

ISSN 2314-0747

REVISTA
DE DERECHO
UNS AÑO II NUMERO II



2013

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Gutiérrez Iuale, Martina
Mondino López, Fiorella
Monterrubianesi, Laura
Sotile, Patricia

COORDINADORES DOCENTES

Arruiz, Sebastián G.
Ríos, Guillermo C.

COMITÉ ACADÉMICO

Miembros externos

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

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

Miembros locales:

Acciarri, Hugo Alejandro
Ares, José Luis
Arruiz, Mario
Bouzat, Andrés
Conghos, Eduardo
Cortazar, María Graciela
d'Empaire, Eduardo
Irigoyen Testa, Matías
Isoardi, Gastón
Iuale, Corina
López Camelo, Guillermo
Martella, Ariel
Navarro, Pablo
Pazos Crocitto, Guillermo
Peralta Mariscal, Leopoldo
Zelaya, Mario

Revista de Derecho UNS, ISSN 2314-0747, Año II, N° 2, 2013
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, julio de 2013.
©2013 Ediuns

Se transita un largo camino cuando se pretende iniciar una publicación académica. Ese camino requiere de una constante labor que permite la continuidad, el progreso y fortalecimiento de su organización.

La Revista de Derecho UNS, se ha introducido en tal sendero, buscando no solo exhibir el avance desarrollado en el Departamento de Derecho, sino también influir como instrumento para la formación de futuros profesionales, inspirados en su vocación de servicio social. Se pretende, en otras palabras, una universidad que sobrepase la formación teórica.

Aspiramos a una universidad donde profesores y estudiantes se encuentren para la generación de conocimiento a través de la enseñanza, la práctica y la investigación. Una universidad que sea el vehículo para una formación del carácter, personalidad y férrea voluntad de sus integrantes. Percibimos una institución donde más allá de los títulos u honores que se obtengan, inicie a jóvenes capaces en la búsqueda de un camino para transitar durante toda la vida. Un camino de continuo aprendizaje para formar hombres comprometidos con su profesión, al servicio de la comunidad y de la justicia.

Como punto fijo en el horizonte encontramos una universidad progresivamente más participativa y orientada a la formación de pensamiento creativo, en la generación de jóvenes líderes que aporten al bienestar de la república y que acometan con decisión el tránsito de una vida plena. Es ese un objetivo común, que requiere de un esfuerzo conjunto por parte de la comunidad académica toda.

La posibilidad de participar en la construcción del conocimiento a partir de la escritura, cumple un rol relevante en la edificación constante de aquella universidad que guía nuestro propósito.

Se ha dicho con buen tino, que la necesidad de escribir, surge de tener algo que decir. Es la consecuencia de haber leído mucho, reflexionado y meditado sobre diversas cuestiones. Ha de implicar un pensamiento, asimismo, en el sentido común de las enseñanzas de todos los días.

La necesidad de escribir implica, o ha de implicar, la finalidad del individuo de transmitir una idea que pueda colaborar en la formación de una sociedad mejor. Por ello, estimamos que la investigación debe formularse con dedicación, con

método y considerando siempre la relevancia que alberga la posibilidad de que una idea llegue a otro individuo iniciando una cadena potencialmente infinita.

El presente volumen, con el que se da inicio al segundo año de actividades de la Revista de Derecho UNS, recoge un conjunto selecto de trabajos de alumnos, graduados y docentes dedicados al fenómeno de lo jurídico en la búsqueda de una representación equitativa de investigaciones en las diversas ramas del derecho.

Hemos priorizado aquellas temáticas que hacen a la actualidad jurídica nacional, en lo atinente a la potencial reforma de nuestro régimen de derecho privado, a partir del Proyecto de Código Unificado en lo Civil y Comercial elaborado en el año 2012; siendo este el tema que más debates y encuentros ha suscitado en las recientes épocas. No obstante, también se han atendido otros tópicos de nuestro ordenamiento jurídico que han ameritado la investigación por parte de los autores, en relación a cuestiones que van desde Filosofía del Derecho, Derecho Tributario, Derecho de Daños, entre otras tantas.

Se incluyen en este número, dos artículos que poseen una referencia institucional respecto del Departamento de Derecho. Uno de ellos referido a la organización del gobierno universitario y la participación de los centros de estudiantes, denotando la esencial relevancia de la participación del estudiantado en la construcción de una universidad mejor. Otro, que se introduce en la presentación de los resultados de uno de los proyectos de extensión universitaria en la orientación de la función rehabilitadora que se postula para la pena bajo el cuadro del derecho penal y constitucional. Estos programas son de gran prioridad, en tanto involucran actividades gestionadas por un alumnado interesado en generar un cambio social, marcando su huella en el camino de los constructores que, ladrillo tras ladrillo, edifican la institución que hoy nos alberga.

Esperamos que los artículos vertidos en este número sean de agrado y utilidad para los estimados lectores, en el augurio de un compromiso de nuestra parte por un mayor esfuerzo para proseguir la construcción de este espacio común, para la reflexión de las instituciones jurídicas por parte de la comunidad académica de la Universidad Nacional del Sur.

INDICE

»DOCTRINA«

El derecho de los trabajadores migrantes en Argentina: contrariedades operativas de la nueva política migratoria en torno a los trabajadores migrantes en situación irregular	
Jessica Martínez	11-28

»ENSAYOS«

La libertad de testar en el Derecho Argentino	
Pablo Esteban Melón, Bruno Martín Appugliese y Luciana Yamile Yauhar	31-44
Fecundación post mortem. El derecho a procrear y el interés superior del niño	
Ana Clara Ahargo	45-52
Los daños punitivos en el proyecto de reformas	
Leonardo Abel Urruti	53-72
La conducta antirreglamentaria del peatón en la responsabilidad del dueño o guardián del vehículo automotor	
Santiago Nudelman	73-85
Asunción de riesgos por parte de la víctima, ¿una eximente de responsabilidad en los accidentes de tránsito?	
Virginia Clementi	87-98
El derecho a la educación superior y el caso chileno	
Florencia Guariste y María Paula Riganti	99-110
La incorporación de las haciendas locales como bien jurídico protegido al régimen penal tributario (ley 24.769 modificada por ley 26.735)	
Cintia J. Bonavento.....	111-122

El concepto positivista de validez del Derecho	
Leandro Kunusch	123-134
Acoso sexual. La violencia silenciosa	
Melisa Andrea Barreyro	135-144
Programa de voluntariado universitario, “Educar para Reinsertar”	
Santiago Garrido	145-154
Los centros de estudiantes. Su rol en la universidad	
Florencia Guariste	155-161
»COMENTARIO DE FALLO«	
Nota a fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 22/08/12 “R.F. E. c/ Bayer S.A. y otros s/Daños y perjuicios”	
María Paula Laplace	165-169
Indicaciones para el autor	171-172
Reglas de estilo	173-178

»DOCTRINA«

EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LA ARGENTINA: CONTRARIEDADES OPERATIVAS DE LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA EN TORNO A LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

THE RIGHT OF MIGRANT WORKERS IN ARGENTINA: CONTRADICTIONARY SETTINGS OF THE NEW INMIGRATION POLICY ON IRREGULAR INMIGRANT WORKERS

Jessica Lorena Martínez*

Sumario: I. Introducción. II. Estándares internacionales en materia de protección de los trabajadores migrantes. a. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. b. La Opinión Consultiva nro. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. El derecho interno argentino. a. La constitución argentina y la política inmigratoria que promueve. b. La ley nacional de migraciones y su decreto reglamentario. c. Cuestiones operativas faltantes en la normativa secundaria. IV. Conclusión.

Resumen

En el año 2004 la Argentina modificó su política migratoria adoptando una legislación más acorde con los mandatos internacionales en materia de protección general de personas migrantes. Sin embargo, la normativa interna no cumple con los estándares internacionales sobre derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular. Estas personas se encuentran en una doble posición de vulnerabilidad, tanto por su condición de trabajadores como también por su precariedad migratoria, debiendo el estado adoptar medidas positivas para garantizar el disfrute de sus derechos laborales en igualdad de condiciones.

Palabras clave: Migrantes – Política migratoria – Trabajador migrante – Derechos Humanos – Derechos Laborales

* Abogada (UNS), docente e investigadora de la Universidad Nacional del Sur.

Abstract

In 2004 Argentina amended its immigration policy by adopting legislation more in accordance with international mandates on the protection of migrants. However, domestic legislation does not meet international standards on the rights of irregular immigrant workers. These people are in a double condition of vulnerability, not only for being workers but also by their precarious immigration status, and the state must adopt positive measures to ensure their labor rights on equal terms.

Key Words: *Immigrants – Immigration Policy – Migrant Worker – Human Rights – Labour Law*

I. Introducción

La migración es un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su nacimiento. Quizás encontremos en la propia naturaleza del ser humano cierta necesidad de trasladarse por diferentes ámbitos y habitar espacios no conocidos. Sin embargo esta libertad de locomoción no ha sido en todos los tiempos fomentada o consentida. En efecto, es principalmente con la conformación de los estados modernos y la delimitación de sus fronteras, cuando los gobiernos han impuesto mayores restricciones a la entrada y salida de personas de sus territorios.

Desde la lógica estatocéntrica imperante durante siglos, los estados han conservado la facultad de decisión respecto de la entrada y salida de personas. Algunos han fomentado la inmigración, otros en cambio la han cercenado. Incluso muchas naciones han visto cambiar su política migratoria según las épocas. De todas formas, el problema no radica tanto en la salida, sino más bien en el derecho a ingresar a otros lugares, y de esta forma, se coloca al migrante en una situación de profunda vulnerabilidad e incertidumbre, generando numerosas incoherencias e injusticias.

Las causas de la migración ya poco se relacionan con el interés del ser humano por conocer otros lugares. En cambio, obedecen a razones de necesidad económica, social o política. Muchas veces los individuos se ven forzados a abandonar sus lugares de origen, víctimas de agresiones o persecuciones, trata de personas, por causas de catástrofes naturales, conflictos armados o bien, en busca de una mejor situación económica, de salud, de educación, tanto para los migrantes como para sus familias. El sistema económico imperante es de alguna manera generador de estos desplazamientos.

Sin dudas la migración es un tema actual y constituirá un grave problema en el futuro para aquellos estados que desalientan el ingreso de extranjeros, pues

las verdaderas causas son desoídas. En la medida en que no se ataque el problema de fondo, que consiste en resolver las inequidades y desigualdades del sistema¹, este proceso se acrecentará, con o sin la autorización de los Estados. Será además un grave inconveniente para el fortalecimiento de los procesos de regionalización, por ejemplo el sudamericano, en la medida en que países con políticas migratorias más abiertas deban reducir las autorizaciones a fin de no contrastar con las naciones con políticas más restringidas que no permitirán una libre movilidad de personas por sus fronteras limítrofes.

Desde una mirada jurídica se trata de responder a un interrogante básico: ¿es la migración un derecho perteneciente al ser humano o una violación a la soberanía del estado? Y según la visión que se adopte, ¿es el migrante sujeto u objeto del ordenamiento jurídico? La visión internacional hoy en día ha inclinado la balanza considerando a la migración como un derecho humano y de esta manera, se encuentra a favor de respetar las potestades que los migrantes poseen por el sólo hecho de ser personas². En este sentido, la comunidad internacional ha dictado numerosas convenciones que dan muestra de este reconocimiento.

Argentina ha recientemente modificado su política migratoria adoptando una legislación que se encontraría acorde a los tratados internacionales que protegen al migrante en su condición de extrema vulnerabilidad. Sin dudas es necesario encontrar un punto de equilibrio entre el orden jurídico internacional protector

¹ Como afirman las Dras. Marta Carballo de la Riva y Enara Echart Muñoz, “a pesar del creciente interés por el tema migraciones- desarrollo, se siguen diseñando estrategias de desarrollo y de un deficitario codesarrollo, con el objetivo de lograr que la lucha contra la pobreza disminuya las causas de las migraciones, al tiempo que se crean programas de gestión y control de las fronteras, disfrazados a menudo bajo el discurso de emergencia humanitaria. Para hacer frente a estas deficiencias, es necesario adoptar enfoques globales en el tratamiento de cuestiones tan complejas, con una importancia crucial de la coherencia de las políticas en temas interconectados, como son las migraciones internacionales en un mundo cada vez más interrelacionado pero también más desigual y asimétrico. El trabajo ha de partir así de una cooperación y coordinación entre los países de origen, tránsito y destino para conseguir una gestión integral de las migraciones, introduciendo la idea de corresponsabilidad entre los países involucrados, y sobre todo de una coherencia entre las políticas (no sólo entre las migraciones y de desarrollo, sino también con las políticas de comercio, medio ambiente, seguridad, agricultura y pesca, transporte, empleo, etc.)” (CARBALLO DE LA RIVA, MARTA y ECHART MUÑOZ, ENARA, “Migraciones, desarrollo y codesarrollo”, p. 47, en FERNÁNDEZ, MERCEDES Y OTS. (Eds.), *La construcción del codesarrollo*, Red Universitaria de Investigación sobre cooperación para el desarrollo del ayuntamiento de Madrid, Los libros de la catarata, Madrid: 2008.

² “Aunque los gobiernos tienen el derecho de decidir a quiénes admiten en sus territorios y en qué condiciones, esas decisiones no pueden justificar ni amparar la violación de los derechos humanos de los individuos, incluidas las personas migrantes”, *op. cit.* p. 48.

de los migrantes y el derecho interno de los países que aún se encuentran reticentes a relegar sus facultades soberanas sobre ordenamiento territorial y poblacional. Este trabajo pretende analizar la moderna legislación adoptada por Argentina, específicamente sobre los trabajadores migrantes indocumentados o en situación irregular, a fin de evaluar si dicha normativa respeta aquellos estándares internacionales y compromisos en ese ámbito asumidos.

II. Estándares internacionales en materia de protección de los trabajadores migrantes

Los derechos de los trabajadores migrantes han sido reconocidos en numerosos tratados internacionales, en cuanto se exige de los Estados el respeto por el derecho a la vida, a la integridad física, a la no discriminación, a la igualdad, a trabajar, a la propiedad, a la defensa en juicio de sus derechos, a la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, entre otros.

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, los instrumentos fundamentales que consagran en forma general estos principios son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos ratificados por la Argentina e incorporados con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22).

Por otra parte, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, como organismo especializado de Naciones Unidas, existen numerosas normas que se aplican principalmente a los trabajadores documentados, aunque vislumbran los principios de respeto por los derechos humanos de todas las personas, pudiéndose enumerar a la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (número 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (número 143), las Recomendaciones sobre los trabajadores migrantes (número 86 y 151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (número 29) y el Convenio relativo a la abolición de trabajo forzoso (número 105), que lamentablemente sólo estos dos últimos han sido ratificados por Argentina.

En el ámbito regional americano, son también diversos los instrumentos que se aplican para favorecer los derechos de los migrantes indocumentados, entre ellos se puede citar la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículos 3.1 y 17); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Sin embargo, específicamente en materia de trabajadores indocumentados nos referiremos a dos normas que tratan exhaustivamente el tema: una convención celebrada en el marco de Naciones Unidas y una opinión consultiva adoptada en el marco de la O.E.A., ambas de extrema importancia para discernir cuáles son los derechos de los trabajadores que el estado argentino debe garantizar y bajo qué medios.

a) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución nro. 45/158, el 18 de diciembre de 1990. La Argentina la ha ratificado en febrero del año 2007, por lo que según lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, posee jerarquía superior a las leyes y por tanto el contenido de éstas debe adecuarse a lo prescripto por aquélla. De todas formas, cabe destacar que de haber alguna contradicción entre esta Convención y la Constitución Nacional, por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), ha de estarse al contenido de la Convención, pues *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Lo destacable de esta convención es que refiere a la situación de los trabajadores migrantes en un estado receptor que se encuentren en una situación de irregularidad o indocumentados. La misma norma contempla en sus considerandos la situación de vulnerabilidad a la que los trabajadores irregulares se exponen pues *“son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”*.

En su artículo 5 define a los trabajadores no documentados o en situación irregular por exclusión, afirmando que son aquéllos que no cumplen con las condiciones establecidas para los trabajadores documentados o en situación regular, es decir, que han sido autorizados a ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad a las leyes de ese Estado y a los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

Quedando claro entonces qué debemos entender por “trabajador migrante in-documentado o en situación irregular”, la norma pasa a enumerar cuáles son los derechos que debe otorgársele a quien se encuentra en tal condición, pese a haber ingresado o permanecido sin a la autorización del Estado receptor. En el supuesto de expulsión de un trabajador que ha laborado en el país durante su irregular estadía,

tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes” (art. 22 inc. 6) y “la expulsión ... no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado ..., incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden (art. 22 inc. 9).

Por su parte, el artículo 25 dispone que gozarán del mismo trato que se otorga a los trabajadores nacionales en cuanto a remuneración y otras condiciones laborales (horas extras, jornada de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, extinción de la relación laboral, edad mínima, etc.). Este artículo impone al Estado la obligación de adoptar

todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Sin dudas la obligación del Estado se incrementa, pues debe intervenir en la relación privada de empleo entre empleador y trabajador para garantizar que éste reciba el mismo trato igualitario que el trabajador nacional, y para ello deberá establecer “medidas adecuadas” que propendan al logro de dicho objetivo.

Además, se reconocen al trabajador los derechos sindicales: a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos, a afiliarse libremente, a solicitarles

ayuda y asistencia (art. 26). Y también los derechos derivados de la seguridad social, en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese estado (art. 27). Igualmente, tendrán derecho a recibir cualquier tipo de asistencia médica que requieran de urgencia (art. 28), quedando claro que “*esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo*”.

En su artículo 54 la Convención otorga la protección frente al despido y desempleo, gozando de igualdad de trato respecto de los trabajadores nacionales.

Finalmente, consideramos importante destacar que por el artículo 83, el Estado se compromete a garantizar que

Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en la presente Convención hayan sido violados pueda obtener una reparación efectiva, aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

b) La Opinión Consultiva nro. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta opinión es solicitada por el Estado de México en relación a la condición jurídica y derechos de los trabajadores indocumentados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos efectúa el dictamen el 17 de Septiembre de 2003, el cual resulta de suma importancia para los estados que integran la OEA y que han ratificado la competencia de la Corte.

En efecto, si bien esta opinión no es directamente vinculante para aquellos países que no la han solicitado, como es el caso de la Argentina, de todas formas refleja la posición de la Corte en este tema en concreto y brinda certeza, asegura al estado que ésta y no otra será la postura del órgano ante el supuesto de una futura resolución de un caso contencioso en el que se plantee esta temática. Como ha afirmado Cançado Trindade en su voto concurrente (párr. 88) “la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana contribuye al proceso en curso de la necesaria *humanización* del Derecho Internacional”.

Por lo tanto, la misma no puede ser desoída por los estados, quienes deben respetarla por aplicación de los principios rectores de buena fe y cooperación internacional. Con esta opinión consultiva, la Corte contribuye favorablemente en la tarea del estado, señalando o sugiriendo qué debe hacer o qué debe

abstenerse de hacer. Claro está, los estados conservan márgenes de discrecionalidad a fin de legislar políticas migratorias o administrar justicia, pudiendo determinar normas y decisiones que sean más favorables para la persona. Esta aplicación del principio *pro homine* de ninguna manera relativiza la importancia de la tarea que realiza la Corte, pues con su opinión, este órgano fija los estándares mínimos que deben garantizarse en la materia. La expresión de la Corte no elimina la libertad del estado para fijar sus políticas, pero sí indica y sugiere cuáles son las cuestiones básicas que deben respetarse a favor de los trabajadores migrantes.

Con esta decisión consultiva, la Corte fija entonces un estándar mínimo respecto de una doble dimensión: por un lado, los derechos del individuo y por otro, las obligaciones del estado. Cualquier pretensión por parte del estado de legislar o administrar las políticas que no sean compatibles con aquella, conllevará para el estado responsabilidad internacional.

En la Opinión nro. 18 la Corte resuelve que el Estado debe respetar y garantizar los derechos fundamentales, para lo cual debe adoptar medidas positivas, generando su incumplimiento responsabilidad internacional. Además, el órgano avanza determinando que

la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo (decisión párr. 8).

El Tribunal se refiere a los principios de igualdad y no discriminación, íntimamente relacionados a la situación de un trabajador migrante indocumentado respecto de los migrantes en situación regular o de los nacionales. Así, entiende que

el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos... En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (párr. 3 y 4). Estos principios “acarrear obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares (párr. 5)

Respecto de los estados, establece la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos “*independientemente de cualquier circunstancia o conside-*

ración, inclusive el estatus migratorio de las personas” (párr. 6). Además, reconoce al trabajador el derecho al debido proceso legal, que comprende a todas las materias y personas, sin discriminación alguna (párr. 7). *“El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales* (párr. 9) y que los trabajadores deben contar con todos los medios adecuados para ejercer esos derechos laborales, siendo que

Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica (párr. 10).

Concluye la Corte que

los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio (párr. 11).

Cabe destacar que en los considerandos previos de la opinión, el órgano clarifica que si bien el estado puede impedir el derecho al trabajo a un inmigrante indocumentado, una vez que esa persona entabla relaciones laborales, se convierte en “trabajador” y adquiere los derechos humanos laborales en ese Estado, independientemente de su situación migratoria, y por tanto al Estado se le exigirá el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos (ver párr. 133 y ss.).

Es claro y rotundo el Tribunal en cuanto equipara los derechos laborales que posee el trabajador migrante indocumentado respecto de los que se garantiza a aquellos migrantes que se encuentran en una situación regular o bien a los propios trabajadores nacionales. Es el estado el obligado a establecer los medios adecuados para que el principio de igualdad y no discriminación se cumplan, así se trate de violaciones realizadas por empleadores privados, pues tanto violaciones directas como indirectas, generarán su responsabilidad internacional. Ya sea por tratarse del empleador directo o bien por su negligencia en la aquiescencia respecto de las relaciones privadas, el estado será responsable si no toma los recaudos necesarios para que dichas violaciones no ocurran en su territorio.

III. El derecho interno argentino

a. La Constitución Argentina y la política inmigratoria que promueve

Fiel al pensamiento de Juan Bautista Alberdi, mentor de la Constitución Nacional Argentina, ésta implantó una política migratoria amplia y humanista.

Desde el comienzo de su redacción, en el Preámbulo, se vislumbra el deseo de fomentar la llegada de extranjeros, asegurando que la misma se dicta “para nosotros, para nuestra posteridad, y *para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*”. Además, el art. 14 consagra el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio, que no es más que una proyección de la libertad corporal o física, *para todos los habitantes de la Nación*. Este artículo otorga una amplia libertad corporal, que apareja el desplazamiento y traslado del individuo, tanto como su residencia, radicación o domicilio en el lugar que elige. Lo importante es que este derecho no se otorga sólo a “nacionales” sino abarca a una categoría mayor de “habitantes”.

Esta distinción resulta de suma importancia. Así, la Constitución claramente diferencia entre ciudadanos y habitantes, pues el primer término es utilizado en otros pasajes, por ejemplo en su artículo 21 al consagrar la obligación de los ciudadanos de armarse en defensa de la patria. Fue sin dudas intención de los constituyentes asegurar esta libertad de ingreso y egreso a aquellos que pisaran suelo argentino. Podría discutirse cómo puede considerarse “habitante” quien nunca ingresó al país, y por tanto, cuál sería su derecho a ingresar. A la luz del Preámbulo mencionado y en una interpretación amplia, debe considerarse potencialmente habitante y por tanto, con derecho a ingresar. Por otra parte, quien alguna vez entró al país y volvió a salir, no pierde su calidad de habitante.

El derecho de entrar es relativo, y por ende, sujeto a reglamentación. Cualquiera sea el titular o sujeto activo del derecho de entrar, debe cumplir la reglamentación razonable establecida para controlar el acceso y la admisión de personas.

Por otra parte, el artículo 16 vuelve a los habitantes como sujetos del derecho a la igualdad pues “*todos los habitantes son iguales ante la ley*”. Con mayor claridad, la Constitución avanza en el derecho de los extranjeros en el artículo 20, donde afirma que éstos “*gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes*”.

El artículo 25 impone al estado la obligación de fomentar la inmigración europea, y prohíbe restringir, limitar o gravar con impuestos la entrada de extranjeros “*que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes*”. Se trata de una inmigración calificada y útil, según la idea de progreso que anima a la constitución. Si bien el artículo menciona la inmigración proveniente de Europa, esto de ninguna manera implica que deba limitarse al viejo continente sino de cualquier parte del mundo, teniendo en cuenta la disposición claramente amplia que surge de su Preámbulo.

Por último, y en clara referencia a los derechos laborales, el artículo 14 bis consagra que “el trabajo” en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes. Como se ve, la norma no realiza ninguna interpretación restrictiva respecto de quién es el sujeto que lleva a cabo la tarea. Y continúa afirmando que “el trabajador” goza de los siguientes derechos: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagas, retribución justa, salario mínimo vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas, protección contra el despido arbitrario, organización sindical y beneficios de la seguridad social.

Queda claro entonces que la intención que deriva de nuestra Carta Fundamental es acorde a los estándares internacionales que consagran la protección de los derechos laborales de los trabajadores indocumentados en Argentina. Pasaremos ahora a analizar la normativa jerárquicamente inferior.

b. La Ley Nacional de Migraciones y su decreto reglamentario

La ley 25.871, sancionada en diciembre de 2003 y promulgada en enero de 2004 es producto de un cambio profundo en la política migratoria argentina. Más abierta y más acorde a las disposiciones constitucionales e internacionales³, deroga y deja atrás una sucesión de leyes y decretos que violaban abiertamente los derechos de los migrantes en general, con escasos recursos judiciales

³ “Siendo, como toda norma jurídica, expresión del derecho en su doble naturaleza de categoría ordenadora y a la vez ordenada por la sociedad en que se formula en cada momento histórico, la ley 25.871 incorpora en su contenido determinaciones económicas, políticas, sociales e ideológicas. También expresa los límites y las contradicciones que son producto de la correlación de fuerzas que sintetiza. Es por eso que la transfiguración de los trabajadores migrantes en sujetos de derecho, asumidos por el orden jurídico interno, tiene un largo camino a ser recorrido en su concreción. (VICHICH, NORA PÉREZ, “Los trabajadores migrantes en la nueva ley de migraciones: de objeto de normas a sujetos de derecho”, p. 157, en GIUSTINIANI, RUBÉN, *Migración, un derecho humano: ley de migraciones nro. 25.871*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2004.

ante las decisiones administrativas que el Estado podía adoptar y mínimas garantías consagradas en la legislación.

Si bien el cambio es producto de una visión de política estatal más amplia y generosa⁴, en parte también puede considerarse producto de la solución amistosa en la que Argentina se compromete en el año 2003 a modificar su legislación anterior en materia de migrantes⁵.

Recientemente, la ley de migraciones ha sido reglamentada bajo el decreto nro. 616/2010. La reglamentación de una ley comúnmente es de suma utilidad, pues avanza en cuestiones más operativas que garanticen los principios que la norma establece y que sería imposible considere. En tal sentido, el decreto debe ampliar, complementar y consolidar las disposiciones que esta norma reglamentada instituye. Contemplando que se ha tardado más de seis años en dictar el decreto reglamentario desde la vigencia de la norma, era de esperar que aquél profundizara en cuestiones operativas, con una visión más amplia

⁴ En el marco del Programa “Patria Grande”, entre el año 2003 y 2007 se ha procedido a la regularización de aquellos migrantes en situación irregular. Si bien se desconoce la cantidad de inmigrantes en dicha situación en la Argentina, se conocen cifras oficiales sobre aquellos migrantes que han podido regularizar su condición. Se han efectuado 776.742 trámites de regularización: 660.184 correspondieron a personas originarias de los países que conforman el MERCOSUR y 116.558 de inmigrantes de países extramercoeur (Dirección Nacional de Migraciones, 2008). Ver además, “Perfil Migratorio de Argentina 2008”, elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones Buenos Aires. En el informe de agosto de 2010, la Dirección Nacional de Migraciones publica que 423.697 fue la cantidad de personas inscriptas en el Programa Patria Grande, se otorgaron 98.539 radicaciones permanentes, se otorgaron 126.385 radicaciones temporarias y 187.759 de los inscriptos no completaron la documentación requerida para el trámite de regularización. (Cifras disponibles en http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Patria_Grande.pdf, capturado el 10 de febrero de 2013).

⁵ Informe N° 85/11, Petición 12.306, Solución Amistosa, Juan Carlos De La Torre, 21 de julio de 2011 (caso relativo a la deportación de un ciudadano uruguayo). En el mismo, Argentina se comprometió a *“hacer sus mejores esfuerzos para dictar, en el plazo de un (1) mes, la reglamentación de la nueva Ley de Migraciones ... garantizando, entre otros aspectos, el acceso igualitario de las personas migrantes a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social, el derecho a la reagrupación familiar, el derecho al debido proceso en el procedimiento migratorio, facilidades para el pago de la tasa migratoria y un sistema claro de exención de dicha tasa, y la adopción de las medidas que fueran necesarias para garantizar una adecuada asesoría jurídica para migrantes y sus familias”*(II. Acuerdo de Solución Amistosa, párr. 2.a). Asimismo se comprometió a *“realizar un pormenorizado análisis de la legislación vigente en la materia (nacional y provincial) a fin de impulsar la adecuación de aquella normativa que eventualmente contenga disposiciones que efectúen discriminaciones ilegítimas con base en la condición de extranjero de la persona o en su condición migratoria a los estándares internacionales y constitucionales en la materia”* (II. Acuerdo de Solución Amistosa, párr. 2.b).

de la problemática que pudiera suscitarse como consecuencia de la aplicación de la moderna normativa, como consecuencia de los años transcurridos entre una y otra.

La ley consagra la migración como derecho humano, esencial e inalienable de la persona sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (artículo 4). El Estado se compromete a asegurar el acceso igualitario de los inmigrantes en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (artículo 6).

Establece varias categorías de inmigrantes: residentes permanentes, residentes temporarios, residentes transitorios e inmigrantes en situación irregular o indocumentados. Solo los residentes permanentes y algunas categorías de residentes temporarios y transitorios (trabajadores estacionales) tienen derecho a trabajar, no así los extranjeros que residen irregularmente en el país (art. 53). Avanzando el art. 55 prohíbe a cualquier persona de existencia visible o ideal proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, estableciendo multas para quien proporcione trabajo a inmigrantes en situación irregular, y acrecentándolas si se trata de menores no emancipados o menores de 14 años de edad.

Ahora bien, la norma reconoce la posibilidad de que el trabajador en situación irregular o indocumentado trabaje. A él, le concede el derecho a la educación (art. 7) y a la salud (art. 8). Además, el artículo 16 establece que “La adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

Luego en su articulado consagra más claramente que el empleador que contrata a un trabajador en situación irregular, de ninguna manera quedará liberado de las obligaciones que por esa relación laboral nazcan respecto del extranjero, *cualquier sea su condición migratoria* (artículo 56). La reglamentación de este artículo establece que “*los extranjeros podrán recurrir al asesoramiento que brindan los servicios jurídicos gratuitos que funcionan en el país, los cuales no podrán negarles atención debido a la falta de documentación argentina o a su calidad de extranjeros*”.

Por otra parte, la norma contempla la posibilidad de expulsión del trabajador en situación irregular, otorgando mayores garantías procesales para garantizar su defensa en juicio. La ley en su artículo 63 anuncia que “La cancelación de la residencia conlleva la conminación a hacer abandono del país dentro del plazo que se fije o la expulsión del Territorio Nacional tomando en consideración las circunstancias fácticas y personales del interesado, según lo establezca la Reglamentación”. El decreto reglamentario nada ha avanzado sobre esta circunstancia. La expulsión además, lleva implícito la prohibición de reingreso por un término mínimo de 5 años.

A los efectos de este trabajo, cabe resaltar la disposición del art. 67 cuando afirma

La expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido el migrante de conformidad con la legislación nacional, incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiere corresponder.

Continúa el art. 68

El interesado deberá contar con oportunidad razonable, aún después de la partida, para reclamar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que le pudieren corresponder, así como para cumplir sus obligaciones pendientes.

Lamentablemente, y pese a la importancia de estos dos últimos artículos transcritos, la reglamentación nada ha avanzado sobre las medidas administrativas o judiciales necesarias para que estos derechos sean realmente garantizados. Afirmábamos hoy la necesidad de contar con un decreto reglamentario que complementara los derechos consagrados en la ley y que los volviera en la práctica más operativos. Sin embargo, el decreto no considera ciertas cuestiones que resultan importantes destacar.

c. Cuestiones operativas faltantes en la normativa secundaria

Se discute si el derecho laboral es una rama de derecho privado o de derecho público porque si bien regula aspectos de la relación entre dos particulares (empleado y empleador), el Estado tiene particular interés en tutelar los derechos de la parte más débil y vulnerable que resulta ser el empleado en dicha ecuación. Por ello, prevé normas de orden público que no pueden ser dejadas

de lado por las partes, como por ejemplo, la irrenunciabilidad de los derechos⁶ del trabajador, pese a una manifestación en contrario (muchas veces obtenida por el patrón de manera forzosa).

Consideramos que el inmigrante irregular se encuentra en una doble situación de vulnerabilidad frente a la patronal. Por un lado, por su sola condición de trabajador (tal como es reconocido por el ordenamiento jurídico argentino al momento de establecer normas tuitivas a favor del empleado) y por otro, por el hecho de ser inmigrante indocumentado o irregular.

El inmigrante indocumentado rara vez intentará reclamar judicialmente sus derechos laborales si se encuentra con la amenaza del patrón de denuncia ante las autoridades estatales sobre su situación irregular, con la consiguiente posibilidad cercana de expulsión. Este trabajador calla, no ve entre sus posibilidades el reclamo judicial. Soporta una remuneración baja, la falta de vacaciones o descansos semanales pagos, una excesiva jornada diaria de trabajo, la falta de licencias con goce de sueldo por enfermedad... decide no reclamar, por la amenaza constante de expulsión a la que se somete⁷.

Estamos en presencia de una ley que contempla el derecho del trabajador en situación irregular a reclamar sus derechos derivados de la relación laboral, pero ni ella ni el decreto reglamentario avanzan en esta situación de vulnerabilidad extrema previendo mayores presunciones y garantías para que estos derechos puedan realmente ser reclamados por los trabajadores y respetados por los empleadores.

Sin ir más lejos, la normativa no establece qué debe entenderse por “plazo razonable⁸” al momento de esperar que el inmigrante indocumentado pueda

⁶ Artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo nro. 20.744 “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

⁷ En la Argentina muchos de los trabajadores migrantes ejercen tareas en el ámbito agrícola. Es allí donde se presentan las mayores inequidades, pues trabajan en la total clandestinidad, alejados de las ciudades y del control oficial, oprimidos por los empleadores, que no respetan los salarios básicos (muchas veces sólo pagan con alojamiento y comida), ni las jornadas diarias, ni horas extras, ni los descansos hebdomadarios ni los beneficios sociales en general. La alta vulnerabilidad de los trabajadores migratorios agrícolas se ve acrecentada en el caso de mujeres, niños y personas indígenas. Para mayor información, ver el Sexto Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias, Informe Anual 2004, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ En la práctica, un juicio laboral en la Argentina no duraría menos de un año y podría extenderse por tiempo mucho mayor si por cuestiones procesales se requirieran mayores plazos para producir la prueba ofrecida en autos.

peticionar por sus derechos laborales en juicio. Tampoco dispone cómo podría un trabajador sin documentos accionar judicialmente, pues de seguro ningún Tribunal de Justicia aceptaría una primera presentación judicial sin documento que acredite su identidad. Peor aún, este trabajador no estaría en condiciones ni siquiera de remitir un telegrama de ley intimando al empleador al pago de los salarios adeudados o el cumplimiento de otras obligaciones laborales, pues en el Correo Argentino le exigirían acreditar su identidad antes del envío de esta misiva. Para iniciar una acción judicial y el reclamo de determinadas multas laborales, el trabajador está obligado a intimar previamente de modo fehaciente, por lo que estos derechos se ven imposibilitados de pelear en una instancia judicial.

