

REVISTA DE DERECHO UNS

AÑO I NUMERO I



DEPARTAMENTO DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



ISSN 2314-0747

REVISTA
DE DERECHO
UNS AÑO I NUMERO I



2012

DIRECTOR: Leonardo Abel Urruti
VICEDIRECTORA: María Pía Bostal
SECRETARIA DE REDACCIÓN: Beatriz Roldán

CONSEJO DE REDACCIÓN

Mariana Antinori
Yanina Díaz
Judit González
Cielo Gotlib
Florencia Guariste
Martina Gutiérrez Iuale

Rocío Guzmán Medina
Fiorella Mondino López
Laura Monterrubianesi
Santiago Nudelman
Patricia Sotile
Leandro Werbag

COMITÉ ACADÉMICO

Miembros externos

Gonzalo Alvarez (UBA)
Amalia Amaya (UNAM- México)
Mary Beloff (UBA)
Iñigo Bullain (Universidad del País Vasco)
Nestor Cafferatta (UBA- Instituto Planeta Verde)
María Isabel Candelario Macías (Universidad Carlos III de Madrid)
Arturo Caumont (Universidad de la República de Uruguay)
Miguel Angel Ciuro Caldani (UNR)
María Laura Clérico (UBA)

Sandra Frustagli (UNR)
Laura Giosa (UNICEN)
Carlos Gomez Ligüerre (Universidad Pompeu Fabra)

Carlos Hernandez (UNR)
José Fernando Márquez (UNC)
Gustavo Nadalini (UNR)
Juan Manuel Otero (UNRN)
Francisca Pou Gimenez (ITAM- México)
Adela M. Seguí (UNT)
Jan Sieckmann (Universidad de Birmingham)

Miembros locales:

Hugo Alejandro Acciarri
José Luis Ares
Mario Arruiz
Andrés Bouzat
Eduardo Conghos
María Graciela Cortazar
Eduardo d'Empaire
Matías Irigoyen Testa

Gastón Isoardi
Guillermo López Camelo
Ariel Martella
Pablo Navarro
Guillermo Pazos Crocitto
Leopoldo Peralta Mariscal
Pamela Tolosa
Mario Zelaya

Revista de Derecho UNS, ISSN 2314-0747, Año I, N° 1, 2012
Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur

Diagramación interior y tapa: Fabian Luzi



Editorial de la Universidad Nacional del Sur
Av. Alem 925 - Tel.: 54-291-4595173 - Bahía Blanca
ediuns@uns.edu.ar | www.ediuns.uns.edu.ar



Red de Editoriales de
Universidades Nacionales

Bahía Blanca, Argentina, octubre de 2012.
©2012 Ediuns

Prólogo

Es un honor para quienes conformamos el Consejo de Redacción de la Revista de Derecho UNS prologar el primer número de una publicación que se plantea acompañar, de aquí en adelante, el camino del Departamento de Derecho. No cabe duda de que este es un acontecimiento importante en la historia de la institución.

Es nuestro deseo agradecer a las autoridades del Departamento de Derecho haber posibilitado este proyecto, en especial al Director Decano, Abog. Andrés Bouzat, a la Secretaria Académica, Mg. Pamela Tolosa y a los integrantes del Consejo Departamental. A los docentes de nuestra casa, del resto de las universidades del país y del exterior que hoy forman parte del Comité Académico, prestigiando nuestra tarea. Especialmente, queremos agradecer la colaboración y dedicación de los docentes, Abog. Sebastián Arruiz y Abog. Guillermo Ríos por su especial apoyo y colaboración, del mismo modo que a Inés Álvarez por aportarnos su experiencia. Por último, no queremos dejar de expresar nuestro agradecimiento a los autores que participan de este número.

Esta revista surge de un proyecto del Departamento de Derecho para crear una revista de divulgación científica gestionada por estudiantes, creando un espacio donde alumnos, graduados y profesores encuentren tierra fértil para plasmar el estudio, la discusión y el debate sobre aquellos asuntos que hacen a los contenidos de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

En ese contexto, surgió la convocatoria pública a partir de la cual se conformó el Consejo de Redacción, un equipo de trabajo formado por alumnos de diferentes años de la carrera de abogacía con un objetivo en común. Así comenzó la tarea de publicitar el proyecto, al mismo tiempo que se lanzó la convocatoria para presentar trabajos. En ese sendero, cada uno de los pasos que le sucedieron se convirtió en una experiencia de aprendizaje sobre la delicada tarea de editar una publicación con los caracteres de la presente.

Luego de un arduo proceso de selección y numerosas etapas de edición se ha llegado a la reunión de un grupo de escritos de diversa temática. Creemos que este trabajo ha brindado sus frutos, con aportes que recorren las áreas del derecho constitucional, derecho privado, derecho de daños, derecho procesal, derecho tributario, derecho administrativo, ciencia política, derecho penal y derechos humanos.

La Revista de Derecho UNS pretende constituirse en un foro donde pensar el derecho. Nos encontramos en una época en la cual existen notorias críticas sobre el funcionamiento del sistema de justicia, la ineficacia de las leyes y la existencia vicios institucionales que contradicen las aspiraciones del Estado de Derecho planteado por la Constitución. Existe, no obstante, una transformación inminente que plantea una nueva era en la regulación jurídica. En ese contexto surge una sociedad que se anima a cuestionar, a idear y construir un nuevo mundo.

Es nuestro objetivo que este espacio, promueva un mayor desarrollo de la libertad y dignidad del hombre. Que este sitio sea un lugar de encuentro para el pensamiento, para discutir y festejar viejos caminos y crear otros nuevos. Que sea un espacio para construir e idear una sociedad mejor a través de la reflexión y el esfuerzo propio. Así seremos mejores y el derecho será, como siempre ha sido, el reflejo de ello.

Que en esta publicación se encuentre tierra neutral donde se puedan discutir nuevas ideas, con respeto y con argumentos. Que sea el reflejo de un alumnado que aspira a un más amplio conocimiento, que invierte en su crecimiento personal y que se encuentra comprometido con la sociedad particular y global en la que se enmarca, colaborando para que esta Universidad y su Departamento de Derecho logren consolidar el prestigio que merecen.

Deseando que esta edición pueda satisfacer tan altos anhelos y se convierta en el puntapié que oriente el progreso de los sucesivos números, expresamos nuestro deseo de que satisfaga las pretensiones de los estimados lectores.

INDICE

»DOCTRINA«

Luces y sombras del término Nación

Federico D. Arrué 11-22

El acto de abnegación. Quién debe soportar el daño y por qué

Julio Corenfeld 23-32

»ENSAYOS«

La posición de las víctimas ante la Corte Penal Internacional

Silvana Corvalán 35-40

Acto de sustancia determinativa: art. 2 Ley Antievasión

Gisela Moggia 41-56

Principios generales del Derecho Civil. Aplicación, función y utilidad en un ordenamiento jurídico

Fiorella Mondino López 57-64

El derecho a la identidad en la filiación adoptiva

María Paula Riganti 65-75

Peligrosidad e indefensión de la actividad periodística: Puerta abierta a la autocensura

María Victoria Romanutti y María Guillermina Miglierini 77-87

Análisis criminológico del delito de tenencia de estupefacientes en la legislación argentina

Carolina Sardini 89-100

La representatividad en los Concejos Deliberantes de la provincia de Buenos Aires

Leonardo A. Urruti 101-114

»COMENTARIO DE FALLO«

Nuevo paradigma de interpretación del art. 86 del Código Penal Argentino a partir del Fallo “F.,A. L. s/ Medida autosatisfativa”

Fiorella Mondino López y Patricia Sotile 117-121

El fallo “Teijeiro o Teigeiro, Luis M. v. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” Requisitos de aplicación del instituto de los daños punitivos. Breve análisis de la evolución pretoriana

Leonardo A. Urruti 123-132

»DOCTRINA«

LUCES Y SOMBRAS DEL TÉRMINO “NACIÓN” LIGHTS AND SHADOWS OF THE TERM “NATION”

Federico D. Arrué*

Sumario: I. Introducción y esquema del trabajo. II. Complejidades derivadas del cambio en el sentido de la palabra. III. Complicaciones relativas al gran número de sociedades que comúnmente se denominan Nación. IV. Conflictos debidos a la gran cantidad de caracteres que se han determinado como definitorios de una nación. V. Inconvenientes por la confusión de los vocablos nación y Estado. VI. Dificultades relativas a la implicancia política del vocablo nación. VII. Sobre cómo entendemos debe concebirse el término nación.

Resumen

Definir nación es una tarea por demás compleja en las ciencias políticas. Esto se debe a distintos factores, tales como los cambios que ha sufrido el sentido de la palabra, la cantidad de sociedades que habitualmente se denominan nación, los distintos caracteres con los que se liga esta noción, el vínculo entre nación y Estado, y las consecuencias políticas de asignarle –o no– el rótulo de nación a determinadas sociedades. Solo procurando vencer estas dificultades, se puede pretender clarificar el término en cuestión. No deben maximizarse las implicancias políticas de reconocer que algunas sociedades son o no una nación. Nación debe entenderse como un término que admite grados.

Palabras clave: Nación – Estado - Caracteres de las naciones - Vínculos - Término graduable.

Abstract

Defining the term nation is a quite difficult task to political sciences. This is due to many reasons, such as the changes that the word has suffered in its meaning, the number of societies which are ordinarily called nations, the different characters which are linked to the notion, the relation between nation and State, and the political consequences of assigning – or not – the label of nation to specific societies. It is only by trying to overcome these

*Abogado, graduado en la U.N.S. (2009). Maestrando en la modalidad de Derecho Penal e investigador becado en la U.N.S. Docente de las asignaturas de Filosofía del Derecho y de Ciencias Políticas, U.N.S. Prosecretario Académico del Instituto de Estudios Penales de Bahía Blanca.

difficulties that it can be intended to clarify the term in question. The political implications of recognizing –or not- a society as a nation should not be exaggerated. Nation should be understood as a concept admitting a graduation.

Keywords: Nation – State – Characters of Nations – Links – Graduable terms.

I. Introducción y esquema del trabajo

En el ámbito del derecho político, pocos conceptos son más difíciles de explicar, que el de nación. Comúnmente, existe una idea bastante clara de qué es una nación: una sociedad, una población, un grupo humano, unido por determinados vínculos. Paralelamente, existen casos claros de sociedades que son una nación, y de sociedades que no lo son. Por ejemplo: hay un consenso muy generalizado en entender que la sociedad francesa es una nación, y que la sociedad patagónica –en sí misma- no lo es.

Sin embargo, cuando se quiere profundizar en el término –tratando de explicar cuál es ese vínculo que une a las sociedades llamadas naciones-; y cuando se quiere, en base a esa definición más puntual, comenzar a dividir de forma maniquea todas las sociedades entre aquellas que son nación y aquellas que no lo son; la complejidad de la cuestión se hace evidente.

Distintos autores presentan diferentes definiciones de nación, que generalmente coinciden parcialmente con las que dan otros. Y, en la mayoría de los casos, mismos estudiosos dejan constancia que la definición dada es imperfecta, ambigua, y/o puede incluir a sociedades que no son generalmente consideradas como nación, o excluir a otra que sí se consideran tales.

En este breve trabajo, expondremos, en primer lugar, algunas cuestiones centrales que originan la dificultad reseñada, y en segundo lugar, nuestra propuesta sobre un modo de concebir el término “nación” que pueda tener en cuenta las particularidades de los distintos grupos sociales que se identifican con aquél.

II. Complejidades derivadas del cambio en el sentido de la palabra

Originalmente, nación se asociaba al lugar de nacimiento de una persona — de allí su origen etimológico¹ —, y a la lengua en la que ésta se expresaba.²

¹ Del latín *nascere, nasci*: nacer.

² En este sentido, por ejemplo, BENOIST, ALAIN DE, “*La idea de imperio*”, en *La idea de imperio y otros estudios*. Presentación, traducción y notas: Néstor Luis Montezanti. Ediuns, Bahía Blanca 1998, p. 6.

Dice Xavier Naval:

“...El idioma unía nobles y campesinos, caballeros y eclesiásticos, vasallos de un señor y de otro. Así, es la lengua la que definirá una nación en la Edad media, porque es el elemento más visible de los que caracterizan un grupo cultural estable y más o menos homogéneo: tantas lenguas, tantas naciones³”

Posteriormente, el término deviene en el concepto intrincado que aquí nos ocupa. La nación pasó a asociarse a la etnia y a otros rasgos de los individuos que la componen, hasta que, con la Revolución Francesa esos elementos pasaron a ser innecesarios.⁴

En el periodo mencionado se impulsa, desde el ámbito estatal, una idea de nación donde el punto central está puesto en la voluntad ciudadana⁵, dando origen así a la nación como legitimadora del Estado⁶. Ligando de manera más firme los conceptos de nación y Estado, como veremos en detalle luego.

III. Complicaciones relativas al gran número de sociedades que comúnmente se denominan nación

Este hecho redundante en que para cada definición propuesta para el término, existan ejemplos que no encuadren en ella, y en contrapartida, muchas definiciones pueden quedar abarcar sociedades que no se consideran naciones.

³ MUNTANER, RAMÓN, *Els Almogàvers*, Ediciones 3i4. Versión, introducción, propuesta didáctica y glosario de Xavier Naval, Barcelona, 1998, p. 13. Traducción propia del idioma catalán.

⁴ En este sentido, por ejemplo, CHIARAMONTE, JOSÉ CARLOS, *Nación y Estado en Iberoamérica*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pp. 32 y 37. La importancia de la Revolución Francesa como hito en la formación de las naciones modernas es tal que algunos autores reservan el término *nación* para las sociedades que surgieron desde entonces, refiriéndose los anteriores vínculos humanos como *protonaciones*. – Conforme CHIARAMONTE, *op. cit.* Sin embargo, el autor no está de acuerdo con la denominación comentada.

⁵ Paralelamente, el Estado magnifica la exaltación de la nación, con miras a movilizar a las masas con fines políticos. En Francia, el objetivo inmediato fue salvar la Revolución de las agresiones militares externas. Luego de las Guerras Napoleónicas, el nacionalismo había echado raíces en toda Europa, promovido por la difusión de los ideales románticos. Las Revoluciones de 1830 y de 1848, si bien liberales, tienen también un marcado carácter nacionalista. De allí datan la independencia de Bélgica, las revueltas en la Polonia rusa, en la Italia austríaca, etc.

⁶ Para Chiaramonte existen tres momentos distinguibles en torno al término *nación*. El primero, antes de la Revolución Francesa: nación étnica. El segundo, con la Revolución, *nación* en el sentido político (sin que desaparezca el primero). Y el tercero, con el romanticismo: conjunción de ambos usos, con la etnicidad convertida en el fundamento de la legitimidad política –principio de las nacionalidades-. CHIARAMONTE, JOSÉ CARLOS, *op. cit.*, p. 50.

Buscando los ejemplos correctos, entonces, se puede afirmar o negar casi cualquier definición sobre nación.

Dice Schuster, en relación a los criterios para definir una nación, citando a Posadas: “...Cada nación real es un argumento vivo contra cada uno de ellos⁷”.

IV. Conflictos debidos a la gran cantidad de caracteres que se han determinado como definitorios de una nación

En este sentido, se ha dicho, por ejemplo, que una nación se caracteriza por una lengua, raza, religión, historia, cultura, etc.⁸

Esto redundaba en una complejidad. Dice Jellinek: “...no es posible encontrar ningún rasgo inmutable que pueda convenir a todas las naciones...”⁹ Y, con mucha claridad, Pauwels: “...las fronteras geopolíticas, culturales, lingüísticas, económicas e históricas, no coinciden...”¹⁰”

Para algunos de los caracteres antes enunciados con que se quiere definir una nación, se encuentran claros ejemplos de naciones que no los poseen.

⁷ SCHUSTER, LEÓN, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 25.

⁸ Dice Gettel: *Algunos escritores se fijan, preferentemente, en la creación de la unidad nacional atendiendo a una semejanza de raza, lengua e instituciones. Consideran a la nación como una unidad étnica, como la agrupación de un pueblo que se sostiene, en común, mediante la influencia de lazos psicológicos y biológicos.* GETTEL, RAYMOND G., *Historia de las ideas Políticas*, Editorial Labor S.A., Buenos Aires, 1930, p. 293. En el mismo sentido, por ejemplo, Huntington: *...La gente se define desde el punto de vista de la genealogía, la religión, la lengua, la historia, los valores, costumbres e instituciones...* - HUNTINGTON, SAMUEL P., *El choque de civilizaciones*, Paidós, Buenos Aires, 1997, p. 22. El Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción 3ra para el término *nación* –que es la que no confunde *nación* con *Estado*–, señala que una nación es *un conjunto de personas de un mismo origen, y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.* Para exponer sólo una idea más que refleje gran cantidad de caracteres, *la nación*, según Girod, citado por Di Tella es: *...el conjunto de hombre que, participando por el nacimiento y la educación del mismo carácter y del mismo temperamento, teniendo un mismo conjunto de ideas y de sentimientos, practicando las mismas costumbres y viviendo bajo las mismas leyes e instituciones, mantienen la voluntad de permanecer unidos en la integridad del suelo... y del mismo culto de un pasado.* DI TELLA, TORCUATO S., *Diccionario jurídico*, Emecé, Buenos Aires, 2001, p. 606.

⁹ JELLINEK, GEORGE, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 86.

¹⁰ PAUWELS, LUC, “Europa Imperiosa”, en *La Idea de Imperio y otros estudios*, Alain de Benoist y otros. Presentación, traducción y notas: Néstor Luis Montezanti, Editorial Ediuns, Bahía Blanca, 1998, p. 31.

Así, en cuanto a la etnia, es bien sabido que la gran mayoría de las naciones son fruto de entrecruzamientos raciales¹¹. De manera clara, dice de Pffaf: “*La nación étnica es un invento*”¹².

Y Bobbio:

“...el término ‘raza’ no permite identificar grupos que tengan fronteras definidas y... de cualquier modo, las clasificaciones ‘raciales’ intentadas por los antropólogos –con criterios que varían de un estudioso a otro–, en ningún caso coinciden con las naciones modernas¹³”.

En contrapartida, muchas etnias se encuentran conformando distintas naciones.

Del mismo modo, una nación puede estar compuesta por individuos de distintas religiones y las grandes religiones se extienden a través de las naciones.

Sobre esta última cuestión dice Hobsbawm:

“...Las religiones auténticamente tribales suelen funcionar en una escala demasiado pequeña para las nacionalidades modernas... En cambio, las religiones mundiales que se inventaron en diversos momentos entre el siglo VI a.C. y el VII d.C. son universales por definición, y por consiguiente, fueron pensadas para ocultar las diferencias étnicas, lingüísticas, políticas y de otro tipo...”¹⁴

Lo señalado vale también para las lenguas.

¹¹ Sirva el ejemplo explicado por Grondona: “... *Lo que caracteriza a Estados Unidos no es una complicidad genética que venga del pasado ¿Cuál sería la vecindad genética de ingleses, alemanes, irlandeses, judíos, italianos, negros y orientales que se llaman a sí mismos, con verdad, ‘americanos’ ?...*” GRONDONA, MARIANO, *El mundo en clave*, Planeta, Buenos Aires, 1996, p. 158. Pero incluso naciones históricas como Francia, son producto de sucesivas oleadas de migrantes: galos, griegos, romanos, francos, árabes...

¹² PFAFF, WILLIAM, *La ira de las naciones*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1993, p. 14.

¹³ BOBBIO, NORBERTO y otros (Directores), *Diccionario de Política, l-z*, Siglo XXI Editores, Ciudad de México, 1997, p. 1023. En un sentido muy similar, JELLINEK, GEORGE, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 86.

¹⁴ HOBBSAWM, ERIC, *Naciones y nacionalismos desde 1780*, Romanyà/Avalls S.A., Barcelona, 2004, p. 77.

Entiende Jellinek:

“Tampoco es el lenguaje una nota suficiente para diferenciar las naciones. Hay naciones que hablan un mismo idioma, por ejemplo, el inglés, los ingleses, irlandeses, americanos; el español, las naciones americanas de lengua española; el portugués, los brasileños; el danés, los noruegos, etc. De otra parte existen pequeñas comunidades que se hablan idiomas diferentes y que forman parte, no ya sólo de una misma unidad política, sino también de una misma unidad nacional. Esto acontece con los vasco-españoles y los bretones de Francia, los ingleses del país de Gales, los reto-romanos y otros de Suiza...”¹⁵

Y el padre Vizcarra:

“...Si hubiéramos de formar tantas patrias cuantas son las lenguas, primeramente tendríamos que suprimir las veinte patrias de habla castellana en ambos mundos, para formar con ellas una sola patria; y, por otra parte, tendríamos que separar de la misma Vasconia a todas las ciudades y pueblos que no hablan el vasco, para formar un mosaico de islotes lingüísticos, que podría denominarse ‘archipiélago vasco’..”¹⁶

El territorio, por su parte, tampoco es un elemento que indefectiblemente esté ligado a la totalidad de las naciones.¹⁷

Otros caracteres -comunidad de historia, cultura, valores, identidad, futuro, voluntad¹⁸-, por el contrario, serán compartidos por todas las naciones. Pero su naturaleza abstracta hace que necesariamente deban basarse en aquéllos primeros, o que puedan ser manipulados ampliamente para afirmar o negar el status de nación a casi cualquier sociedad.

¹⁵ JELLINEK, GEORGE, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶ VIZCARRA Y ARANA, ZACARÍAS, *Vasconia Españolisma*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1971, p. 173. Obra en la cual, entendemos el autor denomina *patria* a lo que nosotros llamamos *nación*.

¹⁷ El ejemplo clásico en este sentido es la nación gitana. Puede mencionarse también la nación judía esparcida por la diáspora, aunque ésta tiene un territorio ancestral con el que identificarse y al que se ha vinculado con más fuerza desde la creación del Estado de Israel.

¹⁸ Con respecto a la voluntad, es interesante traer a colación la observación de Bobbio: si la nación se agotara allí, no está claro en qué se distinguiría de otros grupos de adhesión voluntaria. Conforme BOBBIO, NORBERTO, *op. cit.*, p. 1024.

V. Inconvenientes por la confusión de los vocablos nación y Estado

A primera vista, los términos no tienen porqué confundirse. Sin mayor rigor técnico podemos entender que el Estado es una organización política: una unión de personas basada en una decisión, de todas o de algunas de ellas. En cambio, la nación es un fenómeno social en un sentido diferente, que vincula a distintas personas por algún o algunos caracteres en común, pertenezcan o no a un mismo Estado.

Sin embargo, en la vida diaria, los términos tienden a utilizarse indistintamente.

Basta considerar las dos primeras acepciones de nación que da el Diccionario de la Real Academia: “1.f. Conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno”; y “2.f. Territorio de ese país¹⁹”.

Sobre esta base, algunos autores distinguen la nación desde el punto de vista diplomático, como entidad política independiente; y nación como substancia espiritual.²⁰ La primera acepción, no señala a una nación, sino a un Estado.

Este equívoco se da incluso en los ámbitos estrechamente vinculados al derecho²¹.

Dice, en este sentido, Ossorio:

“La teoría política en que se fundamentó el Estado nacional moderno postula una identificación de las nociones de Estado y nación, como se advierte en la terminología jurídica constitucional²²”.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimosegunda edición.

²⁰ En esta línea de pensamiento, por ejemplo, ROVIRA I VIRGIL, ANTONI, *Els camins de la llibertat de Catalunya*, Grinver S.A., Barcelona, 2006, p. 124.

²¹ Basta mencionar en tal sentido, a la *Organización de las Naciones Unidas* –O.N.U.– que en nuclea organizaciones políticas: Estados soberanos, y no naciones. No están representadas en ella, por ejemplo, sociedades que casi indiscutiblemente se entienden como nación: los gitanos, los kurdos, etc. Otro ejemplo: cuando un individuo pasa a ser ciudadano de un Estado extranjero, se dice que ha adquirido la *nacionalidad* de dicho Estado. En verdad, en acto jurídico, ha pasado a ser parte del *Estado*, pero no necesariamente de la *nación* extranjera. Muchos refugiados, por ejemplo, adquieren la ciudadanía de otro país, debido a su condición. Sin embargo, no abandonan jamás su idioma, religión y cultura, ni se asimilan en lo más mínimo a la sociedad de acogida. Nunca se integran entonces a otra *nación*. Y sin embargo se dice que por medio de una cuestión jurídico-administrativa, adquirieron *nacionalidad*.

²² OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 493.

Bidart Campos, por su parte, critica duramente la corriente francesa que ha impregnado la Constitución Argentina²³, y que entiende que el Estado es “*la nación políticamente organizada*”²⁴. Esta idea contribuye en gran medida al desarreglo de términos referido.

Los vocablos, empero, están indiscutiblemente ligados, desde que, como hemos comentado brevemente, la nación puede identificarse, al igual que el Estado, con la voluntad de los individuos que la componen. Y desde que existe una relación histórica entre Estado y nación, por la cual el Estado ha creado la nación o la ha fortalecido, y/o la nación ha servido para inspirar la construcción del Estado.²⁵

²³ La Constitución Argentina confunde los términos *nación* y *Estado*. “Estado Argentino” y “Nación Argentina”. El artículo 1, reza: “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...*”. Es evidente que lo que se organiza de este modo es el Estado Argentino, y no la nación –al menos de manera inmediata-. En el mismo error incurre, por ejemplo, el art. 35 de dicha Carta Magna. En el mismo sentido, se suele hablar de Estado en tres niveles de gobierno: municipal, provincial y nacional. Si bien en la Argentina tiene sentido de hablar de *Estado-nación* (entendido como Estado soberano) – Estado soberano en el cual sus límites concuerdan aproximadamente con el de la nación a la que pertenece su población-; el término correcto para el nivel máximo de gobierno, sería Estado federal, o, en la concepción habitual del término, simplemente *país*. En algunas áreas jurídicas, se suele distinguir lo *federal* de lo *nacional*. Sin embargo, consideramos que la terminología no es correcta, y si se quiere marcar una distinción similar se debería emplear otro vocablo, como por ejemplo: *central*. Una crítica muy similar a la nuestra, realiza BIDART CAMPOS, GERMÁN en su *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 409. En lo que hace a los términos, defiende que cuando el concepto *nación* se refiere a *Estado*, debe ser reemplazado por éste. Y cuando se refiere a unidad integral (Estado nacional) –contrapuesto a las provincias-, debe ser reemplazado por *Estado Federal*.

²⁴ Conforme BIDART CAMPOS, GERMÁN, *op. cit.*, p. 408. Por su parte, Chiamonte entiende que *nación* se confunde con *Estado* –y no al revés-, cuando a la nación se le quita su componente étnico. Conforme CHIARAMONTE, JOSÉ, *op. cit.*, p. 33

²⁵ Mello cita a Friedrich al exponer distintas posiciones sobre el vínculo histórico entre nación y Estado: “*La edificación del Estado es lo primero, y la nación surge dentro del marco político de éste o, al menos, alcanza en él su plenitud. (...) En realidad esta identificación de nación y Estado es inadmisibles, el Estado no es la nación, se basa en la nación y cuando no existe ésta, sus gobernantes han de crearla porque si no, el Estado no se desarrollará por completo*”. MELLO, ARTEMIO L., *Compendio de Ciencias Políticas*, Ediciones de Palma, 1983, p. 74, nota 99.

El *constructivismo* o *instrumentalismo* es la línea de estudio que enfatiza el proceso sociológico e histórico por el que la nación es creada. El *primordialismo*, pone el acento en las características nacionales naturalmente dadas. Conforme CAUHOUN, CRAIG, *Nacionalismo*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2007, p. 56. En aquella primera corriente se ubica la famosa –y polémica- obra de Benedict Anderson en la que el autor expone que “*todas las comunidades mayores que las aldeas primordiales de contacto directo (y quizá incluso éstas) son imaginadas*”. Es decir: son fruto de una construcción deliberada.- ANDERSON, BENEDICT, *Comunidades imaginadas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 24.

VI. Dificultades relativas a la implicancia política del vocablo nación

Pueden existir consecuencias de índole político, ciertas o presuntas, en relación a la aplicación –o la no aplicación- del término nación a determinada sociedad o a un conjunto de ellas.

Dice Schuster, citando a Crossman:

“...¿Qué es una nación? ‘Es un pueblo que pertenece al mismo linaje biológico’ responde un nazi... ‘Un pueblo unido por lazos históricos, filológicos y culturales’ dice un inglés, mientras mira de reojo hacia la Irlanda del Sur. ‘Una reunión libre de individuos que, sin consideración alguna respecto a la raza o al lenguaje, desean vivir unidos bajo un mismo gobierno’ dice el ciudadano norteamericano, mientras espera que nadie le mencione el problema negro ni sus leyes migratorias²⁶”.

Y Bobbio:

“El carácter ideológico de la nación explica también los acentos cambiantes que –en las diversas situaciones histórico-políticas – se han colocado sobre sus diversos y contradictorios contenidos representativos. Ya que ésta es la ideología de un estado, deberá adaptarse en su contenido a las exigencias cambiantes de la razón de estado. Por esto, cuando Alsacia era objeto de disputa entre Francia y Alemania, la nación era para los franceses el grupo de aquellos que ‘querían vivir juntos’, mientras los alemanes la definían por la comunidad de lenguas y costumbres; así, antes de la primera guerra mundial, Trento y Trieste eran italianas porque sus habitantes eran de lengua italiana, mientras que desde fines de la primera guerra mundial, el Tirol del sur es italiano porque está comprendido en los ‘límites naturales de Italia’²⁷”.

Es decir: si por cuestiones políticas se quiere que una sociedad caiga dentro del grupo de las naciones –o sea identificada con una nación particular-, se pretenderá elaborar una definición que la incluya. Si, por el contrario, por cuestiones políticas se entiende preferible que dicha sociedad quede excluida de la lista de naciones, se bregará por una definición en la que no quepa.

En este sentido, por ejemplo, la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma española de Cataluña en el año 2006 que implicó la intro-

²⁶ SCHUSTER, LEÓN, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 26.

²⁷ BOBBIO, NORBERTO, *op. cit.*, p. 1025.

ducción de la palabra nación en alusión a la misma; dio pie a un arduo debate y a una sentencia judicial que en buena medida remitieron a establecer cuáles serían las consecuencias de permitir esa expresión, en lo que hace a la unidad del Estado soberano.²⁸

VI. Sobre cómo entendemos debe concebirse el término nación.

De lo precedentemente dicho, queda claro, al menos, que no existe una definición unívoca de nación, y que el pretender hallarla nos llevará, al menos aparentemente, a enfrentarnos con algunas de las complicaciones citadas.

El problema relativo al cambio histórico de significado, puede limitarse si se atiende exclusivamente al significado actual. La confusión entre nación y Estado es susceptible de moderarse si se tiene en claro las diferencias notorias de los términos y no se sobredimensiona su necesaria relación. Las concepciones tendenciosas debido a presuntas implicancias políticas, sin bien son difíciles de eliminar completamente, pueden también restringirse en razón de la debida predisposición de la ciencia –en este caso, de la ciencia jurídico-política-, hacia la objetividad²⁹.

Nuestra elaboración sobre los conceptos de las naciones, parte del problema de la multitud de caracteres que hacen a la nación; y de la evidencia que no todas las sociedades consideradas nación pueden ser abarcadas por una definición rígida del término, ni todas las sociedades no consideradas nación pueden quedar excluidas de ella.

Sobre esa base, planteamos la siguiente propuesta:

Sólo se puede dar cuenta de lo que es una nación, identificando los caracteres actuales con los que los diferentes autores identifican a las naciones, y que

²⁸ Para un análisis detallado de los argumentos esgrimidos por los diferentes partidos políticos españoles en el tema en cuestión, de las normativas española y catalana, y de la sentencia del Tribunal Constitucional español; remitimos a ARRÚE, FEDERICO D., *Consideraciones sobre las naciones y los Estados*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010.

²⁹ Sin pretender exceder el restringido marco de este trabajo, podemos limitarnos a acotar que la moderación de consecuencias políticas para la eventual aplicación del vocablo *nación* a una sociedad –sobre todo a una sociedad que no identifica totalmente con un Estado soberano-, pasa fundamentalmente por aceptar que existen modelos de Estados modernos que no se condicen –o al menos no se condicen totalmente-, con el modelo clásico de *Estado-nación*. Fundamentalmente el *Estado-plurinacional*.

básicamente son los que anteriormente hemos enumerado. Todos estos caracteres son relevantes, al menos en alguna medida. No es correcto elegir unos y desechar otros.

Estos caracteres, a su vez, están estrechamente relacionados entre sí. Por sí solo, ninguno basta para dar la idea de nación. Pero en base a todos ellos, se puede elaborar una concepción de nación en la cual, una sociedad, conforme se ajuste más o menos a todos o algunos caracteres, será más o menos una nación. Ningún carácter es necesario ni suficiente, pero varios son conjuntamente suficientes para estar frente a una nación.³⁰ Es decir: una sociedad será una sociedad nacional conforme la cantidad de caracteres nacionales que reúna y la intensidad de cada uno de ellos.

