tal como el interés de la persona por nacer, protegido por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento supralegal de rango constitucional”*, ordenándose en consecuencia suspender la prisión preventiva que viene sufriendo la madre hasta tanto dé a luz y su hijo cumpla los seis meses de edad³³.

Pues bien, a lo expuesto debo añadir la opinión de Ulpiano cuanto tuvo que expedirse en una situación similar resolviendo que *“el Emperador Adriano respondió por rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paria un libre; y que se acostumbra conservarla, hasta que diese a luz el parto...”*³⁴. El mismo Ulpiano, en otro caso, también decide en el mismo sentido diciendo que *“la pena de la mujer embarazada condenada a ser ejecutada se difiere hasta que para. Yo ciertamente se que se observa, que tampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada”*³⁵.

Es más que evidente que las humanas soluciones de Ulpiano respecto de la protección de la mujer que se encuentra embarazada bajo prisión o sujeta a la pena capital se encuentran destinadas también a la protección del concebido, y esta solución propiciada por el derecho romano es recogida por la normativa y jurisprudencia citadas.

³³Del voto del Dr. Eduardo R. Freiler, C. 38.398 - “Inc. De Excarcelación de Huaranga Padilla, Yuri Eith”. CNCRIM. y CORREC. FED. - Sala I - 19/10/05; y C. 38.810 - “Quichua Quispe, Eda s/ detención domiciliaria” - CNCRIM. y CORREC. FED. - Sala I - 14./03/06.

³⁴ D.1.5.18.

³⁵ D.48.19.3.

Ulpiano refiere no solo a la mujer que se encuentra sujeta a la aplicación de la pena capital, sino también a la que puede ser pasible de cualquier tipo de tormento, demostrando el destacado jurista clásico su elevado criterio jurídico cuando señala atinadamente *“a la mujertampoco se la sujeta al tormento mientras está embarazada”*³⁶.

El criterio adoptado por Ulpiano es amplio, humano, de plena consideración hacia la mujer en razón de su embarazo, lo que implica *la protección del ser que porta en su seno”*.

Ahora bien, en el derecho moderno debemos equiparar *“tormento con prisión”*, y entonces, emerge clara la solución de Ulpiano recogida en la normativa legal y jurisprudencial argentina. De ningún otro modo se pueden interpretar los pasajes del célebre jurista romano y su incidencia en el derecho actual, lo cual permite sostener que, *los principios rectores del derecho romano destinados a la debida consideración y protección del más débil, en este caso, el concebido, se encuentran insertos en el derecho argentino y tienen plena y eficaz aplicación.*

IX. A modo de conclusión.

Estudiando las fuentes romanas y su influencia y recepción en el código de Vélez y en la doctrina civilista argentina, el estado actual de los proyectos de reformas y la doctrina especializada en el tema, puedo arribar a la conclusión que, *el sistema legal argentino ha receptado sólidamente los principios humanos del derecho romano en cuanto a la protección jurídica del concebido en el seno materno*

³⁶ D.48.19.3.

(nasciturus) y como consecuencia de ello, la vida extracorpóreatambiéndebese ser protegida en modo coherente con dichos principios, que brindan fundamento a la legislación latinoamericanas en general y a la argentina en particular.

BIBLIOGRAFIA

- CATALANO P., 1990. *Diritto e Persone*, G. Giappichelli editore, Torino.
- COSTA J. C., 2007. "La protección del concebido en el Derecho Romano y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorpórea", *Revista Aequitas, USAL*, Año 1 N° 1, Buenos Aires.
- COSTA J. C., 2011. "La protección del concebido en el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho Romano", *Revista Signos Universitarios, Universidad del Salvador, año XXX*, N° 46, Buenos Aires.
- DE SAVIGNY M. F. C., 1878. *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. Guenoux M. Ch., F. Góngora y Cía. Editores, Madrid.
- LOYARTE D. y Rotonda A. E. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Buenos Aires.
- SAMBRIZZI E. A., 2001. *La producción asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SCHIPANI, S., 2004. *Treinta años de diálogo con los juristas latinoamericanos*, La Ley, Buenos Aires.

Cita de este artículo:

COSTA, J. C. (2014) "La persona por nacer en Roma. El tema en la actualidad" *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Noviembre de 2014, Año 4, Vol. 2. pp. 33-49. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA FISCALÍA DE ESTADO EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL ARGENTINO

Edgardo Valenzuela

Profesor Titular Universidad Nacional de La Rioja,
Profesor Adjunto, Universidad Nacional de Cuyo,
Argentina.

Alberto Montbrun

Profesor Titular, Universidad Nacional de Cuyo,
Universidad Nacional de La Rioja, Argentina.

Palabras claves:

*Derecho Público
Provincial, democracia,
Constitución Nacional.*

Key words:

*Provincial Public Law,
democrac, Constitution.*

Resumen

Argentina es un país organizado bajo el sistema federal de gobierno. Las veintitrés provincias que la componen y su capital federal – la ciudad de Buenos Aires– conforman unidades políticas con autonomía que dictan su propia constitución estatal. Todas han creado la figura del Fiscal de Estado como encarnación institucional de la abogacía del Estado incluso con ese nombre, salvo alguna excepción.

El Fiscal de Estado opera como representante legal de la provincia, es parte en todos los casos en que la provincia –y en varias de ellas también sus municipios – son parte actora o demandada. Disponen además de la legitimación procesal para la acción genérica de

inconstitucionalidad contra leyes, decretos o reglamentos que violen la legalidad objetiva, de la cual son custodios.

La Argentina vivió un proceso de modernización de su derecho público provincial a partir del retorno a la democracia. Alrededor de veinte provincias dictaron nuevas constituciones. No obstante, el perfil tradicional de la Fiscalía de Estado se mantuvo sin mayores modificaciones. Solo en algunos casos se separó la investigación de irregularidades administrativas de su ámbito para ponerla en otros órganos.

Abstract

Argentina is a country organized under a federal government system. Its 23 provinces and its district city - Buenos Aires - conform self governing political entities enacting their own state constitution. Every province has created the State Prosecuting figure as the institutional incarnation of the state law practice, even with that name, considering some exceptions.

The Prosecuting figure acts as the province legal representative, being part of every instance in which province or borough is as actor as respondent. Provinces also arrange the process authentication for the unconstitutional generic action against laws, writs or bylaws. breaking up the objective legality whereof are custodian.

Argentina has experienced a renewal process of its provincial public law since its return to Democracy. About 20 provinces enacted new constitutions. Nevertheless, the traditional profile of the prosecutor's office kept as usual. Only in few cases the investigation of administrative irregularities broke off from its area to be channeled by other governing bodies" (El de la organización de Gobierno).

I. Introducción

La República Argentina es un país organizado bajo un sistema federal de gobierno según lo dispuesto por la Constitución de 1853 – 60 modificada en 1866, 1898, 1957 y 1994. En función del artículo 5 de la misma cada provincia dicta para sí una constitución creando y estableciendo sus propias instituciones bajo un régimen de autonomía, con el único condicionamiento de respetar el sistema de derechos y garantías de la Constitución Nacional y garantizar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria.

A partir del retorno a la vida democrática operado en 1983 las provincias argentinas casi en su totalidad¹ encararon procesos de profunda reforma y actualización de sus constituciones provinciales que en su momento caracterizamos como generador de un *derecho público provincial del poder*².

En dicho proceso, movilizado fundamentalmente por la consagración de la posibilidad de la reelección inmediata de los gobernadores en sus cargos, se produjo un fortalecimiento de las autonomías municipales, la incorporación de mecanismos de democracia semidirecta, el reconocimiento de derechos sociales y de tercera generación y la creación de Consejos de la Magistratura para la selección y nominación de jueces y funcionarios del ministerio público fiscal. También se previeron nuevas formas de participación ciudadana y nuevos institutos de control y fiscalización.

Así, muchos Estados crearon la figura del Defensor del Pueblo – Ciudad de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Corrientes, Formosa, La Rioja, Neuquén, Rio Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán– u otras figuras como las Auditorías o Sindicaturas Generales, como Ciudad de Buenos Aires y Salta.

¹Con las excepciones de Mendoza, Santa Fe y Misiones.

² MONTBRUN, Alberto; 2003, *Introducción al Derecho Público Provincial*; en PEREZ GUILHOU, DARDO Y OTROS; *Derecho Público Provincial y Municipal*; Tomo I, 2º Edición Actualizada; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; LA LEY, Buenos Aires.

En materia de abogacía del Estado, la figura tradicional del Fiscal de Estado permaneció sin modificaciones importantes, aunque algunas provincias incorporaron también la figura de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas como Corrientes, Formosa, La Pampa y Río Negro.

La figura de la Fiscalía de Estado aparece siempre en el Derecho Público Provincial Argentino ligada a la abogacía del Estado y a la representación legal del fisco, aunque es posible advertir que confluyen en este órgano dos funciones no exactamente iguales, como son el control de la legalidad administrativa y la defensa de los intereses generales o de la Administración³.

Otras dificultades no menores, pero que se desprenden de las anteriores, son la superposición de actividades, en cuanto asesor jurídico de Estado y al mismo tiempo su conexión con el Ministerio Público dentro de la órbita del Poder Judicial y las diferencias que presenta en cada una de las constituciones provinciales en lo referente a sus posibilidades de contralor. En suma, la tarea de enmarcar jurídicamente la Fiscalía de Estado representa un reto para quien lo aborde.

La naturaleza jurídica del instituto, también presenta diversas opiniones doctrinales. Adelantamos que para nosotros la naturaleza jurídica de una institución, en nuestro caso Fiscalía de Estado, está determinada por la actividad que le es propia conforme a las funciones que desempeña en el Estado de Derecho.

En nuestra opinión la naturaleza jurídica de una institución no depende de su ubicación en las funciones del poder del estado, sino que se define por distinguir que es lo propio de esta institución. Prima facie, entendemos que lo propio de esta institución es ser un órgano de control interno del Estado de derecho, por lo que su ubicación en la sistemática de la constituciones dependerá de múltiples razones,

³ ARMANDO, Mayor; 2008, Derecho Público Provincial, coordinado por Antonio María Hernández, Ed. LexisNexis, Buenos Aires.

sean éstas históricas o políticas. Es por ello que para nosotros se trata de un órgano extra poder.

II. Razones de la existencia del control en el Estado

La característica esencial que diferencia a la democracia de los regímenes autoritarios o dictatoriales es la existencia de diversas formas de control de los gobiernos.

Desde este enfoque, la democracia también presenta la característica de ser un régimen político donde los gobernantes deben rendir cuentas de sus actos de gobierno. De ahí que los diversos controles democráticos son herramientas legales que garantizan que los gobernantes cumplan con este cometido.