Cabe destacar que el reglamento establece la asistencia gratuita que el Estado provee al trabajador (en general, ofrecido por el Ministerio de Trabajo y las Delegaciones municipales o bien mediante los Colegios de Abogados), tal como fue mencionado. En el primer supuesto, se trata de un órgano estatal, en el segundo, de un órgano público no estatal. En cualquier caso, resulta dudoso que los trabajadores inmigrantes indocumentados o en una situación irregular se presenten ante estos organismos exponiendo sus pesares laborales, sin sufrir el temor a la denuncia y expulsión. Por ello, los órganos de asistencia tal como están previstos, no garantizan que en la práctica brinden asesoramiento jurídico gratuito a estos inmigrantes. Lamentablemente, ellos tampoco se encuentran en una condición económica favorable como para acceder a un patrocinio pago. La consecuencia de todo ello, es la impunidad de los empleadores, que no serán sancionados ni se verán obligados a cumplir con sus obligaciones patronales.

Por otra parte, tanto la ley como el reglamento omiten la consagración de los derechos sindicales. No prevén expresamente el derecho del trabajador a formar parte de sindicatos, reuniones, participar como delegados gremiales ni ejercer los derechos que de esta actividad se desprenden. Por ejemplo, la estabilidad del empleado gremial que impide a un patrón despedirlo bajo apercibimiento del pago de severas multas, el derecho a huelga, el derecho a una negociación colectiva, implicando la imposibilidad de aunar esfuerzos conjuntos para asegurar el respeto de sus legítimos pedidos (por ejemplo, misma remuneración por igual tarea). La ley no hace ninguna distinción positiva a favor de las trabajadoras migrantes o menores a fin de ver protegidos sus especiales derechos (licencia por maternidad, régimen de jornada especial, etc.).

Las normas en cuestión omiten toda referencia operativa a los derechos derivados de la seguridad social. Es decir, protección del trabajador frente a una

enfermedad laboral o un accidente laboral, la indemnización por incapacidad o muerte para él o sus familiares, condiciones básicas de seguridad e higiene, la protección frente al desempleo... La norma no lo consagra y tampoco remite expresamente en estos temas a lo dispuesto por las normas laborales específicas (Ley de Contrato de Trabajo y Ley de Riesgos de Trabajo).

Sería de esperar una remisión más concreta a la normativa laboral y una decisión legislativa de cómo la misma operaría en estos casos, ya sea estableciendo nuevas presunciones a favor del inmigrante en cuanto a los derechos reclamados, o bien actuaciones de oficio por parte del estado en interés de los derechos de aquéllos.

Cabe concluir que tal como se encuentra redactada la legislación infraconstitucional en materia de migraciones, no se ven reconocidos ni material ni operativamente garantizados todos los derechos laborales del trabajador migrante en situación irregular, en verdaderas condiciones de igualdad frente al trabajador nacional.

IV. Conclusión

La inmigración ha sido el deseo de nuestros constituyentes, tal como se vislumbra en la Constitución Nacional que nos rige. Y es altamente positiva para el estado y la sociedad, que se beneficia económica y culturalmente del trabajo y la actividad que los inmigrantes realizan. Esto genera impactos económicos positivos, fiscales y laborales, aportando mano de obra y contribuyendo al sistema de bienestar⁹.

La legislación argentina tal como se encuentra redactada en la actualidad no garantiza completamente la aplicación interna de los estándares internacionales que rigen en esta materia ni otorga todos los medios operativos necesarios para que dicha normativa se cumpla y así, se vean respetados los principios de igualdad y no discriminación.

Como fue afirmado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva, no alcanza con consagrar derechos sino que además, el Estado debe adoptar todos los mecanismos adecuados y necesarios para que exista un eficaz cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

⁹ Ver DINER, NICOLÁS, "Con el pan bajo el brazo", artículo disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-159367-2010-12-27.html> (capturado el 10 de febrero de 2012).

El estado argentino ha ratificado prácticamente toda la normativa internacional de la cual derivan los principios y pautas que deben respetarse, ha reconocido expresamente muchos de estos derechos, pero al momento aun no ha adoptado las medidas de derecho interno para que las debidas garantías y protecciones judiciales sean efectivas.

A fin de cumplimentar las obligaciones asumidas, deberá complementar estas normas con otras disposiciones que garanticen que todo el ordenamiento jurídico laboral (desde la Constitución Nacional hasta los convenios colectivos de trabajo) sea respetado para el trabajador migrante indocumentado, bajo pena de recaer en responsabilidad internacional y asumir los costos que esto genere.

Sin dudas, el país ha avanzado en el cumplimiento de los estándares internacionales, adoptando una legislación interna más acorde, pero requiere de un compromiso mayor. Confiamos en la necesidad de adoptar un enfoque más humanista, para que el inmigrante vea realmente respetados sus derechos, tal como se protege a un trabajador nacional, sin distinciones. Pues independientemente de su situación migratoria, el inmigrante que trabaja, es un “trabajador” y por tanto, sujeto pleno de derechos laborales.

Por principios de justicia y equidad, por la dignidad del ser humano y la inalienabilidad de sus derechos, en un país conformado desde su nacimiento por inmigrantes, es necesario que garanticemos realmente a todos ellos los derechos que afirmamos reconocerles.

»ENSAYOS«

LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ARGENTINO*

TESTAMENTARY FREEDOM IN ARGENTINA

Pablo Esteban Melón
Bruno Martín Appugliese
Luciana Yamile Yauhar**

Sumario: I. Introducción. II. La Legítima y su función a lo largo de los años. a. Roma y su legado. b. Derecho comparado. c. El cambio Sociológico operado en las últimas décadas, el concepto amplio de familia. III. Constitucionalidad de la legítima. IV. Las trasgresiones al sistema de la legítima y la Seguridad jurídica en el tráfico de los bienes. V. Las denominadas asignaciones forzosas. VI. Conclusión.

Resumen

La libertad testamentaria debe ser receptada por la legislación argentina en consonancia con los principios de solidaridad familiar y autonomía de la voluntad, derogándose el instituto de la legítima por haber dejado de cumplir la función social que en otro momento histórico le sirvió de justificativo. En rigor de verdad, tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte, generándose así una violación al derecho constitucional de propiedad y al desarrollo libre de la personalidad. El estado termina interfiriendo en decisiones personalísimas que corresponden al campo de la intimidad¹.

* Trabajo realizado sobre la base de la monografía presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Comisión sobre: Las Familias y los desafíos sociales, en Mar del Plata, del 22 al 26 de Octubre de 2012.

** Estudiantes de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

¹ “A., S. R. c/Mendoza 21 SA”, Cám. Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, 23/03/09, *La Ley online* (AR/JUR/4965/2009, p. 4): “La intimidad es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos.”

El respeto a la libre disposición del testador debe equilibrarse con la protección de los herederos que dependían del causante o que se hallaren en estado de necesidad mediante la regulación de las llamadas asignaciones forzosas.

Palabras clave: Legítima – Testamento – Libertad – Heredero Forzoso – Sucesión

Abstract

The testamentary freedom must be accepted in Argentina's law in order to fulfill the principles of family solidarity and freedom. That is why the legitimate share of the estate should be repealed, because the social role it used to fulfill does no longer exist. Actually, it doesn't make any sense that freedom and property are fully recognized in life but restricted after death, with the affectation of constitutional rights and privacy.

The right to make a will should be balanced with the need of the heir that depends on the testator, by regulating mandatory assignations.

Keywords: Legitimate Share – Will – Freedom – Mandatory Heir – Inheritance

I. Introducción

En nuestro país, las personas no pueden decidir, con todo lo que implica una decisión personal, qué hacer con sus bienes para luego de su muerte, pues el ochenta por ciento de los mismos dado el caso de tener descendencia y conforme a la redacción actual del Código Civil, corresponde a sus herederos forzosos. Asimismo, si bien la modificación propuesta por el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en su artículo 2445 reza: “*las porciones legítimas de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio*”, esto sigue constituyendo, a nuestro modo de ver, una cuota de elevada proporcionalidad.

Es de capital importancia para nuestro derecho el interés familiar por encima de la libertad de disposición del testador. Volvemos a encontrar entonces, la bien conocida tensión entre el orden público y la autonomía de la voluntad. En consecuencia, nuestra ley dispone que todos los bienes que integran el patrimonio de una persona estén sujetos al condicionamiento de la cuota de legítima, una de las más altas en Latinoamérica, que se establece en beneficio de los herederos forzosos o legitimarios.

El art. 3591 C.C. dispone:

la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

Se integra así, en un sistema que protege los derechos de los legitimarios a una porción de la herencia, inclusive pudiendo atacarse por vía de acciones especiales los actos a título gratuito celebrados en vida por el causante y presumiendo, en otros supuestos la simulación de aquéllos que importan la transmisión onerosa de bienes para luego fraguar la porción disponible establecida².

Asimismo el juego de estas disposiciones con las normas de los derechos reales provoca, en varios supuestos, inseguridad jurídica en la transmisión de bienes inmuebles, o en otros términos “inseguridad en el tráfico de los bienes”.

Desde otro punto de vista, la limitación que importa la legítima ya no cuenta con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida cerca de los padres como núcleo de protección recíproca y convivencia³. La realidad y las necesidades actuales nos reclaman un cambio legislativo en el libro de las Sucesiones.

Debemos preguntarnos pues, ¿en qué perjudica la libertad testamentaria a aquéllos testadores que todavía hoy creen en valores como el de la igualdad de los hijos o la conservación del patrimonio por los integrantes de la familia?

¿Hay derechos constitucionales en juego?

¿Cuál es la peligrosidad de esta tendencia y por qué, en caso de haberla, países como Estados Unidos, Inglaterra, Panamá, México (en el Distrito Federal), entre otros la contemplan sin mayores inconvenientes?

Todas estas preguntas, naturalmente, motivan el desarrollo del presente trabajo y conducirán a establecer nuestras conclusiones sobre este tema que es de suma importancia para el derecho sucesorio argentino.

²Art. 3604 C.C.: “Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Ésta imputación y esta colación no podrá ser demandada por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima”.

³ LEÑA, RAFAEL, “Libertad de Testar hacia una solución justa y equilibrada”, en *El Notario del siglo XXI, Revista Notarial de Madrid* nro.2, Asociación Joaquín Costa, 19/10/05. Disponible en http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=8&seccion_ver=0

II. La Legítima y su función a lo largo de los años.

a. Roma y su legado.

Cómo país de herencia latina es necesario en primer lugar remitirnos a las costumbres desarrolladas en Roma donde tiene su origen la legítima. Ésta fue introducida por el Tribunal de los *Centumviro*s sin duda inspirándose en la ley Falcidia, norma del año 40 (a.J.C), estableciendo una porción de un cuarto del valor de la herencia⁴. Es que, en sus inicios la Ley de las XII Tablas consagraba la libertad testamentaria para designar sucesor al prescribir “*Así como dispusiera de sus cosas, tal será el derecho*”⁵.

En una etapa posterior, la amplia libertad de testar y el formalismo exagerado del testamento fueron perdiendo su antiguo rigor. El desarrollo de la economía, la amplitud de los negocios, entre otras motivaciones, determinaron la aparición de limitaciones a los poderes atribuidos al jefe de familia. Así se impusieron primeramente restricciones formales y, más tarde otras de convenio sustancial configurando estas últimas el llamado derecho de legítimas⁶.

En la familia romana todos los miembros (cónyuge, hijas solteras, hijos varones y sus respectivos hogares, clientes, libertos, etc.) estaban sometidos al *pater familiae* quien era el dueño exclusivo de su patrimonio. Cualquier bien, negocio o actividad económica que ejercieran lo hacían a nombre del *pater familiae*, cuyo patrimonio en caso de sucesión intestada se repartía a su muerte entre sus hijos varones quienes, a su vez, se convertían cada uno en nuevos *pater familiae* de sus propios hogares. Fácil es entender que, dada esta estructura familiar, era esencial para el derecho romano disponer que los hijos varones tuvieran asegurada su participación en la herencia, pues antes del fallecimiento del causante los hijos nada poseían. La única forma de garantizar la supervivencia económica de la descendencia era mediante asignaciones forzosas a favor de los hijos.

Siguiendo la evolución histórica del instituto, y luego de la caída de Roma, el Derecho Germánico denominó a la legítima como “reserva” porque constituía una parte de la herencia que estaba fuera de la facultad de dis-

⁴ GHIRARDI, JUAN CARLOS, *Derecho Romano I*, 1ra ed., Córdoba, Ed. Eudecor, 1993 (3ra ed., 1997, p. 297).

⁵ GAYO, *Institutas II*, 224: “*Uti Legassit Suae Rei Ita Ius.*”

⁶ ARGÜELLO, LUIS R., *Manual de derecho Romano. Historia e Instituciones*, 3ra ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998 (6ta. reimpresión p.463).

posición del causante. No era otra cosa que la *herencia ab intestato*, o sea la transmisión hereditaria legal, sobre la cual no podía operarse ninguna modificación mediante testamento. Se la calificaba como *pars hereditatis*. Por su parte, el derecho francés une las concepciones del derecho romano y del derecho germano. En las regiones del norte y oeste se aceptó la concepción germánica de “reserva” (*pars hereditatis*); y en la región del mediodía en cambio, imperaba el derecho escrito, es decir el romano, y por lo tanto la legítima era concebida como *pars bonorum*. Al dictarse el Código Civil Francés, en 1804, los legisladores utilizaron las dos figuras, aunque la resultante conservó la denominación de “reserva”.

En la Argentina, al legislar sobre el tema Vélez Sarfield se valió de reglas de distinta procedencia. Algunos autores dicen que usó la *pars hereditatis* del derecho germano, y otros la *pars bonorum* del derecho romano. Por este motivo cuesta tanto caracterizar la naturaleza jurídica de la sucesión legítima en el sistema argentino⁷.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos se puede concluir diciendo que con el paso del tiempo las relaciones familiares concebidas en Roma y luego en nuestras naciones evolucionaron. El principio de libertad absoluta ya no es sostenido por la mayoría de las legislaciones en el derecho actual. Si bien existe una tendencia a una mayor autonomía de la voluntad, concurre un principio moderador que procura evitar la desprotección, ya sea en amparo del interés familiar o de aquellas personas que merecen especial tutela⁸.

b. Derecho comparado

En derecho comparado observamos básicamente dos líneas marcadas en torno al derecho sucesorio: aquéllos países que regulan la libertad testamentaria, y los que defienden la legítima como instituto fundamental, entre los cuales se encuentra la Argentina.

Entre las familias jurídicas del mundo, es en el *common law* donde la libertad del testador tiene una mejor posición siendo Inglaterra y el Estado Canadiense de Québec los casos paradigmáticos en esta materia. El mismo lineamiento lo

⁷ MAFFÍA, JORGE. A., *Manual de Derecho Sucesorio*, T II, 2da ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1989, pp. 103 y ss. (citado por ORLANDI, OLGA, *La legítima y sus modos de protección*, 2da ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010, pp. 109-116).

⁸ CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, “La legítima. El lugar que debe ocupar en nuestro derecho”, suplemento especial La Ley – Colegio de Escribanos, CABA 12/09/2011.

siguen en América, el código civil de México Distrito Federal, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Guatemala.

Un caso particular de análisis ocupa la nación Española donde coexisten ambos sistemas legales. Por un lado, se protege la absoluta libertad de testar en los municipios donde rige el fuero de Ayala, y por el otro, impera la cuota legítima en la mayoría de las regiones del estado. La tendencia actual, sin embargo, se orienta hacia el camino de reducción de las mismas, colocando en un plano superior el principio de la autonomía de la voluntad. En el nuevo derecho catalán, por ejemplo, si bien la legítima es más bien corta -una cuarta parte del patrimonio hereditario- sigue su lento camino hacia la desaparición. A su vez, el círculo de donaciones imputables se ensancha y los causantes con hijos ganan libertad para la toma de sus decisiones sucesorias. Por otra parte, adoptando una decisión controvertida, la nueva ley equipara a todos los efectos sucesorios al cónyuge y al conviviente de hecho. Muy pocos ordenamientos en el derecho comparado han llegado tan lejos⁹.

Con respecto a los países que contemplan sistemas legitimario, Iberoamérica diseña legítimas que ascienden a cuatro quintos del acervo hereditario (Bolivia y Argentina), otros que la restringen a dos tercios (Perú y Uruguay), y los que la dividen en legítima estricta, mejora y libre disposición (España y Puerto Rico).

En nuestro país la doctrina se alinea a favor del instituto de la legítima, pero no es ocioso recordar que en el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires en 1917 se formularon reflexiones sobre la frecuencia con que los notarios observaban los casos de personas que protestaban en contra de la ley porque no se les permitía disponer más libremente de sus bienes. Concluían en que la verdadera solución estaría, no en reducir las legítimas, sino en declarar la amplia facultad de testar.

c. El cambio Sociológico operado en las últimas décadas, el concepto amplio de familia

A nuestro juicio uno de los fundamentos más importantes para la necesidad del cambio en la legislación sucesoria es principalmente la transformación social operada durante fines del siglo XX.

Hoy, la casa ya no es el elemento físico referencial en el que se concentran las relaciones personales y afectivas. Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de

⁹ FERRER RIBA, JOSEP, "El nuevo derecho catalán de sucesiones", *InDret*, 4/2008.

sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas las expectativas hereditarias respecto de los bienes a cuya conservación o adquisición habían contribuido.

Por otra parte, no podemos olvidar que cada vez son más las personas con familias diversas, como consecuencia de las llamadas “nuevas relaciones de familia”. En este sentido nos resulta insuficiente el concepto brindado por la Real Academia Española que define a la familia como: “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”; o “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”¹⁰, entre otros, porque no recepta los distintos tipos familiares actuales.

El concepto amplio de familia fue claramente delimitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, en el cual sostuvo que en la Convención Americana de Derechos Humanos “*no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma*”. Por lo tanto, dicho concepto no está reducido al matrimonio y “*debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*”¹¹.

Es por ello que consideramos que el derecho sucesorio debe receptar este nuevo concepto de familia en consonancia con los tratados de DDHH con jerarquía constitucional, y posibilitando a la persona organizar su vida íntima y personal, dándole primacía a la autonomía de la voluntad, sin descuidar los principios de solidaridad y responsabilidad que siempre deben estar implícitos en los núcleos familiares.

III. Constitucionalidad de la legítima

Como bien expresaba en sus estudios políticos John Locke, aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean comunes a todos los hombres, cada hombre tiene una “propiedad” en su propia “persona”, a quien nadie tiene derecho alguno sino él¹².

Debe observarse que las palabras “libertad” y “propiedad” son comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser to-

¹⁰ Voz “Familia”, Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>

¹¹ “Atala Riffo y niñas c/Chile”, CIDH, 24/02/12, consid.142, p.49. Disponible en: http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

¹² LOCKE, John, *Segundo ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2003, p. 23.

mados en su sentido más amplio. El término “propiedad”, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 C.N. comprende, “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad”¹³.

Cualquier limitación a la facultad de disponer del patrimonio que una persona ha creado, consustancial a aquel derecho, ha de tener un fundamento muy serio basado en la utilidad y la paz social. Es que, el artículo 21, inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza: “que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. El estado como garante del bien común dicta normas de orden público que consagran la tutela del interés familiar al imponer el deber de asistencia solidaria entre sus miembros y determinar de antemano quiénes son herederos legitimarios.

Tomando las palabras de Arauz Castex pensamos que “La autonomía de la voluntad y orden público son principios opuestos. La una invoca la libertad, el otro la solidaridad y el orden. Una y otra deben apuntar a la justicia”¹⁴.

Queda totalmente fuera del estado, según lo antedicho, la posibilidad de restringir de la manera y en las proporciones en que lo hace hoy en día el derecho de propiedad de las personas para después de su muerte. Por consiguiente es menester recordar en este aspecto que el causante dispone de sus bienes por medio del testamento en vida, y que sólo sus efectos son para después de la muerte. Entonces ¿cuál es el argumento que justifica el instituto de la legítima en nuestro ordenamiento jurídico?

Pensamos, en este sentido, que el principio de solidaridad no alcanzaría siquiera a salvar la supuesta constitucionalidad de un régimen de legítimas tan alto como el nuestro.

Lloveras y Salomon expresan que, a diferencia del sistema vigente, la limitación al derecho de testar debería estar determinada por las obligaciones ali-

¹³ “Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal”, CSJN, 16/12/25, *Fallos* 145:307.

¹⁴ LLOVERAS NORA y ORLANDI, OLGA, “La legítima en el derecho argentino: ¿tradicción jurídica o adecuación a las características sociológicas y jurídicas del siglo XXI?”, *DFyP*, octubre 2009, p.6.

mentarias que el causante tenía en vida para con sus herederos, y graduadas según la cantidad de herederos, la edad biológica de estos y si padecen alguna discapacidad física, psíquica o social¹⁵.

No se puede olvidar que la propiedad constituye el soporte básico del ámbito jurídico mínimo para que la libertad pueda desarrollarse plenamente. El derecho de usar y de disponer de la propiedad implica el de transmitirla o ceder su uso, el de celebrar todos los actos jurídicos con ella relacionados y el de convenir libremente las estipulaciones y cláusulas concernientes a tales actos¹⁶.

La legítima no debiera, en principio, alterar los derechos consagrados en la Constitución Nacional y, en su caso, la reglamentación tiene que observar el principio de razonabilidad. El principio de razonabilidad dogmatiza que toda restricción del ejercicio de un derecho no puede ser arbitraria, no puede alterar su contenido. Cuando la esencia del derecho es alterada, se incursiona en la arbitrariedad y puede acarrear la inconstitucionalidad¹⁷.

Bidart Campos explica que la autonomía de la libertad impone una valla al Estado, los terceros y la ley, preservando zonas exentas de interferencias o decisiones personales; no en vano el léxico constitucional apela a la autonomía personal para resguardar reductos de libertad (art.19 CN). Entre otros aspectos, dice que en el derecho de familia se alojan numerosos contenidos patrimoniales, como los relativos a los bienes gananciales y propios, en el régimen matrimonial, más el derecho alimentario, el derecho sucesorio. Reaparecen interrogantes en torno a las normas de orden público y de la autonomía de la voluntad, lo que a su manera levemente roza el derecho a la intimidad. En cuanto al derecho sucesorio expresa:

... si se mantiene el sistema de heredero forzoso y de la legítima, la porción disponible habría de ampliarse considerablemente, salvo el perjuicio cierto a un heredero necesitado, o la categoría de heredero forzoso debería suprimirse, salvo similar hipótesis a la categoría de un heredero necesitado, para quién la porción a recibir sería conveniente que quedara derivada en su fijación al juez¹⁸.

¹⁵ LLOVERAS, NORA y SALOMON, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, p.338, (citado por ORLANDI, OLGA, *La legítima y sus modos de protección*, 2da ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 99).

¹⁶ "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", CSJN, 09/02/22, Fallos 136:161.

¹⁷ ORLANDI, OLGA, *op.cit.*, p. 96.

¹⁸ *Ibid.*

Entonces podemos concluir diciendo que el libre desarrollo de la personalidad impone la libertad de elegir el sucesor o sucesores, libertad que también constituye el contenido del llamado derecho a la herencia¹⁹.

IV. Las trasgresiones al sistema de la legítima y la Seguridad jurídica en el tráfico de los bienes

En la práctica jurídica observamos distintos artilugios que son utilizados para fraguar dicho precepto general por las personas que no están conformes con las porciones disponibles.

Si bien excede de los objetivos propuestos en este trabajo, no podemos dejar de mencionar a título ejemplificativo los distintos modos concretos de fraude a la legítima. En primer lugar encontramos a las donaciones encubiertas, en donde el causante celebró un acto jurídico con apariencia de onerosidad, siendo que en la realidad de los hechos quien adquiere el bien no realiza la debida contraprestación logrando un crecimiento patrimonial que termina conculcando a la legítima.

Otro supuesto es la formación de figuras societarias en donde se puede vislumbrar la voluntad del causante de beneficiar a determinadas personas en detrimento de otras, otorgando los medios necesarios para adquirir capital accionario en la sociedad a constituir o en la ya existente.

Por otra parte, de mayor gravedad aún nos resulta el tema de la inseguridad jurídica en la transmisión de los bienes que genera el artículo 3955 del C.C. en cuanto dispone

La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirientes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

Pensemos entonces, en un padre con hijos que dona, bajo apariencia de compraventa, todos sus inmuebles a su conviviente, y luego ésta los transmite a terceros y sustrae el dinero a la acción de los herederos forzosos, quedando de esta manera consumado el despojo. En este ejemplo los adquirientes de buena fe no pueden invocar el artículo 1051 del C.C. y deben restituir el bien en

¹⁹ LEÑA, RAFAEL, *op.cit.*

especie o según el artículo 2458 del Anteproyecto de Código Civil (2012), desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando un sujeto tiene herederos forzosos o declara bajo juramento no tenerlos, y realiza una liberalidad, se produce lo que los escribanos denominan “título observable”²⁰. Esto significa que el acto es totalmente válido, aunque el escribano interviniente advierte a los potenciales compradores que en caso de producirse la venta del inmueble en cuestión, podría aparecer un heredero forzoso e instar, en caso de ver perjudicada su legítima, una acción reipersecutoria sobre el bien, que prescribe recién a los 10 años contados a partir de la muerte del donante. No podemos aquí dejar de mencionar el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 que se pronuncia apuntando un momento diferente para empezar al contar el plazo de prescripción al disponer en su artículo 2459 *“la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante 10 años computados desde la adquisición de la posesión”*.

Vemos de esta manera, que al desalentar las posibles compraventas, se ve afectado el derecho del donatario a disponer libremente del inmueble que ya está incorporado en su patrimonio. Tal como se ha expresado el escribano Ángel Francisco Ceravolo, La situación creada por la observación a títulos con ese origen, hoy generalizada, ha determinado que, en la práctica, hayan sido excluidos de una circulación normal; si a esto se añade, por un lado, la existencia de una importante cantidad de ellos, y por el otro, el desaliento la voluntad de propietarios de inmuebles que no tienen herederos forzosos, de realizar un acto de liberalidad que, muchas veces, tiene el propósito de retribuir afectos o de premiar conductas, se entiende el empeño del notariado en procurar soluciones con cabida en la normativa vigente. Pero advertimos que las restricciones a la circulación de los títulos con origen en donaciones de inmuebles a personas que no sean herederas legitimarias del donante sólo podrán ser morigeradas con el advenimiento de una reforma legislativa que contemple adecuadamente los intereses merecedores de protección en el ordenamiento normativo²¹.

²⁰ “Llarin, Pablo A. c/ Millan, Jorge A. s/cobro de sumas de dinero”, Cám.Nac.Civ., sala D, 16/06/05. Disponible en http://www.elnotariado.com/ver_nota.asp?id_noticia=2297: *“La adquisición del dominio de un inmueble en base a títulos imperfectos da derecho al adquirente a resolver el contrato ya que se encuentra expuesto a una acción reivindicatoria si eventuales herederos forzosos vieran menguada su legítima”*.

²¹ CERÁVOLO, FRANCISCO ÁNGEL, “Donaciones inoficiosas y títulos observables: una reforma necesaria y urgente”, *La Ley*, 2006-B, p.7.

Resta dejar en claro que todas las medidas arriba comentadas son desproporcionadas y afectan derechos constitucionales simplemente por no ser razonables. Ello es así porque fueron pensadas para proteger cuotas legítimas que al fin de cuentas no persiguen tutelar el interés familiar. Bastaría para ello con la regulación de asignaciones forzosas que tengan carácter reipersecutorio sin afectar por ello la libre circulación de los bienes.

V. Las denominadas asignaciones forzosas

Planteamos para los herederos forzosos que dependían económicamente del causante o que se hallaren en estado de necesidad, la formulación de una asignación forzosa²², que no establece un parámetro fijo o una cuota determinada del patrimonio, si no que consistiría en una contribución económica razonable, que debería fijar el juez, de acuerdo a los parámetros que se fijen por ley. Estos podrían ser: la magnitud del acervo hereditario, si existía obligación alimentaria del causante para con sus herederos legitimarios o supletorios, discapacidad física o psíquica del heredero.

En el proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de 2012 se contempla el supuesto de las llamadas mejoras a favor del heredero con discapacidad o mejor dicho y haciendo eco del concepto amplio tomado por el legislador en este sentido, de las personas que poseen capacidades diferentes.

La nota del artículo 2448 señala:

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social, implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional, o laboral.

Volviendo a las asignaciones forzosas, varía la forma en que serán satisfechas, ya sea mediante un pago único, en cuotas, o por la transmisión de algún bien determinado. De esta manera terminan por constituir una verdadera carga de la sucesión.

²² LLOVERAS NORA y ORLANDI, OLGA, *op. cit.*, p. 7.

Lo expuesto con anterioridad se puede observar en el derecho comparado en países como Inglaterra²³, Canadá y Estados Unidos, y algunos países latinoamericanos, como Chile, Colombia, Costa Rica, y Sudáfrica, en donde no existe derecho a la legítima sino derechos similares a alimentos que permiten tutelar el interés familiar.

La misma acción se le reconocerá a los herederos forzosos en las sucesiones ab intestato y en el supuesto de sucesiones mixtas, para el caso de que el causante haya celebrado actos gratuitos entre vivos que afectaren derechos del solicitante, dejándolo en una situación de desamparo.

Consideramos que este sistema permitiría al Juez poder tomar las circunstancias concretas que rodean al caso y adoptar las previsiones necesarias para que quede a salvo el resguardo familiar y la protección a sujetos vulnerables.

En este sentido se expresa Bidart Campos: “la ley confronta con la concepción moderna del derecho a la igualdad al otorgar a los herederos legitimarios alícuotas cerradas sin ofrecer la permeabilidad suficiente a la situación de hecho concreto para que -quizás a través del magistrado judicial- se pueda observar en el caso específico el cumplimiento del mandato constitucional de la igualdad. Tal vez necesitaríamos la creatividad pretoriana que impulse un derecho más vivo y con mayor efectividad en donde se contemple la equidad”²⁴.

VI. Conclusión

La idea fundamental de este trabajo es proponer de *lege ferenda* la incorporación de la libertad testamentaria al derecho sucesorio argentino. Es necesario derogar el instituto de la legítima y así a la luz del derecho constitucional, permitir que la persona pueda decidir siempre a quién dejar lo que le pertenece en base a criterios subjetivos que configuran una elección personalísima, únicamente cuestionable para aquéllos casos en los que el acto jurídico (testamento) no cuente con los requisitos-presupuestos de validez que prescribe nuestro Código Civil.

²³ En Inglaterra el tribunal puede reconocer a los familiares más próximos, entendiéndose como tales al cónyuge y los hijos, una “provisión financiera razonable” (*reasonable financial provisions for dependants*) si éstos no hubieran sido tenidos en cuenta, o no de manera suficiente, por el testador.

²⁴ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t.II, p.528 y ss.

Se debe crear una cultura del testamento, de la manifestación de la voluntad, pudiendo aquél ciudadano decidir qué hacer con sus derechos y bienes no sólo durante su vida sino para después de su muerte. Verbigracia en Estados Unidos según estadísticas, cerca del 55% de la población americana mayor de 30 años tiene un testamento. Este porcentaje aumenta considerablemente a medida que aumenta la edad de las personas y su patrimonio²⁵.

El interés familiar y el principio de solidaridad deben ser receptados mediante el otorgamiento de asignaciones forzosas, con carácter reipersecutorio, carga de la sucesión, para aquellos individuos que dependían económicamente del causante o que se hallaren en estado de necesidad. El juez deberá fijarlas teniendo en cuenta parámetros legales que le permitan arribar a una solución equitativa.

Remedemos, incorporando la libertad testamentaria, el problema de los herederos con capacidades diferentes, de las uniones convivenciales que se encuentran desprotegidas por el derecho sucesorio, de las personas en situación de abandono, de las personas sin herederos forzosos que no pueden hacer donaciones con la plena seguridad que sus donatarios dispongan de ella, entre otros.

Debió haber sido en el Proyecto de Reforma de Código Civil donde se incorporaran los cambios tendientes a tutelar ni más ni menos que la libertad como valor supremo, abriendo paso a permitir la toma de decisiones que no incumben al Estado como protector y garante último de todos nuestros derechos y garantías. Aquél que en una decisión personal elige distribuir de una manera determinada los bienes de su propiedad, pues que lo haga, y aquél que está convencido de todos los supuestos beneficios que la porción legítima acarrea, pues que la conserve para sí.

²⁵ Ver: www.mypatrimony.com

**FECUNDACIÓN POST MORTEM
EL DERECHO A PROCREAR Y EL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO***

*POST MORTEM CONCEPTION.
THE RIGHT TO PROCREATE AND THE BEST
INTEREST OF THE CHILD*

Ana Clara Ahargo**

Sumario: I. Introducción. II. Fecundación post mortem.
III. Regulación en el proyecto. IV. La falta de cumplimiento de los requisitos
V. Intereses en tensión. VI. Conclusiones.

Resumen

En el presente trabajo se señala la existencia de defectos en la regulación del instituto de la fecundación *post mortem* en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado y los intereses en conflicto. Se destaca el derecho de la mujer a procrear y elegir el tipo de familia que desea constituir y por otro lado, el derecho de todo niño, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Palabras clave: Fecundación post mortem - Interés superior del niño - Consentimiento - Filiación

Abstract

In the present paper we show the existence of flaws in the regulation of post mortem conception in the Project for a Unified Civil and Comercial Code, and the conflict of interests.

* Ponencia presentada en las “I Jornadas Nacionales de Estudiantes sobre Derecho Privado- Análisis de la reforma y unificación del Código Civil y Comercial”, organizada por conjuntamente por la Universidad Nacional del Sur y la Universidad de Rosario. Desarrolladas el 14 y 15 de Septiembre del 2012 en la ciudad de Bahía Blanca. El presente trabajo consiste en una adaptación revisada de aquella presentación.

**Abogada graduada por la Universidad Nacional del Sur.

We emphasize the right of woman to procreate and choose the type of family that she wishes to constitute, and, on the other hand, the right of every child to know who his parents are and to grow up in the care of his parents.

Keywords: *Post mortem conception – Best interests of the child – Consent – Filiation*

I. Introducción

En los tiempos actuales en que se ha incorporado a la legislación argentina el matrimonio igualitario y se debate el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación¹, este trabajo pretende analizar algunas cuestiones referentes a la fecundación *post mortem*, cuya regulación proyectada plantea ciertos interrogantes.

II. Fecundación *post mortem*

La fecundación *post mortem*, legislada en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y muy discutida en la actualidad, se puede presentar de dos formas:

- a) Cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida.

En este caso el semen pudo haber sido congelado en vida del aportante o extraído luego de pasadas horas de su muerte.

Este supuesto se dio en nuestro país, en el año 1999, cuando un hombre pasaba su luna de miel con su esposa, ambos de nacionalidad española. El hombre falleció en nuestro país y la mujer solicitó autorización al Consulado de España para extraer el semen y poder implantárselo luego².

Lo curioso del caso fue que el hombre no había manifestado, ni en vida, ni por disposición de última voluntad, consentimiento para la realización de la extracción.