De lo antes dicho se desprende claramente, que en nuestra concepción, nación debe entenderse como un término graduable.

En este sentido se ha expedido, por ejemplo, Jellinek:

“...Un pueblo puede ser una nación en un grado mayor o menor; esto es, tanto menos acentuado es el sentimiento de la cultura común, tanto menos relieve tiene la nación; tanto mayor es el número y más significativos los elementos naturales que sirven de fundantes, tanto más fuerte e íntima es la conciencia de la unidad de un grupo nacional...”³¹

De allí seguimos que la división tajante entre nación y no nación, no tiene cabida.

No existen un blanco y un negro absolutos, en solitario, y divididos por un límite innegable. Sino que existen un pequeño blanco y un pequeño negro casi indiscutidos –los ejemplos más claros, paradigmáticos, de qué sociedad es una nación y de qué sociedad no lo es-, y en medio de ellos un degradé de sombra y claroscuro que los conecta perdiendo intensidad de manera casi imperceptible. Dónde comienza la luz y termina la sombra, no puede saberse a ciencia exacta. Al menos, en la medida que nos alejamos de los extremos. Pero los argumentos referidos a los caracteres nacionales, pueden situar a una sociedad más cerca de la idea clara de nación, o más lejos de ella.

³⁰ Aunque las “*características de la retórica de la nación*” que da Craig Calhoun no se condicionan totalmente con los caracteres que hemos señalado, sí compartimos con este autor que “*ninguna de ellas es definitiva y cada una puede presentarse en mayor o menor grado en cualquier nación*”. Conforme CAUHOUN, CRAIG, *op. cit.*, p. 17.

³¹ JELLINEK, GEORGE, *op. cit.*, p. 88.

Por lo tanto, podemos llamar nación con relativa corrección, a aquellas sociedades que tengan más y más fuertes caracteres nacionales. Continuando el ejemplo metafórico: podemos decir que está en claridad todo aquello sobre lo que recae una buena cantidad de luz, aunque no esté ubicado en el foco de luz mismo, -pues nada lo está- y aunque tenga también alguna parte de sombra.

Obviamente habrá algunos ejemplos que serán por demás discutibles, y donde habrá una razonable duda sobre si es correcto o no considerar nación a una sociedad. Es decir: habrá objetos que estén casi a mitad de camino entre la luz y la sombra. Sin embargo, esto no destruye el esquema que proponemos.

Si bien la idea de nación, por las razones ya enunciadas, trae aparejada un amplio campo de indeterminación; consideramos que una concepción como la planteada, sumada -como ya mencionamos- a una clara distinción entre nación y Estado y una moderación en la previsión de eventuales consecuencias políticas de la aplicación del término; puede servir para esclarecerla.

**EL ACTO DE ABNEGACIÓN.
QUIÉN DEBE SOPORTAR EL DAÑO Y POR QUÉ**
*RESCUE IN TORT LAW.
WHO BEARS THE COST AND WHY*

Julio Corenfeld*

Sumario: I. Casos. Fundamentos. I.I. Hecho de la persona rescatada. I.II. Hecho del salvador. I.III. Hecho de un tercero. Caso fortuito.

Resumen

El autor analiza el instituto del acto de abnegación, y se pregunta quién debe soportar los daños sufridos por el salvador como consecuencia de tal acto. Para dar respuesta a ese interrogante, distingue cuatro casos, atendiendo a las causas que pueden originar la situación de peligro que motiva la actuación del abnegado. Esas causas son el hecho de la persona auxiliada, el hecho del salvador, el hecho de un tercero y el caso fortuito. En cada caso brinda una respuesta al interrogante planteado fundándose en el Derecho vigente, y con referencia a la jurisprudencia más relevante.

Palabras clave: Acto de abnegación - Daño - Culpa - Culpa de la víctima - Equidad.

Abstract

The author analyzes the legal institute of rescue, and questions who should bear the costs suffered by the rescuer as a consequence of such act. In order to give an answer, he distinguishes four cases, considering the causes which can give birth to the danger situation which motivates the rescuer action. These causes are the victim's action, the rescuer's action, a third party's action, and unforeseeable consequences. In each case he gives an answer to the question based on Law, and referring to the most relevant jurisprudence.

Keywords: Rescue - Damages - Negligence - Victim's negligence - Equity.

* Abogado (U.B.A.) y docente en la asignatura "Derecho de Daños" en la U.N.S.

El acto de abnegación¹ es aquél en el cual el autor consiente en exponer su vida o su integridad física a un peligro cierto y no provocado, sin tener una obligación legal de hacerlo², para socorrer desinteresadamente a otro cuya vida se encuentra en grave riesgo³. Como consecuencia del mismo, el salvador puede sufrir daños en sus bienes o en su persona⁴.

Si bien el salvador es el que asume voluntariamente el riesgo anormal o extraordinario, al examinar los distintos casos que pueden originarse surgen algunos interrogantes: ¿es justo que el salvador o sus herederos deban soportar el daño?; ¿en caso de no ser así, quién tiene o debería tener la obligación de hacerlo y cuál es el fundamento legal para imponer dicha obligación?

Pretendo con este trabajo trazar algunos lineamientos para responder a esos interrogantes.

I. Casos. Fundamentos

Por tratarse estos casos, en definitiva, de actos de solidaridad, se ha reconocido en favor del salvador un derecho a ser indemnizado. Sin embargo, ni la jurisprudencia ni la doctrina han sido unánimes en establecer quién está obligado a pagar dicha indemnización y cuál es el fundamento legal de la obligación.

Teniendo en cuenta que el salvador presta desinteresadamente un servicio o ayuda en interés de otra persona, existe la tendencia (o más bien el impulso) de justificar invariablemente dicha obligación recurriendo al principio de equidad. No obstante, ésa es una solución que, como desarrollaré más adelante, resulta sumamente cuestionable.

¹ También denominado acto altruista, de altruismo o auxilio benévolo.

² El artículo 108 del Código Penal establece la obligación de prestar auxilio a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, siempre que pudiera hacerlo sin someterse a un riesgo personal, lo que no ocurre en estos casos.

³ Cabe aclarar que el acto de abnegación no puede asimilarse al estado de necesidad ya que en el primero de los casos el salvador no causa un mal mayor para evitar otro que le ha sido extraño (art. 34, inc. 3 del Código Penal). Por otra parte, en los casos de estado de necesidad se dañan bienes de tercero mientras que en los casos de auxilio benévolo los dañados pueden ser el propio salvador o la persona que es rescatada. Asimismo, el estado de necesidad no es ni puede ser la causa de nacimiento de un crédito o derecho contra quien no ha ocasionado el daño ni ha incurrido en culpa alguna (ORGÁZ, ALFREDO, *La Culpa*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970, pp. 252-253).

⁴ Si bien como consecuencia de la intervención de la persona abnegada puede verse agravado el daño que sufre la persona rescatada, la idea de este trabajo es centrar el análisis en aquellos casos en los cuales el daño lo sufre exclusivamente el salvador.

Michel Bicu, autor francés citado por la jurisprudencia de la S.C.B.A.⁵, ha considerado que en los casos de auxilio benévolo es posible invocar la gestión de negocios contra la persona a la cual el salvador ha prestado socorro.

Si bien tanto la gestión de negocios como el acto de abnegación tienen un sentido altruista -de solidaridad-, recurrir al primero de los institutos para justificar el deber de indemnizar no resulta un argumento convincente.

La gestión de negocios consiste en la realización de todos aquellos actos necesarios para mantener un negocio en marcha o extinguir una obligación; sin embargo, no puede nunca consistir en crear un nuevo negocio o generar una nueva obligación⁶, como sucedería a partir de la intervención benévola del salvador.

Además, en casos como estos, en los cuales una persona salva abnegadamente la vida de otra poniendo en riesgo la propia, creo que no puede hablarse propiamente de un negocio, entendido este como una utilidad o interés.

Por otra parte, hay quienes han intentado justificar la obligación de indemnizar a la persona abnegada recurriendo a la figura del enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, no creo que sea posible afirmar que una persona a la cual le han salvado la vida -o al menos su integridad física- se ha enriquecido injustificadamente.

Además, cuando se produce un enriquecimiento sin causa la acción del empobrecido tiene como límite el beneficio experimentado por el enriquecido (art. 907, primer párrafo del Código Civil). Si como consecuencia de su actuación el salvador pierde su vida o sufre una incapacidad permanente, sea ella total o parcial, la indemnización debería consistir en todas las ganancias que va a percibir la persona a la cual se salvó durante todo el resto de su vida productiva. Véase que ese sería, si se quiere, el límite del enriquecimiento. Hay, tal vez, un error en el enfoque: frente a un acto de altruismo correspondería indemnizar el daño sufrido por el salvador y no el daño evitado al rescatado.

⁵ BICU, MICHEL, "L' acte de devouement", publicado en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 56 *année*, *num II*. Abril-Junio 1957, pp. 222 y ss., citado por SCBA, 15/10/1957, "Oliva de Palomeque, Irma B. c. Rolandi, Juan", *La Ley*, t. 92, pp. 477-482.

⁶ Vélez Sarsfield, al referirse a la gestión de negocios en la nota al artículo 2288 del Código Civil, afirmó que "Es preciso que el negocio preexista a la gestión. ...".

Por otra parte, nuestro Código Civil no regula el instituto del enriquecimiento sin causa en forma sistemática sino casuística, es decir, se limita a hacer aplicaciones particulares y concretas⁷. Dos de sus características distintivas son la subsidiariedad, es decir, solo resulta aplicable en aquellos casos en los cuales no existe una norma específica que rijan la materia, y la excepcionalidad, es decir, su aplicación está limitada a aquellas situaciones en las cuales no exista otra vía para recomponer el patrimonio lesionado. Estos requisitos no se cumplen, en la mayoría de los casos que plantearé, frente a un acto de benevolencia.

Algún autor ha propuesto que en estos casos el rescatado pague “*el precio de su propia salvación*”⁸. Ello nos pondría frente a una dificultad insalvable: cómo cuantificar ese precio.

Lo mismo ocurriría si pretendiéramos darle un valor intrínseco a la vida misma, teoría que es fuertemente rechazada por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria.

Para hacer más sencillo el análisis y exponer más claramente las soluciones que considero posibles en estos casos, creo necesario distinguir -primero- las cuatro posibles causas que pueden originar una situación de peligro que torna necesaria la intervención abnegada del salvador: el hecho de la propia persona rescatada, el hecho del salvador, el hecho de un tercero o el caso fortuito.

I.I. Hecho de la persona rescatada

En aquellos casos en los cuales la situación de riesgo fue originada por la propia persona rescatada⁹, la solución es, si se me permite, simple: bastará con establecer el nexo causal entre el perjuicio sufrido por la persona abnegada y la conducta culpable -en este caso de la persona rescatada- que originó la situación que puso en riesgo la vida del rescatado¹⁰. Acreditado ello, será el beneficiado el que deberá soportar el daño sufrido por el salvador.

⁷ Por ejemplo, arts. 907 primer párrafo, 728, 2306 a 2310 del Código Civil, entre otros.

⁸ TEDESCHI, GUIDO, “Legittima difesa, statu di necessità e compensazione delle colpe”, *Revista del Diritto Commerciale*, v. I, 1931, p. 738 citado por ACUÑA ANZORENA, ARTURO, *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, 1963, Ed. Platense, p. 139.

⁹ Por ejemplo, cuando la persona salvada originó culpable o dolosamente un incendio y luego es rescatado por una persona que posteriormente muere por las quemaduras sufridas.

¹⁰ Es por ello que no se cumplen los requisitos de subsidiariedad y de excepcionalidad propios del enriquecimiento sin causa.

I.II. Hecho del salvador

Un caso que ha generado y genera varios cuestionamientos -sobre todo morales-, es aquel en el cual el salvador, si bien actúa abnegadamente, interviene culpablemente en la producción de su propio daño.

Aquí es posible distinguir dos nuevas situaciones: que el salvador haya originado por su culpa la situación de peligro¹¹ o que haya actuado precipitadamente al realizar el acto abnegado¹².

Con respecto al primero de los casos, cabe aclarar que no se trata, en realidad, de un acto de benevolencia propiamente dicho ya que no se cumple con uno de sus requisitos distintivos: la falta de provocación por parte del salvador.

Cuando la propia persona abnegada generó (por su culpa) la necesidad de intervenir en ayuda de otra que se encontraba en riesgo, será él quien deberá soportar su propio daño (art. 1111 del Código Civil).

Si el salvador no generó la situación de peligro pero actuó precipitadamente, habrá que hacer una evaluación pormenorizada de su conducta. La jurisprudencia no ha sido unánime en relación a la posibilidad de atribuir culpa al rescatador en esos casos.

Para gran parte de la jurisprudencia y la doctrina, quien expone su vida para socorrer a otro no puede ser considerado culpable¹³ porque ello implicaría castigar un acto moralmente meritorio.

Para esta tendencia jurisprudencial debe tenerse en cuenta que la víctima obró en cumplimiento de un deber moral ineludible, por lo que predicar la existencia de culpa o de dolo en su conducta significaría calificarla como ética, jurídica y socialmente disvaliosa. Ello implicaría culpar a quien cumple con una

¹¹ Por ejemplo, si el salvador provocó el incendio de una vivienda intencionalmente y luego, arrepentido, salvó la vida de un niño que se encontraba dentro.

¹² Ejemplo de ello es el caso de quien intenta rescatar a un bañista a punto de ahogarse en aguas turbulentas y muere, existiendo a pocos metros del lugar donde se encontraba un grupo de bañeros especializados a los cuales pudo haber dado alerta.

¹³ Voto en disidencia del Dr. Ponsati en “Campbell Hugo Roberto y Otra v. Provincia de Tucumán y Otra s/ Daños y Perjuicios”, Corte Suprema de Tucumán, 18/04/1996, *Lexis* N° 25/18351. En el mismo sentido en el fallo “Oliva de Palomeque, Irma B. c. Rolandi, Juan”, SCBA, 15/10/1957, *LA Ley*, t. 92, pp. 477-482., ese tribunal afirmó que “... nuestra conciencia moral se rebela a aceptar que haya imprudencia o culpa en el acto abnegado y pleno de solidaridad humana del individuo que arriesga su vida para socorrer a otro”.

norma moral, cual es la de salvar la vida del prójimo, aún afrontando riesgos para la propia vida¹⁴.

En oposición a esa postura, algunos tribunales han considerado culpable al salvador cuando el peligro que ha querido evitar no guarda proporción con el fin perseguido¹⁵, es decir, cuando actuó fuera del límite de razonabilidad¹⁶. En este caso, conforme a este particular enfoque, el salvador deberá soportar su propio daño.

No obstante ello, establecer que una persona ha actuado desproporcionadamente no es una tarea fácil si se tiene en cuenta que estamos frente a un acto al cual podríamos denominar “heroico”, que muchas veces se realiza sin contar con los elementos apropiados o las condiciones mínimas de seguridad.

Naturalmente, el criterio de apreciación de la culpa del salvador (y víctima de un daño) debe ser en estos casos benevolente. Exigirle al salvador que antes de intervenir mida y analice adecuadamente los riesgos que asume, resultaría, a mi entender, absurdo. El juez el deberá ponderar todas las circunstancias en que se sucedieron los hechos: urgencia del caso, medios alternativos de salvación de que disponía el salvador y posibilidades que tenía de lograr su cometido.

Una solución distinta importaría desalentar conductas moralmente valiosas¹⁷.

I.III. Hecho de un tercero. Caso fortuito

Distintos son los casos en los cuales la situación de peligro que ha generado el auxilio benévolo ha sido originada por culpa de un tercero¹⁸ o por caso fortuito o fuerza mayor¹⁹.

¹⁴ Voto en disidencia del Dr. Ponsati en “Campbell Hugo Roberto y Otra v. Provincia de Tucumán y Otra s/ Daños y Perjuicios”, CST, 18/04/1996, *Lexis* N° 25/18351.

¹⁵ “Pavone, Mario y otro c. Mineo, Luis R. y Otro”, CNCiv, Sala A, 12/11/1999, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año II, N° II, Marzo-Abril de 2000, pp. 110-117.

¹⁶ Esto se revela cuando el peligro que ha querido evitar no guarda proporción con el fin perseguido, cuando actuó en forma innecesaria, negligente o con una imprudencia inexcusable (“suicida”).

¹⁷ “Oliva de Palomeque, Irma B. c. Rolandi, Juan”, SCBA, 15/10/1957, *La Ley*, t. 92, pp. 477-482. Allí la Corte afirmó que “... a la sociedad interesa que los actos de abnegación y altruismo no constituyan una ‘especie rara y meritosa’, sino por el contrario, que se multipliquen”.

¹⁸ Cuando una persona se interpone en el camino de una bala al apartar a la persona a la cual estaba dirigida.

¹⁹ Cuando se incendia un edificio por la caída de un rayo y la persona abnegada sufre quemaduras que lo incapacitan totalmente.

En aquellos casos en los cuales la situación de riesgo se originó a partir de la conducta culpable de un tercero será necesario establecer la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por el salvador y la falta (culpa) del tercero a partir de la cual se originó la situación peligrosa²⁰. El nexo causal debe analizarse a partir de la necesidad de intervención del salvador para realizar el rescate.

También pueden darse situaciones en las cuales el peligro haya sido originado por cosas riesgosas o viciosas. En esos casos la persona abnegada o sus herederos podrán invocar contra el dueño o guardián de la cosa la presunción de causalidad que establece el artículo 1113 del Código Civil²¹.

Una vez establecida la relación causal y el factor de atribución (subjetivo u objetivo), será el tercero el que deberá responder por las consecuencias sufridas por el salvador.

La dificultad se presenta en hallar un argumento legal que permita justificar la obligación de indemnizar cuando la situación de riesgo ha sido originada por un caso fortuito o de fuerza mayor.

Incluso Alfredo Orgaz ha puesto en tela de juicio el derecho del salvador a ser indemnizado en esos casos²².

Lógicamente, no es posible atribuir responsabilidad subjetiva a persona alguna. Podría, en este caso también, recurrirse al instituto del enriquecimiento sin causa, pero se originarían los mismos cuestionamientos que mencioné anteriormente. Lo mismo cabe decir de la gestión de negocios.

Una solución ciertamente criteriosa aunque no prevista de manera explícita en nuestro ordenamiento es la que brinda el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998. En su artículo 1589 inc. c) establece que “El daño está justificado: “... Si es causado para conjurar un mal actual o temido, injusto y no provocado,

²⁰Oliva de Palomeque, Irma B. c. Rolandi, Juan”, SCBA, 15/10/1957, *La Ley*, t. 92, pp. 477-482.

²¹“Oliva de Palomeque, Irma B. c. Rolandi, Juan”, SCBA, 15/10/1957, *La Ley*, t. 92, pp. 477-482. Así lo reconoció la SCBA al afirmar que quien resultó dañado por la realización de un acto altruista tiene derecho a ser indemnizado por quien, con su falta, o la de sus dependientes o por las cosas que se sirve o tiene a su cuidado, creó la situación de peligro que tornó necesaria la intervención del salvador. En igual sentido, el Dr. Ponsati en su voto en disidencia en CST, 18/04/1996, “Campbell Hugo Roberto y Otra v. Provincia de Tucumán y Otra s/ Daños y Perjuicios”, *Lexis* N° 25/18351, consideró que “... la condena causal entre la cosa engendradora de riesgo y la muerte de la víctima no está, entonces, interferida por el acto libre de la víctima, sino que esa acción, por estar determinada por un deber insoslayable y proyectarse en el reino de la naturaleza, es parte del concausalidad causal que atribuye responsabilidad al propietario de la cosa que engendró el riesgo”.

²² ORGAZ, ALFREDO, *La Culpa*, 1970, Ed. Lerner, Buenos Aires, pp. 252-253.

y de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero. Quien sufre el daño tiene derecho a ser compensado equitativamente por el beneficiado". Por otra parte, el artículo 1600 en el inciso e) establece que la *"Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia del caso"*²³.

Si bien el art. 1589 del proyecto de reforma parece aplicable sólo cuando se dañan bienes de terceros o del propio agente (estado de necesidad), no veo porqué la solución prevista en la parte final del mencionado inciso no puede aplicarse cuando el dañado es quien realiza el rescate.

Los autores del proyecto de reforma apelaron al principio de equidad para fundamentar la obligación de indemnizar en esos casos, haciendo recaer esta última en el beneficiado.

El Dr. César A. Bustos, en su condición de Ministro de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al resolver un caso sobre auxilio benévolo, consideró que no era posible dictar sentencias en las cuales el derecho apareciese contrariando la equidad. Añadió que no podía admitirse que el sentido humano de los jueces encuentre encomiable un acto para luego descalificarlo en una sentencia que pretendía reparar la injusticia creada por la comisión de un acto antijurídico en el que una persona actuó heroicamente²⁴.

Si bien recurrir al principio de equidad pareciera ser una solución viable, nuestro ordenamiento jurídico actual no posee una norma similar a la del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998.

El artículo 907 del Código Civil establece que los jueces pueden disponer, fundado en razones de equidad, un resarcimiento en favor de la víctima de un daño ocasionado por un hecho involuntario, debiendo tener en cuenta -para ello- la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de quien sufre el daño. De más esta decir que no se trata de una reparación integral.

²³ El artículo 1609 del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 establece: *"Imputabilidad de las consecuencias. La responsabilidad abarca las consecuencias que se hallan en relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Quedan comprendidas en ellas las consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previstas o previsibles; y están excluidas las consecuencias casuales"*.

²⁴ "Oliva de Palomeque, Irma B. c. Rolandi, Juan", SCBA, 15/10/1957, *La Ley*, t. 92, pp. 477-482.

No me caben dudas de que esta norma podría ser aplicada si la situación de peligro se originó, justamente, a partir de un hecho involuntario²⁵.

Sin embargo, la dificultad se presenta cuando la situación de riesgo se originó por un caso fortuito o de fuerza mayor. ¿Resultaría posible en esos casos imponer una indemnización de equidad a favor del salvador?

Algunos tribunales han considerado que la equidad no ha sido establecida en nuestro ordenamiento independientemente de la ley que no es una fuente directa del derecho y que solamente se aplica por sí misma cuando la ley se remite a ella para determinadas instituciones²⁶.

Para esta tendencia jurisprudencial la equidad importa un elemento de valor indiscutible en la interpretación de las normas positivas y su aplicación tiene como fin lograr la justicia en el caso particular. Sin embargo, considera que no corresponde acudir a ella para soslayar el sistema legal vigente, salvo en casos extremos²⁷.

En este sentido, si debiéramos remitirnos textualmente a la norma, la aplicación del principio de equidad no parece posible.

No obstante ello, creo que estamos frente a una situación que podríamos considerar extrema.

Se ha reconocido que luego del agregado al artículo 907 del Código Civil, se ha puesto el acento en los principios de moral y equidad, proporcionando a los jueces los medios adecuados para evitar que por un excesivo apego a las fórmulas legales o judiciales se consoliden situaciones de irritante injusticia²⁸.

La aplicación del derecho no puede desentenderse de los criterios correctivos que permitan resolver el conflicto de acuerdo con las nuevas condiciones que impone el continuo cambio social, considerando la buena fe, la equidad y el ejercicio funcional de los derechos como los instrumentos idóneos para satisfacer la insoslayable necesidad de justicia en las relaciones humanas, así como también los requerimientos del orden social²⁹.

²⁵ Como puede ser, por ejemplo, un acto reflejo.

²⁶ C.N.Civ., Sala C, 16/03/87; *La Ley*, 1988-A-55.

²⁷ C.N.Civ., Sala C, 06/07/89; *Jurisprudencia Argentina*, 1990-II-374; C.N.Civ., Sala C, 27/04/90; *Jurisprudencia Argentina*, 1991-I-66.

²⁸ CN Civ. y Com., Sala II, 8/07/94; *La ley*, 1995-E-351. C.N.Civ., Sala G, 03/10/80; *El Derecho*, 20-A-693, N° 3.

Como vemos, la aplicación de criterios de equidad en situaciones como éstas merecerá, sin duda, críticas y adhesiones. Sin embargo, no puede desconocerse que no existe una norma que prevea una solución concreta cuando la situación de peligro es originada por un caso fortuito.

Serán nuestros jueces y tribunales los que deberán adoptar una u otra postura, aplicar o no el principio de equidad.

Sin dudas el legislador también deberá elaborar herramientas que permitan dar soluciones mas claras y concretas a situaciones de este tipo.

No obstante, y más allá de que exista o no una norma aplicable en estos casos, no creo que sea justo que quien salvó la vida de otra persona, simplemente guiado por un principio de solidaridad, deba soportar totalmente el daño sufrido.

»ENSAYOS«

LA POSICIÓN DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL *THE POSITION OF VICTIMS AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

Silvana Corvalán*

Sumario: I. Introducción. II. Víctimas y Corte Penal Internacional. III. Derechos y Facultades de las Víctimas. IV. ¿Existe un estatuto procesal de víctimas? V. Conclusión.

Resumen

En este trabajo la autora analiza la participación de la víctima en los procesos ante la Corte Penal Internacional, desde las perspectivas normativa y jurisprudencial. Además, sostiene que el artículo 68.3 del Estatuto de Roma atenta contra el principio de legalidad por no fijar con precisión las facultades de la víctima en los casos que caen bajo la competencia de ese órgano.

Palabras clave: Corte Penal Internacional – Víctima – Estatuto de Roma – Principio de legalidad.

Abstract

In this paper the author analyzes the involvement of the victim in the process at the International Criminal Court, from a normative and case law perspective. Furthermore, argues that article 68.3 of Rome Statute goes against the principle of legality, because it does not set precisely the powers of the victim in cases that fall under the jurisdiction of the International Criminal Court.

Key words: International Criminal Court – Victim – Rome Statute – Principle of legality

*Abogada, graduada en la Universidad Nacional del Sur. Reconocimiento al 2do mejor promedio de la carrera, graduación 2011. Estudiante de Posgrado en la Especialización de Derecho Penal. Diplomado y Programa Especializado en Derechos Humanos en American University Washington College of Law, 2009. Participación en la Ronda final de la Competencia Víctor Carlos García Moreno sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional, 2012, Holanda.

I. Introducción

La aparición de la Corte Penal Internacional (CPI) significó en el derecho internacional humanitario un gran avance en materia de la inclusión de víctimas y testigos en la esfera internacional, brindando herramientas para el desarrollo de su actividad en el campo de asistencia a estas personas.

Uno de los rasgos fundamentales de la Corte Penal Internacional es que, a diferencia de los tribunales que le sirvieron como antecedente, prevé un sistema de participación de víctimas en procesos penales.

El objetivo es, en primer lugar, analizar las normas del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, como así también la jurisprudencia existente sobre el tema, que regula la intervención de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional, y en segundo lugar, demostrar que existe un verdadero estatuto procesal que autoriza a participar a las víctimas ante la Corte Penal Internacional, para luego observar el problema legal que acontece, en tanto el art. 68.3 del ER no predetermina con exactitud las facultades que tienen las víctimas de los crímenes competencia de la CPI, razón por la que dicha norma atenta contra el principio de legalidad.

II. Víctimas y Corte Penal Internacional

La CPI supone uno de los principales logros en materia de reconocimiento del individuo como sujeto de derechos y obligaciones en el plano internacional. Constituye un avance tanto en la atribución de responsabilidad al individuo como en la protección de los derechos humanos. La posibilidad de enjuiciar a quienes cometen los crímenes más graves para la comunidad es clave en la lucha contra la impunidad. Es justamente en el camino de la lucha contra la impunidad de los crímenes más aberrantes donde las víctimas han sido las grandes olvidadas, y ello obedece a diversas razones¹: sacrificar a las víctimas a favor de la reconciliación y la paz social, reconocer tal como lo ha sido tradicionalmente a los Estados como únicos sujetos de derechos, o atribuir la calidad de víctima a la comunidad como un todo teniendo en cuenta el tipo de crímenes sobre los que tiene competencia la CPI².

¹ MACHADO, ANTONIO, "Las víctimas ante la Corte Penal Internacional, ¿el final del oxímoron víctimas- justicia internacional?", *Revista de Derechos Humanos* nro. 7, Julio de 2011, pp. 22-27, *La Posición de las Víctimas ante la Corte Penal Internacional*.

² Artículo 5 del ER: "La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad

En el articulado del Estatuto de Roma se puede comprobar la nueva posición procesal de las víctimas ante la CPI: pasando de meras espectadoras a intervenir como sujetos en las actuaciones. En este sentido, y tal como sostiene Héctor Olásolo:

“el conjunto de disposiciones sobre la posición procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte es el resultado de una negociación que tuvo lugar en el marco de la creciente importancia del papel de las víctimas en la normativa internacional sobre derechos humanos y en el derecho internacional humanitario³”.

Esta tendencia es fruto del reconocimiento de la exclusión sufrida por las víctimas a partir de una normativa procesal internacional que durante décadas las ha considerado como objeto y no como sujeto de las actuaciones, todo ello en el marco de un procedimiento de corte eminentemente anglosajón que, salvo supuestos excepcionales, dejaba a las partes la elección de los testigos que comparecerían en el juicio oral. De este modo, durante mucho tiempo, a quien sufría el daño derivado del delito no le quedaba más remedio que observar como un mero espectador el devenir de las actuaciones, lo que para muchos suponía una nueva victimización, esta vez fruto de la normativa procesal penal internacional.

III. Derechos y Facultades de las Víctimas.

La idea de que las víctimas participen en los procedimientos de la CPI es concebida como una garantía para asegurar que sus intereses fueran tomados en consideración desde etapas iniciales. Según lo regulado por el art. 68.3⁴ del ER, las víctimas pueden participar en diversas etapas de los procedimientos a discreción de la Corte, desde la autorización para iniciar una investigación

con el presente estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) Los crímenes de agresión.”

³ OLASOLO, HÉCTOR, “Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición procesal de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Público* nro. 21, Agosto de 2008, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho.

⁴ Art 68.3: “La Corte permitirá, en las fases de juicio que considere conveniente que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de procedimiento y Prueba.” Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

de la Sala de Cuestiones Preliminares hasta la determinación de la reparación del daño.

También el art. 15.3 otorga a las víctimas la facultad de presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, es la primera disposición relativa a su participación en el comienzo de los procedimientos. Adicionalmente se las faculta a presentar observaciones respecto de cuestiones de competencia o admisibilidad (art. 19). La siguiente oportunidad de las víctimas para participar en el proceso es en la audiencia de los cargos ante la Sala de Cuestiones Preliminares antes del juicio. Dado que la Corte tiene la obligación de notificar a las víctimas o sus representantes legales que ya hayan participado en las actuaciones, o aquellos que se hayan comunicado con la Corte en relación con el caso, de la audiencia para confirmar cargos (Regla 92-3). Una vez que el juicio ha comenzado, se deberá aplicar la norma dispuesta en el artículo 68 permitiendo participar a las víctimas cuando sus intereses se encuentren en juego.

IV. ¿Existe un estatuto procesal de víctimas?

La definición de víctimas no la encontraremos en el Estatuto de Roma, sino en lo dispuesto por el art. 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba⁵. Sin embargo existen dos aspectos relevantes de dicha definición en los cuales la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares I y la de la Sala de Cuestiones Preliminares II difieren considerablemente: por un lado, las características del delito con las que ha de estar causalmente vinculado el daño alegado y por el otro, si el daño indirecto sufrido por las personas físicas puede incluirse dentro del concepto de daño previsto en la regla del art. 85 RPP.

La regla del art. 85 se aplica a quienes hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de *“algún crimen de competencia de la Corte”*. Ello fue interpretado por la Sala de Cuestiones Preliminares I como *“...esta vinculación genérica no impone la necesidad de una relación entre los delitos imputados en el escrito de acusación de la Fiscalía y el daño alegado por quien pretende ejercer el*

⁵ Reglas de Procedimiento y Prueba. Artículo 85: *“Definición de Víctimas. Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba: a) Por ‘víctimas’ se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte. b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fin humanitarios.”*

*estatuto procesal de víctima en el proceso penal*⁶. El problema de esta postura es que se desvincula la definición de víctima del objeto de las actuaciones ante la CPI.

Por otra parte, una interpretación distinta de la regla del art. 85 es aquella que consiste en entender “víctima” según las distintas etapas del proceso ante la Corte Penal Internacional. Para establecer qué personas físicas y jurídicas pueden considerarse víctimas en una fase determinada del proceso es necesario distinguir el objeto específico de dicha etapa. Ello conduce a diferenciar entre “víctimas de la situación” y “víctimas del caso”⁷. Conforme a esta distinción sólo se podrá otorgar el status procesal de víctima en las investigaciones correspondientes a hechos por los cuales personas naturales y jurídicas muestren prima facie, que han sufrido daños como resultado de alguno de los delitos de competencia de la Corte supuestamente cometidos dentro de los parámetros temporales, territoriales y personales que definen dichas situaciones.