A lo largo de la historia se han establecido distintas formas del ejercicio del control: como el sufragio electoral, el sistema tripartito de gobierno, la aparición de las organizaciones no gubernamentales como forma de ejercer el control por la sociedad; el control de la prensa oral, escrita o televisiva, y ahora prensa 'on line'; el control del gasto público por parte de los Tribunales de Cuentas, Contralorías y Auditorías; el Defensor del Pueblo como garantía de los derechos del ciudadano; el control de la ética pública a cargo de las Oficinas de Ética o Anticorrupción, etc. Entre todos estos, uno de los medios de control más antiguos y de más prestigio ha sido y sigue siendo la Fiscalía de Estado.

Dentro del estado existen instituciones que por imperativo constitucional ejercen un contralor en el manejo del patrimonio común de la sociedad por parte de funcionarios y oficiales públicos. Son los gobernantes, en una democracia republicana, quienes deben dar cuenta a la ciudadanía de su actuar decente, responsable y eficaz en la administración de los recursos que se les han confiado.

Los organismos de control examinan e informan las "rendiciones de cuentas" de los gobernantes y así los órganos públicos

correspondientes y la sociedad pueden evaluar la legalidad y calidad de sus acciones. El trabajo regular y planificado de estos organismos es parte de la actividad de "*control público*" ejercida desde dentro del Estado.

El nacimiento y la evolución de la función de control público hasta llegar a la configuración actual, tiene una larga historia, ya que el control ha sido una preocupación del hombre desde tiempo inmemorial.

¿Qué otra cosa hace el hacendado del relato evangélico (parábola de los talentos) cuando pide a sus criados que le "*rindan cuentas*" de lo que han hecho con el dinero que le dejó a cada uno de ellos?

Si habría que emitir el acta de nacimiento del control como función administrativa de una organización, la fecha correspondería al momento en que se hace ostensible e inevitable la separación entre propiedad y administración. El propietario, o el soberano, por la extensión de su dominio territorial o por la complejidad de su patrimonio, no pueden estar al frente de todas las operaciones de administración de la hacienda y entonces encomienda la gestión de todo o de una parte de su patrimonio o de la propiedad soberana a otra u otras personas.

El control nace como necesidad de verificar, de comprobar que tan diligentes y fieles en la administración conferida resultan los agentes delegados.

III. La Fiscalía cómo órgano de control extra poder

En las provincias argentinas la Fiscalía de Estado es receptada como un órgano de base constitucional por prácticamente la totalidad de las cartas provinciales, con la sola excepción de la provincia de Tucumán que no la contempla.

En su perfil más básico y como un punto en común en todos los sistemas normativos provinciales, la Fiscalía de Estado es un

organismo que cumple funciones de control interno del Estado. El Fiscal de Estado que apareció en los orígenes del Estado Moderno como órgano de defensa de los intereses del rey y que en la actualidad aparecen divididas sus funciones entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, debe ser perfilado a nuestro entender, conforme a su naturaleza jurídica, en las distintas constituciones como un organismo de Control Extra poder.

Esto es así, debido a que el Fiscal de Estado aparece en todas las cartas magnas provinciales como defensor del patrimonio e intereses del Fisco, ejerciendo funciones de contralor en la administración del Estado provincial, ya sea, centralizada, descentralizada o autárquica.

A este fin debe ser un verdadero veedor de la labor de las personas que se desempeñen en la función administrativa de las Provincias, respetando, de esa manera, la autonomía de los Estados Municipales.

Debido a ello, la función asesora del Poder Ejecutivo o como cabeza del cuerpo de asesores de abogados del Estado, no sería compatible con la función de contralor de la actividad del Poder Ejecutivo o de sus diversos organismos centralizados, descentralizados u autárquicos. Esto es así, dado que no es correcto asumir la defensa del Estado por un lado y por otro controlarlo.

IV. Origen y evolución de la Fiscalía de Estado

El origen de la figura del Fiscal de Estado se encuentra, en la Edad Antigua, en la organización estatal romana, que necesitó desde sus inicios del auxilio de la actividad jurídica de los abogados; ya en la Edad Media existían funcionario cuidaban los intereses personales de los reyes, generalmente la custodia de su patrimonio personal; posteriormente con la aparición del Estado en la Edad Moderna, las funciones públicas se ejercen en defensa de las leyes, el patrimonio del Fisco y la protección jurídica de las clases menos pudientes. Según enseña Lino E. Palacio,

Con el fortalecimiento de la autoridad real, los procuradores y abogados del rey se convirtieron en verdaderos magistrados, dejando así de atender asuntos de clientes particulares o añadiendo a su primitiva función de defensa de los intereses patrimoniales y fiscales del rey, la que consistía en defender los intereses generales de la sociedad y el Estado. Posteriormente, en armonía con la evolución política que condujo al establecimiento de un poder central cada vez más poderoso, esta última función llegó a ser la única y exclusiva encomendada a los miembros del ministerio público⁴.

Con el transcurso del tiempo la institución se fue desdoblando hasta configurar por el lado del Poder Judicial una suerte de magistratura específica que desarrolla funciones en defensa de la acción pública, del orden legal y de los pobres y ausentes. Por otro se fue configurando una fiscalía en defensa de los intereses del fisco, de las leyes y en general de la tarea de la administración pública.

En la antigua Roma⁵, se instituyó el *Fiscus*, llamando así a los abogados del Fisco, que en su origen defendían el patrimonio de los emperadores, ante los magistrados judiciales contra quienes lo usurpase o lo amenazara. Más adelante en el tiempo, los fiscales tomaron la importancia de un ministerio y sus funciones se extendieron hasta transformarse en curadores del patrimonio del Estado.

Siguiendo la línea histórica primero apareció la **Adsessura**, que tenía por funciones la redacción de escritos imperiales (constituciones, peticiones, edictos, decretos, libelos y epístolas) y el asesoramiento legal a los jueces o bien directamente al emperador.

Luego, en tiempos del Emperador Adriano, se desempeñaron los **Advocatus Fisci**, juristas que asesoraban a las autoridades en las cuestiones del Fisco. Por último, el emperador Valentiniano, en el año

⁴ PALACIO, Lino Enrique, 1979, *Derecho Procesal Civil*, reimpresión, T.II, AbeledoPerrot, Bs. As., pp. 597.

⁵ KOMÉL ZoltánMéhész, 1971, *AdvocatusRomanus*, Zavalía Editor, Buenos Aires, pp. 195.

364 d. C. se puso en funciones al **Defensor Civitatis**, cuya función consistía en proteger a los humildes contra los perjuicios y humillaciones de los gobernadores de provincias y otros funcionarios de alto rango.

En España, los inicios de la institución en examen, se pueden encontrar en aquellas personas, comúnmente referidas como «*Hombre del Rey*» o «*Procurador Fiscal*», que hace siglos representaban en el proceso los intereses y asuntos del monarca de turno. Estos, con el devenir del tiempo, acabaron transformándose en una suerte de funcionarios que mediante su presencia permitían formalmente un enjuiciamiento más imparcial.

En ese sentido, la Ley de las Siete Partidas (Ley 22, tít. IX, Partida II) instituía que el Adelantado debía contar con hombres sabedores del derecho, para que le ayudasen a despachar los pleitos, y le brindasen ayuda en caso de duda, debiendo además regular la actividad de los consejeros de los jueces⁶. Las leyes de Partida los denominaban *Patronus Fisci* (Ley 12, tít.18, part.4).

Era común en la organización administrativa de la corona española, que se trasladaron a América, la reunión de funciones en las distintas personas que formaban los órganos de gobierno, buscando, de esta manera, reducir el número de funcionarios de gobierno, concentrar la autoridad, evitando fricciones y suspicacias⁷.

Según enseña, Francisco de Alfaro, en su *Tratado sobre el oficio del Fiscal y de los privilegios fiscales* del año 1780, "El Fiscal del Consejo de Indias es la voz y la imagen del Rey". Era la voz del gobierno e intervenía en pleitos, vigilaba la ejecución y el cumplimiento de las leyes, pudiendo al efecto reclamar al Escribano la entrega de todas las cédulas, decretos y escritos para alegar a favor del Fisco⁸.

⁶ CARBAJAL, Fernando y MONZON WYNGAARD, Álvaro. *El Fiscal de Estado en las Provincias Argentinas. Los nuevos desafíos de la Abogacía del Estado*.MAVE Editora, Corrientes – Argentina, pp. 23.

⁷ LEVAGGI, Abelardo1991, *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, pp. 35.

⁸ FOLLARI, Rodolfo S., 1986, "La actividad consultiva de la administración pública". Revista de la Historia del Derecho, n° 14, Buenos Aires, pp. 230.

Si analizamos las funciones del Fiscal del Consejo de Indias, que era el jefe de abogados públicos, y era el superior de los fiscales de las audiencias y de los procuradores fiscales o agentes fiscales de los tribunales inferiores, vemos claramente la concentración de actividades que tenía esta antigua figura:

El Fiscal del Consejo de Indias, desarrollaba, entre otras, las siguientes funciones:

- Representar al Fisco;
- Controlar el cumplimiento de las leyes sancionadas para el gobierno de Indias;
- Dar informe y opinión sobre los temas significativos que trataba el Consejo de Indias;
- Pedir los informes que consideraba pertinentes al desarrollo de sus funciones;
- Demandar a particulares;
- Controlar la actuación de los fiscales en las audiencias.

Aun reconociendo la relevancia de los antecedentes, lo cierto es que los verdaderos cimientos del órgano en España, no se sentaron hasta bien entrado el siglo XIX. En el año 1835, bajo la regencia de María Cristina, se promulgó el *Reglamento provisional para la Administración de Justicia*, texto legal éste en el que se estructuraba en el territorio español el Ministerio Fiscal con una organización lo suficientemente sólida. Pero el más trascendental de los avances de la época no se produjo hasta la entrada en vigor de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870*, en cuyo «Título XX», constituido por un total de noventa y un artículos de notable amplitud (desde el artículo 763 hasta el 854, ambos incluidos), se trataba, entre otros temas, de su naturaleza, de la planta, de sus atribuciones, de la indumentaria de los funcionarios dependientes o del mecanismo de ingreso, aunque destaca por encima de todo que

ya se legislase sobre los principios que regirían su actividad o sobre la imposibilidad de recusación de los miembros.

El Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales: promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial.

Con la instauración de la democracia en España y la consecuente promulgación de la Constitución española de 1978 el Ministerio Fiscal inició una nueva etapa, pues se pasó a reconocer de forma específica al órgano en el artículo 124, como habían hecho (y todavía siguen haciendo) las modernas constituciones europeas.

La Constitución española asigna al Ministerio Fiscal un amplio abanico de funciones, todas ellas materializadas por medio del ejercicio de las oportunas acciones ante los órganos integrantes del Poder Judicial, que son los juzgados y tribunales nacionales, pues a este único campo se restringe su actuación. Estas atribuciones se concretan en defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos, el interés público tutelado por la ley y la satisfacción del interés social, sin descuidar velar por la independencia de los tribunales.

En Inglaterra, como se ha indicado anteriormente, la otra línea normativa que da origen a esta institución es la anglosajona⁹, que considera al organismo Fiscal desde antigua data. La figura del abogado del rey, aparece hacia el año 1253, con la denominación de *Attornatus regis, King's attorney*.