- b) Cuando a la mujer se le implanta el embrión fecundado con aporte genético del fallecido

¹ Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

² CARBAJAL, MARIANA, "Autorizaron la extracción de semen de un hombre fallecido para que haya vida tras la muerte", *Página 12*. Disponible en URL: <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-11/99-11-03/pag21.htm>

En este caso, la extracción de semen y formación del embrión se produjeron en vida del aportante, y su implantación en el seno de la mujer se realiza luego de su muerte.

III. Regulación en el proyecto

El supuesto es receptado por el art. 563 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación:

Artículo 563.- Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida.

En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

La norma proyectada establece un principio general y una excepción sujeta al cumplimiento de dos requisitos.

El principio consiste en la ausencia de vínculo filiatorio entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se produjo antes del fallecimiento.

La excepción se sujeta a que el fallecido haya manifestado su consentimiento para que los embriones formados con sus gametos fuesen transferidos a la mujer después de su fallecimiento, y que la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produzca dentro del año siguiente al deceso.

Aquí surge un interrogante: el consentimiento que debe prestar el fallecido sólo se requiere respecto a la transferencia del embrión posterior a su muerte.

¿Y si el embrión todavía no se formó, y la mujer dispone de semen del fallecido para su implantación posterior? En este caso, ¿no se exige el consentimiento?

Veamos un caso hipotético: un hombre y una mujer desean tener un hijo mediante las técnicas de reproducción asistida. Acuden a un centro de salud donde le extraen semen al hombre para luego implantárselo a la mujer. El hombre muere antes de que le implanten el semen a la mujer. En este caso no tenemos un embrión formado.

Eduardo Sambrizzi sostiene que hay que distinguir entre el supuesto en que una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida, y el caso de la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón, por fecundación de un óvulo de aquélla con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte.³

El artículo 563⁴ establece

la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 (es el recabado por el centro de salud interviniente) o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos (el destacado nos pertenece) en la mujer después de su fallecimiento.

Esto vale para el supuesto en que el embrión se forma fuera del seno de la mujer. Volviendo al caso del ejemplo, el semen aun no fue implantado a la mujer. Si luego de la muerte del varón la mujer desea practicar una fecundación *post mortem*: ¿El consentimiento que exige el art. 563 del proyecto es el consentimiento que dio el fallecido en el centro de salud al momento de extraérsele el semen? ¿O se requiere un consentimiento posterior a la extracción para su implantación en la mujer?

³ SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Fecundación post mortem", *LA LEY* 07/02/2012 (*La Ley Online*, p. 1).

⁴El Artículo 560 reza de la siguiente manera: "Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público.

El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella".

Volvamos al artículo 560 que reza:

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Los gametos son cada una de las células sexuales, masculina y femenina, que al unirse forman el huevo⁵; los gametos masculinos son los espermatozoides y los femeninos los óvulos.

Interpretando el artículo, pareciera que quiere decir que cada vez que se vaya a hacer uso de los gametos masculinos (semen) o de los embriones, deberá renovarse el consentimiento que el sujeto otorgó. Para el caso de los embriones el art. 563 lo establece expresamente: *“la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer.”*

¿Y qué sucede con la mujer que desea inseminarse con el semen que se le extrajo a quien ahora falleció?

Pareciera que el sujeto, tanto en el supuesto de extraérsele semen para su posterior inseminación en la mujer, como en el caso de implantación de embriones, deberá dejar estipulado expresamente en su testamento el consentimiento para que se realicen dichas prácticas.

De ser ello así, no se entiende por qué el art. 563, cuando habla del consentimiento, sólo se refiere a la implantación de embriones, si más arriba menciona los dos casos de *fecundación post mortem*: la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella.

IV. La falta de cumplimiento de los requisitos

Otra cuestión a tener en cuenta es qué sucede con la persona que nace de la fecundación *post mortem* cuando la mujer no cumplió con los dos requisitos que prescribe la norma (consentimiento y plazo de 1 año después de la muerte). En este caso el artículo 563 del proyecto establece:

⁵ Voz “gameto” en Real Academia Española, 22.ª edición.

no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

Es decir que el niño que nace de una fecundación *post mortem* que no cumplió los requisitos que establece el artículo no tendrá vínculo filiatorio con el fallecido, por ende, no gozará de derechos sucesorios, en cambio el hijo del fallecido que dio su consentimiento y cuya madre respetó el plazo legal del año que estipula la norma tendrá vínculo filiatorio con el fallecido y gozará de los derechos sucesorios. Con esta regulación se está tratando de forma diferente a dos sujetos idénticos –hijos fruto de la fecundación del óvulo de la mujer con aportes genéticos del fallecido–.

Lorenzo Sojo analiza con acierto esta situación cuando se refiere a que la distinción establecida por el artículo 563, viene en la práctica, a recrear la superada calificación de los hijos en legítimos e ilegítimos.⁶

Otro supuesto que da que hablar es el caso de muerte del cónyuge o conviviente femenino de la mujer que desea implantarse material genético o el embrión fecundado con aportes de un tercer sujeto de sexo masculino. En este caso, de cumplirse los requisitos que exige el artículo 563 del proyecto, se reconocerá vínculo filiatorio de la persona nacida con la mujer que falleció, y ello, según Sambrizzi, a pesar de la inexistencia total de todo vínculo, no solo biológico sino también social entre ambas personas⁷. Este autor califica este supuesto como una solución excesiva.

Otra cuestión que reviste importancia es el segundo requisito que prevé la norma proyectada para que la persona nacida tenga vínculo filial con el fallecido: que la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produzca dentro del año siguiente al deceso.

Azpiri, aunque discrepa con la decisión de incorporar la fecundación *post mortem* a la legislación argentina, sostiene que de receptarse la figura el plazo

⁶ SOJO, LORENZO A., “Filiación post mortem en el Proyecto del Código Civil y Comercial”, *LA LEY* 01/07/2012, DFyP 2012 (julio), p.134 (*La Ley Online* pp. 1 y 2). “Luego de mucho tiempo, el derecho moderno suprimió la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, estableciendo el sano principio de que no puede haber discriminaciones por razón de nacimiento. La distinción establecida por el artículo 563, viene en la práctica, a recrear la superada calificación de los hijos en legítimos e ilegítimos. Desde que la diferenciación, no está en los niños sino en la conducta de los padres, ella contraviene la regla de que no puede haber distinciones en razón del nacimiento”.

⁷ SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 4.

debería reducirse “por cuanto resulta ser excesivo para concretar la voluntad de procrear después del fallecimiento”⁸.

V. Intereses en tensión

Otro aspecto a tener en cuenta son los intereses en conflicto que plantea el instituto de la fecundación *post mortem*.

Por un lado se halla el derecho de la mujer a procrear y elegir el tipo de familia que desea constituir; por otro lado se ubica el derecho de todo niño, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos -Art. 7° punto 1 de la Convención de los Derechos del Niño, Ley 23849⁹-.

Como puede observarse, el artículo dice “en la medida de lo posible”, es decir, que habrá circunstancias especiales en las cuales el niño no podrá conocer a sus padres, por ejemplo, el caso de muerte. Aquí es importante resaltar las palabras de Sambrizzi:

...en la fertilización posterior al fallecimiento de uno de los esposos se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, en lugar de ocurrir ello por una causa de fuerza mayor, como se produce en el caso de la muerte, que constituye una situación no deseada¹⁰.

Y agrega:

el principio de libertad, en el cual, junto con el de igualdad, se basan quienes se pronuncian a favor de la *fecundación post mortem*, carece a mi juicio de aplicabilidad, puesto que la libertad tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos a nacer en una familia constituida por el padre y la madre¹¹.

Aquí claramente el autor se está refiriendo a la tensión que genera el instituto entre el derecho a procrear y el interés superior del niño.

⁸ AZPIRI, JORGE O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *LA LEY* 01/07/2012, DFyP 2012 (julio), p. 115 (*La Ley Online*, p. 2).

⁹ Compendio de normas internacionales Edición 2005-4ª Ed.-, Buenos Aires, LA LEY, 2005, p. 792.

¹⁰ SAMBRIZZI, EDUARDO A., “Apuntes sobre la filiación en el Proyecto”, DFyP 2012 (julio), *LA LEY* 01/07/2012, p. 129 (*La Ley Online*, p. 4).

¹¹ *Ibidem*.

VI. Conclusiones

Después de todo lo dicho sólo cabe agregar que no debemos precipitarnos. Como todo lo referente a las personas y a la familia, estas cuestiones no deben tomarse a la ligera, sino que deben analizarse todas las implicancias que estos institutos pueden tener en el mundo real.

Compartimos la opinión de aquellos que se oponen a la incorporación de la fecundación *post mortem* en el Código Civil. Nuestro país ratificó la Convención Nacional de los Derechos del Niño, que según artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional goza de jerarquía constitucional, por lo cual no creemos conveniente incorporar una figura que se opone a uno de los principios generales de la Convención: el respeto del interés superior del niño.

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL PROYECTO DE REFORMAS * *PUNITIVE DAMAGES IN THE AMMENDMENT BILL*

Leonardo Abel Urruti**

Sumario: *I. Introducción. II. Concepto. III. Antecedentes. a. Estado actual de la materia. b. Proyectos de reformas. c. Incorporación a nuestro derecho positivo: el art. 52 bis de la ley 24.240. IV. Tratamiento de la figura en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. V. Análisis de la norma proyectada. Su crítica. a. Terminología. b. Ámbito de aplicación (en complemento con el régimen de Defensa del Consumidor). c. Destino de las condenas. d. Petición de parte. e. Graduación y límites de la condena. f. Finalidad. VI. Conclusiones.*

Resumen

El desarrollo actual de la doctrina propicia la incorporación a nuestro régimen general de derecho privado de figuras jurídicas que proyecten los propósitos preventivos, disuasivos y sancionatorios del moderno derecho de daños. En el presente trabajo se analiza específicamente el instituto de los daños punitivos, abordando sistemáticamente la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma anteriores sobre el tema. Finalmente, se estudia con detenimiento la redacción del anteproyecto actual con el fin de elaborar fundados juicios sobre sus méritos y falencias. Se concluye que la norma proyectada

*Trabajo galardonado con el 2do Premio en el “Concurso Nacional de Ponencias” organizado con motivo de las “I Jornadas Nacionales de Estudiantes sobre Derecho Privado” tituladas “Análisis de la Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial” desarrolladas en los días 14 y 15 de septiembre del 2012, organizadas conjuntamente por la Universidad Nacional del Sur y la Universidad de Rosario. Las bases y condiciones del concurso junto con los datos de la premiación se encuentran disponibles en la web oficial del Departamento de Derecho de la U.N.S en la dirección: www.derechouns.com.ar. La presente edición se halla adaptada a los fines de cumplir con los parámetros de publicación de la Revista de Derecho UNS.

** 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 y 2012. 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 y suplente en el período 2012-2013.

implica una incorporación parcial del instituto, que reduce su aplicación al ámbito de los derechos de incidencia colectiva, desatendiendo su aplicación frente a la afectación de derechos individuales menospreciando así los antecedentes más avanzados en la materia. En tales lineamientos, se postula que el actual proyecto desaprovecha la oportunidad histórica de subsanar importantes carencias de nuestro actual sistema de responsabilidad civil que producen incentivos sociales indeseados fomentando la especulación con la causación de daños.

Palabras clave: Derecho de daños – Daños punitivos – Función preventiva – Función disuasiva – Función sancionatoria – Análisis Económico del Derecho.

Abstract

The contemporary development in doctrine promotes the incorporation to our Private Law Regime of legal figures which project the preventive, deterrent and punitive purposes of modern Tort Law. This paper specifically analyzes the Punitive Damages rule, approaching systematically doctrine, jurisprudence and the previous reform projects on the topic. Finally it studies carefully the wording of the actual Project with the intention to elaborate assessments with good reason about its merits and flaws. It is concluded that the projected rule implies a partial incorporation of the institute, which reduces its application to the scope of collective rights, and does not attend to its application when individual rights are vulnerated, in contradiction to the more advanced precedents. On this base, it is postulated that the actual Project wastes the historical opportunity to save important flaws of our contemporary Tort system, which produce undesirable social incentives to speculate and cause damages.

Keywords: Torts – Punitive Damages – Preventive Function – Deterrent Function – Punitive Function – Economic Analysis of Law

I. Introducción

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación¹, reinserta el tratamiento del instituto de los daños punitivos y la puja por su incorporación al

¹ La creación del mentado proyecto se dispuso por medio del Dec. 191/2011 a través del cual se crea la “Comisión para La Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil Y Comercial de la Nación” a cargo de Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Para obtener el texto completo del decreto en formato digital véase la web oficial InfoLEG: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/175000-179999/179643/norma.htm>. Los textos oficiales en igual formato, tanto del Anteproyecto, como también la Presentación del mismo a cargo de Lorenzetti, los Fundamentos y la Ley de Aprobación y Derogaciones se encuentran disponibles en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>.

régimen general del derecho civil. La norma proyectada circunscribe la figura hacia la punición de hechos que afecten derechos de incidencia colectiva, excluyendo, de tal modo, el amplio abanico de su aplicación en el campo de la afectación de derechos individuales. De igual manera, deja espacios vacíos indeseados alejándose de la pretensión doctrinaria de regulación. El presente trabajo pretende dar breve nota de la evolución de la doctrina y las propuestas de reforma antecedentes, analizando metodológicamente la norma propuesta y esbozando lineamientos de mejora en la técnica legislativa.

II. Concepto

La doctrina no ha desarrollado una definición del instituto de los daños punitivos que alcance los caracteres de certera y unívoca. Por el contrario, existen notorias divergencias no solo respecto de la naturaleza que se le asigna al instituto, sino también en cuanto a sus propósitos y presupuestos. Se evidencia que pueden concebirse variados modelos de aplicación, o bien, categorías de daños punitivos, lo cual requiere una mayor desarrollo de diseño institucional por parte de la doctrina².

Diversos autores han ensayado conceptualizaciones que, no obstante, acercan su comprensión.

De este modo, vemos que Ramón D. Pizarro entiende que los daños punitivos consisten en

sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Cuando el demandado, en forma deliberada o con grosera negligencia, causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones³

² Véase al respecto, MARTÍNEZ ALLES, María G., “¿Para qué sirven los Daños Punitivos? Modelos de Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-V, p. 55.

³ 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. 291-292.; [citado por SPORVIERI, LUIS E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (Abeledo Perrot N°: 0003/015188, p.4)]. Debe señalarse que si bien este no ha sido el primer estudio sobre el tema en Argentina, resulta ser el que inició el movimiento doctrinario que le sucedería.

Por su parte, Matías Irigoyen Testa propone —desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho— resaltando la prioridad de una disuasión óptima que:

los daños punitivos son aquellas condenas judiciales de dinero que, sumadas a las indemnizaciones compensatorias, deberá afrontar aquel que -mediante una grave violación a la ley- no cumplió con el nivel de precaución socialmente deseable, dado que especuló con una baja probabilidad (menor que el 100%) de ser condenado por el valor total del daño causado y/o esperado⁴

A los fines del presente trabajo adoptaremos una definición lo suficientemente amplia como para comprender los diferentes modelos de aplicación del instituto.

Entendemos entonces por daños punitivos, aquellas condenas pecuniarias extraordinarias que los jueces imponen a pedido de parte, que excediendo la indemnización exclusivamente compensatoria *respecto del peticionante*⁵, son establecidas con el propósito de sancionar al responsable y disuadir por su intermedio la repetición de conductas semejantes en el futuro.

III. Antecedentes

El tratamiento del instituto de los daños punitivos en nuestro país data de unas dos décadas. La mayoría de los civilistas nacionales se han expedido a su tratamiento con diferentes grados de profundidad.

Plantearemos un somero pero esencial repaso sobre el estado de su discusión en Argentina para comprender las conclusiones que se desprenden de este trabajo.

El debate doctrinario tocante a la relevancia de la incorporación de los daños punitivos encuentra su puntapié inicial en un afamado artículo de Ramón D. Pizarro⁶ a principios de la década de los noventa. Se ha entendido que los daños punitivos resultan una herramienta jurídica idónea para salvar la ausencia

⁴ IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos”, *SJA* 17/5/2006 ; *JA* 2006-II-1024 (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.2)

⁵ Por más que pueda resultar como una compensación general al daño social provocado por la actuación del agente. La cursiva nos pertenece.

⁶ PIZARRO, RAMÓN D., *Op. Cit.*, pp. 287 y ss. Si bien el autor no ha sido el primero en estudiar los daños punitivos en la Argentina, su trabajo desencadenó la posterior investigación general por parte de la doctrina nacional.

de respuesta de los actuales sistemas de responsabilidad civil a la hora de desmantelar 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 Daños⁷ incorpora los propósitos de prevención, disuasión y sanción que traerían aparejados los reclamos por la incorporación del instituto en estudio a nuestro derecho positivo.

a. Estado actual de la materia

- La doctrina nacional mayoritaria se ha pronunciado en favor de la incorporación de los daños punitivos, sosteniendo a su tiempo la necesidad de su incorporación al régimen general y su plena validez en el marco del derecho privado. Entre los autores que han sostenido esta posición, podemos mencionar a Atilio A. Alterini⁸, Edgardo López Herrera⁹, Augusto R. Sobrino¹⁰,

⁷ 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, 439 páginas.

⁸ALTERINI, 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).

⁹LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, pp. 347-410.

¹⁰SOBRINO, AUGUSTO R., “Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad”, *JA* 1996-III-976 (AbeledoPerrot N°:0003/001335, pp. 4 y ss.).

Félix A. Trigo Represas¹¹, Matías Irigoyen Testa¹², Luis E. Sprovieri¹³, Federico M. Álvarez Larrondo¹⁴, Matilde Zavala de González¹⁵, Benjamín Moisés¹⁶, Fernando M. Colombres¹⁷ y Jorge Mosset Iturraspe¹⁸.

- En una posición intermedia, se ha ubicado Aída Kemelmajer de Carlucci, quien propuso una solución mediadora: facultar al damnificado a optar entre el daño sufrido o la ganancia obtenida por el dañador por el ilícito, adoptando nociones de culpa lucrativa¹⁹.

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 Costa²⁰, Gladys S. Alvarez, Carlos G. Gregorio y Elena Highton²¹.

¹¹ 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).

¹² IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos”, *SJA* 17/5/2006; *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.

¹³ SPROVIERI, LUIS E. “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp.1-2).

¹⁴ 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).

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, t.4., Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, pp. 575 y ss.

¹⁶ MOISÁS, BENJAMÍN, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la ley 24.240”, *RCyS* 2008, 271 (La Ley Online, pp. 1-2).

¹⁷ COLOMBRES, FERNANDO M., “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *LA LEY* 2008-E, 1159, pp. 1160-1161.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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 Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVIII, segunda época, n. 31, 1993, [citado por LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Op.cit.*, p. 329].

²⁰ 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.)

²¹ 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).

- 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 Jorge Bustamante Alsina²². Le siguieron, afirmando su contradicción con garantías constitucionales, los autores Sebastián Picasso²³, Diego F. Martinotti²⁴ y Jorge A. Mayo²⁵.

b. Proyectos de Reformas

El Proyecto de Código Civil Unificado de 1998²⁶ reeptó originariamente la figura de los daños punitivos en los siguientes términos:

*Artículo 1587: Multa Civil: El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija en consideración a las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el Tribunal por resolución fundada*²⁷.

²² BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “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.1 y ss.); y 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).

²³ PICASSO, SEBASTIÁN, “Sobre los denominados ‘daños punitivos’” *LA LEY* 2007-F, 1154, pp. 1155 y ss.

²⁴ MARTINOTTI, DIEGO F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *LA LEY* 2001-F, 1317, (La Ley Online, p. 1 y ss.)

²⁵ 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.).

²⁶ Disponible en la web oficial InfoLEG: <http://www.infoleg.gov.ar/basehome/codigos.htm>.

²⁷ Debemos mencionar que la redacción aprobada luego por la Comisión de Diputados reza lo siguiente: “*Artículo 1559: Atribuciones del Juez. Medidas preventivas. Multa civil. Condenación conminatoria. El Juez tiene atribuciones para:*

- a) *Disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.*
- b) *Para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.*
La multa se destinará al Fondo de garantía para víctimas con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El Juez podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento.

En alusión a este proyecto se ha enunciado “era claro, preciso, prudente y que había merecido apoyo generalizado de la inmensa mayoría de la doctrina nacional”²⁸.

c. Incorporación a nuestro derecho positivo: el art. 52 bis de la ley 24.240

Los daños punitivos se encuentran regulados a partir de la reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por la ley 26.361 en el año 2008 que los incorpora a la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) en el art. 52 bis.

Art. 52 bis. 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 art. 47, inc. b de esta ley.

Esta regulación, si bien deseada por llevar a los hechos la esperada incorporación del instituto, ha recibido notables críticas por su malograda técnica legislativa que no ha seguido el buen tino del Proyecto de 1998 y el avanzado desarrollo de la doctrina. Las deficiencias que se le irrogan comienzan ya en cuanto a la denominación asignada a la figura, como “daño punitivo”, la notoria laxitud de su presupuesto de hecho, dado por el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales —lo cual entra en contradicción con todo el desarrollo doctrinario nacional y extranjero donde las sanciones punitivas proceden en casos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del autor, especulación lucrativa con el daño o por la obtención de beneficios indebidos derivados del ilícito o un grave menosprecio a los dere-

La multa solo puede imponerse una sola vez por los mismos hechos. A tal fin, el Poder Ejecutivo centralizará en un registro especial la información sobre las multas que se impongan por los distintos Jueces del país, informe que deberán pedir los Jueces antes de resolver sobre su imposición.

- c) *Imponer, a petición de parte y en beneficio de ésta, condenaciones pecuniarias, que pueden ser progresivas, a quien no cumple los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Son graduadas teniendo en cuenta la situación patrimonial del destinatario, y pueden ser reajustadas, o dejadas sin efecto, si éste desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. Son ejecutables.” Disponible en la web oficial InfoLEG: <http://www.infoleg.gov.ar/basehome/codigos.htm>.*

²⁸ PIZARRO, RAMÓN D., STIGLITZ, RUBÉN S., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY 16/03/2009, 16/03/2009, 1 - LA LEY 2009-B, 949 (La Ley Online, p. 6).

chos individuales o de incidencia colectiva²⁹—. Ello sumado a disponer una responsabilidad solidaria para con los proveedores, incompatible con la pretensión sancionatoria que busca el reproche del agente dañador y desalentar la producción. A ello se le suma la fijación del tope de 5 millones de pesos a la condena, donde las objeciones se tornan aún más serias, dado que, en casos de gravedad o respecto de grandes patrimonios, la multa podría resultar obsoleta para tender a los propósitos de prevención y disuasión que aspira³⁰.

IV. Tratamiento de la figura en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

A los efectos de actualizar las disposiciones del derecho privado argentino, el Proyecto plantea la internalización de los principales objetivos del moderno derecho de daños, entre los que destacan los propósitos de prevención, disuasión y sanción. En estas líneas estipula de manera expresa y en concordancia con el proyecto del '98 el deber de prevención del daño³¹ —lo que muestra el evidente progreso en nuestra teoría jurídica que comienza a abandonar el enfoque de un sistema de responsabilidad exclusivamente reparador— y en este mismo camino, se reglamenta la figura de los daños punitivos en art. 1714 del mentado proyecto, disponiendo:

²⁹ Estos mismos criterios serían receptados finalmente por la jurisprudencia nacional. Véase al respecto “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.); “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); “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); “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, CN-Com, Sala F, La Ley Online (AR/JUR/15752/2012, pp. 5-6). 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-E, 397 (AR/JUR/62890/2010, pp. 9-11).

³⁰ Véase PIZARRO, RAMÓN D., STIGLITZ, RUBÉN S., *Op.cit.*, (La Ley Online, pp. 6-7).

³¹ *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012: “Artículo 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, *con fines disuasivos*, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los *derechos de incidencia colectiva*. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.³²

La mencionada regla se complementa con lo dispuesto en el art. 1715, al pautar:

Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

V. Análisis de la norma proyectada. Su crítica

a. Terminología

Se adopta la expresión “sanción pecuniaria disuasiva”³³, la cual difiere de la “multa civil” planteada en el Proyecto de 1998, y de “daño punitivo” receptada

³² Las cursivas nos pertenecen.

³³ Corresponde aclarar aquí algunas cuestiones semánticas. El término “sanción” alude, en general, a las consecuencias jurídicas que dispone el ordenamiento jurídico frente a la “violación” u infracción, de algunas de sus normas. La sanción abarca un amplio espectro, desde la privación de derechos patrimoniales, al sometimiento a castigos corporales; en todo caso, redundando en la afectación de bienes jurídicos del sindicado infractor. De acuerdo al tipo de norma involucrada y a su naturaleza, las sanciones suelen ser diferenciadas, al menos, en: sanciones pecuniarias o civiles; sanciones administrativas y sanciones penales, o, simplemente, penas. Comúnmente los autores civiles han utilizado el término “punitivo” para referirse a este objetivo del derecho de daños actual. La expresión resulta poco feliz en el apropiado lenguaje técnico jurídico, dado que comúnmente la noción de “punir” o “punición” es relacionada con el *ius poenale*, rama a partir de la cual se sanciona la lesión, llamada delito, de ciertos bienes jurídicos asignado a estas como consecuencia una coerción jurídica, expresada como pena pública, a través de las cuales se pretende impedir su reiteración. Por extensión, la terminología adoptada se ha prestado a la confusión entre lo que son las sanciones penales, respecto de las sanciones civiles, dentro de las cuales es posible ubicar a los daños punitivos.

por el artículo 52 bis de Ley de Defensa del Consumidor. Se destaca en los fundamentos del proyecto que si bien la terminología comúnmente utilizada para referir a la figura alude a la expresión de “daños punitivos” en virtud de una traducción de literal de los *punitive damages* del derecho anglosajón —aunque con un contenido diverso—, ello resulta doblemente inexacto³⁴. Por un lado, el daño³⁵ se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta particularmente reprochable del dañador³⁶. De modo que para evitar las confusiones que entraña en el lenguaje técnico jurídico la noción de “daño” y la expresión “punicción” se decidió otorgarle la denominación de “sanción pecuniaria disuasiva” la cual, ciertamente, evita buena parte de las confusiones semánticas a pesar de seguir denotando la misma herramienta jurídica. No obstante, aún debe señalarse como criticable que destaque uno de los variados propósitos que se orientan al instituto: la disuasión³⁷.

b. Ámbito de aplicación (en complemento con el régimen de Defensa del Consumidor)

Del análisis de norma podemos extraer que su aplicación se orienta a:

- a. Afectación derechos de incidencia colectiva.

³⁴ Para profundizar sobre las críticas a la expresión “daños punitivos” véase: BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “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, pp.1-2.); BRUN, CARLOS A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, *DJ* 2004-3, 1228 (La Ley Online, pp. 3-4); MARTINOTTI, DIEGO F., *Op.cit.*, (La Ley Online, p. 1)

³⁵ Debe señalarse que la expresión “daño” posee un contenido específico en el marco de la responsabilidad civil, entendido como “daño resarcible”, es decir, aquel resultado o menoscabo consecuencia de la lesión producida en derechos subjetivos, intereses legítimos o incluso intereses simples (para algunos) de la víctima que genera el derecho a una indemnización que posee los límites de ser integral. Es decir, que el daño resarcible, se extiende hasta el límite de la compensación o reparación integral respecto del peticionante pero de ninguna manera puede exceder a tales consecuencias, como plantea la figura en cuestión. Por lo tanto, la expresión “daño punitivo” denotaría una desnaturalización de la expresión, que no obstante, comprendida esta circunstancia, la amplia difusión de la expresión sigue justificando su utilización en el marco de la doctrina.

³⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Documento Digital, p. 179).

³⁷ El análisis de tal crítica será desarrollado correspondientemente al analizar la función asignada a la herramienta jurídica.

- b. Vulneración de derechos individuales en las relaciones de consumo por aplicación del 52 bis.

En consecuencia, no quedan comprendidas como presupuesto normativo la vulneración de:

- a. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo.
- b. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo.

Corresponde señalar aquí, que los miembros de la comisión se apartaron de la doctrina que propicia la inclusión de los daños punitivos al régimen general, fundada en la inoperancia de los actuales sistemas de responsabilidad civil que no logran asegurar la debida tutela de los derechos, y en muchas ocasiones sirven como herramientas para la especulación con la causación de daños indeseados y reducir costos³⁸.

Los daños punitivos, se orientan en el propósito de prevención general que se obtiene como resultado de la función accesoria sancionatoria que inspira esta herramienta. A través de aquella se manifiesta la necesaria respuesta del derecho frente al menosprecio del autor por la víctima y por la sociedad. Por medio de la sanción se persigue, en una concepción general de la figura, el propósito de disuasión de los potenciales dañadores, en pos de los fines de igualdad en los derechos y en las libertades que inspira el moderno estado de derecho.

La Comisión ha entendido que no existiría suficiente experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y que resulta escasa la jurisprudencia generada por la Ley de Defensa del Consumidor como para perfilar los caracteres de la figura en una aplicación general. Se entendió que la prudencia aconsejaría

³⁸ Por ejemplo, en la causación de micro-lesiones de un valor ínfimo como para generar un proceso individual, pero que generan en el dañador un notorio ahorro en medios de prevención deseada socialmente, lo cual le permite una mayor competitividad, una demanda por encima del óptimo y un mayor lucro. Las víctimas no poseen los incentivos para iniciar un proceso con los innumerables costos que este acarrea. Pero estos ejemplos, se extienden hasta las menos generales relaciones de vecindad, cumplimiento de contratos en donde los dañadores considerando el particularmente lento sistema de justicia, la tasa ínfima de interés procesal, las bajas probabilidades de demanda y de condena por el total del daño causado, obtienen en el propio sistema de responsabilidad un escudo para incumplir con sus deberes. En todas estas situaciones, el incentivo para prevenir el daño y cumplir con el propósito declarado de la ley es reducido. Por contraparte, el incentivo para procurar la actuación judicial suele resultar nulo, siendo ventajosamente utilizado por inescrupulosos en todas las áreas del derecho privado.

no avanzar a ciegas sobre la cuestión en materia legislativa. Por ello se prefirió adoptar un sistema de protección de bienes colectivos en los que, entiende la Comisión, el peligro sería mayor, ya que no hay incentivos individuales para la tutela³⁹. Se expresa entre los fundamentos que el avance de la doctrina y la jurisprudencia permitirán en un futuro definir con mayor claridad sus perfiles.

No deben soslayarse tales argumentos. La doctrina nacional en su gran extensión se ha expedido sobre la conveniencia de la incorporación de los daños punitivos, existiendo sólo pocas excepciones.

Queda en claro que en los veinte años transcurridos desde los primeros estudios en el tema, los principales teóricos del país han dedicado su tiempo al estudio de la figura desarrollando un cumulo notable de conocimiento en la materia, que no obstante, puede observar orientado equivocadamente, requiriendo un mayor diseño institucional, antes que la búsqueda continua del descubriendo de la naturaleza y caracteres de un instituto que presenta diversas manifestaciones. La reforma es la oportunidad de lograr el esperado acercamiento a un tipo de derecho que garantice *realmente* el goce de los derechos y el ejercicio de los respectivos deberes, haciendo hincapié en la prevención de actos dañosos indeseados antes que en su mera reparación y para ello, debieran perfeccionarse por su intermedio tales diseños.

Debe resaltarse, en complemento, que numerosos autores han sostenido ya desde la inserción del art. 52 bis que la inclusión parcial de la figura resulta criticable, en la medida que vulnera a su tiempo la generalidad que pregona el propio Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los pilares del objetivo de afianzar la justicia⁴⁰ como los propios propósitos del derecho de daños actual.

c. Destino de las condenas

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Ello permite concluir en principio que el juzgador puede destinar los fondos obtenidos razonablemente ya hacía organizaciones de tutela de los derechos co-

³⁹ Ignorando que en el caso de los daños particulares, tampoco existe tal incentivo.

⁴⁰ Véase, entre otros, 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, p.9). Asimismo, véase MOISÁ, BENJAMÍN, “Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240”, *RCyS* 2008, 271 (La Ley Online, p.4) Quién lamenta la incorporación en el régimen personal del Consumidor y no en el ámbito general.

lectivos, en su totalidad al peticionante⁴¹ o bien, distribuirlo entre el peticionante y entidades de bien común, evaluando en el caso concreto la adecuada distribución de incentivos sociales⁴², acabando el prolongado debate sobre el posible enriquecimiento sin causa de la víctima que obtenga una sentencia favorable⁴³.

No obstante, en contradicción con la interpretación lógica de la regla, entre los Fundamentos del Anteproyecto se enuncia:

Desde el punto de vista dogmático, si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dárselo a quien no tiene un derecho subjetivo⁴⁴.

Con esto, quedaría descartada la posibilidad de otorgar parte de la condena al peticionante particular. La Comisión entendió que destinar fondos a la víctima peticionante no resultaba deseable, dado que existen suficientes estímulos para

⁴¹ Algunos autores entienden que en la medida que los afectados por el daño sean determinados, las condenas punitivas deben serles otorgadas. Véase LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (La Ley Online, p.3).

⁴² Sobre el destino de las condenas, véase IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *Op. Cit.*, (Abeledo Perrot N°: 0003/012583, pp.10-13). El autor destaca que en el marco de los daños punitivos excede el campo de la compensación del daño dado que tiende a la punición y prevención de ciertos ilícitos. En virtud de ello, no existe objeción a la posibilidad de destinar las condenas a la víctima. Más aún en casos de daños de bienes irreparables (ilícitos contra la vida, la salud, la intimidad, el honor, libertad, imagen, etc.) donde implicaría una compensación menos imperfecta. A su tiempo, gestaría incentivos necesarios para accionar judicialmente, como es en el caso de los denominados “micro-ilícitos” aumentando la probabilidad de condena. En otros casos, destinar la penalidad en todo o en parte hacia el Estado, las entidades de bien público, las ligas de consumidores o de protección de medio ambiente, los fondos de reparación civil resulta conveniente, para evitar acuerdos extrajudiciales que reduzcan la disuasión o bien, para evitar una excesiva litigación, conformando los incentivos de prevención entre víctima y victimario. Concluye el autor, que es recomendable como mínimo que se otorgue un porcentaje a la víctima en todo caso, de modo de no aniquilar los necesarios incentivos al respecto.

⁴³ Véase BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “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. 4). Se ha entendido que la indemnización solo tiene por límite la extensión del daño, su superación constituiría un enriquecimiento sin causa de la víctima ajeno a nuestro sistema de responsabilidad civil.

⁴⁴ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Documento digital, p. 181).

accionar, entre ellos la posibilidad de litigar sin pagar tasa de justicia y la regulación de una legitimación amplia. Ello bastaría para garantizar el adecuado acceso a la justicia. Entiende finalmente la Comisión que destinar parte de la condena al peticionante puede tener sentido en el ámbito anglosajón pero no en nuestro sistema jurídico.

Tales conclusiones no parecen adecuadas en la medida que no valoran adecuadamente la necesidad de generar incentivos adecuados para efectivizar la tutela de derechos, ni observan las fallas *a priori* de nuestro sistema de justicia —su enervada lentitud, bajas tasas de interés respecto de los niveles de inflación— ni tampoco la indispensable evaluación de los costos de transacción que implica un proceso en razones de tiempo y de honorarios. De igual manera, los importantes montos que puede involucrar un proceso de daños punitivos, tornarían dificultoso el inicio de acciones en general.

Debe observarse, sin embargo, que en caso de aprobación de la normativa en su actual redacción, los mentados fundamentos no poseen fuerza legal, por lo que quedaría finalmente en la prudencia jurisprudencial evaluar el destino apropiado de las condenas, de modo de no tornar obsoletos los mentados propósitos de disuasión y sanción del instituto.

d. Petición de parte

La sanción pecuniaria disuasiva nunca procede de oficio. Poseen legitimación activa para reclamar quienes pueden peticionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación es muy amplia: defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias, los afectados, es decir, la sociedad civil en su conjunto. Un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrará una indemnización que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción, o sólo esto último⁴⁵.

e. Graduación y límites de la condena

Su monto se fija prudencialmente por resolución fundada del juez. La regla general es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, pero el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia. En cambio, en la sanción, no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial⁴⁶.