Según la jurisprudencia de las Salas de Cuestiones Preliminares, el reconocimiento a un solicitante de la condición de víctima en la fase de investigación de una situación o, en la fase preliminar de un caso, conlleva automáticamente el derecho a presentar sus opiniones y observaciones durante las actuaciones que se celebren en dicha fase procesal. Sin embargo, el contenido exacto del alcance de su participación deberá ser determinado con posterioridad por la Sala competente porque el artículo 68.3 no predetermina con exactitud el conjunto de cargas procesales que corresponde a quienes son reconocidos como víctimas durante una fase que se considere conveniente para su intervención.

Con relación a este tema, el caso de Thomas Lubanga Dyilo⁸ fue el primero que llegó a juicio ante la CPI, como también la primera condena pronunciada por el máximo tribunal penal internacional. El mismo constituye un hito en cuanto a participación de víctimas ante el superior tribunal penal internacional. Lubanga fue la primera persona acusada en el contexto de la situación en la República Democrática del Congo (RDC) y el primer detenido de la CPI. El proceso en contra de Lubanga fue el primer juicio penal internacional que contó con una participación formal de las víctimas; se autorizó la intervención de 8 representantes legales de víctimas en nombre de 93 víctimas.

⁶ Decision on Victim's participation, dictada por la SPII el 18 enero 2008, Doc. Num. ICC 01/04 01/061119, pp. 93-95.

⁷ OLASOLO, HÉCTOR. “La posición procesal de las víctimas en el marco de activación”, La Ley Madrid, Nro. 6343 20, Octubre de 2005.

⁸ “Case The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I”, Decision: 29.01.2007, ICC-01/04-01/06-803.

El caso determinó entre otras cosas, los requisitos para determinar la condición de víctimas, las modalidades de su participación y la representación jurídica común para las víctimas.

V. Conclusión

En conclusión, y por aplicación del art. 68.3 existe una posición procesal de la víctima ante las actuaciones de la CPI, la cual ha sido fruto de la lucha contra la impunidad. La Sala de Cuestiones Preliminares resaltó que:

“el Estatuto de la CPI confiere a las víctimas una voz y un rol independientes en el procedimiento ante la Corte... La Sala considera que el artículo 68(3) del Estatuto -que define el derecho de participación- también otorga a las víctimas el derecho de participar en la lucha contra la impunidad...”⁹

El derecho garantizado de las víctimas de acceder a la Corte establece una obligación positiva para esta última en cuanto a permitirles ejercer ese derecho en forma concreta y efectiva. Sin embargo, muchas de las formas de participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI requieren ser clarificadas en futuras decisiones de las mismas, para garantizar de esa manera el acceso a la justicia de quienes han sido víctimas de los crímenes más aberrantes cometidos contra la humanidad en su conjunto.

En consecuencia, la solución necesaria para mantener incólume el principio de legalidad sería, o bien una revisión del ER que sistematice las normas que facultan a las víctimas a intervenir ante la CPI y predetermine con exactitud sus derechos y garantías, o un criterio jurisprudencial uniforme que permita con claridad determinar qué facultades merecen quienes han obtenido el estatus procesal de víctimas.

⁹ Federación Internacional de los Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Derechos de las Víctimas, 4 de Mayo de 2010, disponible en <http://www.fidh.org/Los-Derechos-de-las-victimas-ante-la-Corte-Penal>.

**ACTO DE SUSTANCIA DETERMINATIVA:
ART. 2 LEY ANTIEVASIÓN***
*ARTICLE 2 OF TAX EVASION STATUTE
AS AN ACT OF DETERMINATIVE SUBSTANCE*

Gisela Moggia**

Sumario: *I. Concepto necesario como punto de partida: Determinación de oficio. II. Ley Antievasión: marco legal. III. Naturaleza Jurídica. IV. Colisión entre el artículo 2 de la LA, y el art 34 de la LPT. V. Esencia jurídica del ajuste del art. 2 de la LA. VI. Procedimiento especial aplicable al art. 2 LA. VII. Medios recursivos contra el ajuste del art. 2 LA. VIII. Competencia del Tribunal Fiscal de la Nación. Tendencia aperturista. IX. Conclusiones.*

Resumen

El presente trabajo, desde una conceptualización doctrinaria y jurisprudencial amplia de la determinación de oficio, pondrá de manifiesto el carácter determinativo de la resolución impugnatoria dictada en los términos del art. 2 de la Ley Antievasión¹, y así su entidad para habilitar la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación.

En ese entendimiento, se analizará el procedimiento especial al que se sujeta el acto en cuestión -diferente al cause impugnativo general de los art. 16 y ss. de la ley 11683- y las vías recursivas que existen para hacer frente al mismo; ello en pos de explicitar el modo en que los derechos de los contribuyentes resultan afectados por la normativa bajo estudio.

Palabras clave: Determinación de oficio – Liquidaciones administrativas – Presunciones – Sanciones encubiertas – Recurso de apelación ante el TFN (art. 76 ley 11683) y recurso de apelación ante el Director General (art. 74 Decreto Reglamentario 1397/1979 de la ley 11683) – Efecto suspensivo y devolutivo – Procedimiento de ejecución fiscal.

* El mencionado trabajo constituye una síntesis de nuestra obra: “Seminario: Actos de sustancia determinativa: Liquidaciones Express y art. 2 Ley Antievasión”, realizada el 05/10/2010.

** Abogada, graduada en la Universidad Nacional del Sur (UNS) de Bahía Blanca. El presente artículo constituye un fragmento editado del trabajo monográfico titulado “Actos de sustancia determinativa: Liquidaciones Express y Art. 2 de la Ley Antievasión”, en virtud del cual la autora con la dirección de su tutor, el Dr. Ariel Nicolás Martella, fue distinguida por el Departamento de Derecho (UNS), con el premio a los mejores trabajos de seminario de la carrera de Abogacía, año 2010.

¹ Ley 25345, BO: 17/11/2000.

Abstract

This work, from a broad conceptualization of doctrine and jurisprudence of the ex officio determination, will show that the impugnative resolution issued within the scope of article 2 of the statute against tax evasion has a determinative character, and so it enables the jurisdiction of the National Tax Court.

On that understanding, we will analyze the special procedure that is applied to the act in question, - which differs of the general review of art. 16 et seq. 11,683 Act- and the appeals that exist to deal with it, in pursuit of making explicit the way in which the rights of taxpayers are affected by the legislation under consideration.

Keywords: *ex officio determination- Administrative liquidation - Assumptions - Covert Sanctions - Appeal to the National Tax Court (article 76 11.683 Act) - Appeal to the General Director (article 74 Regulation Decree 1397/1979 of the 11.683 Act) - Suspensive effect of the appeal - Tax enforcement procedure.*

I. Concepto necesario como punto de partida: determinación de oficio

Creemos que el análisis inicial necesariamente deberá ahondar sobre cuál es el concepto de “determinación de oficio”, siendo el mismo central para el presente trabajo.

Comenzando con un análisis doctrinario, podemos destacar que según M. Giuliani Fonrouge y Susana C. Navarrine² la determinación de oficio:

“...es el acto o conjunto de actos emanados de la Administración, de los particulares o de ambos coordinadamente, destinados a establecer, en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación...”

En tanto Héctor B. Villegas³ señala:

“...Es el acto o conjunto de actos dirigidos a precisar en cada caso si existe una deuda tributaria (an delearur), quién es el obligado a pagar el tributo al Fisco (sujeto pasivo) y cuál es el importe de la deuda (quantum delearur) (...).”

² GIULIANI, FONROUGE, CARLOS M., NAVARRINE, SUSANA C., ASOREY RUBÉN O., *Derecho financiero*, Tomo I, 9ª edición, Ed. La Ley, 2004, Buenos Aires, p. 428.

³ VILLEGAS, HECTOR B, *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, 9ª edición, Ed. Astrea, Bs As, 2005, (edición actualizada y ampliada, p. 395).

Al respecto, y con el propósito de realizar un análisis integral del término, entendemos imprescindible hacer mención de lo señalado por el Tribunal Fiscal de la Nación (en adelante, TFN), Sala A en el *leading case* “Miguel Pascuzzi e Hijos S.A”, sentencia del 14/9/2004, donde al tiempo de resolver la cuestión planteada, el órgano realizó un extenso desarrollo en relación al concepto de determinación de oficio, para lo cual citó lo expuesto en diversas causas, las cuales en síntesis, receptaban la doctrina que define los actos determinativos, en función de la sustancia de los mismos, sin tomar en consideración la forma y el procedimiento al que se encuentren sujetos. Así, definió la competencia del Tribunal en virtud de la naturaleza del acto, sin exigir la sustanciación en forma rigurosa del procedimiento determinativo de oficio -*stricto sensu*- reglado en los artículos 16 y siguientes de la ley 11683⁴.

Desde esta óptica, y sobre la base de lo exigido por el Tribunal Fiscal de la Nación a lo largo de su labor jurisprudencial, a continuación haremos mención de las condiciones que debe reunir una resolución para poder asignarle carácter determinativo, y por lo tanto ser apelable ante dicho órgano.

1. Que se intime a pagar una suma de dinero que no surja de una autodeterminación del sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria principal.⁵
2. Que el acto indique el sujeto responsable.⁶
3. Que el acto dictado haya verificado los hechos ocurridos y las disposiciones legales aplicables.⁷

⁴ Expresamente sostuvo: “*Que dentro de ese contexto conceptual, la materia aquí controvertida, conlleva una determinación de oficio, toda vez que de sus previsiones surge que lo que se discute -en definitiva- es la veracidad de las operaciones, conteniendo ello implicancias directas en la configuración del hecho imponible...*”. “*En suma, la aplicación de las disposiciones de la ley 25.345 entraña la verificación de hechos ocurridos y de las disposiciones jurídicas aplicables, así como también la comprobación del tributo conforme a pautas legales de valoración...*”. “*Siendo ello así, cabe concluir que la cuestión sometida a la consideración de este Tribunal, versa sobre un procedimiento llevado a cabo por el organismo fiscalizador, que debe ser considerado una determinación de oficio, más allá de la forma del acto dictado en su consecuencia y por lo tanto apelable de conformidad con lo prescripto por el art. 159 de la ley procedimental...*”. “*Por ello votamos en el sentido de declarar la competencia de este Tribunal en las presentes actuaciones (...)*”. (“Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en www.errepar.com).

⁵ Esto fue exigido, entre otras, en la causa: “Central SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 10/5/2007, citado en PARADA, RICARDO A., ERRECABORDE JOSÉ D. y CAÑADA FRANCISCO R., *Separata procedimiento fiscal y administrativo*, Versión 1.4, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 207, además disponible en www.errepar.com.

⁶ Esto fue exigido, entre otras, por las causas: “Perassi, Juan y Daniel SH”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 16/8/2006, *Ibíd.* Además disponible en www.errepar.com; “Pescapuerta S.R.L”, Tribunal Fiscal de Nación, Sala A, 21/06/2002, en *IMP*, 2002-b-2034, disponible también en: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/actpropios.htm>.

⁷ Esto fue exigido entre otras, por las causas: “Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la

4. Que el acto compruebe el tributo conforme pautas legales de valoración.⁸
5. Que el acto administrativo tenga por objeto fijar la materia imponible y con ello acreditar la existencia, por vía directa e indirecta, del hecho imponible.⁹
6. Que el acto administrativo efectúe una cuantificación de la materia imponible.¹⁰
7. Que el acto liquide e intime el pago del tributo.¹¹
8. Resulta indiferente que el acto impugnado no resulte de haber seguido rígidamente el procedimiento de determinación de oficio previsto legalmente.¹²

Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en Errepar online; “Central SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 10/5/2007, citado en PARADA, RICARDO A., *et al.*, *op. cit.* p. 207, además disponible en www.errepar.com; “Santiago Sáenz S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, en Pleno, 20/06/2007, disponible en Errepar online., “González, José, Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala C, 6/12/2007, citado en PARADA, RICARDO A., ERRECABORDE JOSÉ D. y CAÑADA FRANCISCO R., *Separata procedimiento fiscal y administrativo*, Versión 1.4, Buenos Aires, Ed. Errepar, 2009, p. 206, además disponible en www.errepar.com.

⁸ Esto fue exigido, entre otras, en las causas: “Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en www.errepar.com, “González, José, Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala C, 6/12/2007, citado en *Ibid.* 2009, p. 206, además disponible en www.errepar.com, “Santiago Sáenz S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, en Pleno, 20/06/2007, disponible en www.errepar.com.

⁹ “Confecat S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 27/3/95, citado en: “Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en www.errepar.com y en “Santiago Sáenz S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, en Pleno, 20/06/2007, disponible en www.errepar.com; “González, José, Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala C, 6/12/2007, citado en PARADA, RICARDO A., *et al.*, *op. cit.*, p. 206, además disponible en www.errepar.com.

¹⁰ Esto fue exigido entre otras en las causas: “Pescapuerta S.R.L”, Tribunal Fiscal de Nación, Sala A, 21/06/2002, en *IMP*, 2002-b-2034, disponible también en: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/actproprios.htm>; “Delixer S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 16/07/2007, *La Ley Online*, AR/JUR/6332/2007.

¹¹ Esto fue exigido entre otras en las causas: “Pescapuerta S.R.L”, Tribunal Fiscal de Nación, Sala A, 21/06/2002, en *IMP*, 2002-b-2034, disponible también en: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/actproprios.htm>.

¹² Esto fue exigido, entre otras, en las causas: “Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en www.errepar.com; “Tecnifos S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, voto en minoría del Dr. Castro, 15/10/2004, disponible en www.errepar.com; “González, José, Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala C, 6/12/2007, citado en PARADA, RICARDO A., *et al.*, *op. cit.*, p. 206, además disponible en www.errepar.com; “Perassi, Juan y Daniel SH- Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala D, 16/8/2006, citado en PARADA, RICARDO A., *Ibid.*, p. 207, además disponible en www.errepar.com; “Delixer S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 16/07/2007, *La Ley Online*, AR/JUR/6332/2007; “Central SA. Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala B, 10/5/2007, citado en PARADA, RICARDO A., ERRECABORDE *et al.*, *op. cit.*, 2009, p. 207, además disponible en www.errepar.com; “Santiago Sáenz S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, en Pleno, voto de los Doctores Bosco, Buitrago y Celdeiro, 20/06/2007, disponible en www.errepar.com.

Sobre tales premisas, podemos concluir que una resolución revestirá carácter determinativo sobre materia imponible, en la medida que reúna los requisitos que a nivel doctrinario y jurisprudencial se mencionan. De allí, sea que se trate de una determinación en sentido estricto por haber sido encausada en el procedimiento de determinación de oficio de los arts. 16 y ss. de la ley 11683, o bien de actos que sin cubrir el procedimiento reglado -por encontrarse sujeto su dictado a procedimientos especiales-, modifiquen la situación imponible del contribuyente, tendrán igual naturaleza determinativa, diferenciándose sólo en sus aspecto procesal, pues es la esencia del acto (aspecto intrínseco) y no la forma ni el procedimiento (aspecto extrínseco) lo que le otorga dicho carácter.

Analizado el concepto de determinación de oficio, a continuación pasaremos a desarrollar un supuesto ejemplificativo de acto de naturaleza determinativa que se sustancia por un carril distinto al procedimiento impugnativo general. En particular nos referimos al artículo 2 de la Ley Nacional Antievasión (en adelante, LA).

II. Ley Antievasión: marco legal

Para introducir el tratamiento que la cuestión merece, haremos una breve reseña del marco legal a analizar. Comenzaremos con el art. 34 de la ley 11683, (en adelante también, LPT) el cual faculta al Poder Ejecutivo a condicionar la utilización de determinados medios de pago, el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés del contribuyente, dejando a salvo, que aquellos que no hagan uso de tales medios de pago, quedarán obligados a tener que probar la veracidad y existencia de las operaciones para poder computar a su favor los conceptos indicados.

En sintonía con el art. 34 cit., el 17 de noviembre del 2000 se dictó la ley 25345, llamada Ley Antievasión, con vigencia desde el 26 de noviembre de 2000, la cual en su art. 1 establece una especie de listado de medios de pago autorizados, que los contribuyentes necesariamente deberán utilizar para lograr que sus pagos -totales o parciales- de sumas de dinero superiores a mil pesos, produzcan efectos cancelatorios entre las partes y en relación a terceros.

Por su parte, el problemático art. 2 de la ley citada señala que “... *Los pagos que no sean efectuados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de la presente ley tampoco serán computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos*

tributarios que correspondan al contribuyente o responsable, aun cuando éstos acreditaren la veracidad de las operaciones...". Al respecto, nos limitamos a señalar la patente colisión existente entre el art. 2 LA y el art. 34 de la LPT, pues será desarrollada con profundidad en un apartado siguiente.

III. Naturaleza jurídica¹³

A nuestro modo de ver, la resolución impugnatoria del art. 2 LA reviste naturaleza determinativa, ya que en esencia se comporta como una determinación de oficio –al reunir todos los requisitos antes señalados exigidos por la doctrina y jurisprudencia–, por lo que consideramos reviste entidad suficiente para abrir la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación.

La naturaleza atribuida resulta si se atiende que el Fisco para impugnar la declaración jurada del contribuyente -ya sea el crédito fiscal o bien las deducciones computadas- realiza una verificación de circunstancias de hecho y de derecho con implicancias directas en la configuración del hecho imponible. Lo cual significa, que la administración tributaria para dictar la resolución del art. 2 de la LA y requerir de pago al contribuyente, deberá cumplir con los siguientes pasos: a- iniciar una inspección; b- impugnar los comprobantes cuya cancelación no haya sido efectuada de conformidad con LA; c- detraer de la base imponible del tributo declarado por el contribuyente, el importe de tales comprobantes y determinar la nueva base; d- aplicar la alícuota del tributo sobre esta nueva base; e- determinar la diferencia de impuesto obtenida de la comparación con lo consignado en la declaración jurada presentada; f- intimar al pago el monto resultante, realizando una operación interpretativa y de cálculo, en una determinación tributaria que modifica en su sustancia el impuesto declarado por el contribuyente.

Sobre este punto, adelantamos que el carácter asignado subsiste no obstante la resolución impugnatoria del art. 2 LA se encuentre sujeta al procedimiento especial del art. 14 LPT (simple intimación de pago), que explicaremos luego.

¹³ Atento que el desarrollo de las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales que existen en relación a la naturaleza jurídica de la resolución impugnatoria dictada en los términos del art. 2 LA, como en lo que respecta a su constitucionalidad, excedería el marco de este trabajo, para mayor información remitimos al texto competo de nuestra obra, pp. 60-66.

IV. Colisión entre el artículo 2 de la LA, y el art 34 de la LPT

De acuerdo a lo anticipado, entendemos que entre los mencionados artículos se observa, a simple vista, una contradicción normativa. La misma se pone de manifiesto del siguiente modo: mientras el art. 34 de la LPT faculta al Poder Ejecutivo Nacional a condicionar el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés del contribuyente y/o responsable, a la utilización de determinados medios de pago u otras formas de comprobación, admitiendo que aquellos que no hagan uso de tales medios puedan acreditar la veracidad de las operaciones para poder computar a su favor los conceptos indicados; en forma contraria, el art. 2 de la LA señala que aquellos pagos que no sean realizados de acuerdo con el art. 1 de la LA, no serán computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios que correspondan al contribuyente, *“aún cuando éstos acrediten la veracidad de las operaciones”*.

De lo expuesto resulta evidente la antinomia señalada, pues ante un mismo supuesto las soluciones consagradas por tales normativas son diametralmente opuestas. Vale decir, ante la no utilización de los medios de pago autorizados por el art. 1 de la LA, el art. 34 permite al contribuyente probar la veracidad de las operaciones, mientras que el art. 2 le impide dicha posibilidad.

Con el propósito de resolver la cuestión planteada, utilizaremos la regla que preceptúa que las antinomias entre dos leyes se resolverán atendiendo a que la ley posterior deroga la anterior, y que la ley especial debe prevalecer sobre la general.

De este modo, entendemos que si bien la LA es posterior a la LPT, en tanto fue publicada en el Boletín Oficial el 17/11/2000, es importante destacar que el art. 34 fue modificado por la ley 25795 (B.O 17/11/2003), reforma, que mantuvo lo dispuesto en relación a la posibilidad de probar la veracidad de las operaciones respecto de aquellos que no hagan uso de los medios de pago establecidos. Lo señalado nos permite concluir que por aplicación del principio ley posterior deroga a la ley anterior, el art. 34 de la LPT prevalece sobre el art. 2 de la LA, en tanto su texto obedece al otorgado por la ley 25795 mas reciente que la LA.

Por otro lado, la regla mencionada obliga a precisar cuál de las normas en juego debe reputarse en la especie como ley especial. En este contexto y en cuanto a la materia controvertida, consideramos que la ley especial es la Ley de Procedimiento Tributario, ya que ella regula específicamente el derecho de defensa, además de contener un conjunto de disposiciones que comprende la regulación de las vías de impugnación de los actos emanados del organismo fiscal, los procedimientos respectivos y la organización y competencia del Tribunal Fiscal de la Nación. De allí, que por su contenido específico y especializado en

la materia, la LPT debe en principio prevalecer sobre lo preceptuado en el art. 2 de la LA, porque esta última es anterior y general.

Concluimos entonces que, en base al principio de temporalidad y de especialidad, prima el art. 34 de la LPT, y consecuentemente la posibilidad de probar en contrario prevista en el mismo, mantiene plena vigencia, aún cuando su mención haya sido omitida en la regulación de la Resolución General 1547(AFIP) reglamentaria del art. 2 de la LA, y no obstante lo previsto en el art. 2 de la LA^{14 15}.

V. Esencia jurídica del ajuste del art. 2 de la LA

Compartimos la opinión de Marta López y de Rubén Rubiolo, quienes señalan que

“el art. 2 de la LA, consagra una presunción legal absoluta sui generis -inexistencia de la operación- basada en un incumplimiento formal (no utilización de determinados medios de pago), que por sus consecuencias, puede llegar a transformarse en una ficción, generando una verdad jurídica absolutamente distinta de la real...”^{16 17}.

Dicho carácter se justifica, en tanto la norma para conformar el esquema presuntivo exige la acreditación del hecho base previsto, es decir, que el contribuyente efectúe pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a mil

¹⁴ La postura mencionada es corroborada por lo expuesto por el Dr. Celdeiro, en su voto en disidencia en la causa “Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en www.errepar.com.

¹⁵ Al respecto agregamos, que la Cámara Federal de Paraná en la causa “Epuýén SA c/AFIP-DGI por acción de inconstitucionalidad”, Cám. Fed. Paraná, 14/11/06, declaró la inconstitucionalidad del artículo 2 párrafo 1 ‘in fine’ de la LA, en cuanto expresa “*aun cuando éstos acrediten la veracidad de las operaciones*”.

¹⁶ LÓPEZ, MARTA A., “Competencia del TFN. Ley Antievasión 25.345.Determinación de Oficio”, publicado en *Iuris Lex*, 24/8/2009, disponible en <http://www.iurislex.com.ar/2009/08/24/competencia-del-tfn-ley-antievasion-25-345-determinacion-de-oficio.html>; y RUBIOLO, RUBÉN M., “La realidad económica frente a normas que pretenden ignorarla”, disponible en: http://www.rubioloyasociados.com.ar/sitio/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=72.

¹⁷ Lo expuesto fue analizado en la causa “Miguel Pascuzzi e Hijos S.A” del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, sentencia del 14/9/2004, donde se sostuvo: “*En efecto, el art. 2º de la ley crea una presunción absoluta -en rigor, una ficción- que impide a quien no utiliza los medios de pago establecidos en su art. 1º acreditar la veracidad de las operaciones. Ello implica, de un lado, un cercenamiento al derecho de defensa de los contribuyentes y responsables al no permitir, por otros medios, la demostración de las operaciones realizadas que resulten impugnadas (...)*”. (“Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004, disponible en www.errepar.com).

En forma concordante ver Marta López LÓPEZ, MARTA A., *op. cit.* y RUBIOLO, RUBÉN M., *op. cit.*

pesos sin hacer uso de los medios cancelatorios contemplados en el art. 1 de la LA, de allí que una vez comprobado ello, la norma presume la inexistencia de la operación. En lo que respecta al resultado de tal inferencia -inexistencia de las operaciones-, se configura al establecer el art. 1 de la LA, que operaciones no instrumentadas debidamente e impugnadas por el Fisco no producirán efectos entre las partes y frente a terceros.

En esta línea de estudio, cabe analizar la esencia del ajuste a la luz de la teoría de las sanciones encubiertas o anómalas. Al respecto, consideramos que el art. 2 de la LA podría ser encuadrado en la mencionada definición de sanciones encubiertas, pues –a nuestro juicio- la norma procura castigar y por ello agravar la situación de aquellos que por incurrir en un incumplimiento formal -al no hacer uso de los medios de pago autorizados por el art. 1 de la LA-, sufren las consecuencias de una presunción absoluta sui generis, es decir, que tales operaciones aun cuando se pruebe la veracidad de ellas, se verán privadas de efectos jurídicos entre las partes y frente a terceros, y además no podrán ser computadas como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés del contribuyente. Por ende, la mencionada consecuencia se traduce en un incremento del tributo que deberá abonar el sujeto pasivo. Este aumento se pone de manifiesto en tanto el art. 2 cit., impide computar el crédito fiscal respecto del IVA y las deducciones para el caso del impuesto a las ganancias. Así, asciende la tasa efectiva del tributo por vía indirecta y se convierte en una sanción de las llamadas encubiertas o impropias, al no presentarse expresamente identificadas como tal, o al no ser reconocida con tal carácter por el legislador, con suficientes características violatoria del derecho de defensa que la tornan inconstitucional¹⁸.

VI. Procedimiento especial aplicable al art. 2 LA

Una vez que el órgano recaudador por medio de una inspección verifica que el contribuyente incurrió en un incumplimiento a los deberes formales en los términos del art. 1 de la LA, impugnará las operaciones y con ello el crédito fiscal y/o las deducciones computadas, e intimará a que en el plazo de 15 días el contribuyente reformule las declaraciones juradas proyectadas de conformidad a la pretensión fiscal, y abone el monto de la diferencia del impuesto resul-

¹⁸ En forma concordante se han pronunciado Marta López (LÓPEZ, MARTA A., “Competencia del TFN. Ley Antievasión 25.345.Determinación de Oficio”, op. cit.) y Ruben Rubiolo (RUBIOLO, RUBÉN M., “La realidad económica frente a normas que pretenden ignorarla”, op. cit.).

tante de la comparación. Para el supuesto que el contribuyente no cumpla con ello, el órgano fiscal dispondrá de acuerdo con el art. 2 de la LA, la aplicación del procedimiento normado en el art. 14 de la LPT, es decir podrá intimar al pago y en su caso dar inicio a la ejecución fiscal.

Nótese que dicha intimación, no proviene de ningún proceso administrativo por medio del cual se le garantice al contribuyente el ejercicio del derecho de defensa, justamente porque el art. 14 LPT señala que no procederá para su impugnación el procedimiento previsto en los art. 16 y siguientes de la LPT, sino que bastará la simple intimación de pago de los conceptos reclamados o de la diferencia que se genere.

Con respecto a los supuestos contemplados por el art. 14 cit., si bien en un principio consideramos la existencia de una distinción con el caso previsto por el art. 2 de la LA, en la actualidad hemos modificado ese criterio. En tal sentido coincidimos con Diego Urdampilleta¹⁹, que plantea que la intimación de pago que resulta del art. 14 de la ley 11683, a pesar de encontrarse sujeta -al igual que el ajuste del art. 2 de la LA- a un procedimiento especial, diferente al impugnativo general y presentarse aparentemente como una mera intimación administrativa, los mecanismos y actos que emplea el Fisco para arribar a ésta reúnen los elementos materiales de una verdadera estimación de oficio. De ese modo los pasos que detallamos como aquellos que le correspondería realizar al ente recaudador para dictar el acto intimatorio del art. 2 LA, coinciden con los que deberá cumplir en los términos del art. 14 cit.

Desde esta óptica, cuando el Fisco impugna los conceptos o importes improcedentes que alude el art. 14 cit., lo que en realidad está haciendo es cuestionar la situación jurídica del contribuyente frente al impuesto (acto previo para determinar de oficio), actuar que sin lugar a dudas queda comprendido perfectamente en el segundo supuesto de procedencia de la determinación de oficio contemplado en el art. 16 de la ley 11.683 que estipula “cuando (...) resulten impugnables las [declaraciones juradas] presentadas...”. En otras palabras, el desestimar la forma en que el contribuyente computó en su declaración jurada los conceptos o importes improcedentes como retenciones, pagos a cuenta, acreditaciones de saldos a favor propios o de terceros etc., consiste indiscu-

¹⁹ URDAMPILLETA, DIEGO, “*Las intimaciones del art. 14 de la Ley 11683 y sus posibilidades de recurso*”, 16/05/2007, disponible: http://www.eldial.com.ar/suplementos/tributario/i_doctrinaNP.asp.

tiblemente una de las formas que dispone el Fisco para pronunciarse sobre la materia gravada²⁰.

De conformidad con lo expuesto supra, a nuestro ver debe descartarse toda interpretación que so pretexto de asimilar tanto al ajuste del art. 2 de la LA como a los supuestos previstos en el art. 14 de la LPT a los actos de recaudación²¹, pretenda evitar una revisión y control de ellos por ante el Tribunal Fiscal de la Nación; puesto que –conforme expusimos- ambos encuadran en la calificación de acto determinativo no obstante su apartamiento del cauce procedimental típicamente formal de los arts. 16 y ss. de la ley 11683.

VII. Medios recursivos contra el ajuste del art. 2 LA

En relación a las vías que dispone el contribuyente frente al ajuste efectuado en los términos del art. 2 de la ley citada, es importante señalar que el Fisco al tiempo de dictar la mencionada resolución y requerir el pago al contribuyente, le hace saber que de no conformarse a la pretensión fiscal el mecanismo recursivo para atacar la resolución, es el recurso de apelación ante el Director General (art. 74 decreto reglamentario 1397/1979 de la ley 11683).

En primer lugar queremos señalar que la citada afirmación parte de la premisa de que el resultado intimatorio del art. 2 de la LA se asimila o bien constituye una intimación administrativa (acto de recaudación), en las que por su naturaleza rige el *solve et repete* y no gozan de la vía recursiva ante el Tribunal Fiscal, sino que se les aplica el art. 74 cit. A diferencia de los actos determinativos que gozan de los mecanismos recursivos del art. 76 de la ley 11683, específicamen-

²⁰ A este respecto URDAMPILLETA, DIEGO, *op.cit.*, expresa: “...Cabe destacar que el artículo 16 citado y sus relacionados, contemplan el curso del procedimiento de determinación de oficio previsto para aquellos casos en los que se haya detectado que no se han presentado las declaraciones juradas, o habiendo sido presentadas resulten impugnables”. “Partamos de la afirmación que el supuesto del art.14 encaja perfectamente en los contemplados en el art. 16 dado que se refiere a impugnaciones de declaraciones juradas presentadas, por lo que la denegación del procedimiento se encuentra expresamente establecida a fin de marcar una excepción a aquella”. “...En ocasiones la intimación de pago que surge de la aplicación del artículo 14 se presenta como una simple intimación administrativa susceptible de ser impugnada por ante el Director General, pero, a poco que se la analice se observa que en realidad no es sino una determinación de oficio.”

²¹ Sobre el particular, remitimos a lo expuesto por el Dr. Torres en la causa “Central SA”, del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, del 10/5/2007, donde hizo explícita la distinción existente entre los actos de recaudación y los actos de carácter determinativo.

te nos referimos al recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal, para lo cual deberá superar la suma indicada en el art. 159 inciso a) de la citada normativa.

Es importante advertir al lector, que el hecho de que se aplique una u otra vía (art. 74 DR 1397/1979 o el art. 76 inc. b LPT) no resulta indistinto, ya que más allá de las múltiples diferencias existentes entre una y otra, el principal aspecto a tener en cuenta que incluso constituye el elemento distintivo entre ambos mecanismos recursivos, es aquel que se relaciona con el efecto de los recursos. A diferencia de lo que ocurre al interponer el recurso de apelación ante el TFN, la vía del art. 74 cit. carece de efecto suspensivo respecto de la obligación de pago, lo que en otras palabras significa decir que aunque el acto impugnado se encuentre a resolución del Director General, es decir aunque no esté firme, el Fisco Nacional igualmente podrá perseguir judicialmente su cobro mediante la promoción del juicio de ejecución fiscal.

Nótese la incapacidad de este medio recursivo para preservar el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional del contribuyente afectado.