En la tradición del sistema anglosajón, al Attorney General, se le describe como el oficial encargado de *qui sequitur pro rege*, es decir, quienejerce la defensa de los derechos del rey ante la Tesorería. Para algunos esta función aparece en tiempos del rey Eduardo I, quien convocó a John Mutfor para defender sus derechos ante ese órgano. Para otros, en cambio, la institución toma cuerpo hacia el año 1472,

⁹DIAZ ARAUJO, Enrique. *Los abogados del Estado*. Jurisprudencia de Mendoza. Ob. cit.

cuando se convierte en custodio de los intereses públicos, con la función de representar a la corona¹⁰.

El establecimiento de los españoles en el nuevo mundo, se realizó a través de la colonización urbana, que era presidida por los propietarios de tierras, los encomenderos, los funcionarios y los sacerdotes.

Según nos dice Zorraquín Becú, la ciudad se transformaba en *fortaleza y mercado, sede gubernativa y centro cultural*¹¹

Normalmente en América, la fundación de la ciudad sólo podía hacerse con la autorización del rey, que delegaba a través de las capitulaciones la potestad de crear el primer cabildo.

Bernard¹² formula que *"el primer acto fundacional consistía en erigir el árbol o rollo de la justicia en la plaza mayor para entronizar simbólicamente el imperio de la ley por intermedio de la majestad real"* (dogma de la conquista junto al dogma de la majestad divina) y simultáneamente el cabildo como gobierno de la comunidad local, que era símbolo del poder civil (dado que la pacificación y la evangelización fueron principios declarados de la colonización de América).

El cabildo estaba integrado por tres clases de funcionarios: Los alcaldes, los regidores y otros funcionarios especiales.

Los alcaldes, lo eran de primer y segundo voto, y eran regidores con funciones de jueces de primera instancia en lo civil y lo criminal, elegidos anualmente por los regidores y sometidos a la confirmación del virrey o gobernador.

Los regidores, con funciones análogas a los concejales actuales, eran seis en las ciudades pequeñas, doce en las grandes y en las más importantes su número era mayor, según la cantidad de población.

¹⁰ MURRIA, John, 1866, *The Judges of England*. (The Quaterly Review, Vol. 19, January & April), pp.340.Citado por CARBAJAL, Fernando y MONZON WYNGAARD, Álvaro, Ob. cit., pp. 38.

¹¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *La organización política argentina en el período hispánico*. 2º edición. Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, vol. VI, del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,. Editorial Perrot, Buenos Aires, pp. 309.

Eran cargos sin remuneración y podía haber reelección sin intervalos; su designación la hacía en un principio el fundador de la ciudad, luego, por los regidores salientes.

No obstante, en muchas ciudades estos cargos de tanta importancia para la vida local, fueron vendidos en remate público, al mejor postor, y a perpetuidad. El cabildo era presidido por el Virrey, el gobernador o sus lugartenientes, según la residencia de las autoridades. En defecto de ello, uno de los alcaldes ejercía facultades ejecutivas, además de la función judicial. Solamente los vecinos podían ser nombrados alcaldes o regidores, y eran considerados tales los jefes de familia españoles que poseían bienes inmuebles.¹³

Entre los otros funcionarios especiales, estaban, con voz y voto, el alférez real, representantes de los intereses del rey y los alguaciles mayores, que tenían funciones de jefes de policía. Había también otros funcionarios, como el fiel ejecutor, que debía controlar los precios; el mayordomo o tesorero, a cargo del Tesoro; el escribano, que llevaba las actas, y aun otros más, como el procurador general, síndicos, oficiales reales, etc..

V. El Procurador General y otros funcionarios en el cabildo indiano

Entre los funcionarios del Cabildo indiano que dieron origen a la institución de la Fiscalía de Estado se encuentra el Procurador General. Se desempeñaba como el *portavoz de la ciudad*, representaba a los vecinos transmitiendo las peticiones de interés colectivo (deseos, memoriales, etc.) ya sea ante el propio cabildo o bien frente a otras autoridades (virreyes, gobernadores, tenientes gobernadores, audiencias, autoridades eclesiásticas).

¹³HERNANDEZ, Antonio. 1984, *Perspectiva histórica del municipio argentino*. En Jorge R. Vanossi y otros. Ediciones Ciudad Argentina – Mendoza – Argentina, pp. 55.

No solo peticionaba, también intervenía en causas judiciales, cumpliendo sus funciones de oficio o a petición de parte. Su cargo era electivo, durando un año en sus funciones.

En la salvaguarda de los intereses colectivos, desempeñaba, entre otras las siguientes funciones:

- Escritos de demanda y redacción de informaciones sumarias;
- Evacuación de traslados y vistas;
- Examen y vista de lugares, de mensuras, deslindes y amojonamiento;
- Traba de embargos en tropas de ganado;
- Desalojos de tomadores de terrenos dentro del ejido de la ciudad.
- Debía expedirse en todos los pagos en que estuvieran implicadas las rentas municipales;
- Protección de los esclavos ante los tribunales de justicia;
- Entre otras funciones participaba en el otorgamiento de cartas de ciudadanía, en la administración de hospitales, etc.

A partir del siglo XVIII, el cargo tomó la denominación de **Síndico procurador general**.

Para el ejercicio de sus funciones debía tener conocimientos jurídicos, pues además de representante de los intereses colectivos debía defender y proteger el cumplimiento del derecho vigente.¹⁴ En caso de no ser letrado debía contar con asesoramiento jurídico.

Procuradores representantes de la Ciudad. También podían representar a la Ciudad ante el Rey y ante otras jurisdicciones, donde

¹⁴SEOANE, María Isabel. "El Procurador General de la Ciudad: Consideraciones acerca del ejercicio del oficio en el Cabildo de Buenos Aires". *Revista de Historia del Derecho*, nº 12. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, pp. 339 y sgtes,

estuviera la corte, las audiencias u otra autoridad. No pudiendo ejercer esa función, los miembros del Cabildo

Abogados del Cabildo. A partir de mediados del siglo XVII en algunas grandes ciudades el asesoramiento letrado se volvió imprescindible. Los Cabildos de Córdoba y Buenos Aires establecieron con carácter rentado la función de un Asesor letrado, para hacer frente a la creciente complejidad en el manejo de las ciudades.

Cabildos Provinciales. Es interesante destacar la aparición de los Cabildos Provinciales, que consistía en reuniones de los procuradores de varias ciudades, que se efectuaban para dilucidar problemas de interés común. Su realización fue habitual en el siglo XVII, en México y Perú. En Argentina, se realizaron dos en Salta, para reglamentar la distribución de los impuestos locales.

En 1738 se estableció el cargo de *Teniente General Letrado*, designado por Rey, jurando cumplir fielmente sus funciones ante el Consejo de Indias. Creado el Virreinato del Río de la Plata (1778), se instituyó por vez primera que el Auditor de Guerra cumpliría también funciones de Asesor Letrado.

VI. La evolución de la figura en el Derecho Patrio

En cuanto al período posterior a la Revolución de Mayo de 1810, se encuentran antecedentes del Ministerio Fiscal tanto en el reglamento del año 1813 (art. 19), como en el posterior reglamento de 1817 (sección IV, arts. 1º y 7º). Y en el año 1829, por decreto del gobernador de la provincia de Buenos Aires de fecha 27 de enero, se divide el Ministerio Público de la Cámara estableciéndose que éste contará con dos fiscales, uno civil y otro del crimen, y que al primero le corresponderían –entre otras– *“las funciones de abogado del Gobierno en todos los casos de cualquier naturaleza que ellos sean”*.

Atento lo indicado en el párrafo anterior, y durante el tiempo que continuaron funcionando los Cabildos, las actividades que

desarrollaba el Síndico Procurador General se prolongaron en el nuevo régimen, aunque el cargo fue variando en su nombre; así tuvo las siguientes denominaciones:

- *Personero del Común*, por Ley del 4 de agosto de 1813;
- *Síndico Procurador y Síndico Personero del Común*, de conformidad a las Ordenanzas Provisionales de 1814;
- *Síndico Procurador del Común*, según el Reglamento Provisional de 1817.

Luego de la batalla de Caseros, se organiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme a las disposiciones de la Constitución Nacional, que preveía, conforme a lo dispuesto por el artículo 91 dos fiscales. Quien ocupó el cargo de Fiscal General fue el asesor de Urquiza, Don Ramón Ferreira¹⁵

Posterior a la incorporación de Buenos Aires a la Federación en 1860, se reforma la Constitución Nacional, o se ejerce el Poder Constituyente Abierto, a decir de varios autores. Como consecuencia de ese hecho, se sanciona la Ley n° 27, que reubicó la competencia del "*Procurador General de la Nación*", desde el ámbito del Poder Ejecutivo hacia el Poder Judicial.

Siendo Ministro de Hacienda Don Dalmacio Vélez Sárfield, se creó bajo la órbita de ese ministerio el cargo de Procurador del Tesoro¹⁶, continuando el modelo de Estados Unidos. Su función consistió en dar su opinión, al gobierno y a todos los jefes de la administración nacional. Desde ese momento hasta el presente el Procurador del Tesoro ha realizado la actividad jurídico – consultiva del Poder Ejecutivo.

En un principio (entre los años 1863 y 1896), el Procurador del Tesoro sólo ejerció funciones de asesoramiento jurídico, pero no

¹⁵FOLLARI, Rodolfo S. Ob. cit.; pp. 234-235.

¹⁶ FOLLARI, Rodolfo S. Ob. cit.; pp. 234-235.

representó al Estado Nacional en los procesos judiciales, actividad desarrollada por el Ministerio Público¹⁷.

Pero por Ley n° 3367/1896, debido a la importante cantidad de juicios contra el Fisco, se estableció esa competencia al Ministerio Público, salvo aquellos asuntos expresamente propuestos por el Presidente, actuando en esos casos el Procurador del Tesoro.

En el año 1947, con el dictado de la Ley 12.954, se creó el Cuerpo de Abogados del Estado, dependiente de la Procuración del Tesoro.

En la actualidad el Procurador del Tesoro de la Nación depende directamente del Presidente de la Nación. Tiene jerarquía equivalente a la de los Ministros del Poder Ejecutivo y ejerce sus competencias con independencia técnica (Ley 23.667). Los Subprocuradores del Tesoro de la Nación, tienen jerarquía equivalente a la de los Secretarios del Poder Ejecutivo, actúan en el ámbito de la Procuración del Tesoro y ejercen las competencias que les otorguen las leyes y reglamentos y las que les deleguen el Procurador del Tesoro de la Nación.

Es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, cuya estructura administrativa y presupuesto están contenidos en la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación.

Como Director del Cuerpo de Abogados del Estado, del Procurador del Tesoro dependen, en lo estrictamente jurídico, los servicios jurídicos de los distintos organismos que integran la Administración Pública Nacional, sin perjuicio de la dependencia administrativa de cada ministerio, secretaría o entidad autárquica.