⁴⁵ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Documento digital, p. 180).

⁴⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Documento digital, p. 180).

Se mencionan como reglas de apreciación “(...)la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.”

Estas últimas reflejan en gran medida la elaboración doctrinaria⁴⁷, hasta el momento, de pautas de graduación de la condena, dejando una amplia discrecionalidad al juez. Finalmente, se dispone que si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provocara una punición irrazonable o excesiva, el juez deberá computarlas a los fines de lo previsto en la norma. En tal supuesto de excepción, el juez podrá dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Resulta destacable, que no se estipulen topes a la cuantía de la condena, de conformidad con lo resuelto en la doctrina respecto de la inconveniencia de estos en la reglamentación del régimen del consumidor, dado que el monto de la sanción debe observar las particulares circunstancias del caso, condicionada al logro de los propósitos de disuasión y prevención. Tales topes se han justifi-

⁴⁷ En tal sentido, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), la Comisión n. 10 señaló por unanimidad que “deben considerarse como pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, los siguientes: a) la índole de la inconducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación; i) la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena” [citado por SPROVIERI, LUIS E., *Op. Cit.*, (Abeledo Perrot N°: 0003/015188, p.12)].

Asimismo, desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho, puede observarse un estudio de gran interés realizado por Matías Irigoyen Testa, quién luego de plantear la procedencia de los daños punitivos como una herramienta frente a la producción de daños ineficientes —vale decir aquellos en donde la valuación monetaria del daño esperado (cuantía del daño por probabilidad de su desarrollo) es mayor que el importe necesario para prevenirlo— adopta como pautas de cuantificación, entre otras, la probabilidad de reclamo efectivo por las víctimas, la probabilidad de condena por daños compensatorios y la probabilidad de condena por daños punitivos, lo que arrojaría la “responsabilidad esperada” respecto del dañador en cada caso concreto, arrojando la medida del incentivo hacia niveles óptimos de precaución del daño y evitación de daños ineficientes. Estas pautas permiten evaluar la especulación del autor con la baja probabilidad de ser condenado por el valor total del daño y tienden a generar la internalización de los costos por la actividad que los genera distribuyendo los incentivos hacia el nivel de prevención social deseado. El propósito esperado es procurar que el “costo privado del potencial dañador” (su responsabilidad esperada) sea igual al “costo esperado por los accidentes” (daños esperados). Caso contrario el dañador nunca tendrá los incentivos adecuados para adoptar el nivel de precaución óptimo. Véase IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *Op. Cit.* (Abeledo Perrot N°: 0003/012583, pp.6-8).

cado alegando una pretendida naturaleza penal al instituto, lo cual es un error. Los daños punitivos poseen naturaleza civil. En tal sentido se ha expresado la doctrina nacional, y los precedentes del Máximo Tribunal de los Estados Unidos. Solamente una condena adecuada para alcanzar la disuasión, mediante la función accesorias de sanción, conduce al punto de equilibrio óptimo de mercado, internalizando los costos sociales en la producción de bienes⁴⁸.

f. Finalidad de la figura

Se estipula como finalidad expresa la disuasiva. Entre los fundamentos del Proyecto se expresa “tiene finalidad disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”⁴⁹. En conformidad, se adoptaría a su tiempo, la propia denominación de “sanción pecuniaria disuasiva”.

Aunque con algunas variantes, todos los autores que se han dedicado al tema señalan entre las finalidades del instituto las siguientes: a) sancionar al agente dañador; b) disuadir en particular y en general; c) prevenir hechos lesivos similares; d) dismantelar las utilidades o lucro que el responsable pueda haber tenido el ilícito. Sin embargo, los diferentes juristas priorizan o combinan de manera heterogénea tales propósitos de la figura en análisis.

Con respecto a la función sancionatoria señala Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala que

El objetivo punitivo se sustenta en la lesión al interés comunitario por la conducta intolerablemente nociva, ante la cual el Derecho debe expresar una desaprobación contundente. El resarcimiento restituye a la víctima a la situación *ex ante* pero, si el dañador se queda con ventajas, no son paliados todos los efectos del hecho ilícito⁵⁰.

Se interpreta que la aplicación de sanciones produce un doble efecto disuasivo: particular y general. En su aspecto particular, los daños punitivos incentivan al agente a no reiterar su conducta reprochable. Desde el punto de vista general, la pena sirve como ejemplo e incentivo para terceros acerca de la respuesta del

⁴⁸ Véase IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “El tope apropiado de los daños punitivos”, *RCyS* 2010-XI, 48.

⁴⁹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Documento digital, p.180).

⁵⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., “Indemnización Punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; BUERES, ALBERTO J. (directores), *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*, Abeledo Perrot, 1997 (Documento digital, p.1)

ordenamiento frente a su actuar ilícito eliminando los incentivos para actuar de modo contrario a la ley⁵¹. Se trata de disuadir, mediante una intimidación psíquica a todo aquel que pueda verse tentado a infringir la ley con grave desprecio hacia el otro⁵².

Sintetizando “sólo se debe sancionar con los daños punitivos (función accesorio sancionatoria) cuando necesitemos prevenir (una conducta gravemente reprochable por la ley) de forma extra (luego de aplicar una condena de daños y perjuicios) con una cuantía que disuada según los niveles de prevención deseables socialmente (función principal disuasoria)”⁵³.

Por último, aunque bien puede entenderse como parte de los propósitos antes mencionados, se señala asimismo que los daños punitivos buscan eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa por el autor⁵⁴. La condena buscaría acabar con la especulación en la causación de daño indeseado. De no destruirse el beneficio adicional obtenido por el dañador este contará con estímulos para continuar en su conducta.

Ha de observarse que señalar la “finalidad”⁵⁵ de una figura en su denominación no hará que por sí misma ésta se vuelva efectiva en los hechos. Las normas se regulan en virtud de la pretensión de obtener determinados resultados en el mundo de los hechos. Resulta en ciertos casos un error en nuestra doctrina jurídica el señalar las mentadas funciones de una institución sin reparar en evaluar si la regulación de la institución puede producir tales efectos fácticamente.

Si la regulación de los daños punitivos es acorde, tendrá por efecto de su aplicación resultados disuasivos, preventivos y sancionatorios. De otra manera, su *nomen iuris* gestará una ironía.

⁵¹ Véase ANDRADA, ALEJANDRO D. y HERNÁNDEZ, CARLOS A., “Reflexiones sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, RCyS 2000-33.

⁵² ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., *Op.cit.* (Documento digital, p.2)

⁵³ IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “El tope apropiado de los daños punitivos”, RCyS 2010-XI, 48 (La Ley Online, p.2).

⁵⁴ Véase ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., *Op.cit.* (Documento digital, p.3). Para los mentados autores este sería el objetivo primordial de los daños punitivos.

⁵⁵ Sobre la vaguedad que encierran algunos conceptos jurídicos básicos y entre ellos el contenido semántico de las expresiones “finalidad perseguida por la ley” o la “finalidad de una institución jurídica”, véase ACCIARRI, HUGO A., *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Reparación, prevención y minimización de costos sociales*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, pp. 169-182.

Del mismo modo en que identificar a un inofensivo cordero con el nombre -“Lobo”- no transformará al pobre animal en una bestia furiosa. Al tiempo de regular figuras jurídicas sería razonable evitar confundir a la herramienta con su objetivo, al medio con el fin. Como podemos percibir se le asigna doctrinariamente a la figura de los daños punitivos propósitos múltiples que no deben ser inobservados. La particular atención de la norma analizada a uno de los propósitos (la disuasión) debe entenderse como una medida legislativa para evitar el reflejo de las divergencias doctrinarias al momento de aplicación de la norma proyectada.

VI. Conclusiones

El largo camino desarrollado por la doctrina nacional en busca de la incorporación de los “daños punitivos” al régimen general del derecho privado encuentra, frente a la eventual reforma, una posibilidad añorada. El Proyecto debería manifestar el producto del sesudo estudio que reclama medidas para superar nuestro sistema de responsabilidad. La incorporación parcial del instituto, reducido al ámbito de los derechos de incidencia colectiva, deja un amplio espectro de situaciones desprovistas de una adecuada tutela. Se emparcha parcialmente un pozo del camino, pudiendo reconstruirlo en su totalidad, diseñando el instituto de los daños punitivos en sus varios modelos. La norma analizada parece desacertada en cuanto no comprende, por principio, que parte de las condenas sean destinadas al peticionante generando estímulos hacia la tutela de los derechos y beneficiando el efectivo acceso a la justicia.

La incorporación de los daños punitivos en el código es una medida necesaria para mejorar nuestro sistema jurídico. Se requiere un mayor estudio del diseño institucional de la figura para poder comprender incluso la posibilidad de más de una modalidad de los mismos que pueda diferenciar presupuestos y propósitos.

Las soluciones a medias podrían destruir en los hechos los mentados propósitos que orientan la reforma de nuestro sistema de responsabilidad hacia la prevención y disuasión del daño. En este tipo de oportunidades históricas, el tren tarda más de lo deseado en repetir su ruta. Desaprovechar la oportunidad puede tener un precio demasiado alto.

**LA CONDUCTA ANTIRREGLAMENTARIA DEL
PEATÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO
O GUARDIÁN DEL VEHÍCULO AUTOMOTOR ***
*PEDESTRIAN OFFSIDE CONDUCT IN THE LIABILITY
OF OWNER OR GUARDIAN OF MOTOR VEHICLE*

Santiago Nudelman**

Sumario: I. Introducción. II. Problema. III. Marco legal. Alcance de la investigación. IV. Precisiones conceptuales. V. El segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil. Culpa o hecho. VI. Posturas actuales acerca del objeto de investigación. a. Doctrina del peatón distraído. b. Doctrina del peatón “diligente”. c. Cruce de autopistas y avenidas. d. Nuestra postura. VII. Exposición final.

Resumen

Este trabajo pretende analizar las posturas existentes en doctrina y jurisprudencia acerca de la relevancia de las infracciones del peatón a las normas de tránsito en la atribución objetiva de responsabilidad al dueño o guardián de un vehículo automotor. Existen dos posturas diferenciadas, la “doctrina del peatón” y la del peatón “diligente”.

Palabras clave: Normas de tránsito – Peadón – Responsabilidad objetiva –Dueño

Abstract

This paper analyzes the existing positions in doctrine and jurisprudence on the significance of the violations of the rules of pedestrian traffic in the objective attribution of responsibility

*Trabajo realizado en base al trabajo de seminario presentado para culminar la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Sur, debidamente adaptado a los requisitos de la Revista de Derecho UNS.

**Abogado graduado de la Universidad Nacional del Sur. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho UNS, durante el período 2011-2012.

to the owner or keeper of a motor vehicle. There are two different positions, the “doctrine of the distracted pedestrian” and the doctrine of the “diligent” pedestrian.

Keywords: Traffic rules – Pedestrian – Strict liability – Owner

I. Introducción

El estado del tránsito constituye un grave flagelo en nuestro país. Solo en 2011 las víctimas mortales por accidentes de tránsito ascendieron a 7.517¹. Si bien el número viene decayendo de forma continua desde un pico de 8.205 alcanzado en 2008², la cifra supone un promedio mensual de 626 muertes y 21 fallecimientos por día –una muerte casi cada hora–.

Según la Organización de Estados Americanos nuestro país ostenta el mayor número de muertes por accidentes de tránsito de todo Latinoamérica³. Estos datos de por sí alarmantes, no consideran la cantidad de heridos así como las pérdidas millonarias en términos de salud pública, condenas judiciales, etc., en un problema que no parece mostrar vías de solución a corto plazo.

En Buenos Aires el tema nos afecta más que a ninguna otra jurisdicción. Además, de abarcar el mayor parque automotor del país⁴, 2.570 de esas muertes se produjeron dentro de nuestros límites jurisdiccionales, lo que representa el mayor número de todo el país y representa más de la tercera parte del total para una sola provincia.

Lo que nos proponemos en este trabajo es investigar el rol del peatón en este mundo de los accidentes de tránsito: el 21% de las víctimas fatales del año anterior que enumera el estudio citado⁵ fueron peatones.

Indudable es que el peatón, por su debilidad y su situación de inferioridad frente a la máquina, a la cual enfrenta con su carne y huesos, representa un ícono en

¹ Según datos de la Asoc. Civil Luchemos por la Vida. URL: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas>

² Disponible en URL: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/generales/comparativo-del-numero-de-muertos-anual-en-accidentes-de-transito-en-argentina-entre-1996-y-2009>

³ Disponible en URL: <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/23946-Accidentes-de-tr%C3%A1nsito%2C-una-de-mayores-causas-de-muerte-en-Argentina>

⁴ Disponible en la web oficial de la Asociación de Fábricas de Automotores en http://www.adefa.com.ar/anuario_2007/fscommand/parque_automotor.pdf.

⁵ Disponible en URL: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/generales/comparativo-del-numero-de-muertos-anual-en-accidentes-de-transito-en-argentina-entre-1996-y-2009>

el tema, lo cual debe ser tenida en cuenta por el orden jurídico brindándole su protección y otorgándole un tratamiento privilegiado. Pero lo cierto es que hay una realidad comprobable a simple vista al solo andar por las calles de alguna de nuestras grandes ciudades, y es que así como ocurren accidentes por exclusiva culpa de un automovilista que haciendo caso omiso de las normas cruza con luz roja o maneja alcoholizado o se distrae usando el teléfono celular, también hay otro sinnúmero de accidentes que ocurren por descuidos de aquellos mismos: resulta común (y hasta aceptado) que en nuestro país se intente el cruce de calzada en infracción a las señales lumínicas o fuera de las sendas peatonales o haciendo uso del teléfono celular (los famosos mensajes de texto), siendo muchas veces su inconducta el factor decisivo para la producción de aquellos, cuya incidencia causal no siempre es ponderada por los jueces.

Esta realidad, nos olvidamos que existen normas nacionales y provinciales que así como señalan de manera concreta y detallada la conducta esperada de los automovilistas, *también imponen deberes que el transeúnte debe cumplir*. La diferencia está en que al no generar ningún reproche jurídico material (como si lo tienen las infracciones cometidas por conductores, cuyas infracciones están amenazadas de una sanción), aquellas son incumplidas hasta convertirse en letra muerta.

II. Problema

Tratándose de un caso que cae en el ámbito de la responsabilidad objetiva –lo cual resulta indiscutido por considerarse al automóvil *cosa riesgosa*⁶– el dueño o guardián que atropelle a un peatón tendrá una sola vía posible para eximirse de responsabilidad: esto es, probando la ruptura del nexo causal. Para ello, deberá demostrar que ha mediado un hecho fortuito (a la conducción del automóvil) o que ha habido culpa de la víctima. La dificultad de demostrar el primero de los extremos, que dependerá exclusivamente del acaecimiento de un hecho ajeno a la conducción, otorgará a la culpa de la víctima un papel principal en la resolución de la demanda.

Pero debido a las presunciones de causalidad que establecen las leyes de tránsito y la presunción de culpabilidad del Código Civil, el aporte dogmático de los más prestigiosos juristas, y las sentencias de jueces benévulos que suelen fallar

⁶ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “Por la buena senda (Colisión de automotores. Aplicación del Artículo 1113)”, La Ley Córdoba, 1989, N° 3 (marzo), p. 185.

de acuerdo a fórmulas o principios preestablecidos y no a la justicia del caso concreto, las demandas deducidas por los peatones poseen una muy favorable perspectiva de éxito.

Los pleitos parecen tener un resultado anticipado más allá de los hechos, y si a eso le agregamos la existencia de un citado en garantía por lo general solvente –el asegurador– no parece raro que se alimente de esta forma lo que algunos autores han llamado “*industria del juicio*”⁷.

III. Marco legal. Alcance de la investigación

Analizaremos la relación existente entre la culpa del peatón y la responsabilidad que el segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil le atribuye al dueño o guardián de un vehículo automotor. Cuando nos referimos a culpa, hacemos referencia a las infracciones a los arts. 38, 44 inc. b, 46 inc. b y 64 de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 y arts. 33, 38, 70, 75 y 121 del Decreto 40/07 de la provincia de Buenos Aires derogatorio de la Ley 11.430,

Analizaremos si para las posturas existentes en la doctrina y en la jurisprudencia nacional y bonaerense, la culpa de la víctima puede basarse en dichas conductas antijurídicas.

IV. Precisiones conceptuales

Siguiendo el vocabulario usado por la Ley Nacional de Tránsito 24.449⁸, definimos al automóvil como el “*automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido el conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que exceda los mil kg de peso*” (artículo 5 inc. a), y al accidente de tránsito como “*todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación*” (artículo 64).

Circulación es, según el artículo 9 del Decreto 40/07 de la provincia de Buenos Aires, “*el desplazamiento y tránsito de peatones y vehículos para la vía pública o privada*”.

⁷ URIBIRIA, FERNANDO A., “La culpa de la víctima en los daños ‘por’ las cosas. El peatón distraído”, LA LEY 17/12/2009, 1, LA LEY 2010-A, 742, p. 4

⁸ Disponible en la web oficial de Infoleg, URL: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/818/texact.htm>

Como estas normas no nos brindan un concepto de peatón, recurrimos a la definición de la Real Academia Española, según la cual es aquel “*que va a pie por una vía pública*”⁹. No es peatón quien lo hace por su casa o dentro de un edificio.

V. El segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil. Culpa o hecho

El artículo 1113 reformado por la Ley 17.711 de 1968, ubicado en el Título IX del Libro Segundo del Código Civil Argentino, titulado “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”, en su primera parte establece que “*la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren (...) las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado*”. El segundo párrafo expresa que “*si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*”.

Se suscitan divergencias en torno a si el concepto de culpa es asimilable al de hecho de la víctima. Estamos de acuerdo en considerar que el obrar del incapaz o el que se hallare momentáneamente privado de la razón, quedan abarcados por la eximente. En primer lugar, porque si bien aquel estado de incapacidad es una circunstancia que los exime del cumplimiento de las normas jurídicas (en este caso, de las normas de tránsito), resulta injusto que la responsabilidad del dueño o guardián dependa de una circunstancia ajena a ellos mismos. En segundo lugar, porque la responsabilidad emergente no puede depender de la existencia de una sentencia declarativa de incapacidad que facilite la prueba de la incapacidad en un caso y no en otro.

VI. Posturas actuales acerca del objeto de investigación

Respecto de si la conducta antirreglamentaria del peatón que fue víctima de un accidente de tránsito tiene incidencia causal para eximir de responsabilidad objetiva al dueño o guardián del automotor por aplicación del segundo párrafo artículo 1113 del Código Civil, existen en doctrina y jurisprudencia nacional por lo menos dos posturas principales.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española 22° Ed. Disponible en URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=peaton>

a. Doctrina del peatón distraído

Por un lado, la tesis conocida como “*doctrina del peatón distraído*”, no le otorga incidencia causal a la conducta antirreglamentaria del peatón para constituir la eximente del artículo 1113 segundo párrafo del Código Civil y liberar de responsabilidad al dueño o guardián. Considera que la presentación en calzada de peatones en actitud antirreglamentaria es un hecho común del tránsito que todo automovilista debe prever y que no destruye la presunción de dicho artículo, por lo que termina prevaleciendo la responsabilidad objetiva que aquel establece, salvo el único caso que dicha conducta constituya una infracción grave, que haga adquirir al hecho los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito.

Apoyan esta tesis J. Mosset Iturraspe¹⁰. También están conformes con esta opinión, R. D. Pizarro¹¹; G. A. Borda¹²; L. Vergara¹³; M. Martinetti¹⁴; E. I. Saux¹⁵; C. A. Ghersi¹⁶.

Se puede analizar una innumerable cantidad de fallos apoyando esta postura. Por citar algunos mencionaremos “Toribio, Héctor c. Pagliaro, Pablo” y “Gjuka, Juan C. y otro c. Innamorado, José C.”, de la Sala B; “G., R. L. c. G., P. A. y otros” de la Sala D; “Cárdenas, Victoria c. Ferreiro, Roberto”, de la Sala F y “D. E. y otros v. G. S., G. G. y otros” de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la mayoría de la última década¹⁷.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Privilegiar la situación del peatón en la circulación, en especial de los menores. Endurecer el juzgamiento del automovilista”, *LA LEY* 1993-D, pp. 453-454

¹¹ PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y Extracontractual*, t. 2, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006, p. 266

¹² BORDA, GUILLERMO A., “La reforma de 1968 –Ley 17.711– y su influencia en la responsabilidad por accidentes de tránsito. El tema treinta años después”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 1 (Accidentes de Tránsito – I), Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 9

¹³ VERGARA, LEANDRO, “La incidencia causal de la culpa de la víctima. Noción conceptual. Su relación con la teoría del riesgo”, *LA LEY* 13/10/2010, 9 (La Ley Online, pp. 1-5 *passim*)

¹⁴ MARTINETTI, MARÍA, “Los Accidentes de Tránsito Entre Automotores y Peatones”, en AA.VV. *Tratado de accidentes y daños derivados de la circulación*, WEINGARTEN, CELIA y GHERSI (directores), 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, p. 87

¹⁵ SAUX, EDGARDO I., “Peatones distraídos y culpas concurrentes”, *LA LEY* 2007-E, 8 (La Ley Online, pp. 10 y 12)

¹⁶ GHERSI, CARLOS A., “Automotores vs. Peatones. La nueva distribución de riesgos”, en AA.VV., *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, t. 3, *LA LEY* 01/01/2007, 1379, *LA LEY* 2007-D, 902 (La Ley Online, p. 3)

¹⁷ Véase: “G., R. L. c. G., P. A. y otros”, CNCiv, Sala D, 24/05/2006, *La Ley Online* (AR/JUR/8376/2006, p. 4) (envía a “Toribio, Héctor c. Pagliaro, Pablo”, CNCiv, Sala B, 17/04/02, *elDial.com*, AA-1049); “Gjuka, Juan C. y otro c. Innamorado, José C.”, CNCiv, Sala B, 23/10/1992, *La Ley* 1993-D, 453

Es principalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que afirma expresamente esta tesis. El más Alto Tribunal de la nación sentó las bases de esta postura en los *leading cases* “Santa Marina c. EFEA”¹⁸ y “S. M. C. c. Provincia de Buenos Aires y otros”¹⁹, en los que afirmó que por tratarse de una cosa riesgosa para eximir de responsabilidad al dueño o guardián del automotor la conducta de la víctima debe reunir los caracteres del caso fortuito.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires adopta esta postura en los fallos “Pérez Paula c. Transportes Atlántica S.A.C. y otro” y “Artime, Raúl Florentino c. Trouboul, Juan M. L.”²⁰.

b. Doctrina del peatón “diligente”

La postura opuesta a la que por oposición a la postura anterior podemos llamar del peatón “diligente”, supone que las transgresiones de tránsito constituyen imprudencia o negligencia del peatón por violación de los deberes de cuidado que debe respetar al transitar por la vía pública, lo cual constituye culpa de la víctima –exclusiva o concurrente–, y que debe eximirse de responsabilidad al dueño o guardián del automotor de acuerdo a la valoración judicial que se realice en el caso concreto de la incidencia causal que aportó dicha conducta en el accidente.

Esta tesis –que compartimos– es apoyada por F. Uribía²¹, para quien

los desidiosos comportamientos de los peatones (...), su benévola contemplación por parte de la jurisprudencia importa el ‘reino de los necios’, ya que, bajo el prisma de la previsibilidad en concreto, no cabría

(AR/JUR/3375/2007, p. 1); “G., R. L. c. G., P. A. y otros”, CNCiv, Sala D, 24/05/2006, *La Ley Online* (AR/JUR/8376/2006, *passim*); “G., R. L. c. G., P. A. y otros”, CNCiv, Sala D, 24/05/2006, *La Ley Online* (AR/JUR/8376/2006, p. 6) (envía a “Cárdenas, Victoria c. Ferreiro, Roberto”, CNCiv., Sala F, 17/07/03, *elDia.com*, AA-1998); “D. E. y otros v. G. S., G. G. y otros”, CNCiv, Sala K, 06/04/2011, *SJA* 20/4/2011 (Abeledo Perrot N° 20110264, p. 3)

¹⁸ “G., R. L. c. G., P. A. y otros”, CNCiv, Sala D, 24/05/2006, *op. cit.* p. 6 (envía a “Santa Marina c. EFEA”, CSJN, *LA LEY* 1991-B, 526)

¹⁹ “S. M. C. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, CSJN, 15/12/1998, *ED* 182-1999 (Documento digital, pp. 740-742)

²⁰ Véase: “Pérez Paula c. Transportes Atlántica S.A.C. y otro”, SCBA, 23/7/85, A. y S. 1985-II-204; *JA* 1986-II-456; *DJBA* 1986-130-81 (Dr. Negri s.d.); “Artime, Raúl Florentino c. Trouboul, Juan M. L.”, SCBA, 5/08/86, A. y S. 1986-II-300 (Dr. Negri s.d.) [citados por MEDINA, Graciela, “Accidentes de Tránsito. Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 1 (Accidentes de Tránsito – I), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 348]

²¹ URIBIRIA, FERNANDO A., *Op. Cit.*, p. 2

exigirles otro comportamiento más que el acostumbrado propio, por más reprochable que fuera.

De tal manera “*se impone la aplicación de la vara comparativa que puede denominarse ‘el peatón diligente’*”, siendo un contrapeso a la doctrina desarrollada en el apartado anterior.

Para J. M. Galdós²²,

la protección del peatón-víctima que sustenta nítidamente la jurisprudencia de ambos Superiores Tribunales (la Corte Suprema de Justicia y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), no debería ser tan enfática en lo que concierne al cruce irregular de la calzada en las zonas urbanas, a fin de desalentar comportamientos antinormativos y que contribuyen en buena medida al desorden en el tránsito de automotores y personas.

Para J. P. Descalzi²³ debería analizarse en concreto la concurrencia de factores objetivo-subjetivos en la producción del hecho dañoso y en ese análisis no debería perderse de vista que la responsabilidad por el accidente no se juzga aisladamente sino conjugarse a la luz de las reglas de tránsito.

M. J. López Mesa, F. A. Trigo Represas y A. E. Salas señalan que si bien la aparición de peatones distraídos es una circunstancia común del tránsito que el automovilista debe prever,

no puede convertirse a aquel en una computadora que descubra de antemano todas las conductas imprudentes de los peatones y que a aquellos corresponden los mismos deberes de cuidado y protección que a los automovilistas²⁴.

En apoyo de esta teoría también pueden señalarse gran cantidad de fallos. Por ejemplo, los recientes “V. A., A. R. c. M., P. I. y otros” de la Sala B; “Blonder, Malvina E. y otros v. Kaplan, Víctor A. y otros” de la Sala C; “Avoguada Susana y otro c. Línea 71 S.A.” de la Sala D; “Tarantola, Marta C. y otros c. Ribero, Mario A. y otros” de la Sala I; “Suárez, José A. c. Tálamo, Rubén A. y otro”

²² GALDOS, JORGE M., “Otra vez sobre la prioridad de paso (y los peatones) en la Suprema Corte de Buenos Aires”, *LLBA2004*, 1 (La Ley Online, p. 6)

²³ DESCALZI, JOSÉ P., “Automóviles y peatones. Circunstancias y legitimación”, *LA LEY* 2008-F, 554 (La Ley Online, p. 2)

²⁴ LÓPEZ MESA, MARCELO J., TRIGO REPRESAS, FÉLIX A y SALAS, ACDEEL E., “1 bis. Responsabilidad civil: distintos supuestos”, *Código Civil Anotado*, Ed. Depalma, 1999 (Abeledo Perrot Online, pp. 6-7)

y “Uvoychich Degni, Carlos c. Transportes Sargento Cabral S.C. Línea 102 y otros”, de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil²⁵, por citar algunos. El fallo “Cabral Coronel Patrocinio v. Curcio, Claudio J. R.” de la Sala H de dicho tribunal, resume esta postura a la perfección, al establecer expresamente que “*se debe valorar en el caso concreto la incidencia causal de la conducta del peatón, y que aquel también está obligado a respetar los reglamentos de tránsito*”²⁶.

La Sala F, en un fallo mencionado por Rinesi²⁷, en el que se trataba de una menor que ha habido sido atropellada al intentar cruzar una avenida por la mitad de cuadra, en el voto de la Dra. Highton que contó con la adhesión de los demás miembros sostuvo que si bien el peatón distraído y aun imprudente es un riesgo inherente al tránsito, “*debe computarse en su contra una conducta francamente arriesgada para atravesar una arteria*”. Se consideró arriesgada la conducta de la menor porque atravesó una avenida de intenso tránsito de vehículos y peatones, a mitad de cuadra, corriendo entre vehículos, en un día de lluvia, en tanto que el conductor del vehículo circulaba por su mano, a marcha autorizada, habiendo también realizado las maniobras adecuadas al caso.

El mismo criterio mantuvo un fallo relativamente reciente de la Suprema Corte de Buenos Aires citado por Galdós²⁸. Para el máximo tribunal provincial, las circunstancias concretas ameritaron eximir parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián y flexibilizar su criterio rígido vinculado a la segunda tesis.

²⁵ Véase: “V. A., A. R. c. M., P. I. y otros”, CNCIV, Sala B, 04/08/2005, *La Ley Online* (AR/JUR/6607/2005, pp. 1-2); “Blonder, Malvina E. y otros v. Kaplan, Víctor A. y otros”, CNCiv, Sala C, 29/04/2010, *Abeledo Perrot* N° 70062662 (Documento digital, p. 3); “Avoguarda Susana y otro c. Línea 71 S.A.”, CNCiv, Sala D, 09/10/2008, *La Ley Online* (AR/JUR/11524/2008, pp. 1-2); “Tarantola, Marta C. y otros c. Ribero, Mario A. y otros”, CNCiv, Sala L, 16/02/2006, *DJ* 04/10/2006, 378, *La Ley Online* (AR/JUR/1127/2006, p. 1-2); “Suárez, José A. c. Tálamo, Rubén A. y otro”, CNCiv, Sala J, 10/05/2005, *DJ* 21/09/2005, 210, *DJ* 2005-2, 1165, *La Ley Online* (AR/JUR/1643/2005, p. 1-2); “Uvoychich Degni, Carlos c. Transportes Sargento Cabral S.C. Línea 102 y otros”, CNCiv, Sala J, 25/04/2007, *La Ley Online* (AR/JUR/3375/2007, p. 1-2)

²⁶ “Cabral Coronel Patrocinio v. Curcio, Claudio J. R.”, CNCiv, Sala H, 28/05/2010, *Abeledo Perrot* N° 70064872 (Documento digital, p. 4)

²⁷ “Pino Nicolás C y otro v/ Salaber Marcelo Fy otro”, CNCiv, Sala F, 18/10/1999, en J.A.2000-II, 274 [citado por RINESI, ANTONIO J., “Los accidentes de tránsito y su configuración”, *DJ*11/08/2010, 2123 (*La Ley Online*, p. 3)]

²⁸ GALDOS, JORGE M., *op. cit.* p. 4 y 9 (envía a “Tomazo Antonio C. y ot. c. Brallard Roberto O. y otros”, SCBA, 4/6/2003)

c. Cruce de autopistas y avenidas

Cabe mencionar que es común que los tribunales eximan total o incluso parcialmente de responsabilidad a quien atropella a un peatón que cruza una ruta o autopista por un lugar no habilitado para ello. Pero lo hacen basándose en que dicha infracción es particularmente grave y se torna imprevisible e inevitable, adquiriendo los elementos del caso fortuito, y no en que la conducta del peatón fue antirreglamentaria.

En este caso, los tribunales suelen apoyarse en que la última parte del artículo 64 de la Ley de Tránsito 24.449 otorga al peatón el beneficio de la duda y presunciones en su favor en tanto no incurra en “*graves violaciones*” a las normas del tránsito²⁹, dando lugar a una interpretación que *a contrario sensu* restringe la posibilidad de considerar que otras infracciones, como circular por la calzada en zonas urbanas, eliminen dichas presunciones.

d. Nuestra postura

Nos enrolamos en la teoría que Uribiria ha llamado “del peatón diligente”³⁰, llamada así por oposición a la doctrina “del peatón distraído” que ha sido citada en este trabajo. Pero consideramos necesario hacer algunas precisiones al respecto.

En la actualidad, tres décadas después de la reforma del Código Civil por la Ley 17.711 y la introducción de la responsabilidad objetiva al orden legal, el crecimiento del parque automotor³¹ y del caudal de peatones que transitan por las calles de las grandes ciudades de Argentina, modificaron el espacio urbano, haciéndolo cada vez más caótico, lo cual obliga a repensar como se aplica este sistema de atribución de responsabilidad.

El dueño o guardián, muchas veces culpable, otras tantas termina siendo aquel mismo la propia “víctima” de la inconducta de terceros, por verse involucrado en un largo y costoso proceso judicial, pese a hubo de tomar todas las medidas de precaución que el caso concreto requería.

²⁹ Véase: “C., M. del C. c. S., A. y otro”, CNCiv, Sala A, 12/09/2005, *La Ley Online* (AR/JUR/6605/2005, p. 1); “Cañete Soto, Ramón I. y otro v. Vitale, Gerardo”, CNCiv, Sala G, 15/02/2011, *SJA* 20/4/2011 (Abeledo Perrot N° 20110264, p. 2)

³⁰ URIBIRIA, *op. cit.*

³¹ Según Infobae, el parque automotor en la Argentina creció un 327% de 1990 a 2011. Disponible en URL: <http://www.infobae.com/notas/584861-El-parque-automotriz-se-multiplico-por-cuatro-en-dos-decadas.html>

Para oponerse a la “doctrina del peatón distraído”, hay que situar el problema en uno de los elementos de la atribución de responsabilidad civil, cual es el nexo causal entre la acción y el resultado, o causalidad.

Si seguimos a la moderna teoría de la causalidad adecuada, vemos que los sostenedores de la “doctrina del peatón distraído” confunden *causa* y *condición* del resultado dañoso.

Nosotros sostenemos que el peatón, al infringir las normas de tránsito e irrumpir en la calzada fuera de las sendas peatonales o sin luz semafórica habilitante (lo cual será materia de prueba), invade un espacio público en forma ilegal y se convierte en el propio ocasionador del daño, perdiendo todo derecho a indemnización si se llegase a la conclusión de que fue el exclusivo causante del mismo.

Yendo más lejos en el análisis, no sería absurdo que ante estas circunstancias el conductor pueda demandar o reconvenir por los daños ocasionados a su persona, a terceros o a su automóvil. Piénsese en aquel conductor que, a causa de un peatón que se interpuso en su camino, se ve obligado a realizar una maniobra en forma súbita, ocasionando un accidente.

Creemos que toda invasión peatonal a un espacio exclusivo para la circulación es particularmente *grave* y que por el artículo 64 de la Ley de Tránsito 24.449 destruye las presunciones a su favor y exime de responsabilidad al dueño o guardián por imperio del artículo 1.111 del Código Civil, que establece que “el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”.

El juez valorará en cada caso concreto si la culpa es exclusiva del peatón, o si por el contrario, corresponde ajustar proporcionalmente la indemnización. En algunos casos, por ejemplo en autopistas, será el peatón el exclusivo causante del daño, ya que su presencia en aquella se encuentra prohibida. Otros casos serán más dudosos, ya que cada calle y cada caso concreto tendrán sus particularidades. No son todas las calles iguales ni lo serán las situaciones que se presenten, por ello las normas no pueden ser casuísticas y quedará a criterio del intérprete su correcta aplicación al caso concreto.