En relación a la posibilidad contemplada por el art. 74 citado de evitar el efecto devolutivo antes mencionado²², solicitando simultáneamente a la interposición del recurso una medida cautelar autónoma innovativa –por aplicación del art. 12 de la ley 19549–, que apunta en especial a la suspensión de los efectos del acto administrativo en los supuestos en los que ellos causen perjuicios graves al administrado o cuando se verifique la nulidad absoluta del acto, no modifica las cosas, ya que coincidimos con lo que señalan Horacio Ziccardi y Miguel J. Cucchiatti en que

“...no responde a la realidad de la actuación del Fisco en estos casos, por cuanto normalmente ejecuta la deuda en forma inmediata, lo que hace desaparecer la posibilidad de otorgarle efecto suspensivo a la im-

²² Esto resulta del cuarto párrafo del art. 74 del DR de la 11683, que establece “*En todos los casos será de aplicación lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 19549 (...)*”. El citado art. 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo contempla dos supuestos. El primero hace referencia a la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de los actos administrativos, de lo que resulta el efecto devolutivo antes mencionado. El segundo contempla una supuesta excepción a tal efecto en tanto establece que la Administración podrá de oficio o a petición de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución del acto administrativo por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. Esto último implica que si el contribuyente pretende evitar el efecto devolutivo, deberá plantear conjuntamente con el mismo una medida cautelar autónoma innovativa en sede administrativa, la cual difícilmente le será concedida, por lo que para el supuesto casi probable de denegatoria, el contribuyente podrá solicitar la misma ante el Juez Federal.

pugnación judicial, sin perjuicio de la reticencia de los juzgados federales en otorgar medidas cautelares en actuaciones frente a la AFIP²³.

En este contexto cobra virtualidad analizar la posibilidad de interponer el recurso de apelación ante el TFN. Como ya adelantamos, a nuestro entender la referencia que efectúa el art. 2 cit. al art. 14 cit. no posee entidad para impedir que el contribuyente acceda ante el TFN por medio de la vía recursiva prevista en el art. 76 inciso b) de la LPT, afirmación que sustentamos del siguiente modo:

En primer lugar el art. 14 LPT se limita a determinar el procedimiento aplicable, que por cierto es diferente al impugnativo general, pero no declara expresamente -como si lo hace en relación al procedimiento de determinación de oficio- una exclusión del recurso de apelación ante el TFN.

En segundo lugar no observamos estipulación legal alguna de la ley 11.683 en la que se determine que para interponer el recurso de apelación previsto en el art. 76 inc. b sea condición ineludible que el acto haya sido encausado en el iter procedimental previsto en los arts. 16 y ss. de la citada normativa. Concorde con ello, el art. 159 LPT se limita a decir que:

“El Tribunal Fiscal de la Nación será competente para conocer inc. a) De los recursos de apelación contra las resoluciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos que determinen tributos y sus accesorios, en forma cierta o presuntiva, o ajusten quebrantos, (...)”.

Frente a lo expuesto y tomando en cuenta los recaudos que a nivel doctrinario y jurisprudencial se exigen, cada uno de los cuales son cumplidos por el acto bajo análisis -según las razones establecidas en los apartados precedentes-, advertimos que sin necesidad de forzar la interpretación de las normas que rigen la competencia del TFN, la resolución impugnatoria dictada en los términos del art. 2 de la LA se comporta esencial e indiscutiblemente como una determinación de oficio, y por ende queda perfectamente comprendida dentro de los actos idóneos para abrir la competencia del órgano.

En tercer lugar estimamos inadmisibles un criterio de interpretación que incurra en un excesivo rigor formal y califique los actos determinativos sobre la base del procedimiento. En tal sentido, si la ley estipula en el art. 159 que las

²³ ZICCARDI, HORACIO y CUCCHIETTI, MIGUEL, J., “Procedimiento. Ley Antievasión. Pagos superiores a \$ 1.000. Ley 25345. Incompetencia del Tribunal Fiscal”, I.DT.368.JC.21, disponible en www.errepar.com.

resoluciones para ser apelables únicamente deben “*determinar tributos y sus accesorios, en forma cierta o presuntiva*” sin mencionar ningún recaudo formal –como lo es el procedimiento al que se encuentre sujeto el acto a recurrir– exigir la sustanciación del procedimiento de determinación de oficio significaría regalarle al Fisco la posibilidad de decidir lo que una determinación de oficio es, sin ajustarnos a la ley como debería ser. Al respecto, consideramos que de no admitirse la interpretación expuesta, sería muy simple para el Fisco eludir la competencia del Tribunal Fiscal, puesto que le bastaría con decidir utilizar o no el procedimiento determinativo de oficio, sustrayendo según ello la cuestión al oportuno ejercicio de los derechos de los contribuyentes.

VIII. Competencia del Tribunal Fiscal de la Nación. Tendencia aperturista.

Tal como señala Susana Camila Navarrine²⁴, en un principio el Tribunal Fiscal de la Nación entendió que el art. 159 de la LPT se limitaba a aquellos supuestos en los que el acto impugnado revestía el carácter de una determinación de oficio –*stricto sensu*–, por lo que privilegiaba la forma por sobre la esencia del acto cuestionado. Sin perjuicio de ello, afortunadamente en la actualidad el mismo ha cambiado tal concepción, al sostener una postura aperturista²⁵ que prioriza el análisis de la sustancia determinativa del acto por sobre la forma y el procedimiento al que se encuentre sujeto su dictado²⁶. Si bien es cierto que dicha postura no ha sido mantenida en forma absoluta e ininterrumpida²⁷ la resaltamos, pues es ella la que se advierte en forma predominante en la nutrida y copiosa jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación.

²⁴ NAVARRINE, SUSANA C., “La determinación de tributos que abre la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación aunque no resulte del proceso de determinación de oficio”, *Revista Impuestos*, Ed. La Ley S.A, Buenos Aires, 2006, pp.1133-1137.

²⁵ La destacada posición aperturista se puso de manifiesto -entre otras- en la causa “Miguel Pascuzzi E Hijos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 14/9/2004.

²⁶ Lo mencionado es corroborado en LOPEZ, MARTA A., *op. cit.*) y en MAZZONI, JORGE A. y AMEZTOY, AGUSTIN, J., “Consideraciones sobre la ‘determinación express’ en la Provincia de Buenos Aires. Análisis de la reciente jurisprudencia de la excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata y su correlato con la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Provincia de Buenos Aires”, *Practica y actualidad tributaria (PAT)*, Ed. Errepar, Tomo XVII, Agosto, 2009, pp. 23).

²⁷ A título meramente ejemplificativo cabe mencionar las siguientes causas: “Algora Comercial e Industrial SCA- expte. 14.784-I-c DGI”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, disponible en <http://www.tribunalfiscal.gov.ar/>; “Tecnifos S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 15/10/2004, disponible en www.errepar.com; y “Lawalcaloc S.A, s/recurso de apelación”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 01/09/08, citado en LÓPEZ, MARTA A., *op. cit.*

Compartimos la opinión expresada por los doctores Bosco, Buitrago y Celdeiro en el fallo Plenario del Tribunal Fiscal de la Nación Santiago Sáenz S.A del 20/06/2007²⁸ donde establecieron que:

“(...) al momento de considerar la competencia debe existir una prevalencia de la naturaleza del acto por sobre el rigorismo formal de adoptar o no cierto esquema. No es la forma lo que caracteriza a la determinación de oficio. El derecho procesal es meramente instrumental y está al servicio de la garantía básica de la defensa en juicio”. “Por lo expuesto, si el acto significa jurídica y económicamente una determinación de oficio, a pesar de que el organismo fiscalizador haya prescindido del procedimiento establecido en el artículo 17 de la ley de rito, debe reputárselo comprendido dentro de los previstos en el artículo 159, inciso a) de la citada ley, que habilita la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación...”²⁹.

IX. Conclusiones

En relación a la finalidad procurada con el presente trabajo y a modo de conclusión, diré que si bien resultan absolutamente legítimos y plausibles los fines de combatir la evasión fiscal y la necesidad de que todos los obligados, en función de su capacidad contribuyan al sostenimiento y mantenimiento del estado, ello no puede realizarse sin el respeto mínimo de los derechos y garantías constitucionales de los contribuyentes. Considero fundamental que el legislador ponga límites a una voracidad fiscal, que sobre la base de urgencias políticas y de tipo recaudatorias, olvida sujetar su accionar al principio de legalidad propio de un estado de derecho. En rigor debería dictar normas impositivas que revistan mayor prolijidad, dedicación y cuidado.

²⁸ “Santiago Sáenz S.A”, Tribunal Fiscal de la Nación, en Pleno, 20/06/2007, disponible en www.errepar.com.

²⁹ En sentido concordante, y en relación a la interpretación de las normas que regulan la competencia del Tribunal se ha sostenido: “(...) un exceso de ritualismo en la interpretación de las normas que rigen la competencia de este Tribunal, se encuentra en pugna con una adecuada exégesis, incompatible con los postulados de razonabilidad y justicia (...)”. “De no admitirse este supuesto se estaría juzgando con un excesivo rigorismo formal en desmedro de la prestación de un adecuado servicio de justicia, denegándole el acceso a uno de los recursos legales, afectando así su derecho de defensa (...)” Perassi, Juan y Daniel SH- Tribunal Fiscal de la Nación”, Sala D, 16/8/2006, citado en PARADA, RICARDO A., *op. cit.*, p. 207; además, disponible en www.errepar.com

Por otra parte cuadra destacar, que normas como las estudiadas, irracionales, desproporcionadas y lesivas del derecho de defensa del contribuyente, no hacen más que incrementar la litigiosidad e inseguridad jurídica, forzando al contribuyente a cumplir con normas de dudosa legitimidad o bien a recurrir a los tribunales en resguardo de sus derechos en un innecesario dispendio de valiosos recursos humanos y materiales.

Asimismo, soy de la opinión de que para que la tutela jurisdiccional efectiva se refleje plenamente, ante instituciones o mecanismos aniquiladores de derechos, se impone un criterio de interpretación que contribuya al ejercicio pleno de los mismos.

Veo con satisfacción, cómo el Tribunal Fiscal de la Nación con excelentes argumentos y por medio de una interpretación amplia y flexible, tanto en relación al concepto de los actos determinativos como en relación a la definición de su competencia, ha remediado la situación que se presenta ante la regulación normativa de supuestos que intentan soslayar la intervención del Tribunal. Celebro dicha postura, en tanto es la única que permite reafirmar la efectiva vigencia del derecho de defensa y la función que el Tribunal Fiscal de la Nación, como instancia especializada, independiente e imparcial cumple en los términos del art. 8 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica.

En modo alguno pretendo soslayar la finalidad económico-financiera de las normas impositivas, cuál es la de asegurar la recaudación tributaria. Empero, reitero que la misma deberá conjugarse necesariamente con un respeto mínimo de los derechos y garantías constitucionales.

**PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CIVIL.
APLICACIÓN, FUNCIÓN Y UTILIDAD EN UN ORDENAMIENTO
JURÍDICO: ¿REALMENTE EXISTEN? ¿TIENE
EL JUEZ LA OBLIGACIÓN DE APLICARLOS?
GENERAL PRINCIPLES OF CIVIL LAW. APPLICATION, FUNCTION
AND UTILITY IN A LEGAL ORDER. DO THEY REALLY EXIST? DOES
THE JUDGE HAVE A DUTY TO APPLY THEM?**

Fiorella Mondino López*.

Sumario: I. Debilidades del sistema jurídico: lagunas. II. Objetivo de este trabajo
III. ¿Qué es una laguna del derecho? IV. Exposición final.

Resumen

El presente trabajo pretende destacar la presencia de principios generales en el derecho civil, y la consideración que tienen los jueces o juristas al momento de tomarlos como herramientas de interpretación y aplicación en los diversos casos, sean estos dudosos o de consideración especial.

Palabras clave: Principios generales – Discrecionalidad – Interpretación - Obligación de fallar - “Casos difíciles” y lagunas del derecho - Artículo 16 Código Civil Argentino.

Abstract

The present paper is oriented to highlight the existence of general principles in Civil Law, and the consideration that judges and/or legal academics have while taking them as tools for interpretation and application in different cases, being these doubtful or under special consideration.

Keywords: General principles – Discretion – Interpretation – Judge’s duty to adjudicate – “Hard cases” and legal gaps – Article 16 of Argentine Civil Code

* Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho UNS.

I. Debilidades del sistema jurídico: lagunas

Es imposible para cualquier jurista, doctrinario o estudioso del derecho, afirmar que un sistema jurídico es un sistema cerrado, sin lagunas o casos difíciles. Es aún más difícil creer que solamente existen reglas ciertas, expresas y claras, que contemplan todos los casos o actos humanos existentes o futuros que involucran al derecho como herramienta social reguladora de dichas conductas.

Esto debido a la cambiante relación que el derecho tiene y tendrá con las distintas sociedades, que prohibirán o permitirán, de acuerdo a sus valores morales, idea de justicia, estabilidad social y otras cuestiones, la realización de actos y acciones específicas por parte de uno o varios seres sociales en un momento determinado.

Herbert Hart enseña que los hombres, y entre ellos los legisladores, enfrentan una relativa ignorancia ante los hechos, y una relativa indeterminación en los propósitos. Todo esto producto del desconocimiento que los hombres tienen sobre el futuro y el mundo. A lo que se suma el problema de la textura abierta del lenguaje, que se ve reflejada no solo en la cotidianidad sino también en la aplicación y regulación del derecho.¹

Ahora bien, no todas las reglas contemplan todos los casos. El legislador que formuló el enunciado denominado (por su característica de describir un hecho que tendrá una sanción) *regla o norma*, no podrá prever todas las circunstancias de dicho caso, porque esto sería muy engorroso, de difícil entendimiento, e imposible por la circunstancia anteriormente nombrada de ignorancia sobre los hechos futuros de los hombres.

Si bien las reglas dan certezas y condicionan a ciertos hechos a una determinada consecuencia, en ciertos casos por contraposiciones, dudas, falta de reglas (por nunca haberse presentado un conflicto como tal) u otros motivos, se debe recurrir a las fuentes del derecho u otras herramientas para la resolución de esos casos.

Es aquí donde entran en juego las denominadas fuentes del derecho, entre las que se encuentran los *principios generales*, que según la rama del Derecho de la que se ocupen serán: penales, comerciales, civiles (como en este caso), etc.

¹ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.

II. Objetivo de este trabajo

El objetivo de este trabajo consiste en analizar las siguientes cuestiones: *qué* entendemos por principio, *cuándo* resulta posible su aplicación, la *incidencia* que tendrán en la decisión del juez, si es *obligatorio* y aceptable su uso, si realmente *existen*, entre otros.

Al momento de hacer referencia a un tema en particular siempre surgen dudas sobre los conceptos que lo componen, su denotación y connotación. El vocablo “principio” no es una excepción a esto, como tampoco lo es su contexto de aplicación y la utilidad que pueda darle al aplicador o estudioso del derecho para la resolución de alguna cuestión dudosa o difícil.

La aplicación de un principio general en el Derecho Civil surge del artículo 16 del Código Civil que rige en dicha materia, pero el entendimiento y uso de ellos dependerá del criterio y postura que adopte cada juez. Su aplicación no es lineal, sino que cambiará de juez a juez cada vez que una cuestión difícil se suscite. No debemos olvidar el deber del juez de fallar y la incidencia que tendrán los principios en sus decisiones finales o sentencias, si son utilizados.

Para clarificar un poco la cuestión, primeramente deberíamos intentar definir qué es un principio, y aunque no sea un tema fácil, podemos acudir a algunos teóricos y líneas de pensamiento importantes para saber lo que ellos entienden en el tema.

Como primera aproximación podríamos decir que los principios generales del derecho son enunciados normativos generales que, si bien no están incluidos dentro del ordenamiento jurídico formalmente, se entiende que son fundamento de él y de las normas que lo integran, existiendo sí normas que reglamentan su uso, como el artículo 16 del Código Civil, que además les dará la característica de ser parte de dicha rama del derecho positivo.

Como segundo paso debemos saber qué es lo que nos dice el artículo 16 del Código Civil de la República Argentina:

“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa se resolverá por los principios generales del derecho civil, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Este artículo, que data de 1871, pone en relieve la aplicación de ciertos principios generales del Derecho Civil, a los que se debe recurrir en circunstancias en las

que la dificultad del caso sea de tal envergadura que no pueda ser resueltos ni por las leyes ni por el espíritu de ellas. Como se observa, este artículo le da a los principios generales del Derecho Civil, una importante tarea de esclarecimiento de casos dudosos o especiales según ciertas circunstancias, con el propósito de salvaguardar las lagunas o puntos ciegos, que dificulten o hagan imposible la aplicación del derecho y el entendimiento no solo de su aplicador sino del ciudadano que acepta y obedece dicho ordenamiento.

III. ¿Qué es una laguna del derecho?

Es un vacío en la ley, una omisión del texto legal de regular una situación, parte o conducta; es la situación en la que nos encontramos con un caso o una conducta y la ausencia de norma que lo regule. Nino expone que existen lagunas cuando el caso que se presenta carece completamente de respuesta en el sistema jurídico². Al no encontrar en el texto de la ley una respuesta legal específica, se obliga a quienes aplican dicha ley al empleo de técnicas sustitutivas de dicho vacío.

Como se observa, el análisis de los principios generales en materia civil, es una cuestión muy extensa. Como se ha dicho, los autores mencionados, según su pensamiento, definen “principio” de manera diferente y no han llegado a una unidad sobre el significado de este término.

Generalmente, los conocedores del tema nos dirán, como primera impresión, que son enunciados usados habitualmente por los jueces, legisladores, y juristas en general para resolver lagunas del derecho y casos dudosos.

Para Ronald Dworkin, los principios son ideales de moralidad y justicia que tendrán una estructura abierta; son simples cuestiones que ayudan a resolver casos y no estructuras cerradas y finitas estipuladas previamente por el legislador. Son, para el autor, diferentes de las reglas y tienen una dimensión de peso que entra en juego al momento de resolver un conflicto entre ellos. Esta tesis resulta contraria al pensamiento positivista.³

Citando a otros, Larenz⁴, por ejemplo, dirá que son los pensamientos directores de una regulación posible o existente.

² NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis del Derecho*, 8va edición, Ed. Astrea, Barcelona, 1997, p.281.

³ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, Capítulo II: “El modelo de las normas I”.

⁴ LARENZ, CARL, *Derecho justo*, traducción de Luis Picazo, Madrid, 1985 [citado por RIVERA, JULIO C., *Instituciones de derecho civil, Parte general*, Tomo I, LexisNexis, Buenos Aires, 1994].

Los iusnaturalistas, Del Vecchio, Aftalión, Garcua, Maynes, Geny⁵, dirán que los principios generales son los principios del derecho natural.

Los positivistas concatenan los principios generales con el derecho positivo; hablan así de los principios generales del ordenamiento jurídico del estado, de los principios básicos vigentes, de los postulados que se abstraen de las normas jurídicas. Todos ellos tienen en común que encarnan los principios generales del derecho en un sistema jurídico positivo, siendo en última instancia científicos o sistemáticos.

Hay autores que toman las dos posturas, positivista e iusnaturalista, como Bueres, sosteniendo que en la idea de principios generales pueden tener cabida ambas posturas.⁶ Otros verán en ellos no una solución sino un conflicto con otras fuentes del derecho; y otros simplemente expresarán su existencia pero no irán más allá de ello.

IV. Exposición final.

Concluiré, al igual que la mayoría de los estudiosos del derecho, que un principio general del Derecho Civil, es aquel parámetro o enunciado descriptivo, que ayudará al juez a resolver una cuestión de difícil solución, dudosa o nunca antes contemplada por el ordenamiento. Debo agregar que es el mismo código el que nos indicará no solo su existencia sino la tarea que tendrá como esclarecedor o clarificador de aquellas situaciones irremediables.

El uso de los principios como elementos esclarecedores es una necesidad básica debido a la característica de incompletitud de los sistemas jurídicos y las lagunas que presentarán por diversas cuestiones, entre las ya mencionadas, el desconocimiento sobre los hechos futuros.

Es deber y tarea del juez fallar cada vez que se le presenta un caso, siendo los principios generales herramientas de gran ayuda para su trabajo. Es también verdad que los principios no son las únicas posibilidades de resolución de un caso; la apelación a otras leyes es otro método muy usado (analogía) y explícito.

¿Cuándo la aplicación de un principio resulta conveniente teniendo en cuenta los problemas ya mencionados? ¿Es obligatorio que el juez los use y se funde

⁵ DEL VECCHIO, GIORGIO, *Los principios generales del derecho*, Traducción de Juan Ossorio Morales, 3º ed, Barcelona 1979 [citado por RIVERA, Julio C., *op. cit.*

⁶ *Ibid.*

en ellos para remediar una situación conflictiva o sin resolver? Se debe saber que el juez tiene la obligación y el deber de fallar y puede usar estos principios para resolver cuestiones difíciles. El juez tiene la obligación de resolver los conflictos, dictando sentencias, pero no la obligación de usar tales principios generales como herramientas de solución.

No son herramientas exclusivas de solución, existen otros elementos de interpretación y fuentes del derecho que pueden resolver dichas cuestiones. Por ejemplo, la ya mencionada analogía con otra ley o norma del sistema.

Ahora bien, si el juez usa los principios y resuelve gracias a ellos ¿será su tarea considerada como correcta? ¿Tendrá validez su decisión? Sí, porque habrá resuelto conforme a parámetros que completarán las lagunas o vacíos del ordenamiento, que más o menos aceptados, proporcionarán no solo soluciones a los problemas presente, sino que sentarán un precedente que podrá ser usado en el futuro por otro juez en un caso igual o similar, o será un ejemplo de uso de principios para otros casos.

Hay que agregar que la resolución del juez fundándose en los principios, además, proporcionará una mayor confianza y seguridad jurídica⁷, tan importante para la sociedad que se rige por ese conjunto jurídico.

No será la decisión de ese aplicador del derecho infalible pero sí definitiva para ese caso, y si además, dicho juez utilizó algún principio, este será también tomado en cuenta como herramientas de mucha utilidad para la posteridad.

En síntesis, por lo expuesto, se abrirán muchos interrogantes sobre la factibilidad y utilidad del uso de principios generales en materia civil.

Es tarea de los jueces fallar de acuerdo al caso particular. Ellos tendrán una tarea que además de interpretativa, será clarificadora de situaciones dudosas y que se traducirá en una solución que dará una mayor seguridad jurídica -la no resolución se considera como una negación al acceso de la justicia-.

Si un juez usa un principio, no sólo deja asentada una resolución particular en torno a una cuestión, sino que expone sus razones sobre dicho principio, que podrán ser tomadas por otro juez posteriormente para un caso similar o igual.

⁷ Siguiendo a ALTERINI ATILIO A., *La Inseguridad Jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 28: *"la seguridad jurídica, como 'certidumbre' del derecho, supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona, y su consiguiente convicción fundada acerca de que éstos derechos serán respetados."*

Se deja a criterio del juez los casos en que las normas no brinden una solución. Cuando no se pueda resolver una cuestión ni por la letra ni por el espíritu de una ley, se podrá recurrir a los principios generales del derecho como herramienta de solución.

Es necesario insistir en la obligación que tiene el juez de fallar en una cuestión, pero no es imprescindible el uso de los principios para ello, ya que existen -como se expuso- otras herramientas de resolución de casos. Realmente existen, de eso no hay dudas. Son útiles, cumplen funciones interpretativas, y son, además, clarificadores de situaciones dudosas.

Concluyo que no solo son de importante utilidad, sino que constituyen una de las herramientas más usadas en la práctica jurídica y en la solución de conflictos. Cualquier jurista u operador del derecho los aplican.

Es necesario ver que la jurisprudencia de nuestro país⁸ los ha tenido muy en cuenta, y que en más de una oportunidad han solucionado conflictos de gran magnitud. La presencia de patologías en los sistemas jurídicos como las lagunas, los han fortalecido.

Los jueces los han tenido en consideración en infinidad de oportunidades y el código los ha reconocido expresamente.

Los principios generales del Derecho Civil constituyen una fuente de interpretación reconocida, son parte del ordenamiento, no solo por el uso que les han dado los aplicadores y estudiosos del derecho, sino por el reconocimiento que la sociedad ha tenido para con ellos. Dicho reconocimiento lleva consigo una verdadera aceptación, que constituye una conformidad social y una adopción natural de ellos, popularizando su uso.

Por todo lo dicho, los principios generales del derecho son aplicados cuando se presenta la ocasión de manera natural y, aunque no es una obligación del juez usarlos, es muy útil tenerlos en consideración por la gran cantidad de casos que han ayudado a resolver. Son fuente interpretativa y por su envergadura, fuentes del derecho.

⁸ “Husen, Mirta Silvia y otros c/ Ministerio de Justicia y Educación de la Nación” en Fallos: 325:662.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA FILIACIÓN ADOPTIVA* *THE RIGHT TO IDENTITY IN ADOPTIVE FILIATION*

María Paula Riganti**

Sumario: I. Introducción. II. El derecho a la identidad en la filiación adoptiva. Crítica a la legislación actual. III. Tendencia judicial a otorgar la adopción simple. Crítica. IV. Criterio correcto. V. Derecho a la identidad del niño en la jurisprudencia. VI. Inconstitucionalidad de la disposición contenida en el art. 327 del Código Civil. VII. Colofón.

Resumen

La autora afirma en este trabajo que el “interés superior del niño” es un principio general del Derecho, que tiene aplicación cuando se contraponen derechos fundamentales del niño con derechos de terceros. Además, analiza la aplicación de este principio en relación al derecho a la identidad y el instituto de la adopción.

Palabras Clave: Interés superior del niño - Adopción simple - Adopción plena - Convención sobre los Derechos del Niño - Derecho a la Identidad.

Abstract

The author affirms in this paper that the best interest of the child is a general principle of Law, which has application when the child's fundamental rights and third parties' rights collide. She also analyses the application of this principle related to the right to identity and the legal institute of adoption.

Keywords: *Best interest of the child – Simple Adoption – Plenary Adoption – Convention on the Rights of the Child – Right to Identity.*

* Ponencia elaborada para las “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” galardonada con el 1er Premio del Concurso de Monografías organizado por la Universidad Nacional del Sur, en 2011. La presente redacción ha sido corregida y adecuada a los requisitos de publicación de la Revista de Derecho UNS.

** Estudiante de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur. Beca de iniciación a la investigación para alumnos avanzados (UNS).

“Las personas mayores nunca son capaces de comprender las cosas por sí mismas, y es muy aburrido para los niños tener que darles una y otra vez explicaciones”.

Antoine de Saint – Exupéry

I. Introducción.

Sostengo aquí la tesis de que el “interés superior del niño” es un principio general del derecho, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que nuestro país ratificó e incorporó a la Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22)¹. En ese sentido se sostuvo que “*El interés superior del niño está presente en nuestro ordenamiento jurídico como principio general del derecho*”²; autores como Gonzalo Aguilar Cavallo van aún más lejos y consideran que es un principio de los Derechos Humanos³, definición que comparto.

Ahora bien, considero que el principio en cuestión tiene aplicación ante la colisión de derechos fundamentales del niño con derechos de terceros. En igual sentido se encuentra la opinión de Miguel Cillero Bruñol: “*el principio es un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños... debe servir de regla de interpretación y de resolución de conflictos entre derechos*”⁴.

En estas líneas pretendo enmarcar el “interés superior del niño” en el derecho a la identidad y el instituto jurídico de la adopción.

¹ RIVERA, JULIO C., *Instituciones del Derecho Civil*. Parte General, tomo I, Ed. Lexis Nexis (Abeledo Perrot), Buenos Aires, 2004, p. 156.

² ILUNDAIN, MIRTA, El interés superior del niño (Lo importante es el intérprete) en KEMEL-MAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La familia en el nuevo derecho*, tomo II, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 205.

³ AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 236, disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf.

⁴ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”, p. 8, disponible en: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf; CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, p. 6, disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.

II. El derecho a la identidad en la filiación adoptiva. Crítica a la legislación actual

Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera afirman que “el derecho a la identidad está totalmente emparentado con el instituto jurídico de la adopción”⁵. Comparto la opinión de los autores citados que consideran que si bien la reforma introducida por la ley 24.779, sancionada en el año 1997, intentó adecuar el régimen en materia de adopción a los postulados incorporados por la Convención sobre los Derechos del Niño, estas previsiones continúan presentando serias inquietudes⁶.

En primer lugar, la disposición contenida en el artículo 321 inciso h) del Código Civil prevé el compromiso de los padres adoptivos de hacer conocer a su hijo sobre su realidad biológica. Sin embargo, tal disposición no recepta ningún deber legal puesto que no dispone sanción alguna ante su incumplimiento⁷. Es decir que ante la omisión de los padres de revelar a su hijo adoptivo su verdad biológica la ley civil no prevé una sanción para los adoptantes. Tampoco se encuentra establecido en la legislación vigente un remedio ante la inacción de los adoptantes respecto de esta cuestión tan trascendente en la vida del niño, como podría ser la posibilidad de acudir ante un juez con el fin de obtener datos sobre su filiación biológica.

Otro de los problemas vinculados al derecho a la identidad del niño y la adopción surge a partir de la disposición contenida en el artículo 327 del Código Civil⁸. La norma en cuestión impide el ejercicio de acciones de reconocimiento y de filiación posteriores al otorgamiento de la adopción plena. Ocurre que no solo priva de un medio jurídico importante al adoptado en forma plena para conocer quiénes son sus padres biológicos (situación que no ocurre respecto del adoptado simple) sino que, aplicada extensivamente la norma, el niño tampoco tendría derecho a conocer a sus hermanos y demás parientes. Más adelante ampliaré este punto que me parece crucial para garantizar el derecho a la identidad del niño en la filiación adoptiva.

Por otra parte, respecto de la disposición contenida en el art. 328 del Código Civil, considero que la misma es insuficiente y contiene un criterio restrictivo respecto del derecho del niño a conocer su realidad biológica, puesto que el

⁵ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, FAMA, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 783 y 787.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

niño recién podrá acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años. No obstante, este no es el criterio seguido por el derecho internacional que consagra el derecho del niño a ser oído (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12). En ocasiones el grado de desarrollo de un niño le puede permitir constituirse en verdadera parte, para actuar en defensa de sus intereses antes de cumplir los 18 años⁹. El principio [contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño] “*pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos*”¹⁰. Pienso que un niño desarrollado debe poder solicitar el expediente de adopción antes de cumplir los 18 años. No debemos olvidar que la Convención sobre los Derechos del Niño construye precisamente una nueva concepción del niño no ya como un incapaz jurídico sino como sujeto de derecho¹¹, dejando atrás la imagen del niño que en todo momento es objeto de representación¹².

Además, no creo que el derecho del niño a conocer su realidad biológica siempre pueda satisfacerse a partir del examen del expediente de adopción que muchas veces puede ser insuficiente por resultar incompleto o presentar deficiencias.

Por lo expuesto, considero que existen deficiencias en nuestro sistema de adopción regulado por el Código Civil. Con posterioridad a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado argentino este sistema debió haber sido modificado puesto que, tal como lo sostiene el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, una vez que un Estado ratifica la Convención asume la obligación de aplicarla, que consiste en tomar medidas legislativas, entre otras, para garantizar la totalidad de los derechos reconocidos en tal instrumento internacional¹³.

Recapitulando, el sistema imperante en nuestro país presenta las siguientes imperfecciones. En primer lugar, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho del niño a su identidad. Recordemos que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 el tratado invocado posee jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, es decir que las

⁹ D'ANTONIO, DANIEL H., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 106.

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño de las N.U., “Observación General nro. 5: ‘Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño’”, de 27 de noviembre de 2003, p. 5.

¹¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*, pp. 4-5, disponible en: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf.

¹² *Ibid.*

¹³ Comité de los Derechos del Niño de las N.U., “Observación General nro. 5: ‘Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño’”, de 27 de noviembre de 2003, p. 5.

leyes que se dicten deben encontrarse conformes con tal normativa. Empero, el Código Civil no se halla ajustado a la referida Convención puesto que contiene dentro de sus disposiciones normas contrapuestas: por un lado, se refiere el derecho del niño a conocer su identidad biológica y por otro lado, le niega al adoptado legitimación para deducir acciones de filiación posteriores al otorgamiento de la adopción plena, entre otras.

Sostengo que es necesario que, para que nuestras normas y medidas se encuentren conformes con los estándares de Derechos Humanos ratificados por nuestro Estado, se debe mínimamente asegurar al adoptado el derecho a conocer sobre su familia de origen, sea cual fuere la forma en que la adopción se otorgó. Con relación a las formas de adopción, propugno por una solución intermedia entre la forma de adopción plena y el derecho del niño a conocer sus orígenes, tal como lo desarrollaré más adelante.

Tal como sostuve al comienzo del presente trabajo, cuando existen conflictos la aplicación correcta del principio del “interés superior del niño” se torna relevante. Aquí es donde se vuelve significativo el estudio del principio en cuestión.

Para finalizar este acápite cito a la distinguida jurista Cecilia Grosman que enseñó que “la noción del ‘interés superior del niño’... *cumple una función correctora e integradora de las normas legales, capaz de llenar los vacíos de la ley y neutralizar la aplicación de preceptos que se juzgan contrarios a los derechos del niño*”¹⁴.