Los criterios de interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos que sienta el Procurador del Tesoro de la Nación son obligatorios para todos los abogados del Estado.

VII. Características generales de la institución

¹⁷ PALAZZO, Eugenio. 1998, *La Procuración del Tesoro de la Nación: Origen y evolución histórica*. En Procuración del Tesoro de la Nación. Manual de Estilo, Buenos Aires; pp. 135.

El Fiscal de Estado es el funcionario público con título de Abogado que ejerce la representación del Estado ante los Tribunales de justicia, con autonomía técnica y conforme a instrucciones que reciba de los órganos del Estado en el marco de la legislación vigente. Tutela el principio de legalidad y, ocasionalmente ejerce la jefatura del cuerpo de asesores del Estado con poderes de superintendencia.

La Fiscalía de Estado es un órgano unipersonal al que se lo denomina Fiscal de Estado cuando se hace referencia al órgano-persona. Como excepción la Constitución de Salta de 1929, en su artículo 169, permitía la coexistencia simultánea de procuradores fiscales encargados de intervenir en juicios del Estado. La circunstancia de que sea una sola persona la que ejerce la representación del Estado estipula que no requiere de mandato o poder para intervenir en juicio, ya que sus atribuciones provienen de la misma constitución estadual.

Es nombrado en la mayoría de las Provincias por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado o de la Legislatura en algunos casos (Neuquén, Río Negro, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, Mendoza¹⁸). Sin embargo la provincia de San Juan prevé su designación por la Cámara de Diputados de una terna propuesta por el Consejo de la Magistratura.

Su función principal es defender el patrimonio de la Provincia y representarla en los pleitos en que ella es parte como actora o demandada. Pero también fiscaliza en forma previa el dictado de aquellos actos administrativos que puedan comprometer los intereses de la provincia. Mediante acciones contenciosas administrativas o de inconstitucionalidad puede impugnar actos administrativos contrarios a la Constitución, leyes o reglamentos cuando son perjudiciales a los intereses del Fisco.

¹⁸VALENZUELA, Edgardo. 2002, *Reformas de la Constitución de Mendoza*. Fundación Santa María, Mendoza, Argentina.pp. 140.

VIII. Análisis de las Constituciones Provinciales.

La figura de la Fiscalía de Estado en el Derecho Público Provincial argentino, tiene diversos matices, por lo que, para su estudio creemos que es necesario esquematizar distintos supuestos, agrupando a las normas elementales que los regulan de manera similar.

La Constitución Nacional no la legisla expresamente, habiéndose creado diversos organismos que cumplen similares funciones. Estos son La Fiscalía de Investigaciones Administrativa, y el Procurador General del Tesoro.

La Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Nación integra la Procuración General de la Nación, como órgano especializado en la investigación de hechos de corrupción y de irregularidades administrativas cometidas por agentes de la Administración Nacional. Se trata de personal que integra los organismos centralizados, descentralizados o entes en el que el Estado tiene participación; de modo que la Fiscalía no entiende sobre los hechos que tengan lugar en los Poderes Legislativo o Judicial de la Nación, como tampoco en las instancias de Gobiernos provinciales o locales.

Por su parte, el Procurador General del Tesoro de la Nación es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, que depende directamente del Presidente de la Nación. Tiene jerarquía equivalente a la de los Ministros del Poder Ejecutivo y ejerce sus competencias con independencia técnica (Ley n°24.667). La Procuración del Tesoro de la Nación es el Cuerpo de Abogados del Estado que tiene a su cargo la asesoría jurídica de la Presidencia de la Nación y la defensa en los juicios iniciados por y contra el Poder Ejecutivo y todos los organismos de su administración.

En concreto, las funciones que estos dos organismos mencionados cumplen en el Estado Nacional, son cumplidas por la Fiscalía de Estado en los Estados Provinciales.

Del análisis de las constituciones provinciales surge que todas las cartas magnas provinciales hacen alguna referencia al Fiscal o Fiscalía de Estado en sus constituciones. Algunas, como Corrientes también, desarrollan ampliamente en la norma fundamental de la provincia, la figura de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, que como novedad se encuentra ubicada metodológicamente en el ámbito del Poder Legislativo.

IX. Ubicación constitucional de la figura de la Fiscalía de Estado

Como ya hemos adelantado cada constitución provincial le ha dado características propias a la Fiscalía de Estado, que tienen íntima relación con los procesos constitucionales que ha sufrido esta figura en los derechos intraprovinciales.

No vemos esta situación como negativa, sino al contrario, como propia de la creatividad con que es dada una solución a de los diversos problemas que presenta el control del Estado sobre su propio patrimonio.

Entonces podemos afirmar que todas las constituciones provinciales en mayor o en menor medida desarrollan esta figura. Sin embargo se exhiben dos sistemas para ubicarla institucionalmente dentro del derecho público provincial: inserción en un poder del Estado; o como órgano autónomo extra poder¹⁹.

La legislan al tratar al Poder Ejecutivo: Buenos Aires; Catamarca; Córdoba; Corrientes; Entre Ríos; Misiones; Salta; Santa Cruz y Santa Fe. Sólo la Provincia de Mendoza la vincula al Poder Judicial²⁰, sin embargo es importante destacar que esta Constitución es la más antigua del País.

¹⁹ ARMANDO, Mayor, 2008, *Derecho Público Provincial*, coordinado por Antonio María Hernández, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires,

²⁰ VALENZUELA, Edgardo. Ob. Cit.

El resto de las provincias le otorgan cierto grado de autonomía y la caracterizan como un órgano de control extra poder: Chaco; Chubut; Formosa; La Pampa; La Rioja; Neuquén; San Juan; Santiago del Estero y Tierra del Fuego. A éstas podemos sumar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A lo anterior podemos sumarle que pueden darse aproximadamente tres perfiles, más o menos definidos. Uno en el que aparece semejante a un miembro del Ministerio Fiscal, dependiente del Poder Judicial, pero exclusivamente sobre el patrimonio del Fisco. Así aparece en las constituciones de Formosa, Entre Ríos y La Rioja. Otras en el perfil indicado en primer lugar se suman al de Asesor del Gobernador, más o menos unido a la figura del Poder Ejecutivo, como en Salta, Santa Fe, Catamarca, Jujuy o Río Negro. En el tercer grupo colocamos a aquellas que le otorgan un perfil aproximado a un órgano extra poder de contralor de la legalidad de los actos y actividad de la administración, o de la constitucionalidad, tales, como por ejemplo, Mendoza y La Pampa²¹.

X. Funciones del Fiscal de Estado.

Las funciones estipuladas en las diferentes constituciones provinciales dependen en general de los rasgos que estas hayan perfilado la institución. Así, en la generalidad de los casos se contempla la representación legal del Estado pero las nuevas corrientes suman, a veces, como en Mendoza, por la vía infra constitucional, nuevas funciones como las de fiscal de investigaciones administrativas o las de ombudsman ambiental²² trata de

²¹ RAUEK DE YANZON, Inés Beatriz.1993, *La Fiscalía de Estado en las Constituciones Provinciales Argentina*. En Derecho Público Provincial T. III. Ediciones Depalma Bs. As.

²² Leyes de la provincia de Mendoza.

Entre las diferentes funciones podemos señalar:

X.1. Ejerce la representación del Estado ante los tribunales de justicia.

Esta es la función principal y distintiva del cargo en razón de que las funciones específicas atribuidas en las distintas constituciones provinciales tienen como actividad fundamental el representar los intereses del fisco, a nivel patrimonial, como también el control de la legalidad de los actos de la administración, para cuyos fines se le faculta a intervenir en los procesos judiciales, ya sea demandando o defendiendo los intereses del Estado.

Esta función del Ministerio Fiscal se realiza, principalmente ante el Poder Judicial, representando el interés fiscal del Estado, tanto cuando la persona jurídica actúa sujeta a normas de derecho público como igualmente cuando lo hace sujeta a normas de derecho privado.

La función de control fiscal *"comienza preventivamente en sede administrativa, en ocasión de la formación de la voluntad del Estado, ensanchándose a su propia expresión formal"*²³.

Su función abarca el Poder Ejecutivo y la administración central, pero se extiende también a todas las entidades autárquicas y autónomas, centralizadas y descentralizadas, tanto las sociedades del Estado, empresas del Estado, etc. Respecto a las materias y fueros de su actuación judicial, tenemos la civil, penal, laboral, etc.). En otros casos se ejerce ante el Tribunal de Cuentas y otros organismos de control.

De manera general, representa a la persona jurídica pública *"Estado Provincial"*, con prescindencia de los funcionarios directamente actuantes o responsables, órganos o reparticiones directamente involucradas. Una vez citado a juicio la persona jurídica

²³ Res. 3/90, Reglamento de la Fiscalía de Estado, 1991, Mendoza, pág. 8.

de Estado, el único que puede representarla ante la administración de justicia es el Fiscal de Estado.

Debemos apuntar que sin perjuicio de esta función, las normas legales reglamentarias le atribuyen un conjunto de derechos y deberes, algunos de los cuales son componentes necesarios de su actuación, en tanto cumplen las funciones de jefe de la oficina administrativa, y en tal carácter ejerce todas las funciones que le son propias.

Como abogado del Estado tiene la responsabilidad de definir en cada caso concreto la estrategia y táctica legal más pertinente y efectiva para la defensa de los intereses de su mandante. En esta función tiene autonomía técnica, pues no se halla obligado por ningún otro poder del Estado, ni siquiera por el Poder Ejecutivo. Solo a él le corresponde decidir las cuestiones técnicas jurídicas involucradas en el proceso. Es por ello que asume la responsabilidad personal y funcional de sus errores, admitiendo que la obligación de los abogados es de medios y no de resultado.

Fernando Carvajal y Álvaro Monzón Wynagaard destacan tres características de esta función²⁴:

- ♦ **Monopólica** porque sólo al Fiscal de Estado le corresponde representar a la provincia ante los estrados judiciales. Así por ejemplo la constitución de la Provincia de Chubut en su art. 215 establece que es parte "necesaria" y legítima en los procesos judiciales en que se controviertan intereses de la provincia. Establecen también la necesidad, entre otras, Formosa y Jujuy.
- ♦ **Reglada** ya que es el Poder Ejecutivo el que indica cuáles acciones serán promovidas como también su oportunidad y conveniencia. La Constitución de Buenos Aires prescribe

²⁴CARBAJAL, Fernando y MONZON WYNGAARD, Álvaro. 2010, *El fiscal de estado en las provincias Argentinas los nuevos desafíos de la abogacía del Estado*, ED. Mave, Buenos Aires.

que "...La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones" (art. 155)

♦ **Autónoma** en cuanto a la forma de ejercer sus funciones. Es el Fiscal de Estado el responsable de la "acción" procesal. Chaco y Corrientes le otorgan expresamente el carácter de órganos autónomos, aunque en general todas las demás constituciones provinciales le otorgan cierto grado de autonomía.