Por imperio de las normas de tránsito que reglamentan la conducta del peatón, aquel no aporta una mera condición sino una verdadera *causa* del resultado. Y esto puede analizarse de la siguiente manera: siendo A un conductor que circula en forma reglamentaria, y B un peatón que cruza en forma ilegal (ya

sea por hacerlo fuera de la senda peatonal o sin luz habilitante, o en ruta o autopista por lugar no habilitado para aquello), si omitimos el aporte de B al resultado dañoso, vemos que el resultado no se hubiera producido.

Respecto a la palabra *grave* que utiliza la ley nacional, ya hemos adelantado que nos parece que complica el sistema, y que escuda interpretaciones que toleran prácticamente cualquier desidia del peatón. No creemos que exista una necesidad imperiosa de una reforma, sino un cambio en la interpretación judicial del término. El sentido común indica que en cualquier ciudad, cruzar una calle sin luz habilitante o fuera de la senda peatonal son infracciones que ponen en riesgo la vida de la propia víctima y también la de terceros, por lo que pueden ser consideradas *graves*.

Más allá de que fórmulas jurídicas nos parezcan adecuadas, no puede dejar de tenerse en cuenta que el conductor es una persona humana y no una computadora, y que es un principio elemental del derecho el que nadie puede alegar su propia torpeza. Si el peatón no se ajusta a las normas, no puede pretender con ello enriquecerse a costa de un automovilista.

VII. Exposición final

Sin haber pretendido realizar un estudio exhaustivo, hemos visto las posturas existentes en la doctrina y jurisprudencia respecto al objeto de la investigación, para lo cual hemos aportado la opinión de los más distinguidos autores nacionales y algunos fallos de los tribunales más importantes del ámbito nacional y bonaerense, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de qué responsabilidad cabe para unos y otros.

Mientras los gobernantes hallen alguna solución a un flagelo que día a día se cobra más y más vidas, destruye familias enteras y genera pérdidas millonarias para el Estado, somos los ciudadanos comunes quienes debemos concientizarnos acerca de nuestra debilidad como seres humanos ante las máquinas, y de que existen normas jurídicas obligatorias que nos imponen deberes y diligencias al igual que lo hacen cuando adoptamos el rol de conductores. Ya existen sectores de la sociedad civil y algunos programas de gobierno que proponen concientizar a la población (ejemplo de ello es la cantidad de spots publicitarios que salen en radio y televisión dedicados a esta cuestión desde hace largo rato). También deberán ser los educadores quienes desde los niveles iniciales

inculquen una cultura del tránsito que nos constriña a respetar las normas también como peatones, llevando adelante la dificultosa tarea de convencernos a los argentinos que a veces el respeto por las normas básicas de convivencia debe hacerse, sino es por el respeto mismo, al menos por propia conveniencia.

Más allá de que exitosas campañas de concientización se podrían llevar a cabo, implementar sanciones administrativas para los infractores podría ser una medida positiva para lograrlo.

Mientras tanto, como operadores del Derecho debemos aportar las soluciones que estén a nuestro alcance. Aunque el conocimiento y el respeto por las normas de tránsito coadyuvarán a sostener uno de los principales objetivos de esta disciplina, cual es la prevención de accidentes, al ser inevitable que ellos se produzcan, deberá buscarse solución más justa. Y creemos que ella es la que tenga en cuenta el caso concreto: si el peatón cometió una infracción a una norma escrita, existe culpa de la víctima deberá hacerse cargo de su propia torpeza en la medida en que ella ha sido causa de su propio daño. Si el peatón resultó un incapaz, su accionar quedará abarcado por el *hecho*.

Los operadores de abogados debemos comprometernos a interpretar y aplicar las normas buscando alcanzar la equidad antes que, so pretexto de estar respetando valores como la solidaridad social, convertir definitivamente nuestra disciplina en un negocio redituable en términos de honorarios.

Sostenemos la opinión (y nos hacemos cargo de ella) que el Derecho de Daños no puede convertirse en el estudio de una mera transacción pecuniaria en la cual acaecido un accidente el demandado o el asegurador negocian con la víctima el pago de una indemnización, ya que aquello repugna a los ideales de moral y de justicia que debe sostener el Derecho en general y de los cuales el estudio de esta disciplina en particular no pretende ser ajena.

ASUNCIÓN DE RIESGOS POR PARTE DE LA VÍCTIMA ¿UNA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO?

VICTIM'S RISK ASSUMPTION,
A LIABILITY EXEMPTION IN CAR ACCIDENTS?

Virginia Clementi*

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué significa "la asunción de riesgos"? III. Breve exposición de las distintas posiciones doctrinarias sobre el tema. a) Posiciones a favor de su incorporación como eximente. b) Posiciones en contra de su incorporación como eximente. IV. Análisis y posibles conclusiones según se acepte o niegue esta eximente. a) Análisis en base a las teorías detractorias (criterio objetivo). b) Análisis en base a las teorías a favor de dicha institución (criterio subjetivo). V. Conclusión.

Resumen

En el presente artículo, la autora hace un estudio de la asunción de riesgos por parte de la víctima en los accidentes de tránsito para analizar si es posible su incorporación al ordenamiento jurídico como una posible eximente de responsabilidad. Demostrará que no es factible su implementación a partir de dos fundamentos: por un lado la desnaturalización que genera sobre el art. 1113 C.C., y por el otro, porque su aplicación, si se aceptara, solo surgiría si el hecho de la víctima se transforma en extraordinario y modifica el nexo de causalidad, lo que en realidad lo convierte en una eximente innecesaria por quedar incorporado en el ámbito de la culpa de la víctima.

Palabras claves: Accidentes de tránsito – responsabilidad civil – eximentes – asunción de riesgos – culpa de la víctima

*Estudiante de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

Abstract

In this paper, the author studies the victim's risk assumption in car accidents to analyze whether it is possible to incorporate it as a liability exemption. She will demonstrate that it is not possible because it would be contrary to the rule in art. 1113 C.C. and it would only be applied if the victim's negligence is an extraordinary fact that generates the causality to the harm. This actually means that it is unnecessary to consider the risk assumption as a victim's negligence.

Keywords: Car Accidents – Civil Liability – Exemptions – Risk assumption – Victim's negligence

I. Introducción

Es de aceptación unánime dentro de la doctrina y la jurisprudencia, que los conflictos de responsabilidad generados por accidentes de tránsito, encuentran su solución legal en el artículo 1113 del Código Civil¹(C.C) segundo párrafo, por aplicación de la Teoría del Riesgo Creado².

Sin embargo, en este último tiempo, se ha tratado de buscar una solución alternativa al tema en cuestión, planteándose una nueva posible eximente de aplicación en estos casos. Se trata de “la aceptación del riesgo por parte de la víctima” o también denominada “la asunción de riesgos”.

A pesar de que es una figura que carece de recepción legal, sus defensores sostienen que sería posible su aplicación, generando una presunción a favor del dañador, ya que al conocer la víctima los riesgos *ex ante*, tendría -por éste solo hecho- que soportar también parte de la responsabilidad por el daño causado. De este modo, se aplicaría una redistribución de la culpabilidad independientemente de la participación activa de la víctima en el siniestro y de las consecuencias que sus hechos podrían haber generado.

¹ El artículo 1113 C.C., atrapa los supuestos fácticos en que una cosa (animada o inanimada) es causa activa del daño padecido por la víctima, y cita: “en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa, pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no responde”.

² Esta teoría implica que se habrá de responder no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado un factor material del cual, como condición sine qua non, provino el daño, bastando con la trasgresión objetiva que importa la lesión al derecho ajeno (resultado dañoso) y sin que sea necesaria la configuración de un acto ilícito. Ver TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y COMPAGNUCCI DE CASO RUBEN H., *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, 1º ed. 1986, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, (2º ed. 2008), tomo 2, pp.75- 77.

La importancia de este tema radica en que de aceptarse su utilización, se modificaría radicalmente la respuesta legal frente a un accidente automovilístico y se flexibilizarían los criterios estrictos de responsabilidad objetiva del artículo 1113 C.C como así también sus eximentes, pues no sería necesario probar culpa de la víctima o de un tercero para no cargar con la responsabilidad de un hecho dañoso. Esto sería así porque la simple presunción de que la parte dañada asumió el riesgo, haría asumir a la víctima parte de la responsabilidad.

En este breve trabajo, demostraré que no es una figura de aplicación en nuestro sistema legal en base a dos fundamentos: por un lado la desnaturalización necesaria que se genera sobre el artículo 1113 C.C, haciendo que el régimen de responsabilidad se modifique de tal modo que se haga caer la reparación del daño sobre la víctima, y por otro lado, porque su implementación, de ser posible, solo se admitiría si el hecho se transforma en extraordinario y modifica el nexo de causalidad, lo que en realidad la transforma en una figura innecesaria o “redundante” por quedar incorporada en el hecho de la víctima.

II. ¿Qué significa: “la asunción del riesgos”?

Como punto de partida, es necesario definir “asunción de riesgos” o “aceptación de riesgos”.

Trigo Represas, define “aceptación de riesgos” como el

consentimiento tácito que la víctima parece prestar en todos aquellos casos en que, con pleno consentimiento, asume el riesgo de sufrir un daño, lo cual tendría el valor de una convención sobreentendida con otra persona, por lo cual aquella renuncia por anticipado a reclamar eventualmente una indemnización por los perjuicios que así pueda sufrir. O sea, podría sostenerse que si bien un agente crea el riesgo, acontece que la víctima tiene cabal conocimiento del mismo y lo acepta o asume antes de la producción del daño³.

Por su parte, Zavala de González sostiene: “*la aceptación del riesgo se configura cuando una persona asume un peligro anormal o extraordinario y esta conducta es idónea para dañarla*”⁴.

³ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1º ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo 1, p. 966.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimientos de daños, Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, tomo 4, p. 287.

III. Breve exposición de las distintas posiciones doctrinarias sobre el tema

Es necesario para comprender el estado de aceptación actual de esta supuesta eximente, hacer un breve esbozo sobre las distintas posturas doctrinales y la posición que la jurisprudencia viene adoptando.

a) Posiciones a favor de su incorporación como eximente

Los pocos autores que admiten la aceptación de riesgos como una eximente, parten de un análisis crítico del artículo 1113 segunda parte, argumentando que la Teoría del riesgo en él consagrada, rechaza todo análisis profundo sobre los aspectos internos y las motivaciones que llevaron a las conductas involucradas en el hecho dañoso.

En este sentido, analizando el riesgo desde un aspecto interno, dos son los argumentos centrales para justificarlo: por un lado la voluntad de la víctima y su consentimiento hacia el hecho o actividad; y por otro, el hecho de que haya obtenido un provecho o beneficio con la utilización de la cosa riesgosa.

Entre aquellos que acentúan el eje de la cuestión en la voluntad de la persona perjudicada, se encuentra Mazzinghi. En un artículo donde hace un análisis de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza sobre transporte benévolo expresa:

Siempre pensé, que en aquellos supuestos en los que la víctima busca con libertad y deliberación la utilización de una cosa particularmente riesgosa, no puede luego echar mano de la responsabilidad objetiva del dueño o del guardián, basada, precisamente, en el riesgo de la cosa que la víctima pidió y quiso usar en su beneficio y gracias a la cortesía del propietario. Admito que no es una excepción que surja del texto de la ley, pero el sentido común y la recta comprensión de las cosas imponen una conclusión semejante.” Y continua diciendo: “La asunción expresa de un riesgo extraordinario, lo único que excluye es la aplicación de los mecanismos de responsabilidad objetiva, porque es absurdo que quien quiso correr con tales peligros, sirviéndose de la cosa en su provecho, los invoque luego contra el propietario o el guardián⁵.

⁵ “Rodríguez, Juan A. c/ Villarroel Américo”, SCMendoza, Sala 1, 8/3/1995, con nota de MAZZINGHI, JORGE A. (h), “Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo”, La Ley 1995-E, 205-Responsabilidad Civil Doctrinas esenciales, Tomo 2, p. 1125.

Realizando un análisis específico del riesgo pasivo en los casos de utilización de motos, Sobrino argumenta en favor de esta teoría y dice:

...existe una zona donde, sin que llegue a existir culpa de la víctima, puede haber una eximición (total o parcial) de responsabilidad del dañador, como consecuencia de la cosa riesgosa utilizada por el perjudicado...”En este sentido, continúa: “...al utilizar la víctima una “cosa” que implica un riesgo para si misma, entendemos que existe-entonces-una participación activa en la causalidad del siniestro, por asunción de su riesgo...”Justifica su postura analizando todo lo relativo al conocimiento del daño que su accionar implicaba: “...de lo que no cabe absolutamente ninguna duda es que el conductor de toda moto sabe acabadamente todos los peligros que ello encierra, y en forma voluntaria decide asumir el riesgo de la cosa propia...”

Si bien reconoce que no esta regulada en el artículo 1113 C.C, sostiene que es de perfecta aplicación en nuestro derecho a partir del artículo 906 C.C, referido a la relación de causalidad adecuada, que exige necesariamente hacer un estudio de aquellas causales que interrumpen o disminuyen el nexo causal.⁶

El segundo argumento para justificar como eximente la asunción del riesgo es a través de la Teoría del riesgo provecho, es decir, la imposibilidad de reclamar la indemnización por haber sacado provecho del uso de la cosa. Los partidarios de esta idea, sostienen que resultaría injusto que si la víctima se sirve de la cosa y recibe beneficios de su uso pero, a su vez, sufre un daño, se cargue toda la responsabilidad en cabeza del dueño o guardián por la única razón de que el damnificado no incurrió en culpa al usarla.

Al respecto, Garrido, citado por Dillon, expresa: *“El beneficio de actividades económicas o técnicas, o las ventajas del usuario de la cosa peligrosa, explican que se ponga a su cargo la obligación de reparar el daño”*.⁷

B) Posiciones en contra de su incorporación como eximente:

La mayoría de la doctrina niega esta eximente basándose en dos argumentos centrales.

⁶ SOBRINO, AUGUSTO R., “Responsabilidad objetiva (art. 1113 C.C): Eximente parcial por riesgo pasivo de la cosa (especialmente en motos)”, JÁ 1194-III-933,(Lexis Nexis N° 0003/002117, pp. 2-8).

⁷ GARRIDO, ROQUE F., “Temas de derecho civil. Responsabilidad objetiva y riesgo creado”, JA 1974, secc. doct., p. 812, citado en la obra de DILLON, TOMÁS M., “La aceptación del riesgo: ¿una eximente de responsabilidad?”, JA 2005-I-1442 – SJA 19/1/2005, (Lexis Nexis N° 0003/011057, p. 7).

Por un lado, parte de los autores fundan su oposición, considerando que aceptar esto es equivalente a admitir que hay por parte de la víctima una “*aceptación tácita del daño*”, ya que lo conocía y sabía a lo que se exponía. Y por otra parte, el argumento más fuerte y mayoritariamente sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, es el de negarlo en virtud de que no es realmente un eximente porque no se interrumpe el nexo de causalidad.

Entre los partidarios de la primera postura, se encuentra Mosset Iturraspe. En un artículo donde comenta un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, referido al transporte benévolo, llega a las siguientes conclusiones:

...no es verdad, a nuestro juicio, que el riesgo creado por el dueño o guardián de un automotor en movimiento, sea compartido por quien viaja en el mismo...” y “...no es verdad que, en la realidad de las cosas, pueda aludirse a una aceptación de ese riesgo creado o a un aprovechamiento del riesgo...⁸.

Con idéntico pensamiento, Vázquez Ferreira⁹ hace un estudio del tema a partir del fallo “S.A c/ Massalín Particulares S.A.”, donde se acepta la asunción de riesgos por parte de quien fuma (con fundamento en que quien fuma conoce las consecuencias que esto puede traerle) y por ende se exonera de responsabilidad a la tabacalera. Critica la solución haciendo suyas las palabras de Trigo Represas:

La objeción fundamental que se ha formulado contra esta tesis es que la aceptación de los riesgos equivaldría a una cláusula tácita de irresponsabilidad, la que sería contraria al orden público en materia de responsabilidad derivada de hechos ilícitos, pues a nadie le está permitido exonerarse por anticipado de las consecuencias de sus faltas probadas o presumidas; y, por lo demás, como bien se ha señalado: si la mera aceptación del riesgo bastara para excusar en todo o en parte la responsabilidad del autor de un acto ilícito, se llegaría hasta suprimir la responsabilidad civil, pues todo en la actividad humana implica una aceptación de riesgos¹⁰.

⁸ “Tomassetti de Bonicelli, María y otra c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos.”, CFedMendoza, Sala B, 13/5/1991, con nota de MOISET ITURRASPE, JORGE, “¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura? (la asunción o aceptación del riesgo como falacia jurídica)”, La ley 1991-E, 440-Responsabilidad civil doctrinas esenciales, Tomo 4, p. 399.

⁹ “S.A. c/ Masalín Particulares S. A.”, CNCiv., Sala H, 22/6/2005, con nota de VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A., “Responsabilidad civil de las tabacaleras por consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos”, La ley 2007-F, 603.

¹⁰ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y COMPAGNUCCI DE CASO, RÚBEN H., “*Responsabilidad civil por accidentes de automotores*”, ed. Hammurabi, tomo 1, 1992, p. 126. citado por VÁZQUEZ

Como mencioné anteriormente, el argumento principal de los detractores de la asunción de riesgo, se sustenta en que no hay interrupción del nexo causal por el solo hecho de asumir un riesgo, condición necesaria exigida por el artículo 1113 C.C para que operen las eximentes en él establecidos.

La jurisprudencia de Bahía Blanca ha argumentado que:

...El riesgo creado, como factor de atribución de responsabilidad, requiere de la intervención activa de la cosa. Lo que supone que el hecho de la cosa, que escapa al control o sujeción del guardián, tenga relevancia en la historia causal que condujo al resultado dañoso. De entre la suma de condiciones que concurren a la producción de un suceso, sólo merece el calificativo de “causa”, la que produce ese efecto según el curso natural y ordinario de las cosas. Las restantes circunstancias que acompañan su producción, no pasan de ser meras “condiciones”, si por sí solas no permiten que ocurra o no descartan un obstáculo para su producción. Y si su rol se reduce a favorecer la operatividad de la causa eficiente, se la designa como “ocasión”. La exposición al riesgo que implica conducir una motocicleta no pasa de ser una mera condición, en tanto que de alguna manera permite el accidente, pero no es eficaz por sí misma para producirla, lo que la destituye de toda significación causal; es decir, la causa del daño no deriva de conducir una motocicleta, sino -en el caso particular- de haber sido embestido por un automóvil. La doctrina del riesgo pasivo adolece del error de desentenderse de la caracterización del hecho de la cosa en términos de participación activa en el resultado, y de un grave apartamiento de los principios que rigen la atribución de consecuencias de los hechos ¹¹.

La postura adoptada es coincidente con la posición de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCJBA) que ha rechazado constantemente esta figura¹².

FERREIRA, ROBERTO A., *op. cit.*

¹¹ “Hipperdinger de Ordmann María Z. c/ Pascual Paulino H. s/ daños y perjuicios”, Cámara civil y comercial de Bahía Blanca, Sala 1, 20-6-2000. En este orden de ideas: “Ferrero Iris Gladis c/ Buey Mario Argentino y otros s/ Indemnización por daño moral”, Cámara civil y comercial de Bahía Blanca, sala 1, 3-2-2005 y “E.L.L.A. S.A c/ Cardano Héctor José s/indemnización por daños y perjuicios”, Cámara civil y comercial de Bahía Blanca, sala 1, 3-2-2005.

¹² “Gorordo, Eliseo Arnaldo c/ Fogón Criollo Arroyocortense Asoc. Civ. y otros s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 20-9-2000, “Scazzino, Eduardo Daniel c/ Fontanella, Roberto Juan y otros s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 18-6-2003, “Franco, Carlos Humberto c/ Vitale, Alejandro Fabián y otros s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 1-9-2004, “Adano, Enrique Germán c/ Díaz, Sandra Fabiana y otro s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 13-4-2005, “Barramuño, Carlos Iván c/ Ferroexpreso Pampeano S.A. s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 7-2-2007, “García, Luis Alberto c/ Rodríguez, Marcos Abel y otro s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 28-5-2008, “Ferri, Elsa Albina c/ Marote, Jorge Enrique y otra s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 11-2-2009.

Asimismo, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas Córdoba en el año 2009, la Comisión de Daños arribó a las siguientes conclusiones:

- a) La asunción de riesgos genéricos de la vida moderna no implica relevar de responsabilidad al eventual dañador. La “sociedad de riesgos” no autoriza su invocación como eximente frente al daño producido.
- b) La asunción de riesgos no se erige en una causal autónoma de eximición de responsabilidad.
- c) La sola asunción del riesgo no permite la liberación del responsable. Debe analizarse si la conducta de la víctima configura desde el punto de vista causal el hecho de la víctima.

Por su parte, el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, hace suyas estas ideas y en el artículo 1719 primer párrafo establece: “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.”¹³

IV. Análisis y posibles conclusiones según se acepte o niegue esta eximente

Una vez ubicados conceptualmente en el tema, corresponde hacer un análisis de las posibles aplicaciones prácticas y consecuencias que pueden surgir, ya sea que se adopte una posición a favor o en contra.

a) Análisis en base a las teorías detractarias (criterio objetivo):

Tal como fue aclarado, el principal argumento de quienes se oponen a esta figura, es que el solo hecho de asumir un riesgo no interrumpe el nexo de causalidad, y que por ende queda reducida a una simple condición del accidente, que no es causa adecuada.

Cabría preguntarse entonces, cuáles deberían ser las condiciones del riesgo

¹³ LORENZETTI, RICARDO L., *Código Civil y Comercial de la Nación: proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto n°191/2011*, 1° ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 319.

asumido para que tenga tal magnitud que interrumpa el nexo causal.

Podría sostenerse que llegaría a tener magnitud cuando se trasformen en riesgos anormales o extraordinarios, porque si el daño a la persona surge dentro de los riesgos normales de la actividad que desempeña (ej. el ejercicio de un deporte extremo) es unánime la doctrina y jurisprudencia en entender que fueron asumidos y conocidos por la persona al momento de desarrollar la actividad y responden a la licitud de la misma.

Ahora bien, excedidos esos límites, ya no habría asunción de riesgos sino que se traspasa a la esfera de la responsabilidad. Por lo tanto, en realidad se cae necesariamente dentro del ámbito de la culpa o culpa concurrente y deja de existir la opción de que el conocimiento y aceptación del riesgo opere como eximente.

Matilde Zavala de González, al respecto sostiene que:

la aceptación de riesgos no es una institución autónoma sino una aplicación del hecho de la víctima, como causa o concausa del daño, al participar activamente en una situación de peligro especial, enfrentándolo desaprensivamente. No existe aceptación de riesgo que libere de responsabilidad, por la sola intervención de la víctima en una actividad con peligrosidad genérica y abstracta, comúnmente aceptada en las normas del diario vivir. La aceptación del riesgo de la cosa por la víctima, no figura entre los eximentes consignadas en el art. 1113 del C.C. Por tanto, solo obsta la responsabilidad cuando, por las circunstancias del caso, ese conocimiento de la peligrosidad de la cosa constituye, por sí misma, una conducta culpable del damnificado. Hay casos en que la actividad desplegada por el damnificado es particularmente peligrosa pues lo coloca en situación de desprotección. Basta pensar en el desplazamiento en motos, que constituye un contexto frecuente de accidentes. Ello no excluiría la responsabilidad del dueño o conductor de otro rodado embistente, pero puede valorarse como concausa que exima parcialmente si median factores de resguardo (cascos)...¹⁴.

¹⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *op. cit* nota 4, p. 287-289. En igual línea de pensamiento Trigo Represas: *“En cualquier caso, siempre que exista una inclusión deliberada del perjudicado dentro del ámbito particularmente riesgoso, se modifica radicalmente el tratamiento de la imputación objetiva de responsabilidad. La exposición voluntaria a riesgos excepcionales modifica la situación fáctica, extrayendo el caso de su encuadramiento dentro de la órbita del riesgo creado y poniéndolo del hecho del a víctima”*. TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *op.cit.*, nota 3, p.968.

b) Análisis en base a las teorías a favor de dicha institución (criterio subjetivo):

El argumento central se basa, como ya dijimos, en hacer énfasis en que la persona sabe y asume el riesgo al que se expone, por ende no puede desligarse de ello al momento de analizarse la responsabilidad. Podría decirse que estaríamos frente a una presunción a favor del dañador que ya no necesitaría probar culpa de la víctima.

El artículo 1113 consagró dos presunciones importantes: en primer lugar la víctima está relevada de acreditar el carácter riesgoso del automóvil, lo que se presume *iure et de iure*. En segundo lugar, y con relación a la prueba de la relación causal, demostrando que el detrimento provino por la intervención de un automotor se presume *iuris tantum* que el daño fue provocado por el riesgo de la cosa.¹⁵

Es decir que no se admite prueba sobre el carácter de cosa riesgosa que se le atribuye al auto, lo que podría extenderse a las motos, camiones, etc, pero sí se puede dejar sin efecto la responsabilidad del dañador cuando este pruebe que hubo culpa de la víctima o de un tercero.

Al momento del siniestro, la víctima también utiliza una cosa riesgosa y es justo eso lo que hace que opere la presunción a favor del dañador, pero cabría preguntarse si cuenta con alguna herramienta para dejarla sin efecto. A diferencia de las presunciones del artículo 1113 C.C, aquella afecta la esfera íntima y de conocimiento de la persona, se presume que conoce el riesgo, que lo asume y se hace cargo de sus consecuencias, por lo que en la práctica la víctima no se podría desligar de las mismas fundándose en ningún tipo de prueba. Se presentaría entonces como una presunción *iure et de iure* que llevaría a que siempre exista responsabilidad por parte del sujeto dañado.

Si profundizamos estas ideas, vemos como empieza a aumentar cada vez más el ámbito de responsabilidad de la víctima haciendo que cambie prácticamente su situación de sujeto dañado y se lo asemeje a la de dañador en cuanto al grado de participación en la reparación del daño que le toca afrontar.

Es claro que en materia de accidentes de tránsito, la asunción de riesgos solo tendría cabida cuando en el siniestro colisionan cosas riesgosas distintas, ya que de lo contrario la cuestión se resolvería en virtud del artículo 1113 C.C. Es necesario entonces que el accidente sea por ejemplo entre auto y moto u otro

¹⁵ GALDÓS, MARIO, *Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires*, 1° edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 299.

vehículo menor. Es en este punto, donde empezaría a regir la presunción de que quien manejaba la moto, conocía el riesgo al que se exponía (ej. mayor velocidad, mayor desprotección física, etc.). Desde el momento en que empieza a conducir, el futuro dañador cuenta con esto y por ende ya tiene parte de su responsabilidad atenuada.

Corresponde entonces analizar la situación de la víctima viendo cuáles son las posibles combinaciones que pueden surgir en la práctica.

Una primera situación que puede plantearse es un accidente en el cual no haya culpa por parte de la víctima en ningún sentido. En este caso, el dañador igual tendrá atenuada su responsabilidad por la aceptación del riesgo y por ende la víctima sí o sí soportará parte de la misma.

La segunda opción que puede darse, es que haya habido influencia por parte de la víctima sobre el resultado final. En este caso, pueden darse dos derivaciones al respecto:

- a) Entender que en el caso en que haya culpa concurrente o culpa de la víctima, se aplique como respuesta legal el artículo 1113 quedando absorbida la presunción por aplicación del mismo.
- b) Considerar que son dos aspectos independientes y por ende se acumularían.

La primera de las posibilidades, hace caer rotundamente la aplicación de esta figura, porque nuevamente estamos dentro de la órbita de la culpa de la víctima.

La segunda en cambio, de ser aplicada, podría generar un cambio trascendental en materia de responsabilidad, pero si bien sería beneficioso para el dañador, la víctima pasaría a cargar no sólo con el perjuicio sufrido sino al mismo tiempo con la responsabilidad del hecho, haciendo que se invierta notablemente el criterio de atribución de la responsabilidad. La víctima tiene de antemano la responsabilidad generada por la presunción y se adhiere la inherente al hecho, con lo que prácticamente carga sobre sus hombros con todas las consecuencias del hecho dañoso.

En definitiva, se desnaturaliza y se pierde el régimen de responsabilidad del artículo 1113 C.C para caer en una situación de perjuicio para la víctima. Llevado a un extremo, estamos hablando de la posibilidad de eximir totalmente al dañador por su accionar y de hacer cargar a la víctima con toda la responsabilidad del hecho. De ser así, estaríamos frente a un caso donde ya no importa quien daña o sufre el daño, porque la reparación siempre sería soportada por la víctima.

V. Conclusión

En forma sintética y a manera de cierre, cabe reafirmar que para el caso de los accidentes de tránsito, la teoría de la asunción de riesgos como posible eximente debe ser dejada de lado.

Desde el análisis objetivo, es insostenible su aplicación. Para que opere como eximente, el riesgo debe adoptar tal magnitud que se transforme en extraordinario y por ende, se incorpora dentro del ámbito de actuación del artículo 1113 C.C, por pasar a modificar el nexo causal. Sostener su relevancia jurídica en virtud de esta condición no es más que buscar una solución ya contemplada en el texto de la ley.

Partiendo desde un criterio subjetivo y desde la órbita de conocimiento de la persona dañada, la figura tampoco resiste el análisis, ya que hace un cambio radical de la aplicación de la responsabilidad en perjuicio de la víctima que lleva a desnaturalizar y dejar sin efecto los criterios de aplicación de responsabilidad objetiva, haciendo que la víctima soporte doblemente el hecho.

Cabe mencionar que la asunción de riesgo no es una figura receptada expresamente por nuestro ordenamiento jurídico y esto es una consecuencia lógica de entender que si la simple aceptación del riesgo bastara para excusar en todo o en parte de responsabilidad al autor de un hecho ilícito se llegaría a eliminar la responsabilidad civil, porque toda actividad humana implica siempre la aceptación de riesgos.

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y EL CASO CHILENO*

THE RIGHT TO HIGHER EDUCATION AND THE CHILEAN CASE

Florencia Guariste - María Paula Riganti**

“Por la ignorancia se desciende a la servidumbre, por la educación se asciende a la libertad”

Diego Luís Córdoba

Sumario: I. Introducción. II. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el derecho a la educación. III. Accesibilidad de las clases bajas al sistema de instrucción superior chileno. IV. El derecho a la educación debe ser garantizado de manera progresiva. No regresividad del derecho a la educación. V. Colofón.

Resumen

En el presente estudio se analiza el conflicto suscitado en Chile, durante el año 2011, vinculado al sistema de educación superior en dicho país. Las autoras abordan el tema en cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, se adentran a analizar el contenido de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente, del derecho a la educación y los estándares establecidos en esta materia.

Palabras clave: Educación superior – Caso chileno – Derecho a la educación – Accesibilidad – Regresividad

* Ponencia elaborada para el “II Coloquio sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, organizado por la Universidad Nacional del Sur (UNS) y la Universidad Nacional del Centro, realizado en la UNS en octubre del año 2011. La presente edición se encuentra adaptada y mejorada a los fines de su publicación en la Revista de Derecho UNS.

** Florencia Guariste es estudiante de Abogacía de la UNS, Presidente del Centro de Estudiantes de la carrera de Abogacía de la UNS (CEAb) y miembro del Consejo Superior Universitario. María Paula Riganti es graduada de la carrera de Abogacía y alumna de la Especialización en Derecho Penal del Departamento de Derecho de la UNS.

Ambas participaron en varias competencias de litigación sobre Derechos Humanos a nivel local, regional, nacional e internacional, y forman parte del Grupo de Investigación sobre Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la UNS.

Abstract

The present paper analyzes the conflict about the Higher Education System originated in Chile during 2011. The authors approach the theme from the perspective of the International Human Rights Law. In particular, they analyze the content of the Economic, Social and Cultural Rights, specifically the Right to Education and the established standards in this topic

Keywords: Higher Education – Chilean case – Right to education – Accessibility – Regression

I. Introducción

En mayo del año 2011 estudiantes secundarios y universitarios del sistema educativo chileno se pronunciaron en contra del modelo vigente en el país vecino, cuya sintomatología demuestra que sólo el 25% del sistema es financiado por el Estado, mientras que los estudiantes y sus familias aportan el otro 75%. Afirman a través de las pancartas que alzan sus voces que “la educación no se vende”.

A estos hechos les sucedieron propuestas del gobierno chileno que no lograron cerrar el conflicto. Con la intervención de los Carabineros de Chile la situación se agudizó, hubo heridos y detenidos hasta que la noche del 25 de agosto de ese año Manuel Gutiérrez, un estudiante de 16 años, fue alcanzado por una bala que lo hirió mortalmente.

II. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el derecho a la educación

El derecho a la educación es reconocido por un gran plexo de instrumentos internacionales¹. En el ámbito regional, el derecho a la educación en todos sus niveles, forma parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “DESC”) mencionados por la disposición contenida en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”).

Para Christian Courtis el derecho a la educación es el DESC que se puede identificar con mayor certeza en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (instrumento al que remite la disposición contenida en el artículo 26 de la CADH) puesto que se encuentra explícitamente mencionado en el artículo

¹ Protocolo de San Salvador. Artículo 13. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 13 y 14. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos 28 y 29. Declaración Americana de Derechos Humanos.

49 de la Carta y contenido en otras medidas y objetivos de política pública diseminadas en otras disposiciones del documento, verbigracia, la disposición contenida en el artículo 34 inciso h)².

Históricamente, las peticiones que llegaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no estaban vinculadas a los DESC, sino a denuncias relacionadas con la vulneración de derechos civiles y políticos, como consecuencia de las dictaduras instaladas en América Latina³. Por esta coyuntura es que su regulación y protección ha sido menor que la de los derechos civiles y políticos⁴. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del “Protocolo de San Salvador” se abrió paso a la posibilidad de efectuar peticiones individuales frente a situaciones que vulneren el derecho que nos ocupa.

Se entiende que los DESC tienen una naturaleza de “derechos-prestación”⁵. Suponen obligaciones *de hacer* y de *no hacer* a cargo del Estado. Por ejemplo, sobre el derecho que nos ocupa, el Estado no debe empeorar la educación⁶. Son verdaderos Derechos Humanos (en adelante “DDHH”)⁷. Pocas personas podemos encontrar hoy que consideren que la educación es un elemento prescindible en la vida⁸. “Desde hace mucho tiempo, educarse forma parte de la esencia humana, como también lo es alimentarse, gozar de buena salud, contar con una vivienda adecuada, disfrutar de libertad, integridad y seguridad”⁹. La importancia real de este derecho está vinculada no sólo a su valor intrínseco, sino también a que es “un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”¹⁰.

² COURTIS, CHRISTIAN, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO Y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO (directores) *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2009, p. 221.

³ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *s/e*, San José, Costa Rica, 1997, p. 1.; BARRIOS B., ANA G., “El derecho humano a la educación en América Latina: avances y desafíos”, p. 159, en Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, disponible en: http://web.idrc.ca/openebooks/323-2/#page_195.

⁴ SALVIOLI, FABIÁN, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, vol. 39, p. 102.

⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Op. Cit.*, p. 5/6.

⁶ ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Op. Cit.*, p. 6.

⁷ FRANCO, ROLANDO y ARTIGAS, CARMEN, “Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: su situación actual”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, 2001, p. 62, disponible en: http://www.ugr.es/~filode/pdf/contenido35_3.pdf.

⁸ BARRIOS B., ANA G., *Op. Cit.*, p. 159.

⁹ BARRIOS B., ANA G., *Op. Cit.* p. 159.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)”, 21º período de sesiones, 1999.