III. Tendencia judicial a otorgar la adopción simple. Crítica

No sólo considero que el Código Civil no respeta en forma cabal la Convención sobre los Derechos del Niño sino que jurisprudencialmente se hallan criterios que distan de ajustarse al régimen contenido en tal instrumento internacional de protección a la niñez.

Por ejemplo, considero desacertada la tendencia que se observa en algunos tribunales y juzgados de familia del país que por medio de sus fallos otorgan la adopción en forma simple puesto que encuentran en esa modalidad de adop-

¹⁴ GROSMAN, CECILIA, “Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad”, en La Ley, de 2 de diciembre de 1999, año LXIII, nro. 231.

ción el medio adecuado para preservar el mantenimiento de los vínculos de sangre del menor, tal como ocurrió en un caso resuelto por un juzgado de primera instancia del fuero de familia en Trelew, sentencia que posteriormente revocó la Cámara de Apelaciones del lugar fundándose en el criterio que considero correcto¹⁵, pese a advertir otras deficiencias que posee el decisorio en cuestión.

Cuando existan buenos fundamentos para otorgar la adopción plena, la misma debe concederse sin perjuicio de que el adoptado posteriormente cree vínculos con sus parientes biológicos o mantenga los existentes. Este es un ejemplo claro de la aplicación del principio del “interés superior del niño” puesto que el mismo consiste en evaluar las circunstancias particulares de cada caso antes de tomar una decisión respecto del destino del niño¹⁶.

La decisión de la jueza de primera instancia en el caso aludido se basó en tres aspectos: *“mantener los vínculos de sangre, preservar la identidad y considerar el interés superior del niño”*¹⁷.

Empero, estimo que los vínculos que se quiebran como consecuencia del otorgamiento de la adopción plena son jurídicos y no afectivos. Así, la referida Cámara de Apelaciones sostuvo que *“otorgar la adopción plena a M. no implica suprimir los vínculos afectivos que el menor tiene con sus hermanos y que a una decisión judicial no se le puede dar tanto peso como para pensar que a través de ella se van a aniquilar los vínculos afectivos”*¹⁸.

Respecto del interés superior del niño, los magistrados de la Cámara de Apelaciones de Trelew sostuvieron que lo consideran una consecuencia de mantener los vínculos de sangre y de respetar la identidad del niño. Es más, a favor de la concesión de la adopción plena y la coexistencia del mantenimiento de los vínculos de sangre se dijo que *“representa seguridad, tranquilidad y equilibrio para toda la familia y en caso de que a ellos les ocurriera algo, el niño tendría una familia que continuaría atendiéndolo y cuidándolo”*¹⁹.

El fallo de primera instancia que comento, de acuerdo con el criterio del tribunal revisor del mismo se encolumna *“en una tendencia que descalifica la adopción plena”*²⁰.

¹⁵ “M., R. I. y otra”, CCiv. y Com. Trelew, Sala A, 6/8/2009.

¹⁶ ACNUR, El interés superior del niño, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6074.pdf>.

¹⁷ “M., R. I. y otra”, CCiv. y Com. Trelew”, Sala A, 6/8/2009.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

IV. Criterio correcto

Considero desdeñable tal tendencia que desestima la adopción plena y correcta la postura del Dr. López Mesa:

“la relación genética del menor con otras personas normalmente coincide con la relación jurídica con ellos. Pero en ocasiones, como cuando existe un vínculo adoptivo, ello no ocurre. Y entonces, no existe una regla preestablecida e inmutable sobre cuál de estas relaciones debe prevalecer sobre la otra. Serán las circunstancias de cada caso las que permitirán dar respuesta a ese interrogante...”²¹.

Hasta allí coincido con el sobresaliente jurista.

Empero, no estoy de acuerdo con la siguiente afirmación: *“por lo tanto, en ocasiones prevalecerá la relación genética con otras personas y la adopción será simple y en otras, como en este caso, deberá prevalecer la relación filiatoria adoptiva y, entonces, la adopción se concederá necesariamente con carácter pleno”*²².

Pienso que en los casos en que sea conveniente otorgar la adopción plena aunque el niño tenga contacto con su familia de origen o cuando existan vínculos afectivos con sus parientes biológicos, la misma debe ser concedida en tal carácter sin perjuicio de preservar el resto de las relaciones afectivas del menor.

La legislación civil debe asegurar al niño el derecho a conocer su identidad, que supone entre otras cosas el derecho del menor a tener contacto y crear vínculos con su familia de origen.

Por más que el juez haya otorgado la adopción con carácter pleno (por ejemplo, por considerar que era el medio más adecuado para lograr la integración familiar de un niño que sufrió mucho) el Estado debe garantizar al niño el ejercicio de su derecho a la identidad evitando cortar los lazos con sus parientes biológicos o permitiendo que en un futuro el niño pueda averiguar sobre su filiación.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

V. Derecho a la identidad del niño en la jurisprudencia

El Dr. Vigo en su voto en el caso “L., A. K.” resuelto por el Tribunal Supremo de Santa Fe se basó en un concepto amplio sobre el derecho a la identidad²³ que incluye el derecho a reconstruir la propia historia familiar. Además, destacó que el Código Civil no es el techo de nuestro ordenamiento jurídico sino que por encima de él se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴.

Me anima lo sostenido por el citado magistrado puesto que aún existen en nuestro país juristas que reconocen la primacía de la Convención por sobre la legislación civil.

Asimismo, el voto en disidencia del Dr. Petracchi, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció que, si bien con la adopción plena el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiéndose el parentesco y los efectos jurídicos, es incuestionable el derecho a conocer su realidad biológica²⁵. Hasta aquí concuerdo con el excelentísimo magistrado. No obstante, no comparto que lo sostenido por el Dr. Petracchi sea enteramente un “*criterio implícitamente sostenido por el legislador que ha querido respetar el derecho del adoptado de conocer sus vínculos sanguíneos...*”, puesto que al no permitirle al adoptado el ejercicio de acciones filiatorias posteriores al emplazamiento de la adopción plena el derecho a la identidad del niño actualmente no está siendo garantizado por la ley argentina.

VI. Inconstitucionalidad de la disposición contenida en el art. 327 del Código Civil

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que el principio general del derecho que nos ocupa es regulador de la normativa de los derechos del niño, es decir que debe utilizarse como criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño²⁶.

²³ GIL DOMÍNGUEZ, *et al. op. cit.* p. 812.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Citado en D'ANTONIO, DANIEL H., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 85.

²⁶ Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos y CIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC- 17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A, nro. 17, dispositivo 2.

En una nueva reforma legislativa considero que se debe dar prioridad a la modificación de la disposición contenida en el art. 327 del Código Civil, puesto que no se encuentra conforme con los estándares internacionales en la materia. Si bien la adopción plena extingue los vínculos jurídicos que unen al niño con su familia oriunda, la normativa civil debe regular un tipo de acción judicial que sin lograr un nuevo emplazamiento filiatorio permita al menor conocer “de dónde vino”. *“El art. 327 ignora el art. 328 del Código Civil que prescribe que el adoptado ‘tendrá derecho a conocer su realidad biológica’”*²⁷.

Comparto la opinión de los autores que sostienen que es necesario diferenciar entre el derecho humano a conocer los orígenes y el derecho a crear vínculos jurídicos²⁸. El derecho a conocer los orígenes es un derecho personalísimo de los niños dados en adopción²⁹.

El legislador argentino debe crear una acción de filiación sui generis que permita al niño conocer su identidad biológica sin emplazarlo en un nuevo estado de familia. Pienso que así se le otorgaría seguridad jurídica a la adopción plena pero por sobre todas las cosas se le garantizaría al niño un derecho humano fundamental como es el derecho a que una persona conozca su verdad biológica.

Además, el Estado debe elaborar un procedimiento eficaz por medio del cual el niño pueda ejercer tal acción, teniendo en cuenta la situación especial en que se encuentra³⁰, por ejemplo, por medio de asistencia letrada especial. En el mismo sentido se encuentra la opinión del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos que sostuvo que como consecuencia de la situación de desventaja en que se encuentran los niños para hacer efectivos sus derechos es necesario que el Estado les preste una atención especial³¹.

Por último, los Estados, por medio de la Declaración de Ginebra del año 1924, se comprometieron a asegurar el desarrollo del niño desde el punto de vista espiritual³², situación que necesariamente involucra garantizar el derecho del niño a conocer sus orígenes. Asimismo, quiero recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “un Estado que

²⁷ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *et al. op. cit.*, p. 789.

²⁸ *Ibíd.* p. 814.

²⁹ *Ibíd.* p. 815.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño de las N.U., “Observación General nro. 5: ‘Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño’”, de 27 de noviembre de 2003, p. 9.

³¹ “Rosendo Cantú y otra vs. México”, CIDH, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C, nro. 216, párr. 201.

³² “Declaración de Ginebra”, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones el 24 de septiembre de 1924.

ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas³³.

VII. Colofón

Actualmente existe una gran cantidad de instrumentos internacionales (convenciones, declaraciones, resoluciones, observaciones, entre otros) que reconocen que en los asuntos donde se encuentren involucrados niños su interés superior debe ser la consideración fundamental³⁴, muchos de los cuales fueron aprobados y ratificados por la República Argentina. En particular, la disposición contenida en el artículo tercero inciso primero de la “Convención sobre los Derechos del Niño” consagra el principio del “interés superior del niño” de manera expresa.

Asimismo, sabido es que cuando un Estado incorpora un instrumento internacional a su legislación el mismo puede ser invocado directamente ante los tribunales nacionales y aplicados por éstos. Sin embargo, en el estado actual de nuestra legislación civil, en caso que una persona alegue violaciones a la Convención los jueces nacionales deben declarar la inconstitucionalidad de las leyes civiles, puesto que no se encuentran en concordancia con tal instrumento, tal como lo demostré anteriormente.

“En el ámbito legislativo es necesario realizar profundas modificaciones a las leyes vigentes, que abarquen aspectos sustantivos, administrativos y procesales que permitan adecuar y aplicar la Convención, creando mecanismos de protección efectiva que aseguren al niño la exigibilidad de sus derechos³⁵.”

Mary Beloff dijo que nuestro Congreso “*no acierta a dictar una ley que regule la condición jurídica de la infancia en concordancia con los estándares internacionales en la materia*”³⁶.

Ahora bien, propongo no llegar al punto tal de que exista un cúmulo de fallos que declaren la inconstitucionalidad de las leyes civiles con respecto al institu-

³³ “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay”, CIDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 02/09/2004, Serie C, nro. 112, párr. 205.

³⁴ CEJIL, *Construyendo los Derechos de los Niños en las Américas*, CEJIL, Buenos Aires, 2006, p. 27.

³⁵ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*, p. 12, disponible en: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf.

³⁶ BELOFF, MARY, *Constitución y Derechos del Niño*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 766.

to jurídico de la adopción sino que nuestros legisladores se concienticen de la incongruencia de la legislación civil respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ajusten a los estándares internacionales vigentes en relación a la materia que nos ocupa.

Para finalizar, considero que de una vez el legislador argentino debe reformar la totalidad de las normas civiles que no se encuentran conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y, a su vez, los tribunales deben decidir conforme al estándar internacional denominado “interés superior del niño”.

**PELIGROSIDAD E INDEFENSIÓN DE LA ACTIVIDAD
PERIODÍSTICA: PUERTA ABIERTA A LA AUTOCENSURA**
*DANGEROUSNESS AND POWERLESSNESS OF JOURNALISM:
OPEN DOOR TO SELF-CENSORSHIP*

María Victoria Romanutti*
María Guillermina Miglierini**

Resumen

El periodismo, principal manifestación de la libertad de expresión, implica una persona involucrada en la búsqueda, recepción y difusión de información de modo continuo, estable y remunerado. Por la trascendencia de esta misión social y moral en el ámbito de un orden democrático, se torna indispensable que los periodistas gocen de la protección e independencia necesarias para realizar libremente la actividad que les compete.

En este sentido, es grave la problemática que se presenta en el ámbito del Sistema Interamericano, donde la actividad periodística aumenta en peligrosidad, y los comunicadores sociales se encuentran desprotegidos frente a ataques y amenazas motivados en el ejercicio de su profesión.

Este trabajo analiza los deberes que los Estados, frente a esta preocupante situación, asumen y deben cumplir si pretenden ajustarse a los estándares que en la materia establecen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y las convenciones, convenios y declaraciones de principios, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con la amplitud que lo caracteriza y destaca.

Palabras clave: Periodismo - Libertad de Expresión – Violencia – Censura - Derechos Humanos - Sistema Interamericano.

*Estudiante de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur y estudiante de Lic. en Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Salta.

** Estudiante de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur.

Abstract

The journalism, principal manifestation of the freedom of expression, implies a person involved in the search, reception and diffusion of information in a continuous, regular and paid mode. Given the importance of this social and moral mission in the context of a democratic system, it is essential that journalists enjoy the protection and independence to freely perform the activity due to them.

In this regard, a severe problem is presented in the context of the Inter-American System, since journalistic activity increases in hazard, and media workers are not protected from attacks and threats motivated in exercising their profession.

This paper discusses the duties of states, against this alarming situation, assume and must meet if they are to adjust to the standards in this regard make the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), the case law of the Inter-American Court of Human Rights (IA Court HR), conventions and declarations of principles, within the Inter-American System of Human Rights, with the amplitude that characterizes and highlights it.

Key words: *Journalism – Freedom of expression – Violence – Censorship – Human Rights – Inter-American System.*

No hay democracia sin libertad de expresión. La Corte IDH en reiteradas ocasiones ha subrayado esta importante relación, según la cual la libertad de expresión no sólo es efecto de todo sistema democrático, sino también sustento del mismo, instrumento para su ejercicio y garantía de su desempeño. La libertad de expresión es así elemento necesario para la existencia y pervivencia de toda democracia representativa, mediante la cual, a su vez, los ciudadanos logran ejercer su derecho a recibir, difundir y buscar información¹. El orden público democrático reclama, entonces, la defensa de este importantísimo derecho, funcional a su vez para la denuncia y protección de los demás derechos humanos. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.

¹Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, párr. 69 y 70; Corte IDH, 2/7/2004, “*Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*”, párr. 116; Corte IDH, 19/9/2006, “*Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*”, párr. 84 y ss.; Corte IDH, 28/1/2009, “*Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*”, párr. 105.

La principal manifestación de la libertad de expresión del pensamiento es el periodismo. La profesión de periodista implica que una persona se involucre en las actividades de búsqueda, recepción y difusión de información de modo continuo, estable y remunerado², asumiendo una importante misión social y moral en el marco de una sociedad democrática. En virtud de dicha trascendencia, es indispensable que los periodistas gocen de la protección e independencia necesarias para realizar libre y plenamente la actividad que les compete, y es responsabilidad de la sociedad, como beneficiaria de la información que la actividad periodística le provee, el velar con máximo esfuerzo para que el ejercicio de la libertad de expresión sea efectivo y pleno.

Concordantemente, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE y la OEA afirmaron, en la Primera Declaración Conjunta de 1999, que *“los medios de comunicación independientes y pluralistas son esenciales para una sociedad libre y abierta y un gobierno respetable”*³.

Es por ello que tanto la CIDH como la Corte IDH han reconocido que los periodistas y los medios de comunicación social son titulares de una serie de derechos, que generan obligaciones correlativas para las autoridades.

Textualmente, la Corte IDH expresa, en la Opinión Consultiva sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas del 13 de noviembre de 1985, que es necesario *“...que los periodistas y, en general, todos aquellos que se dediquen profesionalmente a la comunicación social puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio”*⁴.

La Corte IDH ha interpretado que, en los términos del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la libertad de expresión puede abordarse desde dos dimensiones: una individual, como derecho de toda persona de difundir sus ideas a los demás por cualquier medio idóneo, y otra social o colectiva, como derecho de la sociedad en general a la recepción de aquél mensaje⁵.

² “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, párr. 74.

³ Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión, Londres, 1999, *Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*, sitio web “OEA: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, URL: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=141&IID=2>.

⁴ “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, párr. 78.

⁵ “Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú”, Corte IDH, 6/2/2001, párr. 146; “Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile”, Corte IDH, 5/2/2001, párr. 64; “Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay”, Corte IDH, 31/8/2004,

Ambas dimensiones, merecedoras por igual de protección e interdependientes, se condicionan mutuamente, careciendo de sentido una sin la otra. Asimismo, esta relación simbiótica se refleja en que toda obstrucción a la libertad de expresión en una de sus dimensiones la afectará necesariamente también en la otra, lo cual ha sido claramente expresado por la Corte IDH en el *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005⁶.

Es grave la problemática que se presenta en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en lo que concierne a la seguridad en el ejercicio de la actividad periodística. Con frecuencia se dan casos en que periodistas y comunicadores sociales, o incluso los medios de comunicación en los que ellos laboran, son víctimas de delitos de gravedad, cuyo móvil está vinculado con la actividad de investigación, recolección y difusión de información que desarrollan.

Tal es la gravedad de esta cuestión, que los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE y la OEA, en la Declaración Conjunta del año 2000, dentro de un segmento titulado “*Censura a través del asesinato*”, afirman que:

“Los ataques tales como homicidios, secuestros, hostigamiento de y/o amenazas a periodistas y otras personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión, así como la destrucción material de instalaciones de comunicaciones, representan una amenaza muy significativa para el periodismo independiente y de investigación, para la libertad de expresión y para la libre circulación de la información al público”.⁷

Lo mismo se sostiene en la Declaración de 2006, agregando que:

“Los actos de intimidación en contra de periodistas, particularmente los asesinatos y ataques físicos, limitan la libertad de expresión no solo de los periodistas sino de todos los ciudadanos, porque producen un efecto amedrentador sobre el libre flujo de información. Esto ocurre como consecuencia del temor que genera informar sobre abusos de poder, actividades ilegales u otras irregularidades contra la sociedad.

párr. 77; “*Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*”, Corte IDH, 2/7/2004, párr. 108; “*Caso Kimel Vs. Argentina*”, Corte IDH, 2/5/2008, párr. 53; “*Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*”, Corte IDH, 19/9/2006, párr. 75 y ss.

⁶ “*Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*”, Corte IDH, 22/11/2005, párr. 71 a 73.

⁷ Declaración Conjunta sobre Censura a través del asesinato y Difamación, Londres, 2000, *Mecanismo Internacional para la Promoción de la Libertad de Expresión*, sitio web “OEA: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, URL: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=142&IID=2>.

Los Estados tienen la obligación de tomar medidas efectivas para evitar dichos intentos ilegales de limitar la libertad de expresión”⁸.

Sobre la base de esta problemática, el art. 9 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la CIDH, expresa que: “*El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión*”⁹.

Sin duda, la forma más grave de vulnerar este derecho es el asesinato de periodistas y comunicadores sociales por motivos relacionados con su actividad, ya que no sólo se anula el bien de más alta jerarquía, la vida, sino que además se afecta el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima, y se priva a la sociedad de una fuente de opinión e información. Esta vulneración de la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como social, es aun más grave por el efecto de autocensura que el asesinato de un periodista cometido en razón de su labor tiene sobre sus pares.

Cuando los periodistas no encuentran protección por parte del Estado, muchas veces tienen que elegir entre correr graves riesgos, tanto ellos mismos como sus familiares, o abandonar las tareas a las que se dedican o la avocación a ciertos temas. La sociedad se ve gravemente afectada por situaciones de este tipo, al no poder la ciudadanía ejercer su derecho a informarse, lo cual es condición fundamental para el correcto funcionamiento de todo sistema democrático.

Los Estados tienen la obligación de investigar eficazmente estos delitos, determinar sus causas y sancionar a los responsables; el incumplimiento de este deber genera responsabilidad internacional, aun cuando los crímenes no hayan sido cometidos por agentes públicos, sino por particulares.

Tanto la Corte IDH como la CIDH han expresado, en reiteradas oportunidades, que la obligación de investigar es una obligación positiva de los Estados, y es una forma de materializar la obligación general de garantizar los derechos humanos, impuesta tanto por la CADH como por la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre.

⁸ Declaración Conjunta sobre la publicación de información confidencial, la apertura de los órganos públicos nacionales e internacionales, la libertad de expresión y tensiones culturales y religiosas, y la impunidad en casos de ataques en contra de periodistas, 19/12/2006, *Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*, sitio web “OEA: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, URL: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=746&IID=2>.

⁹ CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, octubre del 2000, Art. 9.

Esta obligación de investigar es una obligación de medios, y no de resultado. Para su adecuado cumplimiento, es necesario que dicha investigación sea efectiva, y para ello emprendida con seriedad y ajustándose al estándar de debida diligencia. Esto significa que el órgano encargado de investigar debe llevar a cabo, en un plazo razonable, todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la identificación y sanción de los responsables. Por lo tanto, no cualquier investigación eximirá de responsabilidad al Estado frente a un hecho delictivo por el que se haya visto afectado, entre otros bienes jurídicos merecedores de tutela, el derecho a la libertad de expresión, sino que, para que ello ocurra, las diligencias deben haberse adoptado real, oportuna y exhaustivamente.

En este sentido, la Corte IDH ha dicho, en el *Caso Ríos y otros (RCTV) Vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009¹⁰, que la investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para “*amparar, proteger o garantizar este derecho*” y que la intensidad de la obligación de investigar depende de “*la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados*”, incluso hasta alcanzar esa obligación, en el algunos casos, el carácter de *ius cogens*.

Que la obligación de investigar pese sobre los Estados significa que los mismos deberán asumirla como un deber jurídico propio, y no como mera gestión de intereses particulares que depende del impulso procesal de la víctima o sus familiares, o de la aportación privada de material probatorio. Esto no implica desconocer el derecho con que la víctima o sus familiares cuentan de pleno acceso y capacidad de actuar en el proceso de investigación y en el juicio correspondiente. Todo lo contrario, dicha participación puede ser incluso fundamental para que las investigaciones de delitos en los que se vean involucrados comunicadores sociales lleguen a buen puerto, pero en ningún caso dicho impulso adicional eximirá al Estado de responsabilidad por la omisión o defectuoso cumplimiento de deberes que le son propios e indelegables.

La falta de investigación seria, real, efectiva y exhaustiva de este tipo de delitos y con ello la no identificación y sanción de todos los responsables, genera impunidad y propicia la repetición de los delitos en cuestión, a la vez que amedrenta a todos aquellos que portan la voz pública, y a la sociedad en general. En este sentido, la impunidad es contraria a la obligación general que los Estados tienen de prevenir las violaciones de los derechos humanos¹¹.

¹⁰ “*Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*”, Corte IDH, 28/1/2009, párr. 283.

¹¹ CIDH, Informe 50/99, 13/4/1999, *Caso 11.739 Héctor Félix Miranda, México*, párr. 26 y 27; CIDH, Informe 130/99, 19/11/1999, *Caso 11.740 Víctor Manuel Opereza, México*, párr. 36 y 37.

Ya la Corte IDH decía en el *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004¹², que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, definida ésta como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables. El Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

Conforme el Estudio Especial sobre Asesinatos de Periodistas realizado y difundido por la Relatoría Especial de la CIDH sobre Libertad de Expresión en 2008, las investigaciones iniciadas por los asesinatos de periodistas y comunicadores sociales (157 muertes violentas ocurridas en 19 países de la región en el período 1995-2005) son, en su gran mayoría, excesivamente lentas y adolecen de serias deficiencias en su desarrollo, no lográndose esclarecer los hechos, ni menos aún arribar a sentencias condenatorias efectivas¹³. Como conclusión, la Relatoría califica a la situación como de “*deplorable cuadro de impunidad*” y en consecuencia recomienda a los Estados miembros de la OEA que otorguen máxima prioridad política a atender y resolver dicha situación, adelantando, *ex officio*, investigaciones imparciales, prontas, serias y diligentes, que produzcan los resultados buscados: el pleno esclarecimiento de los hechos, la identificación de todos los autores, materiales e intelectuales y eventuales encubridores, la captura de los mismos, su enjuiciamiento y su sanción efectiva¹⁴.

Para ello, los Estados deberían previamente remover todos los obstáculos que impiden el normal desarrollo de las investigaciones y fortalecer técnica y profesionalmente las unidades, áreas o dependencias de los órganos o instancias judiciales responsables de investigar por las muertes violentas de periodistas y comunicadores sociales. En este sentido ha sido un ejemplo de adelanto en esta materia la creación, en México, de una Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Cometidos contra Periodistas.

¹² “*Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*”, Corte IDH, 22/11/2004, párr. 126 y ss.

¹³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estudio Especial sobre la Situación de las Investigaciones sobre el Asesinato de Periodistas por motivos que pudieran estar relacionados con la actividad periodística. Período 1995-2005*, OEA/Ser.L/V/II.131 Doc. 35, 8/3/2008, URL: <http://www.cidh.org/relatoria/section/Asesinato%20de%20Periodistas.pdf>, pp. 45 y 51.

¹⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estudio Especial sobre la Situación de las Investigaciones sobre el Asesinato de Periodistas por motivos que pudieran estar relacionados con la actividad periodística. Período 1995-2005*, OEA/Ser.L/V/II.131 Doc. 35, 8/3/2008, URL: <http://www.cidh.org/relatoria/section/Asesinato%20de%20Periodistas.pdf>, pp. 46 y 70.

Por otra parte, es fundamental que en los procedimientos e investigaciones se proteja efectivamente la seguridad de los involucrados (Ej.: testigos, familiares de las víctimas, fiscales, jueces, abogados) y, en el caso de amenazas, agresiones, intimidaciones o atentados contra dichas personas, que haya una pronta y diligente investigación de tales hechos.

Creemos que esta amplia participación, libre de influencias y obstáculos, es pieza fundamental para la determinación procesal de la verdad y la identificación de los autores materiales e intelectuales del hecho investigado. Pero, sobre todo, esta participación es clave en la búsqueda del establecimiento de los móviles de los delitos investigados, para poder así determinar si los mismos se han visto vinculados o no con el ejercicio del periodismo. Una amplia participación de la víctima y sus familiares y un serio aval a la seguridad de los testigos contribuiría, sin dudas, a que la Justicia alcance a cubrir estos casos, muchas veces teñidos de influencias y corrupción, y así disminuir el cuadro de impunidad que la injusticia e indiferencia reinante hasta el momento generan. Por otra parte, sería de importancia también la participación de los medios de comunicación y de las asociaciones de defensores en el seguimiento de las investigaciones.

A su vez, la Relatoría recomienda a los Estados que procuren que las sanciones impuestas, con el pleno respeto de las garantías judiciales, sean proporcionales a la gravedad de los hechos¹⁵.

Cabría preguntarse si dicha adecuación debe darse solo en el marco de determinación y cumplimiento de la pena, o si tal proporcionalidad no debería también plantearse a nivel legislativo, encarándose un serio análisis acerca de la cuestión del móvil vinculado con la actividad periodística en la perpetración de determinados delitos (Ej.: homicidio, lesiones, amenazas, secuestro extorsivo, daños) como agravante de los mismos, dado que se ve afectado, además del bien jurídico que la tipificación de estos delitos por excelencia tutela, el derecho a la libertad de expresión, generando un estado de alarma y temor en otras potenciales víctimas y en la sociedad en general. El reproche al autor de estos delitos, cuando son el medio elegido para acallar a la víctima y a la sociedad en general, es o debería ser mayor, pues no sólo se ve afectado un bien jurídico merecedor de tutela de carácter individual, sino que a la vez se trata de una grave afectación del orden público democrático.

¹⁵ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estudio Especial sobre la Situación de las Investigaciones sobre el Asesinato de Periodistas por motivos que pudieran estar relacionados con la actividad periodística, Período 1995-2005*, OEA/Ser.L/V/II.131 Doc. 35, 8/3/2008, URL: <http://www.cidh.org/relatoria/section/Asesinato%20de%20Periodistas.pdf>, pág. 71.

Finalmente, los Estados tienen el deber de crear condiciones propicias para el ejercicio de la labor periodística, garantizando la integridad física de los comunicadores sociales por medio de la adopción de medidas de protección, en aras de tornarla una actividad segura y libre de presiones y amenazas de cualquier procedencia. Esto debe hacerse aun más riguroso ante especiales condiciones de vulnerabilidad, debiendo acrecentarse la tolerancia y seguridad en relación a las expresiones que se emiten en circunstancias o sobre asuntos que poseen gran relevancia social (Ej.: narcotráfico, corrupción, tráfico de armas, etc.).

En este sentido, la CIDH ha explicado que la falta de protección a los periodistas amenazados, existiendo un riesgo real e inminente conocido por el Estado, podría comprometer la responsabilidad de éste por violación del art. 13 CADH, lo que confirma la existencia de un deber de garantía que pesa sobre los Estados adherentes al Sistema. Por su parte, la Corte IDH, en el *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*, en cuanto a la determinación de dicha responsabilidad, dice que se atenderá a “*las circunstancias particulares del caso y la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato*”¹⁶. En el ámbito del Sistema Europeo, tenemos el caso del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que responsabiliza al Estado turco por no poner los medios necesarios para proteger la seguridad y derecho a la libertad de expresión del periodista Hrant Dink, asesinado en 2007, pese a que éste, frente a las amenazas que había recibido, no había solicitado protección personal.

Es interesante, en lo que a protección del derecho a la libertad de expresión refiere, la tarea preventiva que asume la Corte IDH con la emisión de medidas urgentes y provisionales, tanto en lo que concierne a casos sujetos a su conocimiento, como en otros asuntos que si bien aun no se encuentran sometidos a éste, ha sido la CIDH la que ha requerido dichas medidas.

En diversas hipótesis la Corte ha extendido el alcance subjetivo de estas medidas a personas no individualizadas al momento de emitirla, pero sí identificables conforme a criterios objetivos de apreciación, por su pertenencia o vinculación a un grupo que enfrenta riesgos graves¹⁷.

Por otra parte, este Excelentísimo Tribunal ha ordenado garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en forma que pudiera impedir

¹⁶ “*Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*”, Corte IDH, 28/1/2009, párr. 110.

¹⁷ V.gr. “*Caso de la Comunidad de Paz San José de Apartadó. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia*” Corte IDH, 24/11/2000.

ataques por parte de cualesquiera individuos, sean agentes del Estado o particulares, y en este orden ha mandado, por ejemplo, la adopción de medidas de protección perimetral a la sede de los medios de comunicación en los que laboraban los beneficiarios de dichas medidas¹⁸.

A su vez nos parece interesante la importancia que la Corte IDH le ha concedido, en el *Caso Ríos y otros (RCTV) Vs. Venezuela*, a la inexistencia de llamados públicos que demuestren una firme y categórica condena a todo acto de violencia en contra de periodistas y trabajadores de medios, considerando que *“la conducta apropiada de altas autoridades públicas frente actos de agresión contra periodistas, en razón de su rol de comunicadores en una sociedad democrática, sería la manifestación pública de reprobación de dichos hechos”*¹⁹. Por el contrario, cuando discursos de altos funcionarios públicos crean, o al menos contribuyen a acentuar, situaciones de hostilidad por parte de sectores de la población hacia las personas vinculadas con determinado medio de comunicación, el Estado incurre en una omisión en el deber de prevenir tales hechos. Dice la Corte en este caso que en

...“el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad, y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen”²⁰.

Es deber de los Estados prevenir, investigar y castigar a los responsables del asesinato y otros actos de violencia perpetrados con el objeto de acallar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. La sociedad no puede seguir permaneciendo ajena a esta cuestión que pone en riesgo las condiciones mismas que dan origen, fundamento y continuidad al orden democrático.

No puede haber libertad de prensa si los periodistas ejercen su profesión en un entorno de corrupción, pobreza o temor.

Los Estados, sobre la base de los deberes que han asumido internacionalmente, y a la responsabilidad de la que son pasibles en caso de incumplimiento,

¹⁸ V. gr. *“Asunto de los diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia”. Medidas provisionales respecto de Venezuela”*, Corte IDH, 6/7/2004.

¹⁹ *“Caso Ríos y otros Vs. Venezuela”*, Corte IDH, 28/1/2009, párr. 142.

²⁰ *“Caso Ríos y otros Vs. Venezuela”*, Corte IDH, 28/1/2009, párr. 107.

deben garantizar un ejercicio pleno y efectivo de este derecho, velando por la protección del ejercicio de la profesión periodística, la cual cumple un rol fundamental para el funcionamiento del orden democrático donde el hombre se dignifica y realiza plenamente. Los Estados deben tomar conciencia de que la libertad de expresión es un derecho que requiere una protección amplia, en sus diversas dimensiones.

La conclusión podría resumirse en el título de la campaña iniciada en el año 2009 por la Federación Internacional de Periodistas, la cual llamando la atención hacia esta problemática, señala: *“Para que llegue el mensaje, protejamos al mensajero”*.

ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DEL DELITO DE TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA*

A CRIMINOLOGICAL ANALYSIS OF THE CRIME OF DRUG POSSESSION IN ARGENTINE LEGISLATION

Carolina Sardini**

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. La construcción del delito. IV. Reacción punitiva. V. Imposición de reglas. VI. Conclusiones.