X.2. Tutela el principio de legalidad

Una de las más eminentes funciones reservadas al Fiscal, se halla la facultad de controlar los actos del Estado y de la administración, potestad que, en diversos grados y extensión, le concede la legislación provincial vigente, la cual implica la facultad de intervenir en los procesos judiciales, ya sea demandando o defendiendo el interés del Estado en los procesos contencioso administrativos, acción de inconstitucionalidad o nulidad y de lesividad.

En base a estos poderes puede actuar con autonomía para esgrimir la nulidad o inconstitucionalidad de una ley o acto administrativo que de cualquier modo cause un perjuicio al patrimonio del Estado.

Como particularidad podemos considerar que en algunas constituciones sólo puede hacerlo en forma pasiva, es decir, cuando el Estado es demandado. En otras constituciones provinciales tiene la posibilidad de actuar, tanto pasiva como activamente, ejercitando las acciones de nulidad, inconstitucionalidad o procesales administrativas.

Otra particularidad que se distingue es que en ciertos casos en que se les ha sustraído de su competencia la función de asesoramiento, mantiene la de tutelar el principio de legalidad. Es por ello que algunos autores sostienen que prefieren hablar de "tutela" del principio de legalidad y situar esta facultad entre las propias de la

función de representación del Estado en juicio, para diferenciarlo del "control" de legalidad que entienden solo se realiza por el Fiscal de Estado cuando conserva las facultades de asesoramiento.²⁵ La constitución de Catamarca crea junto a la figura del Fiscal de Estado la del Asesor General de Gobierno quien asiste al gobernador en toda cuestión jurídica o técnica que interese al Estado Provincial.

X.3. Jefatura del cuerpo de asesores y asesoramiento legal Poder Ejecutivo

En el carácter de Asesor del Poder Ejecutivo y en su caso, como Jefe del Cuerpo de Asesores de la Administración Pública, la Fiscalía de Estado emite dictámenes jurídicos previos y obligatorios, bajo pena de nulidad, en los procesos que finalizan con un Decreto del Poder Ejecutivo, con lo cual su intervención directa se encuentra limitada a temas de mayor alcance. En los casos en que ejerza las facultades de superintendencia y control, a través de los asesores de las distintas reparticiones y ministerios del Ejecutivo, ejerce también la función de asesoramiento previo en toda la administración del Estado.

A diferencia de Tomás Hutchinson²⁶, no compartimos el criterio de la unión de las funciones de Fiscal con la de Asesor y/ o Jefe de Asesores, basado en la necesidad de "*unicidad de acción*", entre la función de asesoramiento previa y la posterior defensa en juicio de los intereses del Fisco.

Es interesante el criterio de Hutchinson para sostener esta postura, pues señala que si la Fiscalía de Estado emite dictámenes en los asuntos cuyo desarrollo puede producir acciones judiciales en tribunales, es conveniente que a través de ese sistema de control previo haya participado en la elaboración de la decisión

²⁵ CARBAJAL, Fernando y MONZON WYNGAARD, Álvaro. Ob. cit., pp. 48.

²⁶ HUTCHINSON, Tomás. 1988, "La defensa procesal del Estado en Juicio". (La Ley- D. 691), Buenos Aires.

administrativa, por lo que de esta manera se facilita la defensa de los intereses de la administración y la hacienda pública.

Por el contrario, compartimos en este tema el criterio de Rauek de Yanzón²⁷, ya que como se ha explicitado en el punto I, consideramos que la naturaleza jurídica de la institución es la de un órgano extra poder de control del Estado, y para ello lo más conveniente sería liberarlo de toda función asesora del Poder Ejecutivo. Pero no se nos escapa que la tendencia es a aumentar la función asesora.

Las constituciones provinciales que prevén esta función son las de Jujuy, Salta, Corrientes, Santiago del Estero, Santa Fe y Tierra del Fuego. La constitución de Jujuy establece expresamente en su art. 198 que el Fiscal de Estado es el asesor legal del Poder Ejecutivo.

X.4. Otras atribuciones

Las facultades de control o intervención puede asumir diferentes formas y oportunidades: instrucciones generales, auditorias periódicas y facultades de investigación, entre otras. Como habíamos señalado, en la provincia de Mendoza se incorpora la función de fiscalía de investigaciones administrativas al establecerse que la "licitud de la conducta de los funcionarios y empleados de la Administración se encuentran bajo el control de Fiscalía de Estado"²⁸. Así, dispone que

Sin perjuicio de las funciones que la constitución de la provincia y la ley n° 728 le atribuyen, corresponderá al Fiscal de Estado:

a. investigar la conducta administrativa de los agentes de la administración pública provincial, de sus

²⁷ RAUEK DE YANZON, Inés Beatriz. 1993, *La Fiscalía de Estado en las Constituciones Provinciales Argentina*. en Derecho Público Provincial T. III. Ediciones Depalma, Buenos Aires, pp. 269.

²⁸ Ley 728 modificada por ley 4418, Resolución 3/90, Reglamento de Fiscalía de Estado, Mendoza, 1991, pp.8.

reparticiones descentralizadas, municipios y empresas del Estado;

b. Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos aportes estatales, al solo efecto de determinar la correcta inversión dada a los mismos;

c. Denunciar ante la justicia competente los hechos que como consecuencia de investigaciones practicadas, sean consideradas como presuntos delitos.

También la provincia de Mendoza le otorga a la Fiscalía de Estado las funciones de ombudsman ambiental por aplicación de la ley de medio ambiente²⁹ al disponer que

Las autoridades provinciales o municipales y en especial el Fiscal de Estado, y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos con una antigüedad no menor de un año están legitimados para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley.

Es interesante como novedad la creación de la **Comisión de Transacciones Judiciales** por parte de la Constitución de Río Negro de 1988. Esta al legislar sobre el Poder Ejecutivo, en la Sección Cuarta, Capítulo VI, regula las funciones de la Fiscalía de Estado dentro de los órganos de control interno de la Administración, e incorpora, en su artículo 194 la *Comisión de Transacciones Judiciales*, que controla a su vez la actividad de la Fiscalía de Estado, estableciendo como función de la misma

dictaminar sobre toda propuesta de transacción que sea promovida por los órganos que ejercen la representación del Estado provincial, a causa de juicios que revistan trascendencia económica, social o política, teniendo en cuenta la conveniencia patrimonial y de

²⁹ Ley provincial 5961

conformidad con los principios éticos propios de la actividad del Estado.

Por otra parte, como órgano de control externo incorpora la **Fiscalía de Investigaciones Administrativas** en la Sección III, Capítulo VII, referida al Poder Legislativo, donde establece que corresponde *al "Fiscal de Investigaciones Administrativas la promoción de las investigaciones de las conductas administrativas de los funcionarios y agentes de la administración pública, de los entes descentralizados, autárquicos, de las empresas y sociedades del Estado o controlados por él"*.

Por último, y como consecuencia de la actividad de custodia de los intereses patrimoniales del Estado gestionará el cumplimiento de las sentencias en los asuntos que haya intervenido como parte³⁰. Por lo que es obvio que deberá tramitar el pago o el cobro de los juicios contra el Estado Provincial.

XI. Requisitos para el ejercicio del cargo

Nuevamente, en las Constituciones Locales, aparece una diversidad de soluciones respecto de los requisitos que deben llenar los postulantes para el ejercicio del cargo.

Como criterio general se requiere el título de abogado y diferencia de los jueces el requerimiento exigido, es propio de la función encomendada, que es la de representar al Estado provincial en los litigios ante los Tribunales de Justicia; en el caso de los Magistrados, lo que se busca es que se acredite una mínima idoneidad técnica para el ejercicio de sus funciones.

En la mayoría de las constituciones se exigen las mismas condiciones que para ser miembro de los Supremos Tribunales de Justicia y así lo establecen San Juan, Río Negro, Buenos Aires,

³⁰Constitución de Mendoza. Capítulo IV. Del Fiscal de Estado y Asesor de Gobierno, artículo 177 in fine.

Formosa, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Tierra del Fuego, Catamarca, Jujuy, San Luis, Santiago del Estero y Santa Fe.

Otras por su parte, requieren las mismas condiciones que para ser Juez de Primera instancia. En ese sentido, tenemos a La Pampa, Chaco, Salta y Misiones.

La Constitución de Córdoba que en su artículo 150° establece como requisito que *"debe ser abogado con no menos de diez años de ejercicio"*. Esta es la solución adoptada por la mayoría de las disposiciones constitucionales con la excepción de Misiones, que sólo requiere de tres años en el ejercicio de la profesión y Corrientes que establece cuatro años. Es de destacar que las Cartas Magnas provinciales presentan una exigencia mayor que la establecida por el artículo 110 de la Constitución Nacional para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se exigen 8 años de ejercicio profesional.

Algunas constituciones fijan una edad mínima para acceder al cargo como Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

XII. Formas de designación

En ningún caso son elegidos por el sufragio del pueblo y aparecen distintos sistemas de nombramientos para este trascendente funcionario estatal.

Normalmente la designación se constituye en un acto jurídico complejo, pues requiere su elección por el Gobernador y el acuerdo del Poder Legislativo. Así ocurre en Chubut, Formosa, Jujuy, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santa Fe, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

En otros casos sólo se requiere el acuerdo de una de las Cámara, sea el Senado como en Mendoza, Buenos Aires, Entre Ríos, San Luis y Corrientes, o la cámara de Diputados como en La Rioja, Chaco y La Pampa.

Sólo en Córdoba es designado y removido por el Poder Ejecutivo, pudiendo ser sometido a Juicio Político (artículo 150°).

La Constitución de la Provincia de San Juan establece para su nombramiento la propuesta en terna por parte del Consejo de la Magistratura y el posterior nombramiento de la Cámara de Diputados (artículo 264°).

XIII. Duración y remoción en el cargo

Si la Carta Magna lo considera como un organismo de Control al igual que el Ministerio Público, la ley suprema le confiere la particularidad de inamovilidad y estabilidad y sólo puede ser removido de su cargo por Juicio Político. Esta es una solución bastante frecuente y se da en las provincias de Buenos Aires, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Mendoza, Misiones, Neuquén, San Juan, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Cuando la figura tiende a aproximarse a la función de Asesor del Gobernador y presenta como particularidad su mayor relación con el Poder Ejecutivo, el cargo se convierte en periódico, indicándose el tiempo de duración, que puede o no coincidir con el del gobernador. Así es en Chubut, Corrientes, Jujuy, Rio Negro, Salta, Santa Fe y Santiago del Estero.

La práctica política argentina hace que sea frecuente en algunas provincias que, aunque tenga inamovilidad funcional, el Fiscal de Estado presente su renuncia ante un nuevo gobernador, dejando libertad al primer mandatario para su designación.

Respecto a la remoción del Fiscal de Estado, también las constituciones presentan similitudes. Para la generalidad de los casos

en que el cargo es inamovible mientras dure la buena conducta, el Fiscal de Estado puede ser removido por juicio político, vg. Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Río Negro, Salta, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del estero y Tierra del Fuego o por el Jury de enjuiciamiento, como en Chubut, Mendoza, Misiones, Neuquén y San Luis.