Para que este realmente cumpla con su función integradora y mediadora de obtención otros derechos, debe ser interpretado con amplitud. Así, consideramos que no sólo consiste en la posibilidad de acceder al sistema educativo hasta alcanzar un nivel básico de instrucción que permita a la persona subsistir y procurarse algún ingreso. Sabido es que hoy el nivel de instrucción primaria no asegura la obtención de un nivel educativo básico requerido para conseguir puestos de trabajo y obtener un nivel aceptable de bienestar¹¹. El acceso a un sistema de educación universitaria gratuito o progresivamente gratuito, según las posibilidades económicas de cada Estado, debe ser una prioridad de los gobiernos.

Tanto la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos relacionan el concepto de equidad con el derecho a la educación en la región¹². En América Latina se produce un círculo vicioso donde las personas de bajos recursos no pueden acceder al sistema de educación y al no poder ingresar a los establecimientos educativos la pobreza se sigue reproduciendo puesto que dichas personas no tienen la posibilidad de conseguir empleos o puestos de trabajo que les permita adquirir mayores ingresos. “La educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”¹³.

Encontramos dos problemáticas centrales con relación al derecho a la educación universitaria en América Latina, en particular, en el caso chileno: la baja accesibilidad de las clases bajas a la instrucción universitaria y la regresividad de las políticas tendientes a garantizar el derecho que nos ocupa.

III. Accesibilidad de las clases bajas al sistema de instrucción superior chileno

Cuando sostenemos que la naturaleza del derecho a la educación es de derecho humano, decimos también que la educación no es una aspiración que dependa de la capacidad de cada persona para proveérsela, sino que en tanto derecho humano, implica obligaciones para los Estados¹⁴. Creemos que existe una vin-

¹¹ FRANCO, ROLANDO y ARTIGAS, CARMEN, Op. Cit. p. 18.

¹² CEPAL e IIDH, “La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, San José, Costa Rica, 1997, p. 12.

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)”, 21º período de sesiones, 1999.

¹⁴ BARRIOS, ANA G., *op. cit.* p. 196.

culación estrecha entre la falta de educación y la pobreza, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga la primera de superar la segunda¹⁵. El artículo 13 del “Protocolo de San Salvador” dispone en su inciso 2 que “... la educación debe capacitar a todas las personas para (...) lograr una subsistencia digna...”. Por ello entendemos que del derecho a la educación dependen muchos derechos individuales, especialmente vinculados con el empleo y la seguridad social y así, cuando es debidamente garantizado, actúa como multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales¹⁶.

La “Observación General número 13” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el requisito de “disponibilidad” de la educación, lo cual implica, entre otras cosas, que la educación debe estar disponible para todos, independientemente del nivel de ingresos y así los Estados deben introducir gradualmente la educación gratuita en todos los niveles.

En el caso chileno sucede que la educación, si bien en algunas circunstancias es pública, no es gratuita. Esto, por un lado, privilegia a los ya privilegiados, que por medio de la especialización pueden insertarse mejor en el campo laboral, percibiendo ingresos superiores y por otro, desatiende a los más desfavorecidos. En Chile los estudiantes de todas las instituciones de educación superior, tanto públicas como privadas, pagan su matrícula y aranceles anuales. El costo promedio de las universidades ronda los 3.400 dólares americanos anuales, siendo algo menos para las universidades del Consejo de Rectores (que tienen subvención estatal)¹⁷. Estadísticamente, se informa que 1 de cada 7 jóvenes de menos recursos acceden a la educación superior, mientras que en el sector más rico de la población lo hacen 3 de cada 4¹⁸. Concordantemente, la Presidenta de la Federación de Estudiantes Chilenos señaló en uno de sus discursos que dentro de la Universidad de Chile más del 50 % de las matrículas corresponden al 20% más rico de la población¹⁹.

¹⁵ BARRIOS, ANA G. *op. cit.* p. 196.

¹⁶ TOMASEVSKI, KATARINA, “Contenido y vigencia del Derecho a la Educación” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Cuadernos Pedagógicos, San José, Costa Rica, , 2003, p. 10.

¹⁷ Disponible en: <http://eleconomista.com.mx/internacional/2011/12/06/chile-lider-desigualdad>.

¹⁸ ESPINOZA, OSCAR y otros, “Informe: educación superior en iberoamérica el caso de Chile”, Santiago de Chile, Chile, 2006, disponible en http://www.cinda.cl/download/informes_nacionales/chile.pdf.

¹⁹ Discurso de Camila Vallejos, disponible en: <http://www.luiseaguilera.cl/portal/noticias/nacionales/discurso-de-camila-vallejos-asuncion-a-la-presidencia-federacion-de-estudiantes-de-chile.html>.

Explica José J. Brunner²⁰ que las universidades estatales necesitan cobrar a las familias aranceles cercanos al costo real de las carreras impartidas, dado que son reducidos los recursos aportados por el Estado. Así, la distribución de la matrícula en educación superior es diferente para los distintos sectores socioeconómicos. En el nivel de mayores ingresos hay una cobertura que alcanza el 74%, mientras que en el nivel de nuevos ingresos llega al 15%²¹.

También, la condición de “derecho-prestación” de la educación implica que pesa sobre los Estados la obligación de velar porque exista un sistema de becas de enseñanza que ayude a los grupos desfavorecidos²². Este es un buen aporte a lograr una educación socialmente inclusiva.

En Chile la ayuda estatal está centrada en becas y préstamos más que en subsidios a universidades. “El subsidio a la demanda que el Estado realiza, se concentra mayoritariamente en los esquemas de crédito y una parte menor va destinada a becas”, aclara Brunner quien dice que hay más de 10 tipos diferentes de becas.

Se encuentra vigente una forma de financiamiento, el Aporte Fiscal Indirecto (AFI), que genera en particular reparos desde el punto de vista de la equidad. El reparo surge por el carácter regresivo del AFI, ya que los recursos de dicho aporte se concentran en los alumnos de mayor nivel socioeconómico. Al estar basado en la Prueba de Selección a las Universidades (en adelante “PSU”), el aporte citado simplemente refleja los resultados socialmente desiguales de la PSU y de la educación secundaria. El AFI consiste en un subsidio indirecto a la demanda destinado a incentivar la captación de los 27.000 puntajes más altos en la PSU. De este modo, se beneficia a las instituciones públicas o privadas que por su calidad reclutan a los mejores estudiantes de cada promoción. José J. Brunner señala que en la actualidad, el 12% de los alumnos que rinde la PSU proviene de colegios particulares, un 41% de establecimientos municipales y un 47% de colegios particulares subvencionados. Sin embargo, la fracción de estudiantes de colegios particulares que acceden a las mejores universidades es mucho mayor. Las dos universidades chilenas que aparecen entre las mejores 500 universidades del mundo en los rankings internacionales son la Universidad de Chile y la Pontificia Universidad Católica. Un 67% de los estudiantes

²⁰ BRUNNER, JOSÉ J. “Financiamiento de ayudas estudiantiles y costo de carreras demasiado largas”, disponible en: http://mt.educarchile.cl/MT/jjbrunner/archives/2012/04/post_285.html.

²¹ ESPINOZA, OSCAR y otros, *op. cit.* p. 12.

²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, 5º período de sesiones, 1990.

de la PUC y un 38% de los estudiantes de la Universidad de Chile provienen de colegios particulares, porcentajes muy superiores al 12% de los alumnos que representa este segmento entre quienes rinden la PSU. Por lo que cabe concluir que la mayoría de los estudiantes de nivel socioeconómico medio y bajo accede a instituciones de peor calidad, porque a estos estudiantes en general les va peor en la PSU, y por lo tanto, una fracción mucho menor entre ellos que entre los estudiantes de altos ingresos tiene acceso al AFI. Esta situación, refleja la desigualdad de oportunidades de acceso a una educación superior de calidad. También se corroboró que a mayor nivel educacional del padre del alumno, mejor será su puntaje en la PSU, y por lo tanto, su tramo de AFI. Los alumnos con AFI con padres con educación superior completa ocupan un tramo promedio de 3.4, en cambio los alumnos con AFI con padres con educación básica completa tiene un tramo promedio de 2.5²³.

Para corregir esta supuesta deficiencia se propuso incorporar las notas de enseñanza media como factor en la distribución del AFI, o incorporar variables socio económicas a su asignación, o incluso eliminarlo. Existe una iniciativa parlamentaria desde el año 1995 que propone incorporar las notas de enseñanza media en el puntaje considerado en la determinación del AFI. Sin embargo, incluir las notas en el AFI con una ponderación del 20%, como se ha propuesto, además de instar al recrudescimiento de la inflación de notas que ya se advierte en la secundaria, haría casi nada para corregir el sesgo del AFI hacia los alumnos egresados de colegios particulares pagados. La solución del problema de la equidad está en atacar sus causas en el sistema escolar, no sus síntomas en el acceso a la universidad. Mientras ello no ocurra, eliminar o modificar la naturaleza del AFI para convertirlo en una beca social equivale a matar al mensajero²⁴.

Paradójicamente se llama a los DESC “derecho de la igualdad”. Lo cierto es que por lo anteriormente descrito, hasta el momento se ha instalado una política pública educativa incongruente con la vigencia del derecho a la educación. “La tendencia a mercantilizar estos derechos, es decir, convertirlos en un servicio cuya satisfacción dependerá de las capacidades individuales de proveérselo y de los condicionantes que imponga el mercado, constituye sin duda el más significativo obstáculo para su realización”²⁵.

²³ BERNASCONI, ANDRÉS y ROJAS, FERNANDO, “Principales innovaciones de la Educación superior Chilena: 1987-2002”, 2003, p. 18, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001404/140471s.pdf>.

²⁴ BERNASCONI, ANDRÉS y ROJAS, FERNANDO, “Informe sobre la Educación Superior en Chile: 1980-2003”, IESALC, 2003.

²⁵ BARRIOS, ANA G., *op. cit.*

IV. El derecho a la educación debe ser garantizado de manera progresiva. No regresividad del derecho a la educación

En primer lugar, creemos necesario recordar que la educación, como consecuencia de su condición de derecho humano, es un deber del Estado. La “progresividad” de los DESC supone la no exigibilidad inmediata de éstos, aunque sí su efectivización de manera “progresiva”, es decir que los Estados deben diseñar un proceso por medio del cual vayan alcanzando metas mediante la adopción de distintas medidas²⁶, desempeñando un rol activo en la concreción progresiva de los DESC²⁷. Esta progresividad viene asociada a un proceso no regresivo, ya que implica que los nuevos escenarios obtenidos son el piso de los que vendrán.

Con relación al caso particular que nos encontramos analizando, lo cierto es que la historia de la educación superior en Chile fue protagonizada por el Estado, puesto que las instituciones privadas que existían eran sólo sus colaboradoras en la función educacional²⁸. El financiamiento de la educación superior chilena era asumido por el Estado²⁹. Luego, como consecuencia de la reforma universitaria de 1960, entre los años 1969 y 1974 el financiamiento público prácticamente se multiplicó³⁰. Sin embargo, con la intervención militar del año 1973 la progresividad alcanzada hasta el momento abruptamente terminó³¹. El presupuesto destinado a la educación superior comenzó a decaer. A partir de allí las universidades comenzaron a cobrar aranceles en busca de otras fuentes de financiamiento. Si bien con la reforma del año 1981 reaparecieron los subsidios estatales la participación del Estado de allí en más fue subsidiaria. Pese al incremento de la cantidad de universidades públicas y privadas con relación al período anterior la educación se privatizó casi por completo sin que esta situación haya sido revertida hasta la actualidad.

Hoy día uno de los principales reclamos de los estudiantes chilenos se refiere al lucro en la educación superior y a la necesidad de aumentar el gasto público destinado a la instrucción universitaria. La estudiante de geografía Camila Vallejos, Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile, en uno de sus discursos sostuvo que el desfinanciamiento jugó un rol

²⁶ FRANCO, ROLANDO y ARTIGAS, CARMEN, *op. cit.*, p. 8

²⁷ *Ibid.*, p. 9.

²⁸ *Ibid.*, p. 1.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ *Ibid.*, p. 21.

³¹ *Ibid.*, p. 22.

fundamental en el nuevo esquema en que se encuentra inmersa la Universidad Pública. Asimismo, la joven dijo que a la educación superior se le puso precio.

Luego de recuperada la democracia el Estado chileno no revirtió en modo alguno la regresividad del derecho a la educación operada con el gobierno militar sino que se dedicó a administrar con comodidad el modelo heredado e incluso lo profundizó.

Retomando lo que sostuvimos más arriba, la progresividad con relación al derecho a la educación significa que no se puede obligar al Estado a lograr la plena efectividad de tal derecho en un breve período de tiempo. Sin embargo, del hecho de que la efectividad se logre a lo largo de un tiempo no se debe desprender que tal obligación no tenga un contenido significativo. Ya transcurrieron cerca de 40 años desde que la educación superior chilena fue víctima del accionar regresivo del gobierno militar, tiempo que de ningún modo creemos que se encuentre conforme con el “breve período” que anteriormente mencionamos. Empero, luego del retorno a la democracia y la consolidación del Estado de Derecho en el país vecino tampoco se avanzó con el objetivo de garantizar y efectivizar el derecho a la educación, por las razones anteriormente expuestas. Claramente el gobierno chileno no procedió de la forma más expedita posible para lograr garantizar a su población el derecho a la instrucción superior financiada por el Estado³².

Con relación al tema en cuestión nos queda por analizar un último punto de gran importancia: la “capacidad” del Estado para asegurar la plena efectividad del derecho a la educación superior, puesto que es necesario analizar las posibilidades reales y dificultades que tienen los Estados para garantizar los DESC. Las leyes de presupuesto para los años 2010³³ y 2011³⁴ tuvieron como prioridad el gasto social y en particular, la educación. Sin embargo, el derecho a la educación aún no se encuentra garantizado en su totalidad por parte del Estado de Chile, puesto que miles de estudiantes se movilizan a lo largo del país reclamando más fondos para destinar al financiamiento de la instrucción superior hasta alcanzar, por fin, la gratuidad del sistema.

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, 5º período de sesiones, 1990.

³³ Ministerio de Hacienda de Chile, Dirección de Presupuesto, “Informe de Finanzas Públicas. Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2011”, octubre de 2010, disponible en: http://www.dipres.gob.cl/572/articles-66363_Inf_Finanzas_Publicas_2011.pdf.

³⁴ Ministerio de Hacienda de Chile, Dirección de Presupuesto, “Proyecto Presupuesto 2010”, septiembre de 2009, disponible en: http://www.dipres.gob.cl/572/articles-50148_prioridades2010.pdf

V. Colofón

El derecho a la educación en la teoría se presenta como un potencial elemento de equidad social, pero en la práctica muchas veces se desarrolla como un recurso segregativo, instalando en la posesión del conocimiento a aquellos grupos socioeconómicos (y no sólo económico porque como se ha visto juega un importante rol el nivel sociocultural de la familia) no vulnerables. Lejos de abatir las desigualdades sociales, la educación, por ejemplo en el caso chileno sucintamente desarrollado, las instala. El gran salto cualitativo y cuantitativo que requieren las personas que conforman los estratos socioeconómicos más castigados para salir de su vulnerabilidad, no pueden darlo. La política educativa actual no ve a la educación superior como un elemento de movilidad social ascendente.

Así en un principio, se ve vinculado el derecho a la educación y la violación de la no discriminación, dado que en los hechos existe una diferenciación con efectos negativos en base a la situación socioeconómica individual que el Estado chileno no logra suplir por medio de políticas públicas acertadas. Para remediar esta situación es imprescindible echar mano al concepto de equidad, esta debe existir en los procesos de financiamiento y de becas, entendiendo a la “equidad” como una necesidad de realizar un trato diferenciado de recursos para lograr finalmente una verdadera igualdad de oportunidades.

El proceso de transformación educativa acorde a los derechos humanos, se quedó atascada en una fase formal, sin siquiera haber logrado la gratuidad en todos sus niveles. Esto está en una notable contradicción con el principio de no regresividad, siendo incluso que se trata de un Estado que en su historia recoge etapas en donde el acceso a la educación superior era gratuito.

Es necesario reconocer la importancia real y práctica de este derecho, toda vez que se presenta como un requisito indispensable para el ejercicio de tantos otros derechos humanos, y para lograr una verdadera concreción de una comunidad mejor. Por eso nunca se puede dejar de tener presente que el *derecho* a la educación lo tienen las personas. Los Estados tienen la *responsabilidad* de asegurarlos. Y todos juntos el *deber* de hacerlo exigible.

Por último, queremos traer a colación las palabras pronunciadas por la joven Camila Vallejos en su primer alegato, compartidas por miles de estudiantes chilenos y aún por nosotras: “(...) *tenemos los ojos lo suficientemente abiertos como para darnos cuenta que afuera hay un mundo entero por conquistar, que este mundo quiere de nuestra entrega, de nuestro esfuerzo y de nuestro sacrificio*”

y que para quienes ya hemos abierto los ojos a las inequidades sociales que asoman por todos los rincones de nuestra ciudad, se nos vuelve imposible volver a cerrar la puerta y hacer como que nada hemos visto o como que nada ha pasado. Nuestro compromiso por la transformación social es irrenunciable”.

LA INCORPORACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO AL RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO. (LEY 24.769 MODIFICADA POR LEY 26.735)

*THE NEW PROTECTION OF LOCAL PUBLIC
FINANCES BY CRIMINAL TAX LAW.*

Cintia J. Bonavento*

Sumario: *I. Introducción. II. Antecedentes normativos. III. El bien jurídico protegido. IV. El modelo federal argentino y el deslinde de potestades. V. Naturaleza jurídica de la Ley Penal Tributaria. VI. Reflexiones finales.*

Resumen

En este trabajo analizaremos los aspectos constitucionales de la incorporación de las haciendas locales como bien jurídico tutelado por el Régimen Penal Tributario. Para ello analizaremos los antecedentes normativos y los debates parlamentarios de la reforma introducida por la ley 26.735. Abordaremos la distribución constitucional de potestades entre la Nación y las provincias para luego analizar la naturaleza jurídica de la ley 24.769. Concluiremos que la ley penal tributaria constituye una norma de derecho común por lo que la incorporación de las haciendas locales como bien jurídico protegido es compatible con el reparto de competencias constitucionales.

Palabras clave: Derecho Penal Tributario - Reforma - Haciendas provinciales - Bien jurídico - Federalismo - Constitucionalidad

Abstract

In this work we analyze the constitutional aspects of the incorporation of the local public finances as protected interest by criminal tax law. Therefore, we examine the normative

*Abogada, graduada en la UNS (2010). Estudiante de posgrado de la Maestría en Derecho con orientación en Derecho Penal UNS y de la Especialización en Tributación UNS. Becaria de Investigación UNS sobre el proyecto: "Aspectos procesales del Derecho Penal Tributario", bajo la dirección del Mg. Gustavo Etman.

background and the parliamentary debates about the reform of the criminal tax law introduced in 2011. We explain the constitutional distribution of powers between the Nation and the provinces in order to determine the nature of criminal tax law. We conclude that criminal tax law is a common law and the protection of local public finances by criminal tax law is compatible with our federal system designed by the national constitution.

Keywords: *Criminal tax law - Reform - Local public finances - Protected interest - Federalism - Judicial review*

I. Introducción

Con fecha 28 de diciembre de 2011 se sancionó la tan esperada ley 26.735 de reforma al Régimen Penal Tributario (RPT) y al Código Penal. Varios son los aspectos destacables de la reforma, pero nos avocaremos al estudio de la incorporación de las haciendas locales como bien jurídico tutelado penalmente por el RPT.

Conforme al nuevo texto de la ley 24.769, los casos de evasión, fraude de beneficios sociales, la insolvencia, la simulación de pago y la alteración de registros físicos e informáticos de los fiscos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son equiparados, en cuanto a su sanción penal, a los supuestos donde el afectado es el Estado nacional.

En el mensaje de elevación del proyecto del Poder Ejecutivo para su tratamiento en el Congreso de la Nación se manifestó que *“la experiencia adquirida con motivo de la aplicación y fundadas razones de política criminal tornan necesario impulsar la modificación aludida”*¹. Si bien el mensaje expone las razones que impulsaron las distintas alteraciones que se realizaron al texto de la ley, no realiza consideración especial alguna a la incorporación de las haciendas locales que es uno de los puntos más salientes de la reforma.

En la Cámara de Diputados el debate en torno a esta modificación estuvo lejos de ser unánime y presentó gran cantidad de disidencias por parte de los legisladores. El punto más espinoso fue si la modificación constituye o no un avasallamiento de las potestades no delegadas por las provincias al estado federal, es decir, si el Congreso de la Nación es competente para dictar una ley que tutele bienes jurídicos provinciales. El miembro informante, diputado Albrieu

¹Véase: Proyecto 003-PE-2010 disponible en página web de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=113554>

manifestó que:

...respondemos al pedido formulado en tal sentido por administraciones provinciales, concediéndoles así una herramienta más para hacer efectivas sus acreencias tributarias. (...) Si bien existe una parte de la doctrina que frente a tributos locales señala que el Congreso no podría imponer su cumplimiento como delito, en otros casos el Congreso sí puede imponer delitos en materia regulada estrictamente por la legislación provincial. Hoy por hoy, adulterar un documento regulado por una ley provincial sigue siendo una falsificación de instrumento público. En este sentido, vamos a rechazar toda modificación al dictamen de mayoría².

Por su parte, el diputado Gil Lavedra señaló que:

La segunda reforma central tiene que ver con la naturaleza del delito. ¿Qué es la evasión tributaria? ¿Es un delito federal? ¿Es un delito que pueden perseguir los tribunales de provincia? (...) Estamos sancionando una ley de derecho común. Estamos protegiendo tanto al fisco nacional como a los fiscos locales, provinciales y municipales. Estamos castigando la evasión tributaria que pueda afectar a cualquiera de los fiscos existentes en el país en cualquiera de los grados de nuestra descentralización territorial. En consecuencia este delito deja de ser competencia exclusiva del fuero federal y va a pasar a ser competencia de los tribunales de provincia cuando estén afectadas las rentas provinciales o municipales, y por supuesto de los tribunales federales cuando las que estén afectadas sean las rentas nacionales³.

En sentido contrario, a título ejemplificativo, tomamos las palabras del diputado Martínez quien expresó que:

Las infracciones fiscales que ofenden a las haciendas provinciales no pueden ser objeto de legislación por el Estado nacional atento a que, en relación a las materias tributarias reservadas por las provincias, sólo a éstas les compete legislar en el orden represivo. (...) En suma, el Congreso de la Nación no puede punir las infracciones a las leyes impositivas provinciales en virtud de una prohibición de juez constitucional, nacida del reparto de competencias y de la potestad de *ius puniendi* ligada a cada cual, concepto que nos lleva a rechazar par-

² Véase: Web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Período 129º, Reunión 13º, 1º Sesión Extraordinaria Especial (Continuación), 15 de Diciembre de 2011, <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/129-13.htm>

³ *Ibid.*

cialmente el ámbito de aplicación de la ley delineado en el proyecto, que no se compeadece con la Constitución Nacional argentina. (...) Sólo mencionamos el problema constitucional, que de ninguna manera podemos aceptar, porque debemos regresar a nuestras provincias a dar las respuestas adecuadas, rechazando la adaptación a un modelo nacional incompatible con la Constitución.⁴

En la Cámara de Senadores, el tratamiento conjunto de tres órdenes del día (manipulación de los mercados y manejo de información privilegiada no pública, prevención, investigación y sanción de actividades delictivas con finalidad terrorista y la reforma a la ley penal tributaria y al art. 76 del Código Penal) hizo que el debate en torno a la modificación del RPT haya sido exiguo, sin reparar en que la trascendencia del tema hacía imperioso un tratamiento más profundo. Marta Nercellas rechaza enfáticamente esta práctica diciendo que:

el intercambio de razones, el estudio de las consecuencias sociales y –al menos cuando su trascendencia lo justifique– la opinión de los dogmáticos especializados en la temática resultan imprescindibles. Qué significaría, si no, ‘discusión’ en el texto del artículo 78 de la Constitución Nacional (CN), o ‘examen’, al referirse al quehacer del Poder Ejecutivo previo a la promulgación, o el trámite detalladamente previsto en el artículo 83 de la CN, por sólo mencionar algunas de las exigencias requeridas (porque, claro está, los constituyentes no podían prever que las ficciones ocuparan el lugar de debate.)⁵

El *racconto* parlamentario previamente realizado pone de manifiesto que la incorporación de las haciendas locales al ámbito tuitivo del RPT no fue pacífica, lo que generó interrogantes no sólo sobre la naturaleza jurídica de la ley penal tributaria, sino también sobre la distribución constitucional de potestades y sobre las implicancias prácticas e inconvenientes que la mencionada reforma traerá en el futuro. De esta manera, la ampliación del ámbito de punibilidad de la ley penal tributaria para abarcar los supuestos de evasión de impuestos provinciales se erige como uno de los aspectos más controvertidos de la reforma, que a falta de un cuidadoso debate parlamentario, augura que correrán grandes ríos de tinta sobre este tema.

⁴ *Ibíd.*

⁵ NERCELLAS, MARTA, “Algunas consideraciones sobre la reforma a la ley 24.769”, en *Doctrina Penal Tributaria y Económica*, Edición Especial sobre Reforma de la Ley Penal Tributaria, N° 22, GÓMEZ, TERESA (directora), Buenos Aires, Errepar, Febrero de 2012, pp. 27-28.

II. Antecedentes normativos

En honor a la brevedad, mencionaremos únicamente los antecedentes normativos más cercanos en el tiempo. En primer lugar, es menester traer a colación la ley penal tributaria 23.771 del año 1990. Esta ley no precisaba expresamente su ámbito de aplicación, lo que llevó a un sector considerablemente amplio de la doctrina a sostener que los tributos provinciales eran abarcados por el bien jurídico protegido por la ley. Esta corriente entendía que *“la atribución constitucional al Congreso de la Nación para el dictado del Código Penal (...) desplaza toda intervención de las legislaturas locales para tipificar delitos (en nuestro caso, los tributarios y previsionales), pudiendo la Nación tutelar a las haciendas locales mediante leyes penales.”*⁶ En el mismo sentido, Hector B. Villegas explicaba que:

un análisis de sus antecedentes, trámite, debate parlamentario, redacción final y demás elementos concomitantes nos convenció de que dicho cuerpo normativo fue dictado por el Congreso Nacional en ejercicio de la atribución otorgada por el art.75, inc. 12. Es decir, la ley 23.771 fue una ley especial complementaria que amplió el contenido del Código Penal⁷.

En sentido contrario, la postura minoritaria entendía que *“...la naturaleza específica de la ley 23.771 no permitía sostener su aplicación a los tributos provinciales (...) por cuanto ello implicaba un avance de la Nación sobre facultades reservadas por las provincias en el pacto constitucional...”*⁸.

Con la sanción de la ley 24.769 del año 1997 se instauró un nuevo RPT y en lo que al tema que nos convoca respecta, dispuso manifestamente que el bien jurídico protegido por la norma sólo abarcaba a la hacienda pública nacional. De esta manera, los debates que se generaron en torno a la mayor amplitud del ámbito tuitivo de la ley fueron de *lege ferenda* dada la claridad de la norma. Con sentido crítico, Marcos A. Sequeira explica que:

...en la República Argentina solo el legislador nacional puede crear leyes penales; desde esa óptica, no encuentro impedimento alguno para

⁶ SIMESSEN DE BIELKE, SERGIO A., “Delitos tributarios y previsionales y jurisdicción local. Aspectos constitucionales y procesales”, en Asociación Argentina de Estudios Fiscales, *Libro de las VII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Errepar, 2012, p. 87.

⁷ VILLEGAS, HÉCTOR B., *Régimen Penal Tributario Argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998 (2da edición, p. 47).

⁸ DÍAZ ORTÍZ, JOSÉ A. y SFERCO, JOSÉ M., “Cuestionamientos constitucionales a la reforma de la ley penal tributaria”, *La Ley*, 03/08/12, p. 2.

que este mismo legislador nacional sancione leyes penales que castiguen la evasión de tributos provinciales y municipales, por lo que, nuevamente acentúo que es una gran incongruencia que esta clase de delitos no se encuentren incorporados al régimen penal tributario vigente según la ley 24769⁹.

Con la reciente reforma al RPT por la ley 26.735 todos los tipos penales de la ley abarcan a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La letra de la norma y los antecedentes parlamentarios transcritos previamente no dejan margen a duda alguna sobre cuál es el bien jurídico tutelado. Con este panorama, renacen las discusiones doctrinarias de antaño sobre la constitucionalidad de su incorporación.

III. El bien jurídico protegido

Eugenio Zaffaroni define al bien jurídico como “...*la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de las conductas que le afecten...*”¹⁰. Si bien la búsqueda de la identificación del bien jurídico tutelado en los casos de delitos tributarios no fue sencilla ni pacífica, la doctrina mayoritaria es conteste en admitir que se trata de la hacienda pública. Marcelo A. Riquert explica que “...*la ‘hacienda pública’ no ha de ser entendida como conjunto estático de bienes pertenecientes a las distintas entidades públicas, sino como actividad dinámica dirigida a la obtención de lo necesario para atender a las necesidades generales*”¹¹. Además, se acepta que el RPT protege también a los sistemas de seguridad social.

La reforma operada por la ley 26.735 amplió el bien jurídico tutelado por el RPT al incorporar a las haciendas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Como mencionamos anteriormente, esta modificación renovó los interrogantes que se le habían realizado a su antecesora, la ley 23.771.

⁹ SEQUEIRA, MARCOS A., “La persecución penal de la evasión de impuestos provinciales no es posible” en *Compendio Jurídico* n°13, Errepar, 12/2009, p. 87.

¹⁰ ZAFFARONI, EUGENIO R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 389.

¹¹ RIQUERT, MARCELO A., *Régimen Penal Tributario y Previsional. Ley 24.769 Modificada por Ley 26.735*, 1ra edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 71.

IV. El modelo federal argentino y el deslinde de potestades

Nuestro país adoptó un sistema federal de gobierno, tomando como referencia al federalismo de los Estados Unidos. Sin embargo, como bien lo menciona Daniel Pérez, la organización federal de la Argentina comenzó de una manera bastante distinta de la historia norteamericana, de allí nuestra realidad actual. Antes del nacimiento de la República Argentina existían unidades políticas independientes, las provincias, que contaban con cartas constitucionales propias. Fue recién en 1853, y luego de varios intentos fallidos, que estas unidades se unieron para formar un estado federal, para lo que fue necesaria la delegación de poderes legislativos al estado central. Aquí es donde el modelo argentino se apartó fuertemente del estadounidense con una intención unificadora. Para poner en orden la caótica situación de la dispersa legislación indiana y evitar un laberinto de legislación donde convivieran tantos códigos de fondo como provincias se trate, se delegó al gobierno central la potestad para dictar los códigos de fondo¹².

En el año 1860, a propuesta de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada de revisar la Constitución de 1853 para la incorporación de la provincia de Buenos Aires, se aprobó la “reserva” de las jurisdicciones provinciales, como medio para evitar las consecuencias de un movimiento legislativo centralizador que vaciaría de contenido y poder a los poderes judiciales provinciales. Bajo este panorama se concedió a las provincias la aplicación del derecho común a través del texto del art.67, inc.11¹³ de la Constitución Nacional (en adelante, CN)¹⁴.

Las circunstancias históricas señaladas dieron lugar a que el modelo federal argentino haya quedado estructurado de forma tal que las provincias están facultadas para legislar sobre todo aquello que no fue delegado expresamente a la Nación conforme el art.121 CN. No obstante este principio formal, lo cierto es que existen importantes limitaciones expresas a las potestades provinciales por cuanto el art.75 inc.12 CN atribuye al Congreso de la Nación la facultad de *“dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...”*

¹² PÉREZ, DANIEL, “Informe de Relatoría.”, en *Libro de las VII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar, Buenos Aires, 2012, pp. 15-16.

¹³ Hoy correspondiente al art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional.

¹⁴ *Ibid.*

Y además, el art.75 inc.32 CN faculta al Congreso de la Nación para dictar otro tipo de leyes, denominadas federales o especiales. Así, establece que el Congreso puede “*hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.*”

Como bien indica José Díaz Ortiz, “*también es posible que existan normas dictadas por el Congreso de la Nación, de aplicación mixta; vgr.: el caso del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art.248 y ss. del Código Penal) que será de competencia federal cuando quien lo comete se trate de un funcionario del Gobierno Federal o un hecho cometido en perjuicio de la Nación o de competencia local si fuere un funcionario provincial.*”¹⁵ Así se respetarían las facultades no delegadas por las provincias ya que lo que determina la jurisdicción federal es el sujeto y no la materia.

Luego de esta breve reseña histórica y caracterización del régimen federal argentino debemos indagar sobre la naturaleza jurídica de la ley 24.769, para poder desentrañar si la inclusión de las haciendas locales al ámbito de protección del RPT avasalla facultades no delegadas por las provincias.

V. Naturaleza jurídica de la Ley Penal Tributaria

La delegación de facultades realizada por las provincias a la Nación tiene como límite que los códigos “*no alteren las jurisdicciones locales*” según el citado art.75 inc.12 CN. Teniendo en cuenta el deslinde de facultades realizado por la Constitución Nacional y las particularidades que envuelven a la materia penal tributaria, debemos indagar si la ley 24.769 es federal o de derecho común. En este apartado nos ocuparemos de analizar las distintas posturas doctrinarias que se esbozaron respecto a la constitucionalidad del establecimiento por parte del gobierno central de normas penales que sancionen la evasión de los tributos provinciales. El criterio que se adopte sobre este punto es determinante para desentrañar si el Congreso de la Nación está facultado para legislar sobre infracciones o delitos tributarios provinciales.

Existe en la doctrina una postura encabezada por José A. Díaz Ortiz y José M. Sferco que entiende que:

¹⁵ DÍAZ ORTIZ, JOSÉ A., “La ley penal tributaria reformada por la ley 26.735. Intromisión en facultades impositivas locales.”, en *Libro de las VII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar, Buenos Aires, 2012, p. 50.

...por la índole de la materia que se trata, la ley penal tributaria y su reforma son leyes de carácter puramente federal. Ello conduce a descartar que hayan sido concebidas por el Congreso de la Nación en ejercicio del poder punitivo estatal derivado de los art.75, inc. 12 y 126 de la Carta Magna, lo cual implica que el régimen delictivo de que hablamos no es una norma de derecho común sino una ley especial¹⁶.

En la misma línea Jorge Enrique Haddad dice que “...la ley (de reforma) en su ampliación es violatoria de las disposiciones constitucionales que distribuyen el poder tributario, siendo ésta una materia no delegada a la Nación”¹⁷.

En contraposición, encontramos un criterio doctrinario que entiende que:

...al establecer el legislador nacional que una acción determinada constituye delito, se produce una limitación a la esfera amplia de libertad (CN, ART.19) y se engrosa el área de las prohibiciones; es en ese momento que el Congreso de la Nación ejerce la facultad del artículo 75, inciso 12, en materia penal, legislando en forma concluyente con propósito de legislación nacional unificadora –evitando el caos al que se refería Alberdi (‘el país que tuviese tantos Códigos civiles y penales como Provincias, no sería un Estado, ni federal, ni unitario. Sería un caos’)- y sustrayendo de la competencia provincial la tipificación de determinada infracción fiscal¹⁸.

En el mismo sentido se expide Carlos E. Edwards al decir que:

...los tributos provinciales también merecen tutela penal no existiendo óbice constitucional alguno para criminalizar aquellas conductas que tengan por objeto tales tributos, ya que el diseño de la política criminal es una atribución exclusiva del Congreso de la Nación, según lo dispuesto en el inc. 12) del art. 75 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de que las provincias puedan legislar en materia tributaria...¹⁹.