Resumen

Se analiza la tenencia de estupefacientes para consumo personal, conducta calificada como delictiva en la legislación argentina. Los postulados enunciados por las teorías abolicionista y del etiquetamiento, sostienen las argumentaciones vertidas en el análisis criminológico. Se evidencia que el delito es una construcción artificial producto de la interacción de diversos elementos, de la cual surge la incriminación de una conducta en sentido abstracto y los elementos que posibilitan el etiquetamiento de un individuo como delincuente.

El riesgo de la salud pública asociado al delito en cuestión se presenta como superfluo comparado con los peligros que trae aparejado el hecho de elaborar la legislación de un país en base a la moral del grupo social dominante. La incriminación de esta conducta no logra solucionar la problemática tratada: a nivel social no consigue compatibilizar los diversos intereses existentes dentro de la sociedad, y a nivel individual, la pena de prisión, lejos de dar respuesta a la situación de drogadependencia del individuo, lo expone a problemáticas inexistentes hasta entonces. La vigencia de este tipo penal constituye una herramienta de la cual se valen quienes actúan dentro del poder punitivo estatal para violentar el ámbito infranqueable de libertad personal consagrado en nuestra Constitución Nacional.

Palabras clave: Criminología - Poder punitivo - Tenencia de estupefacientes - Reacción social - Libertad personal.

* El presente ensayo es una versión adaptada a los fines de esta publicación del trabajo final evaluatorio concluyente de la Cátedra Libre de Criminología, dictada en la Universidad Nacional de Sur.

** Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

Abstract

Drug possession for personal uses only, a conduct typified as a crime in Argentine legislation, is analyzed in this paper. The argumentations emitted in this criminological analysis are supported by the postulates of both Abolitionist and Labeling theories. It is proved that the crime is an artificial construction, product of the interaction of several elements, from which arise the incrimination of a conduct in an abstract sense, and the elements which make possible the labeling of an individual as a criminal.

It is shown that the risk to public health associated with the crime at issue is superfluous, when compared to the perils entailed in legislating according to the dominant group morality. The criminalization of the conduct does not solve the problem treated; at a social level, it does not harmonize the different interests that exist, and at an individual level, prison does not give an answer to the situation of drug dependency, but exposes the individual to new problems. This crime constitutes a tool used by those who act within the punitive power of the State in order to break into the insurmountable zone of personal freedom established in our National Constitution.

Keywords: *Criminology – Punitive power – Drug possession – Social reaction – Personal freedom.*

I. Introducción

En el presente ensayo se toma como punto de partida el segundo párrafo del art. 14 de la ley 23737¹ referente al delito de tenencia de estupefacientes para consumo, con el fin de analizarlo desde un punto de vista criminológico a partir de la teoría del etiquetamiento de Howard Becker y la teoría abolicionista de Louck Hulsman. Se cuestionará el por qué de este tipo penal, las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a él, el rol que cumplen las instituciones policiales y carcelarias en la actualidad, el papel que los medios masivos de comunicación ocupan a la hora de fomentar el desarrollo o el debate de nuevas reglas sociales y los intereses económicos y políticos que influyen directamente en la configuración de los tipos penales.

II. Antecedentes

Si se analiza la evolución histórica del delito de tenencia de estupefacientes a lo largo de la legislación argentina, se observa que la primera medida norma-

¹ Ley 23.737 Tenencia y tráfico de estupefacientes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11 de Octubre 1989.

tiva referida a esta conducta tuvo lugar mediante la ley 11331² que agregó al art. 204 del Código Penal una norma mediante la cual se reprimía a quienes “no estando autorizados para la venta, tengan en su poder las drogas a que se refiere esta ley y que no justifiquen la razón legítima de su posesión o tenencia”. Distintos fallos plenarios establecieron que el sentido de la ley era claro en no considerar autorizada la tenencia de alcaloides para uso personal ya que ésta constituía un peligro para los bienes que el derecho busca proteger, agregando que no podía considerarse legítimo un vicio que es socialmente disvalioso. En el fallo plenario “*Terán de Ibarra, Asunción*”³ del 12 de julio de 1966, el doctor Quiroga -en concordancia con la postura mayoritaria-sostuvo que la mera tenencia de drogas, aún para consumo personal, constituye un peligro por la tendencia de los toxicómanos a involucrar a otros en el vicio, y lo que se está protegiendo en este caso es un bien jurídico -la salud pública- que debe estar por encima del interés particular del individuo.

A pesar de estos argumentos a favor de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en el año 1968, la ley 17567⁴ derogó la norma introducida por la ley 11331, agregando al Código Penal un original artículo 204, en cuyo inc. 3º se reprimía al “*que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que exceden las que corresponden al uso personal, sustancias estupefacientes...*”. En la exposición de motivos, se declaraba que la tenencia de estas sustancias no constituía un delito cuando podía deducirse que indudablemente la dosis era para consumo personal.

Esta última ley fue declarada ineficaz volviendo a operar el régimen anterior, hasta que en 1974 se dictó la ley 20771⁵ que criminalizaba nuevamente y de manera expresa esta conducta.

El 11 de octubre de 1989 se sancionó la ley 23737⁶, que es la que rige actualmente. Su art. 14 establece:

“Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

² Ley 11331, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 13 de Agosto de 1926.

³ “Cámara Criminal de la Capital Federal, 12/7/66, Terán de Ibarra, Asunción”, Voto del doctor Quiroga.

⁴ Ley 17567, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12 de enero de 1968.

⁵ Ley 20771, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09 de octubre de 1974.

⁶ Ley 23737 Tenencia y tráfico de estupefacientes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11 de Octubre 1989.

Lo que pretendo poner de relieve con la breve reseña histórica presentada acerca de la incriminación de esta conducta es que, como dice Hulsman, el delito es una noción artificial. El concepto de infracción es relativo y varía en el tiempo (dentro de una misma legislación) y en el espacio -basta observar la legislación comparada donde esta conducta no es delictiva-. Países como Uruguay⁷ e Italia⁸ han despenalizado la tenencia de cierto tipo de estupefacientes para consumo personal; y otros, como Holanda, penalizan esta conducta pero permiten la venta de estupefacientes en ciertos lugares especiales como los “*coffe shops*”.

El hecho de que una conducta sea definida como delito resulta de una decisión institucional que no permanece invariable. Es la ley la que crea al crimen, es el poder político el que actúa incriminando, no solamente conductas determinadas sino también personas, a las cuales se las calificará posteriormente como delinquentes. La incriminación que los políticos hacen en un plano abstracto tiene consecuencias, para ellos inimaginables, en la realidad de los incriminados. Las condenas privativas de la libertad impuestas por los jueces son consideradas como actos meramente burocráticos que otros ejecutarán, privando al magistrado de toda proximidad humana.

III. La construcción del delito

Para que una conducta llegue a ser calificada como desviada hay todo un proceso previo que es lo que aquí interesa analizar. Las causas de la cristalización normativa de estas conductas no deben ser buscadas en el último eslabón, como podría ser la actividad legislativa o judicial, sino que el análisis debe ser más profundo.

La teoría desarrollada por Becker⁹ en su libro *Los Extraños. Sociología de la desviación* es una herramienta formidable de la cual se puede partir para explicar y comprender el camino hacia la construcción del delito. Este sociólogo norteamericano no pretende buscar cuáles son las causas de la conducta desviada, sino que procura centrar su estudio en las formas de control y de inte-

⁷ Ley 17.016 Estupefacientes, Boletín oficial de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 7 de octubre de 1998.

⁸ Ley 162, GazzettaUfficiale, Italia, Roma, 26 de junio de 1990.

⁹ BECKER, HOWARD, *Los extraños sociología de la desviación*, Tiempo Contemporáneo S.A, Buenos Aires, 1971, pp. 1- 45 y 113-162.

¹⁰ BECKER, HOWARD, *ibíd.* p.21.

racción social mediante las cuales se definen a ciertos individuos como desviados. Considera que la desviación no es una cualidad que esté presente en la conducta misma, sino que surge a partir de la interacción entre la persona que comete el acto y aquellos que actúan ante el mismo. Esta reacción ante una determinada conducta, no solamente es importante a la hora del castigo una vez que ésta ya ha sido calificada como desviada, sino que va a ser también un elemento central al momento en el cual un individuo (el “cruzado reformador”) encuentre algún mal que pretenda corregir y tome la iniciativa para hacerlo, es decir, reaccione ante una determinada conducta que considere socialmente disvaliosa. Este individuo, si logra cumplir con su meta ética, creará una nueva regla o conjunto de reglas que darán lugar a una nueva clase de marginados.

Con su objetivo principal cumplido, a la hora de la realización específica del proyecto, el cruzado moral requerirá ayuda de distintos profesionales, así como la creación de un nuevo conjunto de entidades y funcionarios destinados a su imposición, abriendo el camino a influencias no previstas que podrían tener consecuencias no deseadas por el mismo impulsor de la creación de la norma. Estos nuevos actores van a ser los encargados de la imposición de la regla a personas individuales, volviéndose la desviación el resultado de una segunda iniciativa más particular y restringida

Becker dice que *“el que un acto sea desviado depende, entonces, de cómo reaccionan las otras personas ante el mismo”*¹⁰, y esta reacción varía con el tiempo y depende de quién lo comete y de quién se ha sentido ofendido. Vimos que en nuestra legislación ha variado la reacción ante el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal y que, aunque no ha logrado tener vigencia plena, se ha despenalizado en un momento de nuestra historia. Esto indica que la reacción social ante la misma conducta no fue siempre la misma, y que su incriminación se corresponde con una determinada concepción que la sociedad tiene sobre esa conducta en un determinado momento; y también de los intereses y características de los grupos creadores de normas. Si una conducta deja de ser delito en un momento es porque podemos afirmar que en ella no hay ningún componente natural que la vuelva indeseable, sino que su calificación como delito y la consiguiente calificación del actor como delincuente es producto del etiquetamiento social.

Las reglas sociales son creación de grupos sociales específicos distintos del conjunto de individuos que resultan etiquetados y con los cuales entrarán en conflicto. Una situación dada puede ser considerada como delito por un gru-

¹⁰ *Ibid.*

po y como algo totalmente natural por otro, y este último grupo considerará extrañas no sólo a las reglas en cuya creación no ha intervenido sino también, a aquellas personas que están encargadas de imponérselas. Esta situación de contradicción es claramente observable cuando se trata de consumidores de *Cannabis sativa*.

En el proceso dinámico de creación de reglas el poder, tanto político como económico, y el control de los medios masivos de comunicación son elementos centrales. El grupo social que posee estos instrumentos de dominación es el que finalmente logra imponerse y quien crea las pautas de lo que es considerada la “normalidad” y la “desviación”. Sin embargo, es interesante observar cómo, en el caso de la figura estudiada, el grupo social etiquetado es cada vez mirado con menos desprecio y se va abriendo camino hacia los factores de poder mencionados. La etiqueta de drogadicto para el consumidor de marihuana está siendo cuestionada, lo que conlleva a que también su calificación como delincuente sea cuestionada.

En este proceso de cambio de concepción y de discusión legislativa, el papel de los medios masivos de comunicación es fundamental. Para que la cuestión de despenalización sea tratada en el ámbito legislativo y social, primero se debe llegar a los medios. Las organizaciones que bregan por la discriminación de esta conducta siempre han existido, pero pocos tenían conocimiento de su existencia hasta que sus representantes obtuvieron unos minutos de aire o unas líneas en los periódicos más importantes del país. El hecho que el tema sea abarcado de esta manera permitió forjar el debate con alcance a toda la sociedad, generando posturas a favor y en contra, incluso entre los individuos que no llevan adelante prácticas de cultivo o consumo de marihuana. De este modo, se reavivó el interés por esta cuestión, no sólo el de los espectadores comunes, sino también de funcionarios públicos que pueden modificar esta circunstancia mediante la presentación de proyectos legislativos. Este momento de explosión mediática debe ser aprovechado por los actuales “desviados” para impulsar el cambio. Seguramente el poder no cambie de manos y siga centralizado en aquel grupo social que logra controlar sus impulsos y llevar a cabo una vida respetable dentro de los parámetros éticos convencionales. La desincriminación de esta conducta permitiría a los “desviados” huir de las garras del principal sistema de coacción social y de las terribles consecuencias que trae aparejada la calificación como delincuente para el desenvolvimiento en la vida cotidiana, incluso en los casos en los que no se llega a la imposición de penas privativas de la libertad.

Esta no es una consecuencia menor. Las modernas sociedades de riesgo parecen haber olvidado el principio que establece que el derecho penal ha de ser la *última ratio*, es decir, aquel recurso que será utilizado solamente cuando hayan fracasado todas las formas de control, tanto formales como informales, que posee la sociedad. El derecho penal es utilizado en las modernas sociedades de riesgo como *prima ratio* frente a los conflictos sociales. Se emplea el recurso punitivo para prevenir o responder a determinados comportamientos sin examinar siquiera cuán eficiente y necesario pueda ser éste y dejando de lado también, las consecuencias que se siguen de la aplicación de penas privativas de la libertad. La reacción penal del Estado ante el acto de consumo personal de estupefacientes refleja la deformación que en nuestra sociedad, ha sufrido el principio de *ultima ratio*. De acuerdo con esta línea de análisis, la aplicación de una pena privativa de la libertad para esta clase de delitos escapa del principio de proporcionalidad que rige todo el derecho público y no logra ni prevenir ni resarcir el acto delictivo.

IV. Reacción punitiva

La reacción del Estado frente a la conducta de tenencia de estupefacientes para consumo personal se materializa actualmente en la posibilidad del dictado de una sentencia de prisión que, de acuerdo con el segundo párrafo del art 14 de la ley 27737¹¹, puede abarcar de un mes a dos años.

Debemos tener en cuenta que la prisión como castigo surge recientemente en nuestra historia (siglo XIX) con el fin de reemplazar a los tormentos corporales por una forma menos violenta y más adecuada para el castigo del delincuente¹². En la actualidad predomina la idea de que la finalidad de la pena privativa de la libertad es la resocialización y reeducación del delincuente, aspirando a la formación de un individuo que no vuelva a delinquir, es decir, que no vuelva a transitar por el camino equivocado.

La prisión como institución puede ser cuestionada en forma general y abstracta, poniendo en duda su capacidad de respuesta para cualquier clase de conducta delictiva. En este ensayo analizaré puntualmente si la prisión es la respuesta adecuada para el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

¹¹ Ley 23737 Tenencia y tráfico de estupefacientes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11 de Octubre 1989.

¹² SIERRA, HUGO M., CANTARO, ALEJANDRO S., *Lecciones de derecho penal*, Tercera Edición, Ediuns, Bahía Blanca, 2009, p. 55.

Es sabido por los integrantes de la sociedad que las personas que cultivan un número reducido de plantas de marihuana con la finalidad de autoabastecerse o que tienen en su poder pequeñas cantidades de esta sustancia para consumo personal, son capaces de llevar una vida “normal” (formar una familia, tener un trabajo, participar en diversas relaciones sociales, etc.) sin mayores incidentes. Si partimos de la base de considerar a la pena como mecanismo de resocialización, en casos como éste pareciera que no es necesario utilizar la mayor fuerza punitiva del estado, ni ninguna otra, para obtener esa finalidad, ya que los imputados muchas veces son individuos que no necesitan ser re-socializados. Pero difícil es escaparle a una condena si dentro de las leyes que integran nuestro sistema penal encontramos tipificada esta conducta. No hay impedimento alguno para que se inicie un proceso penal si es posible subsumir la conducta del agente dentro del tipo especificado en la ley 27337¹³.

Si la única falencia o desviación delictiva del acusado es tener marihuana para consumo personal y el Estado pretende intervenir en este caso pues considera al imputado como un agente que lesiona la salud pública incitando al consumo de otros, lo que se debería buscar, según mi entender, es apartar a ese individuo del “vicio” del cual es presa y que constituye un peligro para los demás. Además, se debe tener en cuenta que las instituciones carcelarias no están exentas de drogas, circunstancia de público conocimiento. En las unidades penitenciarias la droga es moneda corriente, exponiendo al condenado no sólo al consumo de marihuana, sino también de otras drogas calificadas como duras, con lo que se le estaría facilitando la posibilidad de experimentar con nuevos narcóticos dentro de la institución que pretende resguardarlos de ellos. El tratamiento médico o psicológico para el control de adicciones parecería un remedio mucho más lógico que la imposición de prisión. Este tratamiento debería ser voluntario sin obligar al consumidor a someterse al mismo so riesgo de lesionar su libertad personal.

Las sentencias dictadas en este tipo de procesos recaen sobre individuos de quienes no se ha podido probar que constituyan un factor de propagación del consumo de estupefacientes o que representan un peligro para la seguridad y el bienestar general perturbando la ética colectiva. No se ha comprobado que los consumidores de marihuana sean individuos que llevan a cabo acciones antisociales o que constituyan un eslabón fundamental en la cadena del narcotráfico, o cualquier otro de los argumentos esgrimidos por los defensores de la tipificación de esta conducta. Si no se logra probar cuál es la consecuencia disvaliosa que en

¹³ Ley 23737 Tenencia y tráfico de estupefacientes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11 de Octubre 1989.

el caso concreto, y no en un plano abstracto de incriminación legal, se deriva de esta conducta, o cuál es la desviación que comete el consumidor, ¿con qué justificativos podría el Estado entrometerse en el ámbito de privacidad garantizado por nuestra norma fundamental en su artículo 19? ¿De qué manera el consumo personal de marihuana lesiona la salud pública y perjudica a terceros? ¿Qué respuesta es capaz de dar la prisión ante esta situación?

Carlos S. Nino nos dice:

“Es posible que la percepción de los daños individuales y sociales que el consumo de estupefacientes genera no sea la única razón por la cual él es valorado negativamente por la moralidad media. Aún frente a un caso hipotético en que, por las características de la droga consumida o por las circunstancias en las que se la consume, estuviéramos relativamente seguros de que el drogadicto no está expuesto a daños físicos serios o a perturbaciones psíquicas desagradables para él, y que su adicción no tiene consecuencias nocivas para otra gente o para la sociedad en conjunto, de cualquier modo su hábito de consumir drogas sería considerado disvalioso y reprochable por la opinión moral prevaleciente en el medio social. Se juzga la drogadicción independientemente de sus efectos nocivos como un hábito degradante que manifiesta un carácter moral defectuoso.”¹⁴

Este carácter moral defectuoso del que habla Nino es determinado por la moral prevaleciente en el medio social. Moral prevaleciente y reacción social son elementos que cumplen un rol fundamental en el proceso creador de normas. Retomando la teoría del etiquetamiento de Becker¹⁵, podemos concluir que: cuando un hecho es considerado disvalioso por el grupo que detenta el poder, se procederá a la creación de reglas que castiguen su realización y se tratará de justificar su imposición apelando a valores superiores a los que, se supone, la sociedad aspira en su conjunto o por lo menos debiera aspirar. Aún en el caso de que la conducta no lesione concretamente el bien jurídico salud pública, ella sería calificada como delictiva por no ajustarse a los patrones éticos del grupo dominante que no tolera las diferencias, y que las convierte en características típicas que determinan a los grupos sociales marginados.

Como consecuencia de este nuevo conjunto de reglas y grupo de desviados, se torna imprescindible la actuación de los individuos encargados de impo-

¹⁴ NINO, CARLOS S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, *La Ley* -1979-D-743/758, p. 19 y ss.

¹⁵ BECKER, HOWARD, *op.cit.*, pp. 1-45 y 113-162.

nerlas, la cruzada moral se institucionaliza y el resultado de este proceso es la actuación policial.

V. Imposición de reglas

El rol del impositor será fundamental en el proceso de selección de individuos a los cuales se les aplicará la regla, ya que es imposible enfrentar inmediatamente todos los casos de infracción de los que tiene noticia. El rol del agente policial es otro eslabón primordial en la cadena del etiquetamiento como delincuente. Según Becker¹⁶, el que una persona sea catalogada como desviada va a depender de muchos otros factores ajenos a su conducta real. Entre estos factores toma especial relevancia la necesidad que tiene el impositor de justificar su rol, demostrando que el problema existe realmente y que sus intentos para controlarlos son efectivos y valederos. La falta de respeto hacia el impositor de la regla también es un acto que puede traer como consecuencia ser catalogado como desviado, pues para mantener la sensación de seguridad en su actividad es necesario que las personas a quienes se impone lo respeten.

Pareciera que encontramos en el sistema policial una maquinaria encargada de funcionar automáticamente de acuerdo a reglas preestablecidas. Raramente los agentes policiales se cuestionarán la validez o utilidad del castigo hacia ciertos comportamientos. Sólo se limitarán a aprehender a aquellas personas con conductas que en un momento dado son calificadas como delito y que legitiman su existencia, volviéndose su actividad objetiva e impersonal y constituyendo el delito el elemento central que justifica su labor policial.

Para lograr el cumplimiento de su deber de forma satisfactoria, estos funcionarios deben imponer respeto a las personas a las que castigan de manera tal que no les resulte dificultoso llevar adelante su trabajo y así justificar su cargo. Si bien el funcionario policial es una figura respetable debido al rol que cumple en la sociedad, considerado intrínsecamente valioso, muchas veces se ha cuestionado el proceder de los agentes de esta institución así como su capacidad para combatir el crimen. Parte de esta deslegitimación del rol policial proviene de la utilización por parte de estos agentes de medios ilegales, ya sea para imponer respeto a los reticentes o por el solo hecho de considerar a los internos como individuos inferiores que merecen ser castigados quitándoles todo rasgo de dignidad humana. Las vejaciones que sufren los internos durante el cumplimiento de su condena

¹⁶ BECKER, HOWARD, *Los extraños sociología de la desviación*, 1971, Tiempo Contemporáneo S.A, Buenos Aires, pp. 144 y ss.

se encuentran justificadas por el más mínimo desacato a la autoridad. En estos casos, el encierro no solamente priva al imputado de su libertad ambulatoria, sino que se convierte en una violación constante de los Derechos Humanos cuya consagración y protección tienen jerarquía constitucional.

Si a la ineficacia intrínseca del castigo de prisión le agregamos el sometimiento a torturas denigrantes, la pena, que es un mal en sí mismo, se vuelve un mal superior aumentando los comportamientos y sentimientos disvaliosos, y de ninguna manera da como resultado la neutralización del delito o resocialización del supuesto delincuente. Como dice Hulsman¹⁷, la prisión, en estos casos, se vuelve un sufrimiento estéril.

La existencia de esta figura penal se ve justificada al presentarse como una herramienta efectiva para combatir un tipo de delincuencia organizada con ramificaciones internacionales, que está asociada con hechos de corrupción, violencia y otras actividades ilícitas: el narcotráfico. La restricción a la libertad de las personas para elegir y desarrollar sus planes de vida sin interferencia de órganos estatales puede parecer superflua si se presenta como un “mal necesario” para la implementación de mecanismos que busquen una finalidad socialmente más importante como lo es la lucha contra las redes organizadas de narcotráfico. Si bien es verdad que en toda operación comercial realizada por estas organizaciones deben necesariamente existir dos partes: el que compra y el que vende, afirmar que penalizando la conducta de este último se acabaría con el narcotráfico parece ser una conclusión demasiado apresurada.

Tras el loable fin de la lucha contra el narcotráfico y de los esfuerzos tendientes a neutralizar este flagelo que tiene repercusiones mundiales, es posible que nos veamos seducidos a permitir y considerar como válido que el Estado penetre de alguna manera dentro del ámbito de la vida privada prohibiendo este comportamiento específico. Como se destacó más arriba en este ensayo, generalmente el grupo creador de reglas en una sociedad tiene en sus manos el control o el acceso a los medios masivos de comunicación y mediante ellos es capaz de expresar los argumentos a favor de la incriminación de una determinada conducta. La repetición de la necesidad de combatir un mal (drogadicción, narcotráfico, lesión a la salud pública, etc.) se vuelve parte del sentimiento general de la sociedad y legitima así la utilización del aparato penal para luchar contra estos males.

¹⁷ HULSMAN, LOUCK, BERNAT DE CELIS, JAQUELINE, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, 1era Ed., Ariel, Barcelona, 1984, p. 50.

Es necesario combatir las nuevas formas de criminalidad que la sociedad moderna nos presenta y que se han convertido en problemáticas contra las cuales lucha la comunidad internacional en su conjunto, como es el caso del narcotráfico. No es correcto quitar importancia a la drogadicción como una conducta que afecta no solo física sino también psíquicamente a quien se ve esclavizado por el consumo de determinadas sustancias nocivas para la salud. Sin embargo este estudio procura enfocar el problema desde otra óptica, considerando a las drogas como sustancias existentes en la sociedad con las cuales algunas personas tienen determinados problemas del mismo modo que otras lo tienen con el alcohol y con el tabaco. La incriminación de esta conducta no se presenta como la solución adecuada sino que es preciso abordar el tema de otra manera, buscar otros mecanismos con los cuales los usuarios (abandonando el calificativo “delinquentes”) se sientan cómodos, dejando de lado el pesado aparato opresivo del Estado y dando lugar a nuevas formas de solución que han sido olvidadas al disponer del castigo como la primera y única respuesta ante esta problemática.

VI. Conclusiones

Es necesario estar atentos cuando nos seducen las ideas de los creadores de reglas. Tendemos a darle gran importancia a los fines que sus impulsores dicen perseguir, sin reflexionar acerca de los medios que se utilizarán para alcanzarlos. Se ha recurrido a la teoría del etiquetamiento y a algunos conceptos tomados de la teoría abolicionista a fin de poner de manifiesto el desarrollo del proceso de formación de reglas en nuestra sociedad y analizar cuáles son las consecuencias que se siguen de la incriminación de una conducta. Tal vez, si tenemos presente las consecuencias, nos preguntemos más profundamente si es adecuado y necesario ante situaciones como las analizadas, poner en funcionamiento el aparato coercitivo del Estado. A lo largo de la historia y mediante diversos mecanismos se ha logrado limitar el poder estatal.

Nuestra Constitución Nacional reconoce en su artículo 19 un ámbito infranqueable de libertad personal que puede verse violentado ante la penalización de conductas que no lesionan gravemente bienes legítimos de terceros, como lo es la tenencia de estupefacientes para consumo personal. La justificación del castigo de este comportamiento puede generar nuevas intromisiones en la vida de los individuos, las cuales conducirían a desnaturalizar los fines perseguidos por el Estado de Derecho y consagrados en nuestra Constitución Nacional.

LA REPRESENTATIVIDAD EN LOS CONCEJOS DELIBERANTES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES* *REPRESENTATIVITY IN THE CITY COUNCILS OF BUENOS AIRES PROVINCE*

Leonardo A. Urruti**

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. La problemática en Argentina. IV. Régimen electoral en Argentina. V. El régimen electoral en los municipios bonaerenses. Problemas de representación. VI. Funcionamiento real del sistema de cuociente con respecto a la representatividad de los integrantes de los Concejos Deliberantes. VI.a. ¿Cómo funciona el sistema de cuociente?. VI.b. El sistema D'Hondt. VII. El efecto arrastre. VIII. Listas sábana a nivel municipal. VI. Conclusiones.

Resumen

El presente trabajo plantea el estudio de la representatividad en los Concejos Deliberantes de la provincia de Buenos Aires, a través de la evaluación de las categorías de análisis demarcadas por las instituciones republicanas. Se analiza el la dimensión formal de la representación buscando evaluar el grado de proporcionalidad en el reparto de bancas respecto de los diversos sectores, teniendo en miras los caracteres de los sistemas mayoritarios y proporcionales, y particularmente, se considera el desarrollo de un efecto arrastre entre candidatos nacionales y provinciales respecto de los comunales. Por último, se evalúa la cuestión de las listas sábana a nivel municipal, planteando en cada caso medidas de decisión política que proponen mejoras relativas evaluadas desde un realismo político.

Palabras clave: Representatividad- Sistemas electorales- Sistemas mayoritarios- Sistemas proporcionales- Efecto arrastre- Elecciones simultaneas- Listas sábana.

*Adaptación sintética de la monografía presentada para el “3er Concurso de Pensamiento Parlamentario- Las Legislaturas Provinciales y Locales: Su rol en el inicio del Bicentenario Argentino” organizado por el Circulo de Legisladores del Congreso de la Nación (CLNA) a través del Instituto de Estudios Estratégicos y Relaciones Internacionales (I.E.E.R.I). El trabajo que le precede ha resultado galardonado con el tercer premio de tal competencia.

**Estudiante de la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Sur (UNS). Director de la Revista de Derecho UNS. Investigador del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) a través de la Beca de Estimulo a las Vocaciones Científicas 2011. Beca de Estimulo al Estudio 2012 (UNS). Miembro titular de la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional del Sur por el claustro de alumnos, período 2011-2012.

Abstract

The current paper proposes the study of representativity in the city councils of the province of Buenos Aires, by evaluating the categories of analysis set by republican institutions. It is analyzed the formal dimension of representation, seeking to evaluate the level of proportionality in the distribution of seats between the different sectors, having in mind the characters of majoritarian and proportional systems. It is particularly considered the development of a pulling effect of national and provincial candidates on local candidates. At last, it is evaluated the issue of “sheet lists” in local level, proposing in each case measures of political decision to make improvements from a realpolitik point of view.

Keywords: *Representativity – Electoral systems – Majoritarian systems – Proportional systems – Pulling effect – Simultaneous elections – “Sheet lists”.*

“El mayor castigo para quienes no se interesan por la política es que serán gobernados por personas que sí se interesan.”

Arnold J. Toynbee¹

I. Introducción

Desde la perspectiva del realismo político², se pretende en este trabajo analizar sucintamente la configuración del régimen parlamentario municipal en relación a su grado de representatividad³, analizando sus debilidades –si es que hay tales– y proponiendo medidas que brinden soluciones concretas atendiendo a su factibilidad.

Se abordará metódicamente la regulación del sistema electoral mediante el cual se escogen los representantes del pueblo, enunciando el marco general nacional, pero fijando la atención en los parlamentos locales. Finalmente, se ensayarán conclusiones comprensivas de las categorías de análisis planteadas perfilando senderos a seguir.

¹ (1889-1975) Historiador inglés.

² Realismo político, proviene de la castellanización de la *realpolitik*, término utilizado por el escritor alemán Ludwig von Rochau en 1853, al criticar la falta de realismo en la política instrumentada por los liberales germanos durante el proceso revolucionario de 1848-1849.

³ Respecto del concepto de representatividad véase FAYT, CARLOS S., *Derecho Político*, t.II., 10ª ed. Depalma, Buenos Aires, 2008, pp.241-263.

Esta presentación concluye señalando que no se pretende aquí abordar de manera exhaustiva la problemática, pero sí, destacar su trascendencia, plantear interrogantes y orientar la contemplación de un tema que amerita tratamiento prioritario.

II. Antecedentes

El estudio de la representatividad⁴ como tejido conectivo entre la soberanía popular y el gobierno representativo, es tan antiguo como las propias repúblicas. Sin embargo, las civilizaciones antiguas no contaron con la realidad de las sociedades de masas, e inmensas conglomeraciones demográficas de la actualidad, por lo que sus métodos no pueden trasladarse.

La noción misma de representatividad ha resultado negada y fuertemente criticada por diversos teóricos. Existen quienes han afirmado que el parlamentarismo resulta una forma ineficaz -a la hora de adoptar decisiones- prolongando el debate indefinidamente. Se ha propiciado que los parlamentarios no representan al pueblo, o a la Nación, sino a los partidos políticos. Que las decisiones no se adoptan por medio del debate y la búsqueda de la verdad, sino por medio de acuerdos entre partidos. Por su parte, se señala que las elecciones no conducen a la elección de los mejores líderes, sino, quizás, lo contrario.⁵

Todas estas críticas a la cuestión de la representatividad, no obstan que la forma de gobierno republicana y sus instituciones, en el marco de un Estado de Derecho, se muestren como las más legítimas para el colectivo social. Es por ello, que lejos de abordar si existe o no tal representatividad, se adopta como presupuesto general que la República Representativa se constituye en el objetivo al que se debe aspirar.

⁴ Señala Giovanni Sartori, que la representación comprende dos dimensiones fundamentales; por un lado, la denominada *dimensión de reproducción*, que se vincula con los caracteres de semejanza y de pertenencia, y determina el grado de *representatividad* de los gobernantes. Habrá representatividad, cuando los electores se “sientan representados” y el que represente se “sienta representante”. Se comprende como una interpretación psico-social basada en la pertenencia, el intuitivo estado de “sentirse representado” se corresponde con aquellas características del representante que lo vuelven semejante a los representados, un “se parece a nosotros”, tiene el mismo origen, lo cual permite entender que juega para el mismo equipo. (SARTORI, GIOVANNI, *La teoría de la representación del Estado Moderno*, Ed. Revista Brasileira de Estudios Políticos, 1962, Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais).

⁵SCHMITT, CARL, *Sobre el Parlamentarismo*, disponible en <http://www.iestudiospenales.com.ar/filosofia/-/423-sobre-el-parlamentarismo.html> (Documento Digital, pp.17 y ss.)