Recordemos brevemente que el juicio político es un proceso destinado a la remoción de los principales funcionarios – típicamente gobernador y vice gobernador, ministros del Poder Ejecutivo e integrantes de la Suprema Corte de Justicia – y es desempeñado por la Legislatura provincial mientras que el jurado o jury de enjuiciamiento está destinado normalmente al enjuiciamiento de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio público e integrado por legisladores, representantes del Poder Judicial y de los abogados del foro, aunque su composición en nuestro derecho público provincial es muy variable.

La ciudad de Buenos Aires dispone que la remoción pueda ser decidida en forma directa por el Poder Ejecutivo. Córdoba a su vez dispone que pueda ser removido tanto por el Poder Ejecutivo en forma directa como por juicio político.

XIV. A modo de conclusión

La figura de la Fiscalía de Estado no ha experimentado a nuestro juicio un fortalecimiento claro desde la renovación del derecho público a la que hemos hecho referencia al comienzo de este Capítulo.

No se han mejorado los mecanismos de designación del titular del organismo a pesar de la excelente experiencia aportada por los Consejos de la Magistratura al incorporar mecanismos de apertura, competencia y oposición para acceder a cargos en los que la solvencia técnica y científica debe primar por sobre las lealtades políticas partidistas o sectoriales.

La incorporación de nuevas funciones y atribuciones como las reseñadas en este trabajo relacionadas con funciones de fiscalización y control de la actividad administrativa nos parecen positivas a pesar del rechazo de algunos sectores de la doctrina.

Otra función que aparece como positiva, y que se ha desarrollado de manera reglamentaria e infra constitucional, es la de unificar doctrina entre los abogados del Estado –o al menos en el ámbito del Poder Ejecutivo– lo cual brinda a los administrados mayor seguridad y previsibilidad ante la proliferación de abogados en las diversas oficinas de la administración.

XV. Bibliografía.

Alberdi, Juan Bautista. 1992, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ed. Centro Editor de América Latina S.A Argentina. Buenos Aires

-----1998, *Derecho público provincial argentino* Ed. Centro Editor de América Latina S.A Argentina. Buenos Aires.

Anales del Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial “Juan Bautista Alberdi”. 1984, La Plata, Buenos Aires.

Anzoátegui, Víctor y Martiré, Eduardo. 2001, *Manual de Historia de las instituciones argentinas*. Ed. Macchi, 6º edición actualizada. Buenos Aires.

Armando, Mayor; 2008, *Derecho Público Provincial*, coordinado por Antonio María Hernández, Ed. LexisNexis. Buenos Aires.

Aramouni, Alberto. 2000, *Derecho municipal*. Ed. Némesis. Buenos Aires.

Armagnague, Juan Fernando. 2006, *Constitución de la provincia de Mendoza*. (Colección La Ley Comentada). Ed. La Ley S.A.E. e I. Buenos Aires,

-----1999. *Constitución de la Nación Argentina*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina.

-----2004, *Estudios sobre estado, constitución y política*. Editorial “Martín Fierro”. Mendoza, Argentina.

Badeni, Gregorio. 1994, *Reforma constitucional e instituciones políticas*. Ed. Ad-Hoc S.R.L. Varias ediciones. Buenos Aires.

-----1999, *Instituciones de derecho constitucional*. Ed. Ad-Hoc-S.R.L. Buenos Aires.

Bidart Campos, Germán. 1964, *Derecho constitucional*. T.I. Ed. Ediar. Buenos Aires.

-----1983, *Manual de derecho constitucional argentino*. Ed. Ediar, Buenos Aires.

Carbajal, Fernando y MonzonWyngaard, Álvaro. *El Fiscal de Estado en las Provincias Argentinas. Los nuevos desafíos de la Abogacía del Estado*. (MAVE Editora, Corrientes – Argentina).

Cormenin, Luis María de Lahaye. 1822, *Temas de Derecho Administrativo*. Ed. Ridler, 2 vol, París, Francia.

Frías, Pedro J. 1980, *Introducción al Derecho Público Provincial*. Ed. Depalma. Buenos Aires.

-----1988, *El proceso federal argentino*. Separata de "Ius et Praxis", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n° 11. Lima, Perú,

-----1997, *Conductas públicas: una mirada superadora de la institucionalidad argentina*. Ed. Depalma. Buenos Aires.

-----1989, *Las nuevas constituciones provinciales*. Ed. Depalma Buenos Aires.

Frías, Pedro J. y otros. 1987, *Derecho Público Provincial*. Ed. Depalma Buenos Aires, Argentina.

Follari, Rodolfo S. 1986, "La actividad consultiva de la administración pública". *Revista de la Historia del Derecho*, n° 14, Buenos Aires.

Hernández, Antonio María (h). 1989, *Las nuevas constituciones provinciales*. Depalma, Buenos Aires.

-----2009, *Federalismo y constitucionalismo provincial*. (Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires.

-----1984, *Perspectiva histórica del municipio argentino*. En Jorge R. Vanossi y otros. Ediciones Ciudad Argentina – Mendoza – Argentina.

Hutchinson, Tomás. 1988, "La defensa procesal del Estado en Juicio". Ed. *La Ley* – D. 691, Buenos Aires.

Komél, ZoltánMéhész. 1971, *Advocatus Romanus*. Zavalía Editor, Buenos Aires.

Levaggi, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Tomo I, 1991, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Martínez Marín, Antonio. *Consideración para una comprensión real de la administración periférica en España*. (digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201).

Montbrun, Alberto. 2003, *Introducción al Derecho Público Provincial*; en PerezGuilhou, Dardo y Otros. *Derecho Público Provincial y Municipal*; tomo I, 2º Edición Actualizada; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; La Ley, Buenos Aires.

Murria, John.1866, *The Judges of England*. The Quaterly Review, Vol. 19, January & April.

Palacio, Lino Enrique,1979, *Derecho Procesal Civil*, reimpresión, T.II).Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires.

Palazzo, Eugenio.1998, *La Procuración del Tesoro de la Nación: Origen y evolución histórica*. En *Procuración del Tesoro de la Nación*. Manual de Estilo, Buenos Aires.

Pérez Guilhou, Dardo y otros. 2003, *Derecho público provincial y municipal*, Volumen I, 2º Edición actualizada, Serie de libros universitarios, Ed.La ley, Buenos Aires.

Rauek De Yanzon, Inés Beatriz.1993, *La Fiscalía de Estado en las Constituciones Provinciales Argentina*. En *Derecho Público Provincial T. III*. Ed. Depalma,Buenos Aires.

Rosatti, Horacio. 2001, *Tratado de derecho municipal*. T. I, II, III y IV, (Rubinzal, Culzoni Editores,Buenos Aires.

Seoane, María Isabel. "El Procurador General de la Ciudad: Consideraciones acerca del ejercicio del oficio en el Cabildo de Buenos Aires". *Revista de Historia del Derecho*, n° 12. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho,Buenos Aires.

Valenzuela, Edgardo. 2002, *Reformas de la constitución de Mendoza*. Editado Fundación Santa María.Mendoza, Argentina.

-----2012, Tesis doctoral. Universidad de Mendoza, calificada con aprobada, distinguida. Mendoza, Argentina.

----- 2012, "Comunidad Local y Municipio". *Revista Científica de la Universidad Nacional de La Rioja*. Año 13, N° 3. Diciembre. Publicación Cuatrimestral.

-----**ZorraquínBecú, Ricardo.***La organización política argentina en el período hispánico*. 2º edición Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, vol. VI, del Instituto de Historia del Derecho Ricard, Editorial Perrot, Buenos Aires.

Cita de este artículo:

VALENZUELA, E. y MONTBRUN, A. (2014) "La Fiscalía de Estado en el Derecho Público provincial argentino" *Revista IN IURE* [en línea] 15 de Noviembre de 2014, Año 4, Vol. 2. pp. 50-83. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**DEFENSA EN JUICIO. CELERIDAD PRONUNCIAMIENTO.
INTERES DEL MENOR. JERARQUIA CONSTITUCIONAL.
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

Descripción del caso (1):

El presentante denuncia ante la Corte las irregularidades que, según estima, se estarían produciendo en el trámite de la presente causa. Además, manifiesta su disconformidad con el sistema judicial argentino, el que no respetaría las leyes ni los tratados internacionales vigentes en materia de restitución de menores.

Sumarios:

- 1.- Que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan.
- 2.- El concepto de plazo razonable se ve desvirtuado, muchas veces por la conducta procesal adoptada por las propias partes que mediante sus constantes presentaciones impiden que el tribunal pueda pronunciarse sobre la cuestión sustancial sometida a su decisión.
- 3.- Corresponde que la Corte emplace al citado magistrado a evaluar, con el rigor que exige el asunto, que los requerimientos que se le formulen guarden correspondencia con la celeridad y la urgencia que caracterizan la naturaleza del proceso de modo de evitar que tiendan a postergar sin causa una decisión sobre el conflicto, y a dictar, en un

breve plazo y siempre que las circunstancias lo permitan, sentencia definitiva, la que deberá ser comunicada inmediatamente a esta Corte.

4.- Qué asimismo, a fin de hacer efectivo el interés superior del menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional, procede exhortar a los progenitores a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos, de modo de evitar que las consecuencias que se deriven de ello conduzcan a frustrar la finalidad del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Q., A. cl C. si reintegro de hijo" (expediente 113.9781 2010), 10/6/2014.

Buenos Aires, diez de junio de dos mil catorce. Y vistos;
Considerando:

1) Que el presentante denuncia ante esta Corte las irregularidades que, según estima, se estarían produciendo en el trámite de la causa "Q., A. cl C. si reintegro de hijo" (expediente 113.9781 2010), Y manifiesta su disconformidad con el sistema judicial argentino, el que no respetaría las leyes ni los tratados internacionales vigentes en materia de restitución de menores (fs. 1/3).

2) Que del informe requerido por esta Corte sobre los antecedentes del caso, se advierte .que existen en trámite múltiples causas entre el presentante y la madre de sus hijas, cuya restitución persigue (divorcio, alimentos, tenencia, denuncia por violencia familiar, medidas precautorias, *exequatur* y reconocimiento de sentencia), que la causa penal por abuso sexual contra el interesado no ha sido resuelta y que aún no se ha dictado' sentencia en el pedido de reintegro formulado por aquél en los términos de la Convención de La Haya de 1980 (fs. 111 13).

3) Que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (Fallos: 315:2173; 328:4615), pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan (Fallos: 324:1944). El concepto de plazo razonable se ve desvirtuado, muchas veces por la conducta procesal adoptada por las propias partes que mediante sus constantes presentaciones impiden que el tribunal pueda pronunciarse sobre la cuestión sustancial sometida a su decisión (arg. Fallos: 310:1630).