¹⁶ DÍAZ ORTÍZ y SFERCO, *op.cit.*, p. 4.

¹⁷ HADDAD, JORGE E., *Ley penal tributaria*, 7ma edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 63. En esta misma corriente también se enrolan GÓMEZ, TERESA y SCWEIZER, FEDERICO, “Reforma a la ley penal tributaria y previsional”, en *Doctrina Penal Tributaria y Económica*, Edición Especial sobre Reforma de la Ley Penal Tributaria, N° 22, GÓMEZ, TERESA (directora), Errepar, Buenos Aires, Febrero de 2012, p. 24.

¹⁸ SIMESSEN DE BIELKE, *op.cit.*, p. 96.

¹⁹ EDWARDS, CARLOS E., “La nueva reforma a la ley penal tributaria y previsional”, en *Sup. Esp. Nuevo Régimen Penal Tributario, La Ley*, 16 de enero de 2012, p. 37 y SPISSO, RODOLFO R., “Régimen penal tributario y previsional. Reforma de la ley 26.735”, *La Ley*, 2012-B, p. 773; RIQUERT, Marcelo A., “Extensión del bien jurídico tutelado por ley 26.735: la evasión tributaria y las haciendas públicas provinciales”, en *Libro de las VII Jornadas de Derecho Penal Tributario*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar, Buenos Aires, 2012, pp. 77-85; PERELLI, KARINA R. y RE, HERNÁN

Pero la cuestión controvertida no queda reducida sólo a determinar la naturaleza de ley federal o común de la ley 24.769 sino que cala más hondo y remueve ciertos postulados ya enraizados en la doctrina y jurisprudencia nacional como es el de la naturaleza jurídica del ilícito fiscal. Decimos esto porque si se sigue el primero de los criterios expuestos, el panorama queda reducido a dos alternativas.

Una de ellas es considerar que las maniobras evasivas de tributos locales sólo pueden ser sancionadas como contravenciones mientras que similares conductas respecto de tributos nacionales serían pasibles de sanciones de prisión (si se dan los extremos exigidos por la norma penal). La otra alternativa es admitir que cada provincia tiene potestades para regular o establecer un régimen penal tributario para la persecución penal de las conductas evasivas de tributos locales. Siguiendo el criterio que entiende que la ley 24.769 es federal, pareciera que aceptar que las provincias tienen potestad punitiva en materia tributaria es la postura acorde con el régimen de nuestra constitución. Así lo entienden Díaz Ortiz y Sferco al decir que:

acotada que fue la materia delegada en cabeza del Congreso de la Nación, junto a ella pervive un ámbito de punición que subsiste como potestad provincial (...) esto equivale a decir que no vemos impedimento para que a nivel local se legislen penas privativas de la libertad con base en conductas defraudatorias en materia tributaria. Que no lo hagan por razones de mérito, oportunidad, razonabilidad o prudencia, no significa que no estén jurídicamente habilitadas al efecto²⁰.

Entendemos que el criterio previamente expuesto va de la mano con admitir que la autonomía del Derecho Tributario alcanza al ilícito tributario como parte de esa autonomía. Es decir, sería necesario sostener que no se trata de legislación penal sino tributaria, o lo que se suele denominar como “Derecho Tributario Penal”. De adoptarse esta postura, pareciera que dentro de las potestades no delegadas a la Nación, donde ubicamos a la materia tributaria, se encuentra también la facultad de punir el incumplimiento tributario²¹.

Nos permitimos disentir al respecto. Tal como lo ha manifestado la CSJN en reiteradas oportunidades, el ilícito tributario tiene naturaleza penal²². De esta manera, y siguiendo las palabras de Villegas, en el derecho positivo argentino encontramos: por un lado, los delitos fiscales que están contemplados en el RPT; por otra parte nos encontramos con las contravenciones fiscales que se

H., “reforma penal tributaria. Aspectos generales”, *La Ley*, 2012-A, p. 944.

²⁰ DÍAZ ORTÍZ y SFERCO, *op.cit.*, p. 5.

²¹ SIMESSEN DE BIELKE, SERGIO A., *op.cit.*, p. 89.

²² “Parafina del Plata S.A”, CSJN, 02/09/68, Fallos 271:297

encuentran reguladas a nivel nacional en la ley 11.683 y en los ordenamientos tributarios provinciales y municipales.

Las provincias poseen la materia tributaria como potestad no delegada al Congreso de la Nación. Poseer una potestad trae aparejado además, tener el poder de policía para poder ponerla en funcionamiento. De esto se deriva la posibilidad de que las jurisdicciones locales, en uso de ese poder de policía puedan establecer contravenciones tributarias. Pero eso no implica que el caso de los delitos corra la misma suerte. Si bien la Corte Suprema reconoció la naturaleza penal de las contravenciones, no por ello poseen el mismo *status* jurídico ni deben tener idéntico tratamiento. Existen en la doctrina diversas posturas respecto de la distinción entre delitos y contravenciones, algunas ponen el énfasis en el aspecto cualitativo, y otras en el aspecto cuantitativo. Por nuestra parte, consideramos que la asimilación de las contravenciones a los delitos es al sólo efecto tornar aplicables todas las garantías propias del derecho penal y del derecho procesal penal, pero poseen identidad jurídica diferente. Es así que podemos diferenciar el “Derecho Penal Contravencional” del “Derecho Penal Delictual”. Estas categorías permiten a la doctrina concluir que compete a la provincias la atribución para establecer infracciones o contravenciones administrativas en una suerte de Derecho Penal Contravencional, y la Nación es la única facultada para legislar en lo que respecta al Derecho Penal Delictual.

En tanto la ley 24.769 comprende en su repertorio a los delitos tributarios, podemos ubicarla dentro de lo que previamente consideramos como “Derecho Penal Delictual”. Y en materia penal, los términos del art.75 inc. 12 son sumamente claros, al establecer que corresponde al Congreso dictar el Código Penal en cuerpos unificados o separados. Entendemos que no existe obstáculo constitucional para la ampliación del bien jurídico del RPT en tanto es una ley de derecho común con contenido delictual, materia reservada a la Nación.

VI. Reflexiones finales

El sistema federal argentino adoptó matices propios como resultado de la historia nacional y de los esfuerzos por lograr la unificación, lo que implicó una serie de concesiones recíprocas entre la Nación y las provincias. Estas particularidades no pueden dejarse de lado al momento de analizar y encasillar al RPT como una norma federal o de derecho común. No debe perderse de vista, tal como lo explica Pérez²³, que de acuerdo a la Constitución Nacional

²³ PÉREZ, DANIEL, *Op.cit.*, p. 16.

de 1853 toda la legislación que se dictara en ejercicio de las atribuciones del art.67 inc.11 CN (hoy art.75 inc.12 CN) hubiera sido federal, pero la necesidad de incorporar a la Provincia de Buenos Aires llevó a tener que aceptar la incorporación de la “reserva” de las jurisdicciones locales. Por lo que, las pinceladas auténticas que el constituyente le dio a nuestra carta orgánica trajo como resultado un cuadro donde el derecho que nace en virtud del art.75 inc. 12, en tanto es aplicado en cada provincia por su poder judicial, no puede actualmente ser catalogada como federal.

Entendemos que la autonomía que se predica del derecho tributario sólo abarca al denominado derecho tributario material, que se refiere al hecho imponible y a los aspectos que lo componen. Es decir, lo que pueden hacer las provincias es crear hechos imponibles, ya que en eso consiste la potestad tributaria. Claro que para poner en funcionamiento dicha potestad tributaria es necesario regular algunas cuestiones conexas como son el procedimiento de declaración, determinación y recaudación de tributos y también el dictado de normas que establezcan sanciones administrativas por ciertas infracciones. La posibilidad por parte de las provincias de establecer contravenciones administrativas deriva del poder de policía que necesariamente acompaña a la potestad tributaria. Sin embargo, de ningún modo resulta imprescindible para garantizar el ejercicio de la potestad tributaria, que las provincias puedan crear delitos tributarios. Eso encuadra, como se expuso, entre las facultades expresamente delegadas por las provincias a gobierno central en la Constitución Nacional ya que es el Congreso de la Nación quien exclusivamente puede legislar sobre derecho común.

Por ello, entendemos que la incorporación de las haciendas locales como bien jurídico protegido en el RPT a través de la ley de reforma 26.735, es compatible con el reparto de competencias constitucionales pero además, es el único modo posible para que existieran estos tipos de delitos ya que las provincias no poseen facultades para legislar al respecto.

Por último, resta mencionar que el objetivo de este trabajo fue analizar únicamente el aspecto constitucional de la reforma pero también debemos señalar que en la implementación de la norma se avizoran grandes dificultades como por ejemplo, la necesidad de compatibilizar el RPT con 24 códigos fiscales o la complejidad que presentarán los casos que queden abarcados por el Convenio Multilateral a los efectos de determinar cómo se configura el ilícito. Sin embargo, el análisis de la conveniencia de la reforma en este sentido será motivo de otro trabajo.

EL CONCEPTO POSITIVISTA DE VALIDEZ DEL DERECHO *THE POSITIVIST CONCEPT OF LEGAL VALIDITY*

Leandro Kunusch*

Sumario: I. Introducción y validez en el pensamiento iusnaturalista. II. La validez del derecho para los positivistas. III. Tribulaciones del concepto de validez de H. L. A. Hart. Este autor, ¿es positivista? IV. Reflexiones finales

Resumen

Muchas oscuridades se han presentado en torno al concepto de validez del derecho que la gran multiplicidad de autores positivistas ha construido con el correr de los años. Algunas de ellas han ido superándose en base a formulaciones y reformulaciones efectuadas a partir de la crítica, mientras que otras siguen siendo tema diario de discusión entre los más destacados teóricos del derecho.

Entre otros, autores como Hobbes, Kelsen, Austin y Hart, han sido duramente criticados en torno a la planteada cuestión. Quizá este último merezca atención aparte, por ser el positivista que más resonancia ha adquirido en las últimas décadas, y por la simpleza y claridad de su teoría, superadora de muchos reproches de los que han sido objeto las doctrinas positivistas.

Palabras clave: Validez del derecho – Positivismo – Validez Descriptiva – Validez Normativa – H. L. A. Hart

Abstract

Many obscurities have arisen around the concept of legal validity, which has been constructed through the years by a great multiplicity of positivist authors. Some of these obscurities have been criticized and reformulated, while some others are still being discussed among the most distinguished legal theorists.

Among others, authors such as Hobbes, Kelsen, Austin and Hart have been criticized due to what they thought about this subject. Hart in particular deserves being paid special

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

attention, as his simple and clear theory has come over many of the critics against the positivist doctrine.

Key words: *Legal validity – Positivism – Descriptive validity – Normative validity - H. L. A. Hart*

I. Introducción y validez en el pensamiento iusnaturalista

No hemos visto, a lo largo de la historia de la filosofía jurídica, discusiones más apasionantes y, en apariencia, sin conclusión, que aquellas originadas en torno a la crítica y defensa de las corrientes iusnaturalistas y positivistas, como teorías que pretenden explicar el fenómeno de validez del derecho. Ambas se han mostrado, con el correr de los años, con serias pretensiones de estructurar los cimientos de la teoría del derecho, mutando a partir de las objeciones pero nunca abandonando las bases fundamentales en las que se asientan. Grandes personajes de la teoría política y jurídica se han constituido como acérrimos defensores de una u otra corriente.

En un breve pero eficaz repaso de los postulados fundamentales del iusnaturalismo¹, podemos afirmar que éste se estructura a partir de la afirmación de dos importantes tesis que se nos presentan ordenadas léxicamente:

- 1) Existen principios de orden moral y principios de justicia, que son universalmente válidos y cognoscibles por el hombre -tales principios existen desde que el hombre es hombre, y son válidos en todo tiempo y lugar-.
- 2) Toda norma jurídica, para ser tal, debe ser respetuosa de tales principios morales y de justicia, de manera que el derecho positivo que no se adapte a las prescripciones de ellos no constituye en sí derecho, no adquiriendo por ello obligatoriedad².

De esta manera, observamos que para estos teóricos la validez de las normas que conforman el derecho positivo de un sistema depende de valores de justicia. La ley, para poder ser considerada tal y, por ello, adquirir obligatoriedad, debe adecuar su contenido a estándares morales y de justicia.

¹ No es el propósito del presente trabajo analizar detenidamente las bases teóricas en las que se asienta el iusnaturalismo, sino solo introducir al lector en el tema. Consideramos que un análisis de la doctrina positivista, nunca puede hacerse sin previa mención a las corrientes iusnaturalistas.

² NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis el derecho*, 2ª Edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 28.

Lo cierto es que esta dependencia solo podría triunfar si la justicia fuere algo libre de discusiones, evidente, cognoscible y descubrible por la razón humana, tal como sostiene el primer dogma iusnaturalista. Sin embargo, bien describe Nino que, a pesar de que todos los iusnaturalistas comparten en líneas generales las dos tesis fundamentales analizadas, muchos de ellos discrepan con respecto al origen y contenido de tales principios morales y de justicia constitutivos del llamado “Derecho Natural”³.

Lo expuesto constituye solo una de las tantas objeciones que pueden hacerse -e incluso se han hecho- a la doctrina de validez normativa sostenida por los autores iusnaturalistas, pero alcanza para dar cuenta⁴ del fracaso de ellos en su intento de erigirla como teoría coherente e inobjetable. Podríamos decir que la falla se encuentra en su propio seno y no hace falta ahondar demasiado en su estructura para demostrar tal verdad. Quizá advirtiendo tal fracaso es que muchos iusnaturalistas han ido moderando sus pretensiones, proponiendo demostrar otras conexiones según ellos necesarias, entre principios morales -y de justicia- y validez jurídica. Sin embargo, H. L. A. Hart se ha ocupado de demostrar que tales conexiones son solo contingentes⁵.

No podemos dejar de hacer mención a Ronald Dworkin, quien desde hace ya varios años se ha ganado entre algunos la etiqueta de “neoiusnaturalista”, y que ha venido a romper los esquemas de un positivismo que parecía haberse consolidado. Pero esta mención solo se encuentra motivada en este apartado al solo efecto de señalar que tal etiqueta no ha sido correctamente impuesta, puesto que este autor no solo viene a resquebrajar los cimientos del positivismo hartiano, sino que desmorona también uno de los principales dogmas del iusnaturalismo clásico⁶. Ello en la medida en que es a partir del modelo reconstructivo de Rawls⁷ que pretende dar cuenta de las conexiones necesarias existentes entre el derecho y la moral, rechazando así la existencia de principios morales universales asequibles a la razón del hombre, dogma fundamental iusnaturalista⁸.

³ NINO, CARLOS SANTIAGO, *op. cit.*, pp. 28-30

⁴ Por lo menos, a los fines de este breve artículo.

⁵ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 250-261.

⁶ No es la intención de este trabajo analizar la tesis de Ronald Dworkin, sino solo señalar que pese a cierta caracterización que de él se hace como iusnaturalista moderno, no puede en verdad enroñarse en tal corriente de pensamiento jurídico.

⁷ Para profundizar el modelo reconstructivo que propone este autor, véase: RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

⁸ Estas ideas pueden encontrarse en DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, 1ª Edición, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 11-12.

II. La validez del derecho para los positivistas

Hecho el paseo obligado por terrenos iusnaturalistas, podemos sin más saltar el cerco e inmiscuirnos en los dominios positivistas, por demás fructíferos y atractivos.

Dato curioso es que existe una multiplicidad de doctrinarios positivistas que exponen opiniones que muchas veces difieren entre sí en aspectos fundamentales, puesto que a la vez que es presupuesto indispensable positivista la negación del segundo dogma iusnaturalista, no lo es la negación del primero, lo que ha generado distintos lineamientos argumentativos.

Un lineamiento positivista extremo es aquel construido por Thomas Hobbes, quien reduce todo tipo de comprobación de la justicia o injusticia de una norma a lo dispuesto por el derecho positivo originado en la voluntad del soberano. Este autor parte de un Estado de Naturaleza en el que se encuentran los individuos, en donde no existe la justicia ni la propiedad. Es ilusoria la distinción entre las cosas de uno y las del otro, todos tienen derecho a todo, de manera que acaece la guerra de todos contra todos, la desprotección, el peligro, el estado constante de enfrentamiento y la desconfianza. Ello resulta intolerable para el hombre, en forma tal que se hace necesario buscar alguna vía que permita evadir tal situación y alcanzar la paz. Es así que la propia razón del hombre lo lleva a pactar con sus pares, cediendo la totalidad de sus derechos a un tercero ajeno al pacto, el cual se constituye como soberano. Esta cesión incluye la prerrogativa de cada hombre de decidir acerca de lo justo e injusto, de manera que ahora será el soberano quien posea el único criterio legítimo de decidir respecto de la cuestión. Así, la idea de justicia -en el Estado civil constituido- subyace en torno al respeto del pacto y la voluntad del soberano, de manera que la sublevación constituye la injusticia misma⁹.

De esta manera, Hobbes no distingue entre la validez de las normas y su justicia. Ambos conceptos nacen en un mismo momento, a saber: cuando se abandona el Estado de Naturaleza por medio de la cesión plural de derechos. Nace el Estado Civil, nace el derecho constituido por normas dictadas por el soberano, y en consecuencia nace la idea de justicia¹⁰.

Otras grandes versiones positivistas son las planteadas por los célebres Hans Kelsen y John Austin, autores cuya cita es obligada si lo que deseamos es hablar sobre la corriente jurídica en examen.

⁹ Estos pensamientos pueden encontrarse en HOBBS, THOMAS, *El Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1979.

¹⁰ Sobre esta conclusión, véase BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 31-32.

El primero recurre a la construcción de su famosa “cadena de validez”, en virtud de la cual podemos encontrar normas superiores -aquellas que dan validez a otras normas- e inferiores -aquellas cuyo fundamento de validez se encuentra en normas superiores- dentro del sistema. A su vez, atendiendo a que reconoce que la cadena de validez no puede prolongarse hasta el infinito, concluye afirmando que la misma debe culminar en una norma última y suprema, llamada “Norma Fundamental”, la cual constituye un presupuesto epistemológico, una hipótesis de trabajo necesaria para lograr describir el derecho sin asumir compromisos morales¹¹.

El segundo, por el contrario, receta importantes lineamientos hobbesianos en varios puntos fundamentales de su teoría, puesto que recoge la idea de soberano ilimitado del cual emanan las normas jurídicas válidas, y otorga a la coacción un papel central en dicha estructura.

III. Tribulaciones del concepto de validez de H. L. A. Hart. Este autor, ¿es positivista?

Quizá muchos piensen que Dworkin no está en lo cierto cuando afirma que la teoría positivista de H. L. A. Hart constituye la versión más clara, elegante y depurada del positivismo jurídico¹², pero nadie puede negar que este fenomenal autor ha logrado construir una teoría que supera muchas de las oscuridades que se han planteado en torno a resonantes obras como las de Kelsen y Austin.

Sin embargo, no obstante tales virtudes, no podemos perder de vista las numerosas objeciones y críticas que su reconocida obra “El concepto de Derecho”, ha recibido por parte de cierto sector de la comunidad doctrinaria, una de ellas de seriedad notable. Es que puede afirmarse que uno de los puntos que más posiciones encontradas y discusiones apasionadas ha generado la obra de Hart versa en torno a la tesis de validez de las normas particulares del sistema jurídico que el autor plantea¹³. ¿Se trata de una validez normativa o, por el contrario, la validez planteada por el autor es exclusivamente descriptiva?¹⁴

¹¹ KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, 8ª Edición, Ed. Porrúa, México, 1995, pp. 201-232.

¹² DWORKIN, RONALD, *op. cit.*, p. 65.

¹³ Se asume que el lector se encuentra al tanto respecto de la tesis de validez planteada por Hart en su obra “*El concepto de Derecho*”, y de los diferentes puntos de vista frente a las normas, que describe que un sujeto puede adoptar -externo extremo, externo moderado, e interno-. A los fines de este artículo, por lo tanto, solo nos limitaremos a recordar que, para Hart, decir que una norma es válida, equivale a reconocer que ella satisface los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento del sistema.

¹⁴ Es de interés observar cómo esta discusión puede verse reflejada en el seno mismo de las al-

Cabe aclarar que la adopción de una u otra postura no genera consecuencias menores, de manera que conviene abordar el problema con extremo cuidado. Ello en la medida en que al plantearlo, estamos poniendo en tela de juicio la propia fidelidad positivista de un autor que, desde hace ya más de cincuenta años, es considerado uno de los principales referentes del positivismo jurídico.

La crítica central que puede hacerse a Hart, en virtud de la cual automáticamente se pone en tela de juicio su fidelidad positivista, radica en que este autor identifica claramente la validez de las normas particulares del sistema jurídico con la formulación de enunciados internos, lo que obsta la posibilidad de describir el derecho en términos no valorativos. Ello en la medida en que los enunciados internos de validez que Hart describe que un sujeto puede formular son claramente normativos -y no meramente descriptivos-, tienen contenido prescriptivo, presuponen efectiva aceptación de la regla de reconocimiento del sistema, al tiempo que el formulador de tales enunciados la aplica al reconocer como derecho válido alguna regla particular del sistema -se trata de una aceptación implícita, no enunciada pero evidentemente existente-.

Por lo tanto, uno de los requisitos fundamentales que toda teoría debe reunir, para poder ser considerada sin objeciones como positivista, no se encontraría exitosamente satisfecho, puesto que no resultaría posible efectuar una descripción del derecho en forma valorativamente neutral, es decir, por medio de enunciados que sean exclusivamente descriptivos -sin contenido prescriptivo-. Así, podría afirmarse que la tesis de Hart -pretendidamente positivista- lleva en su seno una contradicción insuperable¹⁵.

Lógicamente, nadie discute que los enunciados internos de validez de la teoría hartiana son normativos -y no meramente descriptivos-. Sin embargo, en oposición a esta crítica podría sostenerse que no es verdad que la validez planteada por Hart sea exclusivamente normativa, en la medida en que de ciertos pasajes de su obra¹⁶ puede extraerse que lo que este autor plantea es que *normalmen-*

tas casas de estudio del Derecho. Así, en la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional del Sur, el estudiantado se ve envuelto cada año en los opuestos lineamientos argumentativos que en clase presentan los profesores adjuntos Andrés Bouzat y Luis María Esandi, que motivan a la reflexión.

¹⁵ Tal contradicción ha sido oportunamente destacada en sus clases por Luis María Esandi, profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional del Sur.

¹⁶ Un pasaje importante es el siguiente: "...Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de 'validez' jurídica. Porque la palabra 'válido' es usada con más frecuencia, aunque no siempre, pre-

te, cuando se formulan enunciados de validez respecto de normas particulares del sistema, se hacen desde el punto de vista interno. Pero de ningún modo puede afirmarse que ello *siempre* sea así. Es perfectamente aceptable que existan situaciones en que se formulen enunciados externos de validez, es decir, que un observador -sin aceptar él mismo la regla de reconocimiento del sistema- describa la situación fáctica de que sus miembros la aceptan. Ello, al tiempo que reconozca como derecho de dicho sistema, en base a tal regla social que describe como aceptada -por otros, pero no por él-, diversas normas particulares¹⁷.

Claro está, es evidente la fuerte tendencia de Hart de identificar la validez de las normas particulares del sistema jurídico con la formulación de enunciados internos, pero ello no implica que este autor *siempre* identifique tal validez con la formulación de dichos enunciados.

Un pasaje fundamental de la obra de Hart, frecuentemente ignorado por aquellos que pretenden fundamentar una u otra postura respecto de la planteada cuestión del concepto de validez hartiano, es aquel en que el autor trata -al tiempo que critica a Kelsen- la relación existente entre la validez de las normas del sistema -particularmente consideradas- y la eficacia del sistema jurídico integralmente considerado -es decir, de todas sus normas-.

Conviene transcribir el párrafo en cuestión, en la medida en que -estimo- resulta importante para elucidar las oscuridades precedentemente expuestas que presenta el concepto de validez del derecho planteado por Hart:

...Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema, presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general. Sería empero erróneo decir que los enunciados de validez 'significan' que el sistema es generalmente eficaz. Porque aunque normalmente es inútil o vano hablar de la validez de una regla de un sistema que nunca ha sido establecido o que ha sido desechado, no es sin embargo un sinsentido ni es siempre inútil. Una

cisamente en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresada pero aceptada...". Renglones después, podemos encontrar otro pasaje revelador: "...estos enunciados de validez normalmente aplican a un caso particular una regla de reconocimiento aceptada por quien los formula y por otros..." HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 128-129.

¹⁷ Esto ha sido destacado en sus clases magistrales por Andrés Bouzat, profesor adjunto de Filosofía del Derecho y Director- Decano del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.

manera vívida de enseñar Derecho Romano, es hablar como si el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas...¹⁸.

De él pueden extraerse diversas cuestiones de interés:

a) Parecería ser que Hart, implícitamente, estaría admitiendo la posibilidad de que un sujeto pueda describir un sistema jurídico, sus normas, y la validez de ellas, pese a *no ser parte de tal sistema*.

Supóngase que un profesor inglés, deseando que los alumnos comprendan de mejor modo el derecho romano que les enseña -actualmente ineficaz, virtualidad trivial a los fines de la presente argumentación¹⁹-, comienza a examinar en clase las reglas de dicho sistema y a predicar conclusiones respecto de su validez e invalidez, tal y como plantea Hart en su ejemplo.

El profesor, al realizar tal examen y predicar tales conclusiones, no hace más que identificar que en dicho orden aceptaban tal o cual regla de reconocimiento. Sólo así, como sabemos, un sujeto puede predicar validez o invalidez de las normas de un sistema. Sin embargo, claro está que este profesor no es un real aceptante de la regla de reconocimiento en cuestión. Él pertenece al sistema jurídico inglés, es un hombre de derecho, aceptante de la regla de reconocimiento de *su* sistema, y no de otro.

Lo cierto es que entre tal situación, y aquella situación de un extranjero -supóngase, inglés- que, pese a no ser parte del orden jurídico argentino, describe que en dicho orden una determinada norma -verbigracia, el Art. 1197 del Código Civil- es válida en virtud del reconocimiento de que en el mismo se acepta cierta regla de reconocimiento -supóngase, la regla según la cual "todo lo correctamente sancionado por el poder legislativo, es derecho en el sistema jurídico argentino"-, no hay mucha diferencia. Es más, parecería ser que no podemos encontrar *ninguna* diferencia.

b) Ahora bien, sin embargo, sostiene Hart en dicho párrafo, que al realizar tal actividad -examinar la validez de las normas de derecho romano- el profesor estaría formulando enunciados internos de validez, pese a no ser aceptante de la regla de reconocimiento del sistema en torno al cual se formulan tales enunciados.

¹⁸ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 130.

¹⁹ Ello en la medida que no es de interés, para el examen que se formula en el presente, que el sistema sea o no eficaz, sino que lo que solo importa, es que dicho sistema sea ajeno a la persona que irá a enseñarlo en forma vívida, apelando a la formulación de enunciados internos.

Estas dos cuestiones nos llevan a su vez a formular dos posibles conclusiones, teniendo presente que la aceptación de una de ellas implica necesariamente el rechazo de la otra:

1) O desestimamos lo afirmado por Hart a lo largo y ancho de su obra, de que la formulación de enunciados internos de validez presuponen siempre aceptación de la regla de reconocimiento del sistema²⁰. Ello, habida cuenta de que estaría admitiendo implícitamente la posibilidad de formulación de enunciados internos de validez de las normas de un determinado sistema por sujetos evidentemente no aceptantes de la regla de reconocimiento de dicho sistema.

2) O consideramos que Hart, al hacer mención de tal ejemplo, lo que en realidad buscó hacer notar, es que es perfectamente plausible que un sujeto, para lograr una enseñanza vívida del derecho romano, finja aceptación de la regla de reconocimiento que previamente ha identificado como aceptada por parte de los miembros de dicho sistema, y a partir de allí examine la validez de sus normas. Con ello, la formulación de enunciados internos de validez -que el profesor formula al predicar la validez de las normas particulares del derecho romano- se encontraría supeditada a una previa identificación de la regla de reconocimiento aceptada por sus miembros -es decir, a la formulación de un enunciado externo moderado-.

Parecería ser que la correcta de ambas conclusiones es la segunda. Ello en la medida en que es evidente que, según Hart, la formulación de un enunciado interno de validez siempre presupone aceptación de la regla de reconocimiento del sistema, de manera que no podemos aceptar la primera conclusión expuesta.

Por lo tanto, al escoger la segunda conclusión, observamos que Hart implícitamente estaría admitiendo la posibilidad de que un sujeto pueda describir al derecho a partir de enunciados externos moderados que identifiquen a una determinada regla de reconocimiento como aceptada por los miembros de un sistema, y a partir de ella pueda examinarse y predicarse la validez de sus normas particulares.

²⁰ “...El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras...”. HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 128.

IV. Reflexiones finales

Lo expuesto nos conduce a inferir que la validez de las normas particulares del sistema, según Hart, puede predicarse por medio de dos diferentes enunciados:

a) Por medio de enunciados internos: esta validez, sin dudas, es una validez *normativa* –y no meramente descriptiva–, atendiendo a que quien formula tales enunciados es siempre aceptante de la regla de reconocimiento no expresada del sistema. La formulación de estos enunciados de validez, lleva consigo un vocabulario característico: “El derecho dispone que...”.

b) Por medio de enunciados externos moderados: esta validez, sería una validez *descriptiva*, en la medida que quien formula tales enunciados es un observador externo que sin aceptar él mismo la regla de reconocimiento de la comunidad cuyo derecho pretende describir, advierte que sus miembros la aceptan, y a partir de allí predica la validez e invalidez de las normas particulares de dicho sistema. El vocabulario característico de esta clase de enunciados de validez será: “En Argentina, reconocen como derecho a...”.

Ahora bien, el hecho de aceptar, a partir de las conclusiones advertidas, que en su obra Hart admitiría explícita e implícitamente la posibilidad de describir el derecho a partir de enunciados externos moderados, ¿implica efectivamente que el derecho pueda describirse en términos no valorativos, zanjando la cuestión anteriormente planteada en favor de la fidelidad positivista del autor en examen?

Otra cuestión que puede suscitarse es la siguiente: ¿No existen más objeciones a la tesis de validez de Hart que pongan en tela de juicio su fidelidad positivista, en tanto busquen demostrar que a pesar de lo expuesto, su teoría resulta efectivamente inapta para describir el derecho en términos valorativamente neutrales?

La existencia de estos interrogantes evidencia que no debemos caer en el grosero error de afirmar que el análisis pueda darse por concluido aquí²¹. Es de interés observar, por ejemplo, como Raz²² trae a colación una suerte de enunciados jurídicos imparciales²³ -como categoría intermedia entre los enunciados

²¹ No obstante, por razones de longitud del presente artículo, no nos inmiscuiremos en tales oscuridades. Queda para otra oportunidad, un examen profundo de las virtualidades planteadas.

²² RAZ, JOSEPH, *La autoridad del derecho*, 2ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp. 196-201.

²³ Enunciados cuya importancia, según Raz, ha sido advertida por Kelsen, lo que le otorgaría a éste un mérito que Hart no tendría.

internos y externos largamente descritos por Hart en su obra- manifestando que resulta necesaria su inclusión en los engranajes de dicha tesis, si con ella pretende fundarse un significado de “validez” que rechace el derecho natural²⁴.

Es más, puede que nunca concluya el debate respecto del tema en examen. Pero ello no debe desanimarnos. Por el contrario, no olvidemos que es este “infinito” argumentativo lo que vuelve tan fértiles y atrapantes a aquellas cuestiones que se suscitan en torno a conceptos propios de la teoría del derecho, cuyos amplios matices estimulan a la reflexión y motivan a la crítica.

²⁴ Tal argumento ha sido oportunamente esgrimido en sus clases dictadas en la Universidad Nacional del Sur, por el profesor adjunto Luis María Esandi.

ACOSO SEXUAL. LA VIOLENCIA SILENCIOSA *SEXUAL HARASSMENT. THE SILENT VIOLENCE.*

Melisa Andrea Barreyro*

Sumario: I. Acoso sexual. II. Acoso sexual y las relaciones de poder. III. La nueva teoría: “tres formas de acoso”. IV. Daños que causa este tipo de violencia. V. Soluciones legales actuales. VI. El acoso más allá de las relaciones laborales. VII. Una reforma al concepto. VIII. Conclusión.

Resumen

Durante muchos años el “acoso” quedó relegado a una de las formas de injuria en el derecho laboral y requería para su configuración que el acosador exija conductas de tipo sexual a sus víctimas abusando para ello de su superioridad. Con el tiempo la doctrina llegó a reconocer la existencia de tres tipos de acoso: el acoso sexual descendente, ascendente y el horizontal. Asimismo, nuevos fallos¹ han dejado de lado el requisito de la desigualdad de poder jerárquico, afirmando la presencia de acoso sexual en casos donde no existía una relación de subordinación.

Pero la legislación no ha hecho grandes avances, las pocas normas establecidas son solo de aplicación para las relaciones laborales de derecho público y mantienen ese requisito limitante.

Nuestra intención es ir un poco más allá, tomando como principio lo ya establecido por la doctrina, y en base a las nuevas teorías, que desarrollaremos en este trabajo, fundamentar la necesidad de entender al acoso sexual como un acto violento que debe ser sancionado, cualquiera sea el ámbito donde se haya producido.

Palabras clave

Acoso sexual – Superioridad jerárquica – Relaciones de poder – Daño psicológico – Acoso sexual horizontal

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

¹“López, Horacio s/ Recurso de casación”, Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, 14/02/2008, BA B3316220 (Lexis N°14/142603 p.3)

Abstract

Among several years the “harassment” was figured as an injury in labor law that required sexual conducts from the harasser who abuses of his hierarchy over the victim. Later, the doctrine discovered three kinds of harassment: descending, ascending and horizontal sexual harassment. Also, new precedents abandoned the need of hierarchy power, and accepted the existence of sexual harassment in cases without any kind of subordination. Anyway, legislation has not achieved great improvements and there are just a few rules which apply to public employment.

On the basis of the new theories and concepts created by the doctrine, we will try to explain that sexual harassment is a violent act that should be condemned anyway and anywhere it happens.

Keywords

Sexual harassment – Hierarchy – Power relationships – Psychological damage – Horizontal sexual harassment

I. Acoso Sexual

Antes de comenzar, es necesario dar una idea básica de qué es “acoso sexual” y para ello utilizaremos la definición de la Organización Internacional del Trabajo; la cual establece que deben integrarse tres elementos: un comportamiento de carácter sexual, que no sea deseado por la víctima, y que se perciba como un condicionante hostil para su trabajo, convirtiéndolo en algo humillante².

No debemos confundirlo con los delitos tipificados en el Título III de nuestro Código Penal, los cuales, como bien dice Boumpadre “... *se materializan cuando afectan las partes sexuales de la persona...*”³ A diferencia de esta, en una situación de acoso sexual no se ha llegado a la agresión directa de sus partes sexuales, es más, no es necesario que sea el fin de su accionar. El acosador ejerce una presión sobre su víctima con la cual trata de quebrar su resistencia o voluntad, ya sea por mera tortura o porque espera lograr un comportamiento distinto de ella⁴.

² Véase la investigación realizada en el ámbito de la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones u Mujeres en el Mundo Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: *Violencia laboral. Una amenaza a los derechos humanos. Aportes para su comprensión*, Buenos Aires, 2007.

³ BOUMPADRE, JORGE E., *Derecho penal. Parte especial*, t.1, Ed. Mario A. Viera, p. 343.