III. La problemática en la Argentina

La crisis de la representatividad en la Argentina, marcada por el descontento generalizado con la clase política dirigente, encontró una eclosión patente en el trance del año 2001, pero su existencia se remonta muchos años antes, y perdura en nuestros días. A pesar de ello, no se perfila un tratamiento serio de la cuestión para lograr el mentado acercamiento social entre el cuerpo electoral y los representantes. En cuanto a tal acercamiento, el papel de los Concejos Deliberantes es destacable. Se constituyen en el ámbito más cercano entre el ciudadano simple y la vida política activa, sin olvidar, que estas *consociaciones*⁶ de primer nivel en orden de amplitud, se constituyen en la cantera de formación de los líderes nacionales del mañana.

IV. Régimen electoral en la Argentina

El régimen electoral argentino destaca una pluralidad inconsistente de sistemas electorales. Por un lado el sistema para la elección de las autoridades federales, con base en las facultades delegadas por las provincias y expresamente regulado por la Constitución Nacional, y en razón de la forma federal de organización del Estado, por el otro, los sistemas locales que se corresponden con las facultades reservadas de las provincias para designar sus propias autoridades.

Como bien destaca Delia M. Ferreira Rubio, esto brinda como resultado veinticuatro métodos para elegir al Poder Ejecutivo: uno por cada provincia y otro por la ciudad autónoma de Buenos Aires. Debe sumarse, además, que para la elección de legisladores provinciales, en las provincias que mantienen el sistema bicameral, cada una de las Cámaras de la Legislatura tiene, en ocasiones, un sistema electoral propio. El sistema unicameral adoptado en la actualidad por la mayoría de los distritos no significa la aplicación de un solo sistema electoral. Por el contrario, en varios de esos distritos la elección de los legisladores se hace por dos sistemas distintos a pesar de que todos integren el mismo cuerpo.⁷

⁶ Nos referimos con “Consociaciones” a una multitud de asociaciones primarias: autónomas, naturales e institucionales, como familias y matrimonios, comunidades civiles, ciudades y provincias, etc. El municipio conforma una consociación reducida, comparativamente a una provincia, un Estado o una Región. Para profundizar sobre la terminología y su relación con el concepto de soberanía véase BENOIST, ALAIN DE, *¿Qué es soberanía?*, en MONTEZANTI, NESTOR L., (compilador) *Estudios sobre Política*, EdiUNS, Bahía Blanca, 2009, pp.49-61.

⁷ FERREIRA RUBIO, DELIA M., “Los sistemas electorales en las Provincias”, disponible en: www.fundacionrrojas.org.ar/.../FERREIRA%20DE%20RUBIO.doc, (Documento Digital, p.1).

Para tornar más diverso el ambiente, en algunas provincias, como correlato del reconocimiento de la autonomía municipal⁸, coexisten diversos sistemas electorales para elegir autoridades municipales, ya que se otorga en algunos municipios la posibilidad de fijar sus propias reglas de juego electoral. De ello se deriva que la Argentina posea una de las organizaciones electorales más complejas del mundo, disponiendo más de sesenta combinaciones de sistemas.

V. El régimen electoral en los municipios bonaerenses. Problemas de representación⁹

La provincia de Buenos Aires reglamenta su régimen electoral local a partir de la Ley 5109¹⁰. Se encuentra dividida en 134 municipios, cada uno de los cuales se constituye en un distrito electoral para las elecciones¹¹.

Cada municipio encuentra una administración a cargo de un departamento ejecutivo unipersonal, denominado intendente, y un departamento deliberativo, Honorable Concejo Deliberante, compuesto por un número que oscila entre seis y veinticuatro miembros en proporción a la población de cada localidad, permaneciendo cuatro años en sus funciones, y renovándose cada dos años por mitad, elegidos en el mismo acto en que se eligen senadores y diputados provinciales.¹²

⁸ El art. 5 de la Constitución Nacional faculta a cada provincia a dictar su propia constitución bajo el cumplimiento de varias precauciones, entre ellas: que no se aparte del sistema representativo y republicano, guarde conformidad con la parte dogmática de la Constitución Nacional, asegure la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria. A su vez, el art. 123, incorporado con la reforma del año 1994 dispone: "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero." Esta autonomía no ha sido contemplada aún por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que se encuentra en un claro desencuentro con la Ley Suprema de la Nación.

⁹ Para profundizar sobre otros aspectos de la problemática véase DIÉGUEZ, GONZALO, "Distorsiones en la representación política de la provincia de Buenos Aires. Una reseña en perspectiva crítica sobre la agenda institucional de reforma política bonaerense" Ponencia presentada en el VII Congreso Chileno de Ciencia Política, Universidad Católica de Chile, noviembre de 2006, disponible en http://www.rlcu.org.ar/revista/numeros/05-09-October-2007/documentos/gonzalo_dieguez.pdf.

¹⁰ Bajo el denominativo de "Ley Electoral de la Provincia de Buenos Aires" Ley 5109 – con texto ordenado por Decreto 997/93, con las modificaciones posteriores introducidas por las leyes 11.480, 11.551, 11.584, 11.610, 11.733, 11.833 y 12.312.

¹¹ Art. 11: Para las elecciones de concejales y consejeros escolares, cada uno de los partidos en que se divide la provincia, constituye un distrito electoral.

¹² Conf. El art. 190 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires el cual reza: "La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia,

Cabe señalar que la provincia fue uno de los primeros estados en el mundo en incluir en su propio texto constitucional, desde 1873¹³, el criterio de la proporcionalidad. El actual art. 60 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires establece

“La proporcionalidad de la representación será la regla en todas las elecciones populares, a fin de dar a cada opinión un número de representantes proporcional al número de sus adherentes, según el sistema que para la aplicación de este principio determine la ley”.

No obstante ello, las leyes reguladas por la Legislatura Provincial han venido a contrariar este principio, modificando las reglas de reparto del sistema de Hare, conocido como sistema de cociente, y junto con ello, se llevaron la mentada proporcionalidad dispuesta constitucionalmente.

V. I. Funcionamiento real del sistema de cociente con respecto a la representatividad de los integrantes de los Concejos Deliberantes.

La primera cuestión que corresponde evaluar a la hora de abordar la representatividad en el marco municipal, está dada por el sistema electoral adoptado a nivel provincial, este es reglamentado por la Ley Electoral 5109, en el art. 109¹⁴ y es el sistema del cociente. Este sistema está encuadrado dentro de la categoría de los sistemas proporcionales.

estará a cargo de una municipalidad, compuesta por un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro, durarán cuatro años en sus funciones, renovándose cada dos años por mitad y serán elegidos en el mismo acto que se elijan los senadores y diputados, en la forma que determine la ley.”

¹³ VARANI, JAVIER E., “La Imprescindible Reforma de la Ilegítima Ley Electoral Bonaerense. El Caso de la Integración de los Concejos Deliberantes.” Disponible en http://www.quieroeligir.com/varani_imprescindiblereforma.pdf (Documento Digital, p.2).

¹⁴ El art. 109, reglamenta el sistema del cociente de la siguiente manera “*Hecha la suma general de los votos computados de cada Sección o Distrito Electoral y las del número de sufragios que haya obtenido cada una de las boletas de los partidos o candidatos, clasificando éstas según la denominación con que fueron oficializadas, la Junta Electoral procederá del modo y en el orden siguiente:*

a) *Dividirá el número total de sufragios por el número de candidatos que corresponde elegir, según la convocatoria. El cociente de esta operación será el cociente electoral;*

b) *Dividirá por el cociente electoral el número de votos obtenidos por cada lista, los nuevos cocientes indicarán los números de candidatos que resulten electos en cada lista.*

Las listas cuyos votos no alcancen el cociente carecerán de representación;

c) *Si la suma de todos los cocientes no alcanzase el número total de representantes que comprenden la convocatoria, se adjudicará un candidato más a cada una de las listas cuya división por el cociente electoral haya arrojado mayor residuo, hasta completar la representación con los candidatos de la lista que obtuvo mayor número de sufragios en la elección. En caso de residuos iguales, se adjudicará el candidato al partido que hubiere obtenido mayoría de sufragios”.*

a- ¿Cómo funciona el sistema de cociente?

El sistema del “*cuociente natural*” es también conocido como “*Cociente de Hare*”, en honor a su creador Thomas Hare. Lo propuso en su obra “*La Maquinaria de la Representación*”, publicada en 1857. Funciona de la siguiente manera: se divide el total de votos válidos emitidos por la cantidad de candidatos a elegir y el resultado obtenido (cociente) se utiliza para dividir, a su vez, la cantidad de votos que cada partido obtuvo individualmente. A cada partido le corresponde, por lo tanto, un resultado expresado en números enteros y decimales (restos o residuos). El reparto de bancas a los partidos se realiza a razón de tantas bancas como números enteros hayan obtenido¹⁵. Quienes no alcancen el cociente electoral carecerán de representación. La ley bonaerense continúa aplicando el sistema de Hare.

No obstante, constituye un hecho hartamente difícil que la cantidad de votos de una lista sea un múltiplo exacto del cociente. Esto produce que tengan “sobrantes” o “residuos”-expresados en decimales al aplicarse el cociente sobre el total de sus votos- y, por otra parte, queden bancas sin cubrir.

La pregunta es, ¿cómo se adjudican las bancas sin cubrir y qué valor se le asigna a los residuos? En este aspecto es donde el régimen bonaerense introduce las mayores innovaciones. Dispone que si la suma de todos los cocientes no alcanza el número total de representantes que deba elegirse, se adjudicará una banca más a cada lista -entre las que quedaron dentro del reparto- por residuo, de mayor a menor, y, si aún quedaran vacantes sin cubrir, se adjudicarán a la lista que haya logrado mayor cantidad de votos. Estas innovaciones o alteraciones del sistema original lo han viciado haciendo primar los principios mayoritarios.

Las deficiencias que se denotan en cuanto a la proporcionalidad son evidentes. En primer lugar, un partido puede obtener un importante caudal de votos y al no alcanzar el cociente carece de toda representación. En cambio, aquellos que hayan obtenido ese mínimo, podrán obtener un segundo representante aunque su residuo implique una menor proporción de votos, y por ende, representando menos electores, obtiene más bancas, desnaturalizando el carácter igualitario¹⁶ del sufragio establecido por nuestra Constitución Nacional.

¹⁵ Véase VARANI, JAVIER E., *op.cit.*, p.2. Asimismo, BAEZA, CARLOS R., *Sistemas Electorales Argentinos*, EdiUNS, Bahía Blanca, 2009, pp. 82-84.

¹⁶ Entiéndase, “un hombre equivale a un voto”.

Por último, transfigurando cualquier proporcionalidad, si aún luego de este nuevo reparto no se alcanzare a cubrir el total de bancas, se adjudicaran al partido que haya obtenido mayor cantidad de votos. En definitiva, nos encontramos frente a la designación de varios concejales sin votos, que no representan a nadie, o, al menos, nadie los eligió. En contraposición, una fuerza que pudo haber obtenido sumas relevantes de votos, por no arribar al cociente se convierte en un cero a la izquierda dentro de la ecuación. Este sistema realza la gobernabilidad otorgando una *sobre-representación* al partido mayoritario, dejando de lado la mentada proporcionalidad dictada por el texto constitucional y la razón republicana.

Señala Javier E. Varani en un profundo estudio estadístico, que en las elecciones municipales del año 2001, de los 134 municipios que posee la provincia de Buenos Aires, en cincuenta y ocho de ellos quedaron bancas sin cubrir. Por lo tanto, esas bancas fueron cubiertas por el partido que obtuvo más sufragios con concejales sin votos. De los 1.030 concejales que se eligieron en el año 2001, 134 no tenían votos que respalden su representación, es decir, el catorce por ciento.¹⁷

b- El sistema D´Hondt

Entre las alternativas que se plantean como susceptibles de mejorar la proporcionalidad -aunque no traza una solución absoluta- se encuentra el sistema D´Hondt¹⁸, utilizado en las elecciones parlamentarias nacionales¹⁹. Este mecanismo normativo fue creado en 1878 por el belga Victor D´Hondt y se constituye en un sistema proporcional que permite solucionar, por lo menos, la existencia de residuos.

Consta de tres pasos: en el primero, se toman los votos logrados por cada lista y se los divide sucesivamente desde la unidad hasta el número que representa el total de cargos que se disputan. Los resultados obtenidos se ordenan en forma decreciente, sin consideración de la lista que provengan hasta llegar al número que coincida con el último cargo a cubrir, y esta será la *cifra repartidora* sobre la base de la cual se distribuirán las bancas, según las veces que la misma este

¹⁷ VARANI, JAVIER E., *op.cit.*, p.5.

¹⁸ Para profundizar la concepción teórica del sistema D´Hondt puede verse BAEZA, CARLOS R., *op.cit.* pp.39-41.

¹⁹ El Código Nacional Electoral, ley 19945, regula el sistema D´Hondt en el art. 161.

contenida en el caudal de votos de cada lista, en otras palabras, a cada lista le corresponderán tantos cargos como veces sus cocientes figuren en esta serie decreciente de cifras²⁰.

En este sentido, el sistema D´Hondt soluciona de forma eficiente la existencia de residuos de modo que no existan candidatos electos sin votos.²¹

El sistema D´Hondt redunda en beneficios de proporcionalidad en comparación al sistema de cociente, sin embargo, algunos autores plantean otros métodos mixtos o modificaciones prácticas del sistema de cociente que optimizan de manera superior los resultados. Diversos estudios han buscado crear innovaciones en la difícil tarea de tomar la voluntad del pueblo, representada en números y traducirla en representantes de los órganos deliberativos, buscando equilibrar por un lado, la proporcionalidad y representatividad, y por otro, superar la difícil cuestión de la gobernabilidad.

V. II. El efecto arrastre²²

En la provincia de Buenos Aires, cada cuatro años, coincide la elección de autoridades nacionales, provinciales y municipales en un único comicio. Esto determina -como se ha visto en las elecciones primarias, abiertas y simultáneas del 14 de agosto del 2011 y en las generales del 23 de octubre del 2011-, que el votante se encuentre al ingresar al cuarto oscuro con boletas que cuentan

²⁰ Es decir, si son doce las bancas a renovar tomando en base la composición del Honorable Consejo Deliberante de Bahía Blanca, se dividirá la suma de votos de cada lista sucesivamente por 1, 2, 3,4...hasta 12 y luego se ordenaron las 12 mayores cifras así obtenidas sin importar de que partido provengan, esta última será la cifra repartidora.

²¹ Puede ensayarse la utilización y efectos del sistema D´Hondt a través de diversos simuladores virtuales existentes en la web. Véase al respecto el disponible en <http://www.portalectoral.es/mapas/prueba1.ht>. Sobre las ventajas en cuanto a proporcionalidad y eliminación de residuos puede verse BAEZA, CARLOS R., *Derecho Constitucional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pp.351-354.

²² En el presente trabajo entendemos por "efecto arrastre" al fenómeno que ocurre en relación a la influencia que posee en el marco de una elección la figura más conocida respecto de las desconocidas, en donde el elector vota a la cabeza de lista que es una figura pública desatendiendo el conjunto de figuras inferiores las cuales desconoce e ignora produciendo un arrastre de boletas. No ha de confundirse con el término propio y específico de las ciencias políticas conocido como *Efecto Bandwagon*, el cual también recibe el nombre de "efecto de arrastre", "efecto de la moda" o de "subirse al carro". Esta última expresión, alude al fenómeno común durante una votación por el cual algunas personas votan por aquellos candidatos o partidos que es probable resulten ganadores dado que son proclamados como tales por los medios de comunicación y encuestas, esperando estar en el bando ganador al final.

con seis secciones, correspondientes a los cargos de Presidente de la Nación y Vicepresidente, Legisladores Nacionales, Gobernador y Vice-gobernador, Legisladores Provinciales, y, a nivel local, Intendente, Concejales y Consejeros Escolares.

Puede perfilarse que el candidato nacional, en general a Presidente, o incluso, dentro el ámbito provincial, el candidato a Gobernador, ejercen *a priori* un primer “efecto arrastre”, en la medida en que el ciudadano medio no adopta el derecho a cortar las boletas en sus respectivas secciones, ya sea por desinterés, desgano o simplemente por el hecho de que sólo conoce al candidato nacional. Ello afecta, en el ámbito municipal, la representatividad de quienes componen los parlamentos locales, dado que, en los hechos, pocos los conocen, y más bien se ha elegido al partido o al personaje de la cúspide.

A esto debe sumársele otro factor importante que limita la representatividad de los Concejos Deliberantes en la provincia; la imposibilidad de ejercer el *corte de boleta*, apartando el candidato de un partido al Ejecutivo Municipal de los candidatos a Concejales y Consejeros Escolares.

Estos caracteres benefician la gobernabilidad de aquél que resulte victorioso, pero inhiben y descartan el estímulo para aquel ciudadano informado e interesado en la gestión gubernamental de poder elegir parlamentarios de otro partido a los que considere idóneos. Nuevamente, en el ámbito municipal, encontramos entonces un *segundo arrastre*, el que conlleva la figura del intendente, generalmente más notoria en publicidad y personalismo con respecto a quienes le siguen como concejales, tal como si constituyeran un simple número o lastre.

En relación a ello, una primera medida a adoptar, que redundaría en beneficios respecto de la representatividad del cuerpo deliberativo -y en su legitimación institucional- se daría con la regulación de las elecciones locales en una fecha diferente a las elecciones nacionales, evitando el primer “efecto arrastre” que hemos mencionado *ut supra*. Y, fundamentalmente -ya sea que se regule, o no, en razón de motivos “presupuestarios” o de mérito y oportunidad- resulta menester que se establezca la posibilidad del corte de boleta a nivel local, primando la representatividad de los integrantes del Concejo Deliberante por sí mismos, e incentivando a los partidos a otorgar mayor relevancia a los integrantes en la conformación de sus listas, con personas idóneas y preparadas para la función pública, de modo de combatir las prácticas de listas sábanas, que van detrás de la figura de un candidato conocido.

V. III. Listas sábana a nivel municipal

Las listas sábana resultan uno de los factores más relevantes en cuanto a la crisis de representatividad que derrumbó el desarrollo de las distintas fuerzas políticas en el país. Solo quienes militan de manera activa, o son candidatos, pueden afirmar que poseen cierto conocimiento relativo sobre los integrantes del Congreso de la Nación, de la Legislatura Provincial y aún, he aquí lo curioso, de los Consejos Deliberantes.

Podría, para algunos, resultar aceptable que esto ocurra en el ámbito nacional y provincial ya por la inmensa extensión territorial de la República, como por las grandes conglomeraciones de las urbes. Sin embargo, es perceptible que algún engranaje está fallando en el motor de la soberanía popular, donde los representados no saben quiénes son aquellos que su voto inviste en la función de representantes, ni siquiera en el reducido ámbito local, donde los intereses se encuentran a “flor de piel” sobre la actividad de los ciudadanos, su comercio o industria, sus impuestos, o su hogar.

He aquí, que a la hora de primar esta relación de representatividad, basada en el conocimiento de los candidatos por parte del cuerpo electoral local, los sistemas proporcionales pueden resultar faltos de idoneidad para resolver la cuestión. Si el voto es por una persona, en vez de por una lista, importa y mucho, quien es el candidato, en tanto que si se vota por listas, como destaca Giovanni Sartori²³, se escoge a un partido o una ideología, más que a la persona.

Es por ello que el voto por una persona conocida caracteriza a los sistemas mayoritarios. En los distritos donde se elija un solo representante, los electores ven a personas concretas. Se debe buscar por ende un buen candidato. El citado autor acerca de manera anecdótica que el emperador Calígula nombró senador a su caballo, y de allí que se utilizara la expresión “*los caballos de Calígula*” para significar que cualquiera puede lograr que se lo elija en el sistema electoral de listas.²⁴

Más allá del mérito o no de la anterior observación, *¿qué salida existe en el ámbito municipal para evitar las listas sábana?* Y en todo caso, *¿resulta factible en los hechos?*

La solución que puede considerarse para evitar el efecto negativo de las listas, puede derivar de la aplicación del sistema de circunscripciones de voto

²³ SARTORI, GIOVANNI, *Ingeniería constitucional comparada*, trad. De Roberto Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 [citado por BAEZA, CARLOS R., *op. cit.*, p.22].

²⁴ *Ibid.*

uninominal, el cual consiste en dividir el territorio en tantas circunscripciones como cargos a elegirse y, en cada una de ellas, los partidos deben presentar un solo candidato.

De manera que en una localidad como Bahía Blanca en la que el Concejo Deliberante comprende 24 bancas, se debería dividir el territorio de la localidad en 12 circunscripciones uninominales, dado que se renuevan por mitades, en las cuales cada partido presentaría un candidato. Ello generaría, como propone el Dr. Baeza, la actividad de las agrupaciones en todos los sectores, además de la presentación de candidatos idóneos y necesariamente conocidos por sus electores, fomentando entonces la formación de un Concejo en el cual no quepan “*Caballos de Calígula*”²⁵.

Esta alternativa planteada por el autor, que como tal beneficia la elección de candidatos conocidos y, en relación, con mayor representatividad en ese sentido, plantea empero una renuncia al principio de proporcionalidad. No obsta ello que en forma correspondiente al criterio propiciado en este trabajo, ha de señalarse que tal tipo de medidas, beneficiaría a su tiempo el surgimiento de agrupaciones vecinalistas reducidas, las cuales podrían resultar innovadoras e impulsoras de mayor participación ciudadana, pero entrañarían una revolución de organización política y de recursos cuya factibilidad al momento resulta difícil de concebir.

El desconocimiento de los candidatos, se relaciona en parte con el sistema mismo de partidos, pero fundamentalmente con la carencia de participación e interés público en los ciudadanos de inmiscuirse en la actividad de los partidos, ejerciendo fiscalización y contribuyendo a la formación de ideas y líderes. La formación cívica deficiente es la cuestión a modificar en verdad si se busca una mayor participación, ya que con ella tendrá lugar la formación de líderes acunados en la representatividad y por ende dotados de mayor legitimidad.

²⁵ Sin embargo, su reglamentación es susceptible de prestarse a fraudes, práctica que al efecto resulta conocida en la historia como *Gerrymandering* en relación a su desvirtuada aplicación por el gobernador de Massachussets, Estados Unidos, en 1812 –Ellbridge Gerry-, quien recortando arbitrariamente el territorio en circunscripciones logro adecuar sus mayorías para obtener el triunfo en ambas.

VI. Conclusiones

Los parlamentos municipales constituyen la célula parlamentaria argentina, la manifestación concreta del régimen republicano en el seno de la división política básica. La realidad sobre su representatividad actual demuestra encontrarse distante de las aspiraciones institucionales deseadas, luego de 159 años de dictada nuestra Constitución Nacional.

Una República necesita -cual aire para respirar- que cada uno, desde su lugar, cumpla con sus deberes republicanos, más precisamente *cargas republicanas*, en el sentido de imperativos del propio interés. Estas son las que vuelven posible la configuración de la unión nacional, consolidación de la paz interior y los beneficios de la libertad que pregona el Preámbulo.

Estos deberes hacia la República exigen que no se escatimen esfuerzos para optimizar las instituciones que forman una República Representativa. En ese marco, la reforma del régimen electoral en la provincia de Buenos Aires, denota un particular olvido o desinterés por la representatividad, en beneficio de la gobernabilidad de las sucesivas autoridades de turno.

La Ley Electoral 5109 desnaturaliza y priva de su espíritu a la soberanía popular, al gobierno representativo y la legitimidad²⁶ que de ellos proviene, volviendo meramente nominal lo que es una aspiración de hechos.

La aplicación de un sistema electoral que beneficie la representatividad es un tema que requiere abordaje. El sistema D'Hondt que se utiliza a nivel nacional, o el propio sistema de cociente con algunas modificaciones podrían plantear un avance en tales aspiraciones, teniendo en cuenta que no existe un sistema perfecto sino, mejores o peores, de manera relativa.

La separación entre elecciones nacionales y locales, más aún si se añade a la posibilidad de ejercer un corte de boleta entre los integrantes de los distintos cuerpos, generaría más interés en estos cargos por parte del electorado, y volcaría a los partidos políticos a multiplicar sus esfuerzos por formar mejores líderes y promover el acercamiento con la comunidad, aumentando su pertenencia y representatividad.

²⁶ Sobre el concepto de legitimidad y su distinción con "legitimación" véase LEVI, LUCIO, "Legitimidad" en BOBBIO, NORBERTO, MATTEUCCI, NICOLA y PASQUINO, GIANFRANCO (directores), *Diccionario de Política*, t. II. decimosesta ed., en español, Siglo XXI Editores, México, 2008, pp. 862-866.

Que los parlamentos se conviertan en una reunión de ideas, donde se debata mediante argumentos, donde cada cual empatice con las demás posiciones y se logre el renombrado consenso, no es una obra que ha de gestarse mediante el solo disfrute de un presente coyuntural de libertades y derechos. El ejercicio de los deberes republicanos son necesarios para mantener una república, o más precisamente, para aspirar a un gobierno donde todos, en menor o en mayor medida, sientan que su voz tiene valor, es escuchada y tenida en cuenta.

Una república no es el gobierno de una mayoría que se impone, es el gobierno en donde mayorías y minorías, dentro de un marco institucional, buscan el bienestar general. Las instituciones parlamentarias encuentran precisamente por aspiración lo que es la consagración de la soberanía popular²⁷, un gobierno *del* pueblo -que comprenda a todas las clases sociales y todas las opiniones- y *por* el pueblo.

Como bien señalaría Theodore Roosevelt²⁸

“Una gran democracia debe progresar o pronto dejará de ser o grande o democracia.”

²⁷ Sobre el concepto de soberanía véase MATTEUCCI, NICOLA, “Soberanía” en BOBBIO, NORBERTO, *et al.*, (directores), *op. cit.* pp. 1483-1492.

²⁸ (1858-1919) Vigésimo sexto presidente de los Estados Unidos.

»COMENTARIO DE FALLO«

NUEVO PARADIGMA DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 86 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO A PARTIR DEL FALLO “F., A. L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”

Patricia Sotile*
Fiorella Mondino López**

El 13 de marzo de 2012 el máximo tribunal de nuestro país, en el polémico fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”¹ reinterpretó la letra del artículo 86 del Código Penal² creando un nuevo paradigma interpretativo, dando cauce a una corriente que avalando la tesis amplia de interpretación sostiene que se prevé la impunidad del aborto en toda violación y que se debe aplicar genéricamente a los diferentes casos cualquiera sea la condición física, psíquica y moral de la víctima³.

* Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho UNS.

** Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho UNS.

¹ “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, CSJN, 13/03/2012, LA LEY 15/03/2012, 15/03/2012, 6 - LA LEY 2012-B, 198 - LA LEY 21/03/2012, 3; LA LEY 2012-B, 241; LA LEY 23/03/2012, 7 - Sup. Penal 2012 (abril), 59 - LA LEY 2012-B, 522 - DPYC 2012 (abril), 61; LA LEY 07/05/2012, 10; Sup. Penal 2012 (mayo), 12; Sup. Const. 2012 (mayo), 43; DPYC 2012 (mayo), 28; DJ 16/05/2012, 19.

² Prescribe el art. 86: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

³ Entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El aborto y su impunidad*, LL, t. 26, 1942, p. 977 y *Libertad de amar y derecho a morir*, 3ra. Ed, Historia Nueva, Madrid 1929, p. 93; MOLINARIO, A.: *Tratado de los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1996; SOLER, S.: *Derecho Penal Argentino*, t. III, Tea, Buenos Aires, 2000; FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2002, pp. 82 y ss.; GONZÁLEZ ROURA, O.: *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires 1922, p. 38; GHIONE, E.: “*El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino*”, en LL, t. 104, 1921, p. 777 y ss. Más actualmente, BUJAN, J. y DE LANGHE, M.: *Tratado de los delitos*, t. I, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.462 y ss.; TABERNERO, R.: *El aborto por causas sentimentales*, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-IV, p. 941 y ss., y CUELLO CALÓN, E.: *Tres temas penales*, Barcelona, Bosch, 1955, p. 85 [citado por la Dra. Kogan, conforme su voto, en el caso “R., L. M. NN Persona por nacer. Protección. Denuncia”, SCBA, 31/07/2006].

Si bien, dicha sentencia nos abre la posibilidad de un amplio margen de discusión y, por sobre todo de análisis de diversas cuestiones: jurídicas, morales, interpretativas, médicas y, hasta nos atreveríamos a decir culturales. En el presente trabajo nos limitaremos a exponer los principales lineamientos que provocarán sin dudas un cambio en nuestra legislación.

El hecho que origina dicho fallo es la presentación de la madre de una adolescente de 15 años violada por el marido de la denunciante ante la Justicia Penal de la provincia de Chubut, solicitando la interrupción del embarazo producto de dicha violación.

El juez ante quien se radicó la causa pasó las actuaciones al Ministerio Público Fiscal por entender que no debe intervenir en la etapa de investigación, y éste asimismo se declaró incompetente para resolver el pedido, motivo por el cual la madre de la joven inició una medida autosatisfactiva.

Después de ser rechazado tanto en primera como en segunda instancia el caso llegó al Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut, admitiendo la solicitud con los siguientes fundamentos:

“ a) el caso encuadraba en el supuesto de ‘aborto no punible’ previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la no necesaria autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso”.

Sin embargo, la decisión del Tribunal de hacer lugar al pedido de interrupción del embarazo fue recurrida por el Asesor General Subrogante de la provincia de Chubut quien actuó en representación del *nasciturus* mediante recurso extraordinario, no obstante la práctica médica ya había sido realizada: En su presentación, el recurrente se agravó por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el *a quo*, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción. En ese sentido señaló que la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 23 establece que: “*Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...*”

Radicado ya el caso ante la Corte Suprema, la Defensora General de la Nación actuó en representación de la niña entendiendo

“que todos los casos de embarazo forzado—víctimas de violaciones—debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal)”.

Ahora bien, entre los argumentos esgrimidos por la Corte, tanto de tipo valorativo, como literal y/o descriptivo, podemos mencionar los siguientes: que de la mera lectura del inciso 2 del art 86 Código Penal se evidencia que el legislador al decir “si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor –entendiéndolo no solo como acceso carnal sino también como cualquier otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo- cometido sobre una mujer idiota o demente” ha utilizado la conjunción disyuntiva “o” para abarcar dentro de dicha figura no solamente los casos de atentado al pudor de mujer idiota o demente, siendo menester destacar como presupuesto necesario el acceso carnal con la víctima, sino también a todo caso de violación.

Tal conjunción lleva como consecuencia una modificación importante en el espíritu de la ley, y por lo tanto de la figura penal, la cual ampliaría su espectro -regulando una situación no contemplada hasta el momento ya que tal como lo sostuvo la Corte, *no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental, y además que implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida.*

Esto no implica una legalización del aborto, sino la adecuación del sentido del artículo que el legislador tuvo al momento de sancionar esta figura, ya que tal y como lo expresó la Corte en el dictado del fallo, *pasando a la exégesis en particular del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, sostuvo que además de encontrar en el propio texto de la norma razones y circunstancias que apoyan la que ha sido denominada la tesis amplia -pues reconoce en ella dos supuestos de aborto no punibles-, es el principio de legalidad el que exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos en el mentado artículo con la mayor amplitud posible, no resultando inconstitucional o incongruente con el texto de nuestra Carta Magna tal como lo sostuvieron algunos doctrinarios.*

Otro de los ejes centrales del fallo y de gran relevancia es la cuestión de la autorización para la práctica abortiva y su procedencia.

Para abarcar dicha cuestión, estimamos convenientes exponer que la Corte Suprema Nacional recordó los diversos pronunciamientos que los órganos de aplicación en materia de Derechos Humanos dictaron censurando a nuestro país por *no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial*. Lo que demuestra una gran preocupación en torno a la judicialización de la cuestión y con el pronunciamiento de este fallo se intenta, no sólo avanzar, sino además lograr que no constituya más una práctica institucionalizada, que no solo resulta innecesaria e ilegal, sino que obliga eventualmente a la víctima a la exposición de su esfera privada y una demora que puede ser perjudicial para su salud psico-física hasta lograr el dictado de una resolución favorable del pedido para realizar la práctica médica.

Asimismo de las cuestiones que remarca la Corte avalando lo dicho anteriormente es que los profesionales de la salud -entendidos como toda persona física que practica el arte de curar en su sentido más amplio- y los poderes judiciales, tanto nacionales como provinciales, deben recordar que, por imperio del artículo 19 de la Constitución Nacional, “*ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*” y a tenor de ello es que debe interpretarse el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, por cuanto la mujer que se encuentre entre las situaciones allí contempladas no debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo porque sería atentatorio del mencionado principio de reserva.