4) Que sin desconocer el tiempo transcurrido desde la demanda como la urgencia que en su tramitación exige le tipo de proceso promovido, las circunstancias relatadas en el informe mencionado no permiten aseverar, con el grado de certeza que el instituto requiere, que en la actualidad se encuentre configurado un supuesto de retardo de justicia que, requiera la intervención del Tribunal, conclusión que, según se ha expresado el propio magistrado en dicho informe y resulta; de la copia extraída del sistema informático, guardaría correlato con la decisión adoptada recientemente por la Magistratura al desestimar la denuncia formulada en su contra (expediente 152/2012).

5) Que sin perjuicio de lo expresado, atento a los derechos en juego, corresponde que esta Corte emplace al citado magistrado a evaluar, con el rigor que exige el asunto, que los requerimientos que se le formulen guarden correspondencia con la celeridad y la urgencia que caracterizan la naturaleza del proceso de modo de evitar que tiendan a postergar sin causa una decisión sobre el conflicto, y a dictar, en un breve plazo y siempre que las circunstancias lo permitan, sentencia definitiva, la que deberá ser comunicada inmediatamente a esta Corte.

6) Que asimismo, a fin de hacer efectivo el interés superior del menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los

Derechos del Niño con jerarquía constitucional, procede exhortar a los progenitores a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos, de modo de evitar que las consecuencias que se deriven de ello conduzcan a frustrar la finalidad del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por ello, con el alcance indicado, se desestima el pedido formulado a fs. 1/3. Notifíquese a las partes y al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 7 y, oportunamente, archívese. Fdo.: RICARDO LUIS LORENZETTI, ENRIQUE S PETRACCHI, JUAN CARLOS MAQUEDA, ELENA HIGHTON DE NOLASCO.

CASO 2

VIOLENCIA DE GÉNERO. CONVENCION DE BELEM DO PARÁ. IMPUTADO PLURI-REITERANTE ESPECÍFICO.

Descripción del caso (2):

Por sentencia la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de esta ciudad resolvió declarar que Jorge Pablo V, ya filiado, es penalmente responsable en calidad de autor de los delitos de desobediencia a la autoridad, violación de domicilio, coacción reiterada –dos hechos-, lesiones leves y lesiones leves calificadas, en concurso real. Se interpone recurso de casación ante el Superior Tribunal de Justicia.

Sumarios:

1.- Los hechos tuvieron lugar en el especial contexto de violencia de género. En estos casos en que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una mujer a la que intimida y trata con violencia, se ha reforzado la protección de la víctima. Es una obligación asumida por el Estado a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, ley nº 24.632), condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"). Por tal motivo, este escenario no puede ser dejado de lado como pauta valorativa al determinar el monto de la pena a aplicarse.

2.- En el mismo contexto de violencia de género es totalmente inaceptable que el hombre exija forzando a la mujer que mantenga la convivencia en contra de su voluntad.

3.- Un imputado con numerosas condenas previas existentes en su contra por los mismos delitos –amenazas, lesiones leves calificadas,

coacción, desobediencia a la autoridad, lesiones leves- y contra la misma víctima, su ex pareja, en un contexto de violencia familiar de acuerdo a precedentes de esta Sala Penal, la reiteración delictiva específica resulta demostrativa de la persistencia en continuar la carrera delictiva, y ello merece por tanto mayor reproche penal (se trata de un imputado pluri-reiterante específico).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, SALA PENAL. V, JORGE PABLO - (expediente: 679724).

SENTENCIA NÚMERO: TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO. En la Ciudad de Córdoba, a los siete días del mes de octubre de dos mil catorce, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aida Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos "**V., J. P.p.s.a. desobediencia a la autoridad, etc. –Recurso de Casación-**" (SAC 679724), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal de 14º Turno, Dr. Marcelo Nicolás Jaime, en su carácter de defensor del imputado Jorge Pablo V, en contra de la sentencia número uno, dictada el seis de marzo de dos mil catorce, por la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de esta ciudad. Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes: **1º)** ¿Es válida la fundamentación de la sentencia relativa a la individualización de la pena impuesta? **2º)** ¿Qué resolución corresponde dictar? Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aida Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati. **SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR** Protocolo de Sentencias Nº Resolución: 388 Año: 2014 Tomo: 10 Folio: 2930-2934
A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti dijo:

I. Por sentencia nº 1 de fecha 6 de marzo del año 2014, la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de esta ciudad resolvió -en lo que aquí interesa-: **"I)** *Declarar que Jorge Pablo V, ya filiado, es penalmenteresponsable en calidad de autor de los delitos de desobediencia a la autoridad, violación de domicilio, coacción reiterada -dos hechos-, lesiones leves y lesiones leves calificadas, en concurso real (hechos únicos de las Requisitorias Fiscales de fs. 352/358 y 346/351, unificados en la presente); en los términos de los arts. 45, 239 2da. disposición, 150, 149 bis 2do. párrafo, 89, 92 1er. supuesto en función del 80 inc. 1º, y 55 del Código Penal; e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de TRES AÑOS de PRISIÓN y costas (arts. 5, 9, 29 inc. 3º, 40, 41 y ccs. del C.P. y 412 1er. párrafo, 550, 551 y ccs. del C.P.P.).* **II)** *Unificar la presente condena con lo que le resta cumplir de la impuesta por esta Excma. Cámara Octava del Crimen, mediante Sentencia Nº 38 de fecha 8/11/2011 a la pena única de ONCE MESES DE PRISIÓN, con declaración de reincidencia y costas (arts. 5, 9, 29 inc. 3º, 40, 41, 50, 58 y ccs. del C.P. y 412 1er. párrafo, 415, 550, 551 y ccs. del C.P.P.); en la PENA ÚNICA DE TRES AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN, adicionales de ley, costas y revocación de la libertad condicional de la que gozaba (arts. 5, 9, 12, 15 primer párrafo, primer supuesto en función del 13 inc. 4º, 29 inc. 3º, 40, 41, 58 y ccs. del C.P. y 412, 550, 551 y ccs. del C.P.P.)...*" (fs. 567/587). **II.1.** El Asesor Letrado Penal de 14º Turno, Dr. Marcelo Nicolás Jaime, defensor del imputado Jorge Pablo V, interpone el presente recurso de casación en contra de la decisión mencionada (fs. 589/594.). Invoca el motivo formal de casación, pues entiende que el Tribunal de juicio ha inobservado las reglas de la sana crítica racional con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (arts. 468 inc. 2 en función del 413 inc. 4 y 193 CPP) (fs. 589 vta./590 vta.). Se agravia por la prueba tenida en consideración para determinar el monto de la pena impuesta a su defendido (fs. 591). Entiende que aludir a *"la naturaleza, los modos y las circunstancias de los hechos"*

son circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta por el legislador al estructurar el tipo delictivo, lo que constituye doble valoración (fs. 592). En relación a *"la extensión de los respectivos daños físicos y fundamentalmente psíquicos"*, estima que no obra en la causa elemento de juicio alguno que acredite el daño psíquico como consecuencia del suceso (fs. 592 vta.). Con respecto a la mención sobre que *"se trata de un pluri reiterante específico, a tenor de los antecedentes penales computables que registra"*, expresa que dicha valoración incurre en el derecho penal de autor, pues es una característica personal del acusado. Además, las condenas anteriores no puede incidir de modo negativo nuevamente (para declararlo reincidente y para demostrar su personalidad peligrosa) (fs. 593/vta.). Por todo ello, solicita la nulidad absoluta parcial del decisorio. **2.** Conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la facultad discrecional de fijar la pena es motivo de casación, en casos de arbitrariedad (TSJ, "Sala Penal", "Gutiérrez", S. n° 14, 7/7/88; "Ullua", S. n° 4, 28/3/90; "Farías", S. n° 69, 17/11/97; "Salomón", A. n° 93, 27/4/98; "Duarte", S. n° 37, 8/5/01; entre otras). Dentro de ese margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del Tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; "Tarditti", A. n° 362, 6/10/99; entre otros). Cabe también reparar que configura una variante de la arbitrariedad la valuación positiva o negativa irracional de las circunstancias objetivas y subjetivas seleccionadas por el tribunal de juicio para la determinación del monto de la pena. En tales supuestos, el *a quo* utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación. **3.** En función de las circunstancias tanto atenuantes como agravantes que tuvo en cuenta el *a quo*, le impuso para su tratamiento penitenciario

la pena de **3 años de prisión**.⁴ Ahora bien, de la lectura del embate recursivo surge que el agravio traído por el recurrente radica en la violación de la prohibición de doble valoración con respecto a la naturaleza, modos y circunstancias de los hechos, la falta de acreditación de que los hechos hubieren causado el daño psíquico probado en la víctima y en el carácter de pluri reiterante específico que lo vincula al derecho penal de autor, estimando que tener en cuenta las condenas previas en esta instancia constituye doble valoración, pues ya fueron tenidas en consideración para declararlo reincidente. Desde ya adelante mi opinión en sentido desfavorable a las pretensiones de la defensa. Es que el contraste de las razones brindadas por el recurrente, y las expuestas por el sentenciante para determinar el monto de la pena, revelan que su gravamen carece de sustento. El quejoso no ha logrado demostrar que para el caso de marras la pena de 3 años de prisión resulte arbitraria, pues se trata de una condena por los delitos de desobediencia a la autoridad, violación de domicilio, coacción reiterada –dos hechos-, lesiones leves y lesiones leves calificadas, en concurso real, en calidad de autor, cuya escala penal en abstracto va de 2 a 10 años de prisión o reclusión. Con lo cual dicho monto no luce irracional en orden a la **naturaleza de los hechos**, teniendo presente que se encuentra muy próximo al mínimo. En relación al primer cuestionamiento traído por la defensa, es decir, la doble valoración de la naturaleza, modos y circunstancias de los hechos, su embate no encuentra sustento. Pues no debe confundirse duplicar la misma circunstancia ponderada ya por el legislador, con la consideración de la modalidad comisiva en el caso concreto, lo cual no constituye vulneración del principio *non bis in idem*. Repárese que en el caso, todos los hechos tuvieron lugar en el especial contexto de violencia de género. En estos casos en que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una mujer a la que intimida y trata con violencia, se ha reforzado la protección de la víctima. Es una obligación asumida por el Estado a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, ley nº 24.632), condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b"). Por tal motivo, este escenario no puede ser dejado de lado como pauta valorativa al determinar el monto de la pena a aplicarse. Por otro lado, en el delito de coacción el propósito del autor era que su ex pareja tolerara en contra de su voluntad la convivencia con él. En el mismo contexto de violencia de género es totalmente inaceptable que el hombre exija forzando a la mujer que mantenga la convivencia en contra de su voluntad. A ello se suma que esta situación se prolongó por el lapso de 10 a 15 días aproximadamente. Asimismo, no puede soslayarse que para lograr su cometido el condenado se valió de un arma blanca en dos oportunidades. Todo lo señalado hasta aquí hace a la naturaleza del accionar desplegado por V como a los medios empleados, no encontrándose ninguna de estas circunstancias en la estructura de los tipos penales por los cuales se lo ha condenado (de desobediencia a la autoridad, violación de domicilio, coacción reiterada -dos hechos-, lesiones leves y lesiones leves calificadas). De esta manera, estimo que no se ha vulnerado el principio de doble valoración. Se encuentra comprobado en autos que los hechos que nos ocupan produjeron daño psíquico en la víctima, tal como surge de fs. 580/851 de la sentencia. Así, el Equipo Técnico del Área de Familia de la Municipalidad de Alta Gracia informó que la víctima presentaba gran monto de angustia en relación a su situación presente y al futuro de ella y sus hijos y dio cuenta del temor de aquélla al accionar futuro del condenado en virtud de sus amenazas. En la actualización de dicho informe, expresó que se encontraba sumamente angustiada debido a que V había ingresado por la fuerza a su domicilio hacía una semana, incumpliendo las medidas de restricción. Desde ese momento estaba "secuestrada" en la casa y su ex pareja la amenazaba con matar a los niños si se escapaba o pedía ayuda. Se hizo mención, además, a que el condenado la punzó con cuchillos, los

agredió físicamente a ella y a los niños, la obligó a hacer cosas en contra de su voluntad como consumir cocaína. En esa oportunidad, se le brindó contención, se la acompañó a la Comisaría a efectuar la denuncia y se gestionó un albergue transitorio (fs. 25/27, 175/177). De lo expuesto surge claramente que la situación de violencia en que se encontraba inmersa la víctima le ocasionó el daño psíquico aludido, por lo que esta crítica de la defensa no puede ser atendida. El Tribunal sostuvo que V era un pluri-reiterante específico. Repárese que estamos frente a un imputado con numerosas condenas previas existentes en su contra por los mismos delitos –amenazas, lesiones leves calificadas, coacción, desobediencia a la autoridad, lesiones leves- y contra la misma víctima, su ex pareja, en un contexto de violencia familiar. De acuerdo a precedentes de esta Sala Penal, la reiteración delictiva específica resulta demostrativa de la persistencia en continuar la carrera delictiva, y ello merece por tanto mayor reproche penal (TSJ, Sala Penal, "Brandán", S. nº 37, 09/03/2010). Pero, además, la multiplicidad de hechos delictivos mencionada demuestra la persistencia de V en accionar en contra de su ex pareja. A ello se suma, que por Sentencia Nº 38 de fecha 08/11/2011, el mismo Tribunal le impuso para su tratamiento penitenciario la pena de siete meses de prisión, la que se unificó con otra sanción anterior en la pena única de once meses de prisión. Se fijó como fecha de cumplimiento total de la condena el día 20/04/2012 y mediante Auto Interlocutorio de fecha 15/11/2011 se resolvió conceder al imputado el cese de prisión bajo las siguientes condiciones, entre otras: no cometer nuevos delitos, prohibirle su presencia en el domicilio de su ex pareja, como también en los lugares de trabajo, estudio u otros que la nombrada frecuente; y limitarle el acercamiento geográfico o físico en relación a la nombrada, a una distancia menor a los cien metros; todo bajo apercibimiento de serle revocado el beneficio en caso de incumplimiento de alguna de estas condiciones. Así las cosas, a los tres meses y medio de haber recuperado su libertad, se encontraba reiterando en el delito nuevamente. Pues, sin dudar, se

presentó en el domicilio de su ex pareja y cometió una vez más los mismos delitos contra la misma víctima, lo que resulta demostrativo, no sólo de su ensañamiento con ella, sino también de que pese al tratamiento penitenciario continúa en su actitud delictiva, desafiante de la autoridad y de la normativa vigente, reflejando dificultades para reinsertarse al medio libre con normalidad. No obstante ello, el juzgador fijó una pena muy próxima al mínimo de la escala penal aplicable y muy lejana al máximo. Así, la pena impuesta no es arbitraria sino razonable y ajustada a la prueba reunida en el proceso. Concluyendo, la defensa no desarrolla argumentos hábiles en procura de demostrar la desproporcionalidad del monto de la pena, exteriorizando así sólo una mera discrepancia con la condena impuesta. Por lo expuesto a la presente cuestión, voto en negativa.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aida Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo: En virtud de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal de 14º Turno, Dr. Marcelo Nicolás Jaime, en su carácter de defensor del imputado. Con costas (arts. 550, 551 CPP). Así, voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo

que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal de 14º Turno, Dr. Marcelo Nicolás Jaime, en su carácter de defensor del imputado Jorge Pablo V. Con costas (arts. 550, 551 CPP). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación se dio por la señora Presidente en la Sala de audiencias, firman ésta y las señoras Vocales, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe. Fdo: Dra. Aída TARDITTI, Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL, Dra. María Marta CACERES de BOLLATI

-

NOVEDADES LEGISLATIVAS

- [Código Civil y Comercial de la Nación](#)
- LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general
- [Creación del Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios con el objeto de monitorear, relevar y sistematizar los precios y la disponibilidad de insumos, bienes y servicios que son producidos, comercializados y prestados en el territorio de la Nación](#)
- LEY 26.992. 17/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo](#)
- LEY 26.993. 17/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Ley de Pago Soberano de la Deuda Pública](#)
- LEY 26.984. 10/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Autorización para salir del territorio nacional para participar de la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas](#)
- LEY 26.983. 10/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Modificación a la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Diarios, Revistas y Publicaciones Periódicas](#)
- LEY 26.982. 3/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Protocolo Modificatorio del Tratado sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales con la República de Chile](#)
- LEY 26.979. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Tratado sobre Simplificación de la Extradición con la República Federativa del Brasil, el Reino de España y la República Portuguesa](#)
- LEY 26.978. 27/8/2014. Vigente, de alcance general

- [Tratado sobre el Comercio de Armas](#)
- LEY 26.971. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Aprobación del Convenio para el Cumplimiento de Condenas Penales con la República del Ecuador](#)
- LEY 26.977. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Aprobación de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero con la República de Nicaragua](#)
- LEY 26.980. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Protocolo sobre Traslado de Personas sujetas a Régimen Especiales entre los Estados Partes del Mercosur y La República de Bolivia y La República de Chile](#)
- LEY 26.975. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas](#)
- LEY 26.976. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para el Personal de los Buques Pesqueros, 1995](#)
- LEY 26.981. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Régimen Especial de Regularización de deudas previsionales](#)
- LEY 26.970. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur, La República de Bolivia y la República de Chile](#)
- LEY 26.973. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Prohibición de venta, expendio o suministro a menores de edad, de adhesivos, pegamentos, cementos de contacto, selladores o similares susceptibles de ser inhalados para provocar efecto psicoactivo o estado de alteración mental](#)
- LEY 26.968. 6/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Acuerdo sobre Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear con los Emiratos Árabes Unidos](#)

- LEY 26.969. 6/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Excepciones a la inmunidad de los bancos centrales extranjeros a la jurisdicción de los Tribunales Argentinos](#)
- LEY 26.961. 6/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Autoriza la entrada de tropas extranjeras al territorio nacional y la salida fuera de él de fuerzas nacionales](#)
- LEY 26.962. 6/8/2014. Vigente, de alcance general

LEYES PROVINCIALES

- [Mecanismo Provincial de Prevención de la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes-](#)
- LEY IV - NRO. 65. Misiones 28/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Transformación de Fiscalía de Causas Policiales y Penitenciarias en Fiscalía de Derechos Humanos](#)
- LEY 7.839. Salta 26/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Ley de Secuestros](#)
- LEY 7.838. Salta 26/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Modificación del Código Procesal Penal](#)
- LEY 10.317. Entre Ríos 26/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Ley de reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad - Reconocido por la Organización Mundial de la Salud \(OMS\).](#)
- LEY 995. Tierra del Fuego 21/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Declaración de Patrimonio Cultural y Patrimonio Turístico a los restos materiales del antiguo Ingenio Azucarero San Juan del municipio Santa Ana.](#)
- LEY VI - NRO. 173. Misiones 21/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Adhesión de la provincia a la ley nacional 25.854 crea el "Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos"](#)
- LEY 10.218. Córdoba 20/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Difusión de Información de las Personas Perdidas, Extraviadas y desaparecidas en la Provincia](#)

- LEY XX - NRO. 11. Misiones 14/8/2014. Vigente, de alcance general
- [Aprobando Convenio de Colaboracion y Transferencia suscripto el 27 de febrero de 2014 entre la Subsecretaria de Desarrollo Urbano y Vivienda dependiente de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificacion Federal, Inversión Pública y Servicios y la Provincia de La Pampa](#)
- LEY 2.787. La Pampa 31/7/2014. Vigente, de alcance general
- [Prohibición a todos los comerciantes de cobrar sobrepagos, recargos, plus o exigencia de compra por las ventas de tarjetas prepagas y cargas de saldos virtuales existentes a la actualidad o que se implementen en el futuro](#)
- LEY VII N° 68. Chubut 31/7/2014. Vigente, de alcance general
- [Modificando el artículo 4° Bis de la Ley 2226. Régimen Especial de Protección Integral para Personas con Discapacidad](#)
- LEY 2.786. La Pampa 31/7/2014. Vigente, de alcance general

DECRETOS NACIONALES

- [Decreto Reglamentario de la Ley N° 26.940 de Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral](#)
- DECRETO NACIONAL 1.714/2014. 30/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Designación al Ministerio de Cultura como sujeto expropiante](#)
- DECRETO NACIONAL 1.706/2014. 29/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Creación de cargo de Personal del Servicio Exterior en la Secretaría de Coordinación Político-Institucional y Emergencia Agropecuaria del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca](#)
- DECRETO NACIONAL 1.681/2014. 29/9/2014. Vigente, de alcance general
- [Aprobación del Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse con el Banco Interamericano de Desarrollo destinado a financiar](#)

parcialmente el "Programa de Competitividad de Economías Regionales"

- DECRETO NACIONAL 1.518/2014. 4/9/2014. Vigente, de alcance general
- Modificación del Decreto 231/09 sobre Trámites sujetos al Pago de las Tasas Retributivas de Servicios Efectuados por la Dirección Nacional de Migraciones
- DECRETO NACIONAL 1.431/2014. 27/8/2014. Vigente, de alcance general
- Modificación de la Nomenclatura Común del Mercosur y Arancel Externo Común
- DECRETO NACIONAL 1.393/2014. 19/8/2014. Vigente, de alcance general
- Aprobación del Plan de Acción y del Presupuesto de Gastos e Inversiones para el Ejercicio 2014 correspondiente al Banco de la Nación Argentina
- DECRETO NACIONAL 1.378/2014. 19/8/2014. Vigente, de alcance general
- Pago en efectivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Furlan y Familiares Vs. Argentina"
- DECRETO NACIONAL 1.318/2014. 11/8/2014. Vigente, de alcance general
- Decreto de Necesidad y Urgencia sobre Creación del Fondo Fiduciario Público denominado Fondo de Infraestructura de Seguridad Aeroportuaria
- DECRETO NACIONAL 1.334/2014. 11/8/2014. Vigente, de alcance general