En cuanto a la ausencia de normas específicas para lograr acceder al aborto, permitido en todo caso de violación, la Corte estimó que solo se necesita la manifestación ante el profesional de haber sufrido el ilícito, y en caso de una mujer idiota o demente la de su representante, ya que la imposición de otro tipo de trámite no resultaría procedente porque significaría no solo incorporar requisitos adicionales no previstos en la legislación, ya que el artículo 86 solo menciona la expresión del consentimiento de la mujer o su representante en el citado caso, sino también una dilación de la práctica médica que eventualmente podría acarrear graves consecuencias. En correlación a la ausencia de reglas específicas, el Tribunal no es ajeno a la probabilidad de la configuración de lo que denominó “casos fabricados o simulados”, pero considera que ello no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos

sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que constituyan riesgos para su salud -tal como lo expuso en el considerando 28-.

Por último hay que destacar que el Máximo Tribunal de nuestro país se expresó también respecto a la necesidad de que todos los hospitales sancionen protocolos hospitalarios que contemplen pautas eficaces para garantizar la información a las pacientes, la confidencialidad sobre su intimidad personal, lograr remover las barreras administrativas, la eliminación de requisitos no indicados médicamente, prácticas que resulten rápidas, accesibles y seguras, y *un adecuado sistema que le permita al profesional de la salud ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio de forma adecuada y velozmente.*

Más allá de que finalmente, en este caso, luego de haberse concedido el recurso extraordinario y haberse confirmado la sentencia apelada, cambiando la interpretación del artículo 86 del Código Penal considerándose contemplados dos supuestos -de atentando al pudor contra una mujer idiota o demente y el de violación- en los cuales no resulta punible la práctica de un aborto realizada por profesionales de la salud, resulta sumamente destacable el exhorto que hace el Tribunal tanto a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar, para hacer operativos los protocolos hospitalarios, para brindar una asistencia integral a las víctimas de violencia sexual para practicar un aborto no punible, y también el de abstenerse de judicializar dicha cuestión.

EL FALLO “TEIJEIRO O TEIGEIRO, LUIS M. V. CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G.” REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL INSTITUTO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS. BREVE ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN PRETORIANA

Leonardo A. Urruti*

Sumario. I. Introducción. II. Los hechos. III. La decisión de la Cámara. IV. Paulatina evolución de los daños punitivos en la doctrina argentina. V. Estado doctrinario actual. VI. Evolución del criterio pretoriano de aplicación de los daños punitivos. VII. Conclusiones.

I. Introducción

El 17 de abril del 2012 la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba dictó sentencia en los autos caratulados “Teijeiro o Teigeiro, Luis M. v. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”¹, mediante la cual revocó el pronunciamiento que, en la instancia anterior, había dispuesto la condena de la empresa demandada en concepto de multa civil por la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), en aplicación del instituto normado por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

En el presente trabajo se buscará analizar la relevancia del pronunciamiento en el marco del horizonte de aplicación de los daños punitivos. Se analizará, además, su relación en el contexto de una evolución de criterios jurisprudenciales y doctrinarios sobre el asunto.

*Estudiante de la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Sur (UNS). Director de la Revista de Derecho UNS. Investigador del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) a través de la Beca de Estímulo a las Vocaciones Científicas 2011. Beca de Estímulo al Estudio 2012 (UNS). Miembro titular de la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional del Sur por el claustro de alumnos, período 2011-2012.

¹ “Teijeiro o Teigeiro, Luis M. v. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, CCiv. y Com. Córdoba, 17/04/2012, APJD 08/05/2012, Abeledo Perrot N°: AP/JUR/395/2012.

II. Los hechos

En el caso, el actor, invocando su condición de consumidor promovió demanda contra la accionada, proveedora, expresando haber adquirido una botella de gaseosa marca “Pepsi”, dentro de la cual advierte la existencia de un envoltorio abierto y usado de gel intimo para preservativos marca “Prime”. Lo cual motivo su pretensión de daños materiales, daño moral y la petición de aplicar daños punitivos².

La sentencia de primera instancia hizo lugar íntegramente a la acción condenando a la emplazada a entregarle al actor una botella de la bebida que adquirió, abonarle la suma de \$ 1500 en concepto de reparación del daño moral, la suma de \$2.000.000 en concepto de daños punitivos más las costas del juicio.³

Tal resolución resultó apelada por la demandada, la cual se agravió, alegando, en lo pertinente, la no procedencia de la “indemnización”⁴ por daños punitivos.

III. La decisión de la Cámara

A través del voto del Dr. Barrera Buteler, al cual adhieren unánimemente el resto de los magistrados, se desarrolla en el acuerdo un análisis de la figura de los daños punitivos, tomando en consideración la amplia discrecionalidad que el art. 52 bis⁵ de la ley 24240 (Adla, LIII-D, 4125) le ha otorgado al juez.

² En el presente trabajo, se entenderán como sinónimas las expresiones “daños punitivos”, “multa civil”, “condenas pecuniarias” y “penas civiles” sin pronunciarnos, en honor a la brevedad, sobre la cuestión terminológica involucrada.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.* Las comillas nos pertenecen. El término indemnización debe ser considerado inapropiado en estos casos, dado que los daños punitivos exceden en general el concepto de indemnización en el caso particular. Mientras que la indemnización culmina su extensión con la reparación integral a un individuo o conjunto, los daños punitivos conceden un plus que busca desvirtuar el beneficio que pueda irrogarle el daño a su autor, y en su caso, lograr un efecto disuasivo. Ello no obsta, que bajo una comprensión de compensación a nivel social o de mercado, pueda hablarse de compensación en el sentido de internalización de costos, todo lo cual requeriría un desarrollo que excede el presente artículo.

⁵ El Artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor reza: “*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*”

Se reitera aquí el criterio jurisprudencial que interpreta que debe mediar un grave reproche en la conducta del dañador, caracterizada por la presencia de dolo o de una grosera negligencia para justificar la mentada condena⁶. En tal sentido enuncia:

“Es que, para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis LDC, no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose.”⁷

El voto mayoritario entendió que si bien el art. 52 bis menciona como presupuesto de aplicación de la multa civil el mero incumplimiento por el proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y la instancia de parte, y omite toda referencia a factores subjetivos de atribución de responsabilidad, también es cierto que no todo incumplimiento deviene en presupuesto de hecho, siendo que la norma solo dispone frente a ello, que el juez “podrá” aplicarla.

Paso seguido, el magistrado observa la construcción de la doctrina nacional al respecto repasando sucintamente antecedentes de la jurisprudencia norteamericana, con lo que concluye:

“...esta ‘multa civil’ tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio de ahí la impropia denominación de ‘daños punitivos’ y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas sobre la base de factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 CN) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad(...) sea que se trate de ‘penas’ penales, administrativas o civiles”⁸

Por estas razones, del voto mayoritario se desprende que para la procedencia de la multa civil es necesaria la concurrencia de, al menos, dos requisitos:

- 1) Un elemento subjetivo: dado por una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera o una conducta semejante a la malicia.

⁶ Los fallos que determinan tal afirmación son analizados más adelante.

⁷ “Teijeiro o Teigeiro, Luis M. v. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”; Fallo cit. (p.4.)

⁸ *Ibid.*

2) Un elemento objetivo: la existencia de un daño individual o colectivo, que supere cierto grado de trascendencia social. Lo cual observado en el caso concreto, requiera la aplicación de daños punitivos para desmantelar los efectos del ilícito generando el pretendido efecto disuasivo.

En consecuencia, la Cámara entiende que si bien quedó demostrado en la causa el supuesto de un daño resarcible -en tanto la botella de *Pepsi* adquirida resultaba impropia para su destino y la demandada no acreditó culpa ajena al respecto- no ocurrió lo mismo acerca de las circunstancias que tornan aplicable la multa civil. Quedó debidamente demostrado que la demandada había adoptado las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto conforme altos parámetros internacionales, siendo el caso una falla excepcional y no reiterada, sin ánimos ni pretensión de lucro a expensas de un ahorro en medios de prevención del daño. En esta línea afirma

“...no estamos frente a lo que se denomina ‘daño lucrativo’, es decir aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia.”⁹

Se ha tratado de una falla concreta y particular, de ningún modo generalizada, ni reiterada en un número significativo de casos, lo cual descarta el interés social en aplicar este tipo de sanciones.

Con todo lo antes expresado, la Cámara aplica con sobriedad el criterio que ha venido reiterándose en la jurisprudencia¹⁰, donde paulatinamente los tribunales argentinos van gestando los principios y requisitos para la aplicación de los llamados “daños punitivos” revocando la condena de primera instancia.

IV. Paulatina evolución de los daños punitivos en la doctrina argentina

El tratamiento del instituto de los daños punitivos en nuestro país requiere realizar, cuanto menos, una aproximación sobre el estado de su discusión en Argentina.

Debe decirse que el debate doctrinario, tocante a la relevancia de la incorporación de los daños punitivos, encuentra su puntapié inicial en un afamado

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Nos referiremos a los fallos en cuestión en el próximo apartado de este artículo.

artículo de Ramón D. Pizarro¹¹ a principios de la década del noventa. Se ha entendido que los daños punitivos vienen a salvar la ausencia de respuesta de los actuales sistemas de responsabilidad civil, para dismantlar el efecto de ciertos ilícitos particularmente graves, ya sea por el obrar doloso o groseramente imprudente del autor, o bien, la especulación lucrativa del dañador, donde la mera reparación se torna insuficiente, para volver las cosas a su estado anterior. Frente a ello, el renovado Derecho de Daños¹² incorpora los propósitos de prevención, disuasión y sanción que traerían aparejada la puja por la incorporación de los daños punitivos en nuestro derecho.

Ensayando una definición de los daños punitivos, solo a los fines del mayor entendimiento de esta presentación, cabe decir que me estoy refiriendo a aquellas reparaciones judiciales extraordinarias que excediendo a la indemnización exclusivamente compensatoria, son establecidas cuando esta última resulte insuficiente para dismantlar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña lo ha hecho deliberadamente, especulando con el propósito de obtener rédito, o al menos, con un grave menosprecio hacia los derechos de terceros, con una negligencia o intencionalidad manifiesta.

¹¹ PIZARRO, RAMÓN D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 287 y ss.; [citado por BUSTAMANTE ALSINA, JORGE en “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 267 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.8)]. Debe señalarse que si bien este no ha sido el primer estudio sobre el tema en Argentina, resulta ser el que inició todo el movimiento doctrinario que le sucedería.

¹² La doctrina no ha convenido de manera uniforme ni el contenido ni la conveniencia de la expresión “derecho de daños” de manera que su alcance varía entre autores, no obstante lo cual, su amplia difusión en nuestro medio justifica la utilización del término.

En cuanto a su comprensión semántica, existen quienes lo encuentran semejante al sistema de “responsabilidad civil”, entendida como la obligación de reparar todo daño injustamente causado en violación del deber general de no dañar a otro en su persona o en sus bienes (*alterum non laedere*) o de un incumplimiento obligacional, lo que incluye las nociones de responsabilidad contractual y extracontractual u aquiliana; mientras que otros, con quienes coincidimos, lo interpretan de manera más extensa comprendiendo determinados institutos tendientes a la prevención, reparación y sanción de la conducta dañosa, que exceden la clásica concepción de responsabilidad civil. Al respecto véase ACCIARRI, HUGO A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, Ed. ALACDE & George Mason University, Law&Economics Center, Berkeley, California, EEUU, 2009.

V. Estado doctrinario actual

- La mayoría doctrinaria se ha pronunciado en favor de la incorporación de los daños punitivos, sosteniendo la necesidad de su incorporación al régimen general y su plena validez constitucional. Entre los autores que han sostenido esta posición, podemos mencionar a Atilio A. Alterini¹³, Edgardo López Herrera¹⁴, Augusto R. Sobrino¹⁵, Félix A. Trigo Represas¹⁶, Matías Irigoyen Testa¹⁷, Luis E. Sprovieri¹⁸, Federico M. Álvarez Larrondo¹⁹, Matilde Zavala de González²⁰, Benjamín Moisés²¹, Fernando M. Colombres²² y Jorge Mosset Iturraspe²³.

- En una posición intermedia, se ha ubicado clásicamente a Aída Kemelmajer de Carlucci, quién propuso una solución mediadora: facultar al damnificado a optar entre el daño sufrido o la ganancia obtenida por el dañador por el ilícito, adaptando nociones de culpa lucrativa²⁴.

¹³ ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, *LA LEY* 09/04/2008, 09/04/2008, 1 - *LA LEY* 2008-B, 1239 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 01/01/2008, 3 - *Derecho Comercial Doctrinas Esenciales* Tomo V, 01/01/2009, 775 (La Ley Online, pp.10-11).

¹⁴ LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, , 2008, pp. 347-410.

¹⁵ SOBRINO, AUGUSTO R., “Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad.”, *JA* 1996-III-976 (AbeledoPerrot N°:0003/001335, pp. 4 y ss.).

¹⁶ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Daños punitivos”, en ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. (directores), *La responsabilidad (Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Ed. Abeledo Perrot, 1995 (Documento Digital, pp.3-4).

¹⁷ IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos”, *JA* 2006-II-1024 (Abeledo Perrot N°: 0003/012583, pp.1 y ss.) El autor citado analiza el instituto específicamente desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho.

¹⁸ SPROVIERI, LUIS E. “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *Suplemento de Jurisprudencia Argentino* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp.1-2).

¹⁹ ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (La Ley Online, p.4); y ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “La consistencia de los daños punitivos”, *LA LEY* 07/04/2009, 07/04/2009, 1 - *LA LEY* 2009-B, 1156 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* Tomo II, 01/01/2009, 361(La Ley Online, p.1).

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, t.4. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 575 y ss.

²¹ MOISÁ, BENJAMÍN, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la ley 24.240”, *RCyS* 2008, 271 (La Ley Online, pp. 1-2).

²² COLOMBRES, FERNANDO M., “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *LA LEY* 2008-E, 1159, pp. 1160-1161.

²³ MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, *LA LEY* 2000-B, 1277 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* Tomo VI, 01/01/2007, 1585 (La Ley Online, p.1).

²⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, en separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias

Otros autores manifiestan reservas sobre su admisión aconsejando se tomen precauciones, interpretando que el instituto posee una naturaleza de tipo penal. Así lo señalan Pablo F. Sánchez Costa²⁵, Gladys S. Alvarez, Carlos G. Gregorio y Elena Highton²⁶.

-En una vereda contraria, se localiza un sector minoritario de la doctrina que ha sostenido la ajenidad de la figura a nuestro sistema jurídico principiado por el autor Jorge Bustamante Alsina²⁷. Le siguieron, afirmando su contradicción con garantías constitucionales, los autores Sebastián Picasso²⁸, Diego F. Martinotti²⁹ y Jorge A. Mayo³⁰.

VI. Evolución del criterio pretoriano de aplicación de los daños punitivos

La incorporación del instituto de los daños punitivos a nuestro derecho positivo marcó una avanzada jurídica en toda América Latina. Sin embargo, debe observarse la obscuridad que presenta el art. 52 bis, en cuanto que no delimita claramente ni los presupuestos de aplicación de los daños punitivos, ni el destino de las condenas, otorgando una amplísima discrecionalidad al juez.

Estas últimas aseveraciones resaltan la importancia que posee en el tema el seguimiento de los distintos pronunciamientos sobre la cuestión, donde se han de ultimar, en definitiva, las reglas de procedencia de una condena. A pesar del escaso número de fallos sobre la temática, podemos esbozar algunas reglas o principios que la jurisprudencia mayoritaria ha señalado haciendo referencia a algunos pronunciamientos, que no por ello deben tenerse por los más relevantes, ni los únicos.

Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVIII, segunda época, n. 31, 1993, [citado por LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Op.cit.*, p. 329].

²⁵ Véase SÁNCHEZ COSTA, PABLO F., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, *LA LEY* 20/07/2009, 20/07/2009, 1 - *LA LEY* 2009-D, 1113 (La Ley Online, pp.4 y ss.)

²⁶ ALVAREZ, GLADYS S. GREGORIO, CARLOS G. HIGHTON, ELENA, “Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico”, *LA LEY* 1997-C, 1045 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 327 (La Ley Online, pp.5 y 6).

²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Algo más sobre los llamados ‘daños punitivos’”, *LA LEY* 1994-D, 863 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 283 (La Ley Online, p.1).

²⁸ PICASSO, SEBASTIÁN, “Sobre los denominados ‘daños punitivos’” *LA LEY* 2007-F, 1154, pp. 1155 y ss.

²⁹ MARTINOTTI, DIEGO F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *LA LEY* 2001-F, 1317, pp. 1317 y ss.

³⁰ MAYO, JORGE A., “La inconsistencia de los daños punitivos”, *LA LEY* 04/03/2009, 04/03/2009, 1 - *LA LEY* 2009-B, 1269 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 357 (La Ley Online, p.1 y ss.).

El primer hito condenatorio por daños punitivos, proviene de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, en el año 2009 en los autos caratulados “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina” donde –siguiendo la línea de fallo comentado en este artículo– se enunciaría respecto de la aplicación de los daños punitivos:

“Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo grave por derechos individuales o de incidencia colectiva...”³¹

De igual modo, en “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA” se dijo

“... Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o, en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. Pizarro, Ramón D. en “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, publicado en La Ley 2009-B, 949). Uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, que hace a su procedencia, es el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. En otros términos, los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño (Nallar, F. “Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes”, La Ley 2009-D, 96)...”³²

Por su parte, en “Fasán, Alejandro Luis Arnoldo c. Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados” se resolvió la revocación de una condena entendiendo:

“...respecto al daño punitivo, no advierto en el caso una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte de la administradora que

³¹ Véase “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, LA LEY 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - LA LEY 2009-C, 647 - LA LEY 19/06/2009, 7; LA LEY 2009-D, 96; LLBA 2009 (junio), 557 - RCyS 2009-VII, 62; LA LEY 29/12/2009, 4; LA LEY 2010-A, 220 (AR/JUR/10675/2009, pp. 11 y ss.).

³² Véase “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, CNCiv, Sala F, 18/11/2009, LA LEY 23/12/2009, 10; LA LEY 2010-A, 203; RCyS 2010-I, 112 - RCyS 2010-II, 133; LA LEY 11/06/2010, 6; LA LEY 2010-C, 602 (AR/JUR/45423/2009, p.2).

amerite su aplicación; y en tanto la doctrina ha interpretado que no puede bastar el mero incumplimiento contractual...”³³

Finalmente, para culminar este repaso, en “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Iván s/ abreviado” se extraería lo que bien puede señalarle como una conclusión parcial de los presupuestos actuales para condenar por daños punitivos:

“...extraemos tres notas características de la figura, que podemos elevar a la categoría de requisitos, sin perjuicio de los que surgen de la ley de defensa del consumidor. En ese orden de ideas, las exigencias generales para poder reclamar el daño punitivo serían: a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro (cfr.: Cornet, Manuel - Rubio, Gabriel Alejandro, “Daños Punitivos”, en Anuario de Derecho Civil, T. III, p.32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997).”³⁴

Puede afirmarse, luego de esto, que en términos generales la jurisprudencia se ha basado en la existencia de los nombrados presupuestos, en base a una parte de la doctrina, para determinar hasta la fecha su concesión³⁵, o en caso contrario la improcedencia de la condena³⁶.

³³ Véase “Fasán, Alejandro Luis Arnoldo c. Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados”, CNCom., Sala C, 26/04/2011, *DCCyE* 2011 (octubre), 112 (AR/JUR/21761/2011, p. 4).

³⁴ Véase “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Iván s/ abreviado. exp. N° 1745342/36”, CCiv. y Com. Córdoba, 27/10/2011, *DCCyE* 2012 (abril), 132 (AR/JUR/69904/2011, p.4).

³⁵ En este sentido, véase “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, CNCom, Sala F, *La Ley Online* (AR/JUR/15752/2012, pp. 5-6); “Gramajo Salomón, Juan Pablo c. Telefónica Móviles Argentina S.A. (MOVISTAR)”, JCiv. y Com. Salta, Nro11, 2010-04-06, *LLNOA* 2010 (septiembre), 718 (Documento digital pp.1-2.) Fallo en el cual se interpreta la simple mora como antecedente suficiente. Véase también “Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina S.A.”, CCiv. y Com. Rosario, Sala II, *LA LEY* 29/11/2010, 9; *DCCyE* 2010 (noviembre), 89, *LA LEY* 2010-F, 397 (AR/JUR/62890/2010, pp. 9-11); “Alu, Patricio Alejandro c. Banco Columbia S.A. s/ sumarisimo (residual)”, CCiv. y Com. Tucumán, Sala II, 28/02/2012, *LLNOA* 2012 (mayo), 433 (AR/JUR/1579/2012, p.3); “Anglada, Noercí A. y/o c. Bristol Medicine SRL”, CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, *RCyS* 2011-III, 203 - *LLBA* 2011 (mayo), 387 (AR/JUR/86345/2010, pp.2-3).

³⁶ De igual modo, véase también “Newman, Roberto A. v. Banco Francés S.A.”, CNCom., Sala E, 27/12/2011, *APJD* 14/05/2012 (Abeledo Perrot N°: AP/JUR/828/2011, p.10). Señala que se requiere de forma imprescindible petición de parte para el otorgamiento de una condena de daños punitivos.

VII. Conclusiones

Sintetizando, la jurisprudencia nacional aún no ha delimitado de manera acabada los fines y los presupuestos para las condenas de daños punitivos³⁷. No obstante, se manifiesta una tendencia a requerir la existencia de un elemento subjetivo caracterizado por dolo, culpa grave o una grosera negligencia, junto con un elemento objetivo, vale decir, la existencia de un daño resarcible. Estos dos elementos, en principio, deben vincularse con la pretensión de lucro por parte del dañador quien haya especulado con la producción del daño y la utilidad que este pueda originarle, aún frente a una indemnización de carácter integral.

Es frente a aquellos ilícitos donde la mera reparación concreta no basta, donde los daños punitivos han encontrado su nicho como una herramienta jurídica tendiente a lograr los propósitos de disuasión y por su intermedio, prevención que orientan el moderno derecho de daños. En ese marco, el fallo en cuestión genera un nuevo llamado de atención sobre este instituto, y aporta su grano de arena en la construcción de su reglamentación pretoriana.

³⁷ Respecto de criterios de aplicación véase: IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos?”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, La ley, 2009-X, p.16.

INDICACIONES PARA EL AUTOR

En conformidad con el Reglamento de la Revista de Derecho UNS, el autor deberá observar las siguientes pautas de redacción:

» Para publicar en la sección “Ensayos”, es requisito ser estudiante de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, y tener aprobados al menos 10 exámenes finales de la carrera de Abogacía o 6 finales de la carrera de Martillero y Corredor Público.

» Para publicar en las secciones “Comentarios de Jurisprudencia”, “Novedades Legislativas”, “Derecho y Literatura” y “Derecho y Cine” es requisito ser estudiante de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur y tener aprobados al menos 6 exámenes finales de la carrera.

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y cumplir con los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores)
- Hoja: A4
- Tipo de letra: “Arial” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y los márgenes de las páginas deberán ser de 2 cm. en todos los casos.
- En caso de destacados dentro del texto utilizar bastardilla. No se admitirá el resaltado con negrita.
- Copias: 1 en papel y 1 en CD o enviada por e-mail (en formato Word).
- El trabajo debe firmarse exclusivamente bajo un seudónimo, sin indicar el nombre del autor.
- El/los autores presentarán además, al tiempo de la entrega del ejemplar en papel un sobre cerrado identificado únicamente con el seudónimo, que deberá contener una nota firmada detallando: su/s nombre/s y apellido/s, su seudónimo, número/s de Libreta Universitaria (en el caso de alumnos), dirección, teléfono, dirección de e-mail, y la manifestación de que conoce y acepta expresamente los términos del reglamento, en especial, lo previsto en el art. 30. De la misma manera, en el envío del archivo digital, deberá agregarse un documento identificado con el seudónimo con igual contenido.

¿A dónde enviar el trabajo?

El trabajo debe entregarse, en sobre cerrado dirigido a “Revista de Derecho UNS”, en Mesa de Entradas del Departamento de Derecho de la UNS en Avda. Colon 50 de la ciudad de Bahía Blanca y al mismo tiempo en formato digital (archivo Word) a la casilla de correo revistadederechouns@gmail.com.ar

Extensión de las colaboraciones

- a) Ensayos, Doctrina y Selección Especial: hasta 3.000 palabras (aproximadamente 10 páginas).
- b) Resto de las secciones: hasta 1.000 palabras (aproximadamente 3 páginas).

Proceso de evaluación y selección de trabajos

Los trabajos que se presenten serán evaluados por el Comité Académico de la Revista. La función de este consiste en evaluarlos y dictaminar acerca de su publicación, conformando una preselección. A tal efecto, el artículo presentado es sometido al siguiente proceso de evaluación. En primer lugar, es recibido por el Secretario de Redacción. Luego, el Consejo de Redacción decidirá a qué miembro del Comité Académico se asigna el mismo, sin indicar el nombre del autor. En caso de que el evaluador sugiera modificaciones, el autor podrá realizar las modificaciones pertinentes y presentarlo nuevamente.

Antes de la publicación de cada número, los trabajos que han sido preseleccionados serán evaluados por el Consejo de Redacción. En tal ocasión se decidirá la conformación del número. Los trabajos preseleccionados que no sean aprobados para su publicación inmediata podrán, si el autor así lo desea, ser considerados a los efectos de su inclusión en el siguiente número.

Una vez seleccionado un trabajo, el mismo será revisado y corregido para su publicación por un miembro del Consejo de Redacción.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la “Revista de Derecho UNS”, tanto en su versión en papel como en su versión electrónica, en la página web del Departamento de Derecho de la UNS.

Aspectos jurídicos y económicos

Los autores ceden a favor del Departamento de Derecho de la UNS y de la Editorial de la Universidad Nacional del Sur (*EdiUNS*) los derechos de autor sobre los trabajos de su autoría, para que, de estimarlo, sean publicados por los medios académicos, científicos o de interés jurídico, en la forma, condiciones y plazos que estimen convenientes. A tal fin, el/los autor/es se obliga/n a otorgar todos los actos necesarios para esa publicación.

La presentación de trabajos a efectos de que sean considerados para su publicación implica la plena conformidad y aceptación de los términos y condiciones expresadas por el Reglamento.

REGLAS DE ESTILO

I. Introducción

Las citas son indicaciones precisas y detalladas que se utilizan para hacer referencia a otros autores con la finalidad de poder llegar a la fuente de lo citado. Las normas convencionales señalan que todo lo que no sea propio de los redactores debe ser citado porque lo contrario puede considerarse un acto indebido de apropiación.

El Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Sur ha adoptado como modelo el método de citación dispuesto en la asignatura Taller de Seminario de la carrera de Abogacía de la UNS, al cual ha de recurrirse subsidiariamente frente a cualquier situación no contemplada expresamente por el presente Manual de Estilo.

II. Sumario

Precederá a cada trabajo un sumario en el cual consten los diferentes subtítulos o secciones que lo estructuren. Cada subtítulo deberá organizarse con números romanos.

III. Abstract y palabras clave

Cada trabajo será precedido de un resumen o *abstract* y de palabras claves.

En el resumen se informará específicamente los contenidos y alcances del artículo, así como también los objetivos planteados en el mismo. Su extensión no podrá superar las 200 palabras, escritas en fuente Arial, tamaño 10 puntos a fin de que pueda diferenciarse del cuerpo del trabajo.

Las palabras claves (*keywords*) identificarán la temática central del artículo a modo de facilitar su clasificación. Se solicita un mínimo de cinco (5) palabras claves.

Ambas secciones deberán presentarse en dos versiones: una en idioma español y otra en idioma inglés. Esta última podrá, no obstante, encomendarse al Consejo de Redacción. Los trabajos incluidos en la sección Comentario de Fallo no incluirán *abstract* ni palabras claves.

IV. Reglas generales de citación

Las citas serán organizadas en orden creciente numérico, y deberán constar al pie de la página. Esto podrá ser reemplazado por el señalamiento de bibliografía al final del artículo.

IV. I. Indicación de páginas

Cita de una página específica: p. 18.

Cita proveniente de una página y las siguientes: p. 18 y ss.

Cita proveniente de un conjunto de páginas: pp. 18-25.

Cita de páginas que no son consecutivas: pp. 18 y 25.

IV. II. Abreviaturas

Deberán evitarse las abreviaturas, de ser utilizadas ha de indicarse con precisión.

IV. III. Fuentes web

Las fuentes obtenidas de la web, preferentemente a páginas o portales de organismos oficiales y bases de datos legislativos o jurisprudenciales de libre acceso, deberán hipervincularse. Es importante que en este tipo de citas se destaque la fecha de consulta. Lo último podrá omitirse cuando la información referenciada se encuentre en archivos estables como, por ejemplo: InDret, Infoleg, SSRN, SCBA.

Ejemplo modo 1: ALVARADO, LOURDES, “Facultad discrecional”, *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, consultado el 08/05/12. URL: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=-com_content&task=view&id=723&Itemid=27

Ejemplo modo 2: SCHMITT, CARL, *Sobre el parlamentarismo*, disponible en <http://www.iestudiospenales.com.ar/filosofia-/423-sobre-el-parlamentarismo.html> (Documento Digital, pp.17 y ss.)

VARANI, JAVIER E., “La imprescindible reforma de la ilegítima Ley Electoral Bonaerense. El caso de la integración de los Concejos Deliberantes.” Disponible en http://www.quieroelegir.com/varani_imprescindiblereforma.pdf (Documento Digital, p.2).

A continuación apuntaremos cuál es la forma adecuada para citar distintas categorías fuentes jurídicas.

V. Fuentes

V. I. Fallos

Partes –Tribunal –Fecha -Publicado en: bastardillas. –Página/s

Ejemplo 1: “Giroldi Horacio D. y otro”, CSJN, 7/4/95, *La Ley Online* (Documento Digital, pp. 4 – 8).

Ejemplo 2: “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, *LA LEY* 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - *LA LEY* 2009-C, 647 - *LA LEY* 19/06/2009 , 7; *LA LEY* 2009-D , 96; *LLBA* 2009 (junio), 557 - *RCyS* 2009-VII , 62; *LA LEY* 29/12/2009 , 4; *LA LEY* 2010-A , 220 (AR/JUR/10675/2009, pp. 11 y ss.)

V. II. Fallo anotado

Partes –Tribunal –Fecha -Publicado en: bastardillas – Página/s

Ejemplo: “Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, CNFed. CA, Sala II, 13/4/1999, con nota de GORDILLO, AGUSTÍN, “Tasa por Decreto”, *La Ley*, 1999-C, 509.

En caso de citarse el fallo y no su comentario, ha de omitirse la referencia al autor.

V. III. Artículos de revistas

Autor -Título: entre comillas -Publicado en: Título de la revista debe ir en bastardilla, el número de ejemplar y tomo (si lo hubiere) ha de citarse utilizando números romanos –Editorial – Página/s.

Ejemplo 1: ROCHA PEREYRA, GERONIMO, “Sobre el Derecho Administrativo Sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)”, Publicado en la *Revista de Derecho Administrativo (REDA)* nro. XLIII, abril de 2003, Ed. LexisNexis, pp. 21 – 24.

Ejemplo 2: SPROVIERI, LUIS E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp.1-2).

Ejemplo 3: ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (La Ley Online, p.4);

V. IV. Libros

Autor o autores: Apellido y nombres en mayúscula -Título: bastardillas –Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año – Página/s.

Ejemplo 1: BIOCCA, STELLA M., *Derecho Internacional Privado, un nuevo enfoque*, 1ª Edición, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, pp. 91-121.

Ejemplo 2: BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de derecho de familia*, 1ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988 (6ª ed., 2004), pp.139-141.

V. V. Libros de Abeledo Perrot Online

Autor -Título: bastardillas – Año – Edición – Editorial – Pagina/s.

FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., “Derecho del Consumo”, en *Tratado teórico – práctico de Derecho Comercial*, Ed. LexisNexis – Abeledo Perrot, 2009, *Lexis* N° 9212/003489, pp. 3-4.

V.VI. Fuentes Secundarias

Ejemplo 1. PIZARRO, RAMÓN D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 287 y ss.; [citado por BUSTAMANTE ALSINA, JORGE en “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 267 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.8)].

V. VII. Definiciones de diccionarios

Voz –Autor -Título: bastardillas -Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año.

Voz “*Exceptio non adimpleti contractus*” en OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 27ª Edición actualizada, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

V. VIII. Leyes

Número de la ley - Nombre de la ley o decreto, si lo tiene - Título de la publicación en que aparece oficialmente -Lugar de publicación - Fecha de publicación (día, mes y año) -Paginación si hubiera.

Ejemplo: Ley 23.515 Divorcio vincular, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12 de Junio 1987.

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2012
en la Editorial de la Universidad Nacional del Sur
Avenida Alem 925, Bahía Blanca
Se imprimieron 200 ejemplares.

Publicación del Departamento de Derecho
de la Universidad Nacional del Sur gestionada
y dirigida por estudiantes de la carrera de Abogacía.