⁴ GONZALEZ PONDAL, TOMÁS I, “La degeneración Invisible: acoso sexual en el ámbito laboral”, *Sup. Act*, 30/09/2008, 30/09/2008,1 (La Ley online p.1)

Si se requiere que sea una situación constante que implique un encadenamiento de conductas hostiles⁵, que generen trastornos físicos y psíquicos en la víctima, aislándola del ámbito que la rodea⁶.

II. Acoso sexual y las relaciones de poder

Para que exista acoso sexual es necesario que una parte infrinja poder sobre otra. Este concepto de “poder” por muchos años ha sido interpretado como existencia de una relación jerárquica. Así lo podemos observar en el fallo “M.P.N. con Compañía Gral. De Comercio e Industria S.A.”⁷ donde el doctor Morando afirmaba que la situación presentada a los estrados no configuraba un supuesto de acoso sexual por que la misma supone “asimetría en las relaciones de poder de los sujetos”⁸.

Por otro lado, la doctrina definía al acoso sexual como:

... una conducta reiterada de asedio u hostigamiento de naturaleza sexual que consiste en perseguir o importunar a un trabajador con fundamentos en razones sexuales, persecución que tiene como fundamento el trabajo en relación de dependencia –con motivo o en ocasión del trabajo – bajo la dirección del empleador o personal jerárquico, situación que importa una discriminación en la comunidad laboral del trabajador, que no acepta el asedio o avance sexual, y que produce o puede producir a su respecto un cambio en las condiciones de trabajo, la cesantía o cualquier forma de menoscabo en su condición de ser humano y trabajador/a, importando a su vez una restricción a la libertad de elegir⁹.

⁵ BARBADO, PATRICIA B., “La violencia laboral como causal de despido indirecto”, *RDLSS* 2008-19, p.1726 (Lexis N° 0003/401947 ó 0003/401944 ó 0003/401941 p.4)

⁶ RODRÍGUEZ SAIACH, LUIS A. y KNAVS, VERÓNICA, “Acoso moral y sexual en el Derecho del Trabajo”, *LA LEY*2006-B, p. 985 (La Ley Online, p.3)

⁷ “M., P. N. c. Compañía Gral. de Comercio e Industria S.A.”, CNTrab, Sala VIII, 19/04/2005, *TySS* 2005, p. 696 – LLO (AR/JUR/3183/2005 p.1)

⁸ Del mismo modo lo entendió el doctor Toselli en el fallo: “C., L. P. c. Máxima AFJP”, CTrabCordoba, Sala10, 20/08/1999, *LLC*2000, 1232; *DT*2001-A, 457 (AR/JUR/2832/1999 p.5) al decir: “... no considero que se hubiera podido atribuir objetivamente tal conducta a la actora, ya que dicha figura implica necesariamente un abuso de poder por parte del acosador, que genera en el acosado postergaciones o discriminaciones...”. También podemos encontrar este concepto en: “L., A. M. c. Almirón, Juan J. y otros”, CNTrab, Sala I, 17/02/2004, *La Ley Online* (AR/JUR/1437/2004 p.5), donde se afirmó que “... el acoso sexual se configura cuando un empleador o superior jerárquico exige a un empleado de menor categoría –aprovechando esa subordinación- favores sexuales cuyo cumplimiento o incumplimiento puede tener incidencia en la relación laboral”

⁹ SARDEGNA, PAULA C., “: Acoso sexual, acoso laboral: las cosas por su nombre”, *RDLSS* 2007-9- p. 776 (Lexis N° 0003/401462 ó 0003/401472 ó 0003/401467 p.10)

III. La nueva teoría “tres formas de acoso”

Dentro de un ámbito laboral tenemos diversas relaciones y cada una tiene su dificultad. Al desprendernos del requisito de jerarquía comenzamos a abrirnos a otras posibilidades, otras situaciones igual de dañosas que requieren solución.¹⁰

Antes de definir los tres tipos de acoso sexual contemplados por la doctrina¹¹, es necesario realizar ciertas aclaraciones.

Nosotros entendemos que el “poder” dentro de una relación surge por un requisito imprescindible: la personalidad de las partes. Siempre vamos a encontrar un sujeto que es dominante y otro que tiene una personalidad débil. Esta interacción a su vez se da dentro de un ámbito, si en el mismo la personalidad dominante se encuentra en una posición jerárquica o de superioridad entendemos que existe, lo que llamamos “*poder de derecho*”. En cambio, cuando la personalidad dominante no cuenta con dicha distinción jerárquica, nos encontraremos con un “*poder de hecho*”. Dicho esto, podemos distinguir los distintos tipos de acoso.

Entendemos por acoso sexual descendente, el ejecutado por una persona en abuso de su superioridad jerárquica. En este caso tenemos una relación de *poder de derecho*, el acosador, abusando de su rango superior, exige conductas de carácter sexual a su víctima¹².

El segundo tipo es el acoso sexual ascendente y surge cuando es el “superior” el acosado.¹³ Entran en conflicto el *poder de derecho* del superior jerárquico y el *poder de hecho* del subordinado, el cual cuenta con una personalidad dominante, agresiva, que provoca un debilitamiento en el otro sujeto¹⁴.

El último tipo de acoso es el acoso sexual horizontal, en este caso las partes se encuentran en igualdad de condiciones. Aquí es acosador el que infringe su

¹⁰ “Benítez, Enio A. c. Formatos Eficientes S.A.”, CN Trab, SalaX, 13/02/2007, *La Ley online* (AR/JUR/1315/2007 p. 2), en el cual se afirma que va a haber acoso sexual siempre que se dirijan los actos de contenido sexual contra personas que no lo consienten y con entidad suficiente para generar una perturbación.

¹¹ GONZALEZ PONDAL, TOMAS I., “Mobbing Horizontal”, *LA LEY* 2008-E, 64 (La Ley online, p.2)

¹² Esto se puede observar en: “Sassi, Sergio G. c. Grupo Ilhsa S.A. y Otro”, CNTrab, SalaII, 06/03/2007, DT2007 (mayo), p. 578 (AR/JUR/764/2007 p.3)

¹³ GONZALEZ PONDAL, TOMAS I., “Mobbing Horizontal”, *LA LEY* 2008-E, 64 (La Ley online, p.2)

¹⁴ Este tipo de acoso se puede encontrar en los autos: “Trerotola, Sonia Karina c. Supermercados Norte S.A.”, CNTrab, Sala VI, 08/09/2010, *LA LEY* 22/10/2010, 22/10/2010, 5 ; *LA LEY* 2010-F, 35; *DJ*09/03/2011, 77; *RCyS*2011-IV, p. 208 (AR/JUR/57131/2010 p.2)

poder de hecho sobre el otro. Es la personalidad dominante la que se impone y establece las condiciones de la relación, puede ser producto de un deseo sexual, un enamoramiento o el placer de la dominación que se tiene sobre el otro sujeto¹⁵.

IV. Daños que causa este tipo de violencia

La destrucción de la personalidad de la víctima se produce lentamente, puesto que no requiere necesariamente el empleo de una violencia física o de amenazas, ni un abuso coercitivo o intimidatorio¹⁶.

En esta persecución el acosador hace partícipes a todos los demás sujetos que integran el lugar donde se lleva a cabo su actuar. De manera metódica inserta su percepción de las cosas, *está loca/o, es un/a histérico/a, me busca todo el tiempo, es un/a mentiroso/a...* La víctima comienza a perder su autoestima, se considera responsable de lo que le está pasando¹⁷ y siente un “temor fundado a denunciar la situación que padecen, especialmente, porque consideran que nadie va a dar crédito a sus dichos”¹⁸.

El acosado, se vuelve incapaz de realizar sus labores cotidianas, fracasa en su trabajo, aun cuando dentro de ese ambiente no se esté produciendo el acoso, esto implica la cesación de ganancias apreciables en dinero. A nivel físico, las afecciones comienzan a notarse; hay trastornos del sueño, falta de apetito, llanto persistente, síntomas de desconexión del sistema nervioso autónomo y se llega a agravar enfermedades que ya afectaban a la persona.

Una de las incapacidades sobrevinientes del acoso es el daño psicológico, el cual consiste en la disminución de las aptitudes psíquicas que importan un menoscabo a la salud considerada en su concepto integral. Así lo determino la pericia psicológica presentada como prueba en el fallo “C.C.L. con X.X.X. S.A.”, donde la experta afirmó que

¹⁵ “López, Horacio s/ Recurso de casación”, Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, 14/02/2008, BA B3316220 (Lexis N°14/142603 p.3). Es el Dr. Borinsky el que afirma las consecuencias psico-físicas de este tipo de acoso son tan nocivas como las efectuadas por un superior.

¹⁶ CALVETE, FEDERICO H., “Análisis de la ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual”, DJ 2005-3, p. 283, (La Ley online p.3)

¹⁷ BARBADOS, PATRICIA, “La violencia laboral en el ámbito público”, *Revista de Derecho Laboral* 2008-2: *discriminación y violencia laboral I*, Rubinzal-Culzoni, p.402

¹⁸ MEDINA, GRACIELA, BARBADOS, PATRICIA, “La afección de la vida en relación de las víctimas de acoso psicológico en el trabajo y su impacto en el proyecto de vida”, *Revista de Derecho de Daños* 2009-3: *daños a la persona*, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.129

... este daño se da a nivel inconsciente, pero trae consecuencias en la manifestación conductual y en toda la estructura del sujeto, con importantes repercusiones en la esfera afectiva y en la relación con el medio¹⁹.

Tenemos también que hablar del daño moral sufrido, entendiéndolo como una modificación disvaliosa del espíritu que incide en el modo de entender, querer y sentir, importando un modo de estar de la persona distinto al modo en que se encontraba antes de que ocurriera el hecho²⁰. Este menoscabo abarca la aptitud para actuar las potencias y atributos del ser humano, en la vida aislada o en la vida social²¹ y es esta pérdida a su dignidad en ese mundo social lo que configura un daño moral.

Por último, hay un daño a su intimidad, el cual se encuentra protegido por nuestra Constitución Nacional en el artículo 19²². La persona deja de ser libre, pierde su capacidad de elegir, de decidir que quiere y que no va a aceptar. El acecho constate sufrido la aísla dejándola a merced del nuevo ataque de su acosador.

V. Soluciones legales actuales

En la provincia de Buenos Aires desde el año 2001 se comenzó a tratar estos temas. Primero fue con la ley 12764, la cual en su artículo 2 expresa:

Se entiende por acoso sexual el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que tengan por objeto cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado por la persona a quien va dirigido, requerimiento de favores sexuales y cualquier otra conducta verbal o física de naturaleza sexual...

¹⁹ “C., C. L. c. XXX S.A.”, J Lab Rosario, 2ª Nom, 31/07/2006, *La Ley Online* (AR/JUR/4805/2006 p.3) 8) “Solis, Xoana Soledad c. Ledezma, Carlos”, CN Trab, Sala III 19/09/2008, *LA LEY* 12/01/2009, 12/01/2009, 4(AR/JUR/11638/2008 p.1)

²⁰ MEDINA, GRACIELA, BARBADO, PATRICIA, “El acoso psicológico en el trabajo y la reparación según el derecho de daños”, *Responsabilidad Civil*, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.500

²¹ ZAVALA DE GONZALES, MATILDE, *Resarcimientos de Daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, t.4, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, p. 182.

²² “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Posteriormente, en el año 2004, la provincia promulgo la ley 13168. Esta abarca todo lo referido a violencia laboral en el ámbito de los tres poderes del estado provincial, entes autárquicos y descentralizados y los municipios, incluyendo dentro del mismo a los actos de acoso sexual.

Al referirse al tema, Francisco Abajo Olivares afirma que al tipificar esta conducta como una relación jerárquica de dependencia o de desigualdad de poder, se hace “eco de un error conceptual”²³. Además, solo se refieren a las relaciones dentro del ámbito público, con lo cual las relaciones privadas aún no tienen ley, ni medidas para proteger a la víctima de abuso.

En el año 2008, el código militar argentino fue modificado por la ley 26394, que en su Anexo IV, denominado “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”, se menciona al acoso sexual como una causal de sanción. Lo interesante es que presenta dos tipos de acoso:

El artículo 10 inc. 9, establece que se considera falta grave:

El militar que efectuare un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima un daño relacionado con el servicio o su carrera.

El artículo 13 inc. 26, establece como una falta gravísima:

El militar que, prevaliéndose de una situación de superioridad, efectua-re un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima un daño relacionado con el servicio o su carrera.

Por lo tanto, existe acoso sexual cuando una persona efectúa requerimientos de carácter sexual bajo amenaza de causar un daño. Si además, esa persona se encontrara en una situación de superioridad y se aprovechara de la misma para llegar a ese cometido, la pena se agravará. De esta manera sanciona la conducta por sobre las personas que la ejecutan y la agrava cuando existiera un abuso de *poder de derecho*.

²³ ABAJO OLIVARES, FRANCISCO J., “La ley 13168 de la provincia de Buenos Aires contra la violencia laboral”, *SJA* 12/5/2004, *JA* 2004-II-909, (Lexis N° 0003/010541 o 0003/010538, p.2)

VI. El acoso más allá de las relaciones laborales

Tomemos como base los casos ya mencionados de acoso horizontal, donde tenemos dos o más sujetos en una aparente igualdad de condiciones y dos tipos de personalidades: una abusiva y otra débil. No es difícil trasladar esta situación a cualquier ámbito de relación que no sea laboral, ya que lo único que nos retenía era la necesidad de una subordinación jerárquica y hemos demostrado que la misma puede faltar.

Supongamos que nos encontramos en un grupo coral, el mismo está abierto a todas las edades, allí asisten una joven y un niño que es llevado por su padre. El hombre se interesa en la joven y comienza a fantasear una relación con ella. Por el momento mantiene la distancia, pero va realizando comentarios a las personas del lugar: *“la otra vez nos quedamos charlando al finalizar el ensayo”, “ella quiere mucho a mi nene”, “es muy simpática conmigo, siempre me saluda”*. Son comentarios sutiles, nada de importancia, pero en la mente de los participantes se comienza a elaborar una idea: *“Pasa algo entre ellos”*.

De pronto surge lo que podemos llamar un “suceso detonante”, puede ser que la joven aparezca un día con su novio, o que el hombre la invite a salir y ella se niegue. En ese momento algo se quiebra, sus deseos al no ser correspondidos generan resentimiento.

Comienza con cartas, llamadas de teléfono, regalos, hasta llega a estudiar sus movimientos. El entorno se hace más presente, el ya había dejado plasmada una idea en los demás y cuando la joven trata de buscar ayuda recibe comentarios desalentadores como *“vos te lo buscaste”, “no le tendrías que haber hecho caso”, “que raro, con lo bien que se llevaban”*. Constantemente debe repetir su historia, que sucedió, como pasó.

Asustada se va de ese coro, cambia su número de teléfono y deja de salir sola. Luego, realiza una denuncia en la policía, pero nada se puede hacer, lo consideran un enamoramiento y no se puede prohibir.

Es verdad que enamorarse es un acto privado que no se encuentra prohibido, pero como dice el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, estos actos privados no pueden perjudicar a terceros y en este caso existe una persona perjudicada.

Esta situación la va a afectar en el futuro, teme conocer gente nueva, lo cual le impide mantener un trabajo o entablar una relación.

Ninguno de estos perjuicios se diferencia de los que ya hemos analizado párrafos atrás y se debe a que:

El acoso sexual no sólo es laboral, no sólo se da entre un superior hacia un inferior jerárquico, no es un tema de mujeres exclusivamente y cualquier persona puede estar expuesta a este tipo de conductas humillantes, incómodas, molestas que afectan su vida diaria y que lamentablemente se producen dentro del ámbito donde dicha víctima pasa la mayor parte de su tiempo (sea en el trabajo, sea en el ámbito de un colegio, conservatoria, academia, cuando se están entrevistando para obtener un puesto, etc.)²⁴.

VII. Una reforma al concepto

Al iniciar este trabajo utilizamos la teoría descrita por la O.I.T. Luego de todo lo analizado podemos reconstruir esa teoría y entender al acoso sexual como: *“Todo comportamiento de carácter sexual, infringido de manera continua sobre una persona que no lo consiente; generando un entorno hostil y humillante capaz de provocar daños físicos, psíquicos y morales.”*

Se requiere un comportamiento sexual, es decir, actitudes, comentarios, que encierren un carácter sexual pero que no llegue al ataque directo de las partes íntimas. Tiene que ser reiterado, un comentario subido de tono, aunque puede caer mal no va a generar acoso sexual salvo que se repita en el tiempo, de manera constante y que se transforme en el único modo de interactuar de las partes involucradas. Además, el sujeto receptor de las agresiones no debe consentirlo.

El actuar del acosador genera un entorno hostil y humillante, y este proceso cuenta de dos partes: primero “la agresión”, a través de comentarios, miradas, roces que provocan una situación de miedo y vergüenza al sujeto acosado y segundo, “la calma” donde el victimario actúa de manera amable, generando una sensación de confusión e inseguridad. Es en ese momento, cuando la agresión comienza nuevamente.

Como podemos observar esta situación es posible de ubicar en cualquier lugar, un colegio, una iglesia, centros de capacitación y recreativos. Lo que se requiere es que, en el ámbito donde se produzca, la interacción de las partes sea de manera regular.

²⁴ GÓMEZ MAIORANO, ÁNGELES M., “El acoso u hostigamiento sexual”, *Sup. Act.* 16/07/2009, 16/07/2009, 1 (La Ley Online p. 7)

Por último, si el sujeto acosador, además hace uso del *poder de derecho* que tiene sobre el otro, la conducta se agrava. Este poder de derecho se adquiere porque el acosador es una autoridad ante la víctima, ya sea, un empleador, un profesor, un político, sacerdote o pastor de una institución religiosa.

VIII. Conclusiones

El acoso sexual, es un actuar violento y silencioso, que se caracteriza por no dejar huellas físicas en sus víctimas. Los daños en las mismas, no surgen de manera inmediata, sino que van apareciendo de forma paulatina y casi imperceptible.

Es necesaria la creación de una nueva ley que establezca al acoso sexual de una manera más amplia y que considere los verdaderos elementos que la definen, es decir, una conducta sexual, no aceptada por la víctima, que genere un ambiente hostil y humillante; y al referirnos a “ambiente” debemos concebirlo como el lugar donde interactúan las partes. Entendiendo esto, se podría posteriormente agravar la conducta cuando en la misma exista un abuso de poder de derecho.

Pero, solo una norma punitiva no resuelve todo el problema, se requiere además, la presentación de un plan de concientización y medidas de protección; centros de ayuda donde la persona que se encuentra en situaciones como esta, pueda presentarse y ser asistida antes de que los daños sean irreparables. La posibilidad de poder solicitar medidas cautelares para limitar el acercamiento del sujeto cuando se haya demostrado la existencia de una situación de acoso sexual le daría a la víctima el respaldo necesario para poder salir al exterior sin ese miedo constante y evitar así su aislamiento.

PROGRAMA DE VOLUNTARIADO UNIVERSITARIO “EDUCAR PARA REINSERTAR”

COLLEGE VOLUNTEERING PROGRAM “EDUCAR PARA REINSERTAR”

Santiago Garrido*

Sumario: *I. Introducción. I. Problemática que se busca atender. III. Resultados obtenidos. a. Bibliotecas, Aulas, Informática y Oficina Judicial. b. Gabinete de voluntariados y video conferencias. c. Clases Mixtas: internos-internas; guardia cárceles-internos. d. Centro de Estudiantes. Internos voluntarios. Revista Académica. e. Representación política de los internos en el Consejo Departamental de Derecho. Derecho a voto. f. Mayor respaldo institucional. g. Resultados académicos. IV. El impacto del voluntariado. a. Sobre la comunidad en general. b. Sobre los estudiantes de la carrera de abogacía en particular. V. Conclusiones.*

Resumen

“Educar para Reinsertar” es un programa de Voluntariado Universitario que se desarrolla institucionalmente en el ámbito y bajo la supervisión del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, aprobado y financiado por el Ministerio de Educación de la Nación.

Los voluntarios que participan esta actividad son, en su inmensa mayoría, estudiantes de la Universidad Nacional del Sur (U.N.S.) conscientes de su deber moral de devolverle a la sociedad lo que ella les ha dado al permitirles estudiar de manera gratuita en una universidad pública.

En el marco del programa se realizan diariamente actividades de acuerdo a la siguiente modalidad: 1) dentro de las instalaciones de la Unidad Penitenciaria N° 4 de la ciudad de Bahía Blanca se coordinan reuniones de estudio destinadas ayudar a las personas

*Estudiante de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional del Sur, creador del programa “Educar para Reinsertar”

privadas de la libertad que se encuentran inscriptas en la carrera de Abogacía que dicta la U.N.S; 2) dentro del gabinete de Voluntariados del Departamento de Derecho de la U.N.S., se realiza la misma actividad, pero mediante videoconferencias, a fin de asistir a los internos alojados en la Unidad Penitenciaria N° 19 de la localidad de Saavedra.

Palabras clave: Voluntariado – Extensión universitaria – Unidades penitenciarias – Internos – Ministerio Nacional de Educación – Reinserción.

Abstract

“Educar para Reinsertar” is an university volunteering program developed institutionally at the UNS Law Department, approved and supported by de National Education Department.

The volunteers that participate in this activity are, mainly, students at the UNS that have realized about their moral duty to return to the society part of what they have received by the free public college education system.

In this program, the followings activities are developed daily: 1) coordination of meetings of study for inmates at the Penitentiary Unit number 4 in Bahía Blanca, to help in the study for those inmates who are regular students in the UNS Law Department; 2) videoconferences at the UNS Law Department to help inmates who study the same subjects and are held at the Penitentiary Unit number 19 in Saavedra.

Keywords: Volunteering – University extension – Penitentiary units – Inmates – National Education Department – Reintegration.

I. Introducción

“Educar para Reinsertar” es un programa de Voluntariado Universitario que se desarrolla institucionalmente en el ámbito y bajo la supervisión del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, aprobado y financiado por el Ministerio de Educación de la Nación, declarado de interés nacional por la Federación Universitaria Argentina; de interés provincial por el Congreso de la provincia de Buenos Aires y de interés municipal por el Honorable Concejo Deliberante de Bahía Blanca. Se encuentra vinculado formalmente con la Fiscalía General Departamental, la Defensoría General Departamental y el Servicio Penitenciario Bonaerense.

Los voluntarios que participan esta actividad son, en su inmensa mayoría, estudiantes de la Universidad Nacional del Sur (U.N.S.) conscientes de su deber moral de devolverle a la sociedad lo que ella les ha dado al permitirles estudiar de manera gratuita en una universidad pública.

En el marco del programa se realizan diariamente actividades de acuerdo a la siguiente modalidad:

- 1) Dentro de las instalaciones de la Unidad Penitenciaria N° 4 de la ciudad de Bahía Blanca se coordinan reuniones de estudio destinadas ayudar a las personas privadas de la libertad que se encuentran inscriptas en la carrera de Abogacía que dicta la U.N.S,
- 2) Dentro del gabinete de Voluntariados del Departamento de Derecho de la U.N.S., se realiza la misma actividad, pero mediante videoconferencias, a fin de asistir a los internos alojados en la Unidad Penitenciaria N° 19 de la localidad de Saavedra.

II. Problemática que se busca atender

El programa intenta hacer un aporte a la solución de lo que, entendemos, se presenta como una de las demandas sociales básicas: Mejorar la seguridad de los habitantes.

Muchas veces, estando en la cárcel, dentro de las aulas que el Servicio Penitenciario destina para el desarrollo de las actividades universitarias y en el marco de alguna reunión de estudio, a manera de ejercicio teórico, suelo preguntarle a los internos: ¿Por qué algunos cometen delitos y otros no los cometerán nunca en su vida? ¿Qué diferencia cualitativa hay entre una persona que delinque y otra que no lo hace? y, en definitiva, ¿Qué los llevó a ellos a infringir la ley?

De sus respuestas surge que la falta de oportunidades laborales y la injusta distribución de la riqueza imperantes en nuestro país se presentan como algunas de las condiciones del delito, empero también que no todo aquel que es pobre, sólo por ello, se vuelca al delito y, a todo evento, ello podría servir únicamente como justificativo exclusivamente para la comisión de algunos delitos de índole patrimonial.

Así, puede advertirse que el denominador común, en la mayoría de los casos, pareciera ser la ausencia de un nivel educativo mínimo que les permita motivarse de manera efectiva en las reglas básicas de convivencia social.

Ello, porque resulta claro que mediante la educación no sólo se transmiten conocimientos académicos, sino también valores, costumbres, concienciación cultural, moral y conductual.

En este sentido, puede afirmarse que las personas con acceso a la educación tienen mayores posibilidades de comprender e internalizar que es lo que socialmente está considerado como correcto -y por ello permitido- y que es lo socialmente incorrecto -y por eso mismo prohibido-. Se trata de personas que -empleando conceptos del Profesor en Filosofía Herbert L.A. Hart¹- se “*sienten obligadas*” a cumplir con las reglas y no sólo se “*ven obligadas*” por la amenaza de una sanción. Tienen la posibilidad de crear o reforzar razonadamente la conciencia de lo bueno y de lo malo, convirtiéndola en su principal fuente de control de conductas antijurídicas (autocontrol).

No sorprende entonces que, según la información que publican los responsables del Programa UBA XXII que se desarrolla desde hace aproximadamente 25 años en la Unidad Penitenciaria N° 2 de Villa Devoto -producto del convenio que se firmó entre la Universidad Nacional de Buenos Aires y el Servicio Penitenciario Federal-, entre los internos estudiantes del Programa se registra una tasa de reincidencia menor al 3%².

Una sociedad que realmente tome en serio el problema del aumento desmedido en los índices de criminalidad y quiera solucionarlo a futuro, definitivamente debe tener presente este tipo de experiencias.

Por lo tanto, resulta insoslayable la idea de que para mejorar la situación de inseguridad, que actualmente se nos presenta como un problema que afecta a la totalidad de los habitantes del país, el estado debería desarrollar una política integral que busque aumentar la automotivación de los individuos para que cumplan con las reglas de convivencia, pero voluntariamente, a través de la comprensión que solo puede darles la educación y no por miedo a ser sancionados y, para el caso de una trasgresión, que la prisión sirva para reforzar la educación y posibilitar una reinserción sin reincidencia.

Garantizar esto tendría que ser una preocupación prioritaria, no solo del Estado, sino de todos los habitantes que quieran vivir en una sociedad más segura.

¹HART, HERBERT L.A., *El Concepto de Derecho*, CARRIÓ Genaro (trad.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1963.

² Disponible en la web oficial de la Universidad de Buenos Aires, URL: <http://www.uba.ar/comunicacion/noticia.php?id=595>

III. Resultados obtenidos

Luego de muchos años de constante trabajo y esfuerzo, en los que participaron más de 300 voluntarios, pueden resumirse algunos de los logros alcanzados por el programa:

a. Bibliotecas, Aulas, Informática y Oficina Judicial

Se han creado una Biblioteca en la Unidad Penitenciaria N° 4 y otra en la Unidad Penitenciaria N° 19, que cuentan con fotocopiadoras y PC's, lo que ha permitido aumentar la cantidad y diversidad de material de estudio, como asimismo su control interno. También se ha reacondicionado una celda para que funcione como aula y otra que funciona como centro de informática en la Unidad Penitenciaria N° 4, a tal fin se ha podido comprar el mobiliario indispensable para la realización de la tarea dentro de las aulas y mensualmente adquirir diversos insumos escolares para la exclusiva utilización por parte de los Internos universitarios; se han comprado materiales informáticos y también recibido donaciones desde la Fundación BAPRO, de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires, del Departamento de Derecho de la U.N.S y del Rotary Club Bahía Blanca Almafuerde. Asimismo, se creó la Oficina Judicial a cargo de internos y voluntarios que trabajan asistiendo a los internos en general en sus consultas

b. Gabinete de voluntariados y video conferencias

En el año 2008 se ha podido extender el Programa de voluntariado a la Unidad Penitenciaria N° 19 de Saavedra para lo cual se debió acondicionar un aula con computadoras a fin de que los internos allí alojados puedan tener reuniones de estudio diarias participando a través videoconferencias. Asimismo, el Departamento de Derecho de la UNS ha creado un gabinete de voluntariados desde donde los voluntarios emiten las mismas

c. Clases Mixtas: internos-internas; guardia cárceles-internos

Otro logro destacable es haber conseguido, en el año 2007, la implementación del sistema de clases mixtas, que permite que hombres y mujeres compartan el mismo espacio de estudio concentrando a todos los alumnos en un solo sector de la Unidad penitenciaria -el pabellón educativo-, dando la posibilidad a las mujeres de que accedan a un régimen normal de clases. Asimismo, en el año

2009, el Departamento de derecho de la U.N.S. y el Jefe del Servicio Penitenciario Bonaerense firmaron en la localidad de Saavedra una ampliación del convenio incluyendo al personal penitenciario dentro del mismo en calidad de alumnos de la U.N.S., y permitiendo la participación conjunta con internos en las reuniones de estudio que dicta el voluntariado.

d. Centro de Estudiantes. Internos voluntarios. Revista Académica.

Es de destacar que, a principios del año 2007, las autoridades de la Unidad Penitenciaria N° 4, con muy buen tino, han permitido concretar uno de los anhelos de esta actividad autorizado la creación del primer Centro de Estudiantes dentro de la Unidad (C.E.Ab.U.P. N° 4). Asimismo, a principios del 2008, en igual sentido y en función de los resultados obtenidos en Bahía Blanca, las autoridades de la cárcel de Saavedra han autorizado la creación del Centro de Estudiantes dentro de la Unidad Penitenciaria N° 19. En ambos ha habido, año tras año, elecciones democráticas libres y con un 100% de participación del estudiantado.

Estos centros de estudiantes constituyen una herramienta fundamental a la hora de la autogestión responsable de los recursos, fomentando el espíritu democrático de sus integrantes y generando un espacio para el debate de ideas y proyectos grupales, lo que sin duda permite darle mayor dinamismo al desarrollo de toda la actividad. Como ejemplo de ello puede citarse que los propios internos se han organizado para cumplir funciones voluntarias como coordinadores de reuniones de estudio a fin de ayudar a sus compañeros estudiantes para rendir los finales que ellos han aprobado con anterioridad; preparan a los ingresantes para rendir los exámenes de ingreso y nivelación y realizan reuniones de promoción e información con aquellos internos con interés en comenzar la carrera. Asimismo, por propia iniciativa de los internos que se encuentran alojados en la cárcel de Saavedra, se ha creado la revista del centro de estudiantes de carácter informal de la UP 19, lo que demuestra el interés y crecimiento académico de los mismos.

e. Representación política de los internos en el Consejo Departamental de Derecho. Derecho a voto.

Como dato inédito de integración total entre los alumnos privados de la libertad y los que estudian libremente, debe destacarse que, producto de las elecciones generales que se celebraron en octubre del año 2011 en la Universi-

dad Nacional del Sur, una persona privada de su libertad accedió por primera vez a un cargo electivo en un órgano de gobierno universitario por el claustro alumnos dentro del Consejo Departamental de Derecho. Se trata del interno Daniel Escobar, uno de los estudiantes más avanzados que tiene el programa, quien, integrando la lista de alumnos “Grupo Académico Abogacía UNS” fue elegido por el voto de los estudiantes de la carrera para representarlos durante el año 2012, siendo reelegido en esa misma función para el año 2013. Así, luego de conseguir la previa habilitación judicial correspondiente, actualmente se encuentra concurriendo todas las semanas a la sede del Departamento de Derecho a participar de las reuniones ejerciendo su cargo en defensa de los derechos de todos los estudiantes de abogacía de la U.N.S.

Asimismo, cabe resaltar que se ha logrado, no sin mucho esfuerzo, que todos los años los internos ejerzan el derecho a votar en las elecciones generales en que todos los alumnos de la Universidad eligen a sus representantes para los distintos órganos de representación estudiantil.

f. Mayor respaldo institucional

En el último tiempo se logró que las autoridades y docentes del Departamento de Derecho tomen un rol protagónico en relación con los internos, fuera de lo estrictamente académico, participando en los diversos eventos que ellos organizan dentro de la cárcel. Asimismo, se ha aumentado la institucionalización del programa de voluntariado mediante la creación de un área de extensión dentro del propio departamento a fin de dirigir las cuestiones administrativas que conlleva la realización de esta actividad. En ese marco se participó en el Congreso Nacional de Educación en Contextos de Encierro, celebrado en Mendoza en noviembre de 2010, donde pudo exponerse a los presentes el origen y desarrollo de la actividad, asumiendo el compromiso de formar parte de una red de educadores en contexto de encierro que hoy se encuentra en etapa de creación.

g. Resultados académicos:

Como consecuencia de la labor diaria, desinteresada y constante, que llevan adelante los voluntarios, y al compromiso que asumen individualmente los profesores responsables de concurrir a tomar los exámenes finales, muchos alumnos ya cuentan con los siguientes exámenes finales rendidos: Curso de Ingreso, Introducción al Derecho, Historia Constitucional, Sociología, Dere-

cho Privado - Parte General, Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales, Derecho Romano, Economía, Derecho Constitucional, Ciencia Política, Derecho de las Obligaciones, Derecho Penal I, Derecho Internacional Público, Derecho Penal II, Derecho de los Contratos, Filosofía del Derecho, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “D”, Derecho Societario, Derechos Reales e Intelectuales, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho de Familia y Sucesiones.

También, todos los años, se preparará un número importante de internos para rendir los exámenes de Comprensión de Textos y Matemáticas que les permitirá ingresar a la Universidad bajo el “Programa de Mayores de 25 años”.

Si bien aún todavía no se cuenta con ningún interno que haya culminado la carrera, se advierte que todas estas personas ya han cambiado, por lo menos su *modus vivendi*, dentro de la cárcel. Hoy todos los días destinan 5 horas al estudio dentro de las aulas, al presenciar las reuniones de estudio y otro tanto en sus celdas para preparar los exámenes. Demuestran una conducta excelente dentro del Servicio Penitenciario y lo más importante es que esto motoriza a muchos internos, que hoy no están en condiciones, a iniciar los estudios primarios o secundarios para acceder a la Universidad. Pero es seguro que no sólo la distribución de sus días es lo que ha cambiado, es posible percibir en ellos el espíritu y las ganas de lograr la superación personal a través del enriquecimiento intelectual. Por este camino el encarcelamiento tiene un verdadero efecto resocializador en los internos y las penas podrán cumplir con su principal objetivo de prevención especial. Este es tal vez el camino más largo, pero el único seguro y efectivo para lograr la readaptación social sin reincidencia.

IV. El impacto del voluntariado:

a. Sobre la comunidad en general:

Puede sostenerse que la comunidad en pleno se beneficia de los efectos positivos de esta actividad, aunque se advierte que muy lejos está la sociedad en su conjunto de comprender cabalmente esta circunstancia. La idea de la pena como retribución y no como elemento resocializador es lo que más se palpa en el diálogo cotidiano. La posibilidad de que aquellas personas que alguna vez lesionaron bienes jurídicos penalmente protegidos puedan adquirir nuevos

conceptos respecto del orden, de la moral, de la sociedad a la que van a volver a formar parte, y hasta de ellos mismos, es compartida por muchas personas, pero no la suficiente como para movilizar a toda la sociedad a plantearse la discusión sobre temas de fondo como el fin de la pena y la función de las cárceles. Se entiende que, en esta etapa de la actividad, a nivel cuantitativo, el impacto no es el esperado, pero esto se debe a la ausencia de una campaña concientizadora sobre su importancia y la falta de resultados altamente publicitables (como sería la posibilidad de que se gradué algún interno de abogado). A futuro, deberá trabajarse en ello ya que uno de los objetivos a que apunta la actividad es comprometer a toda la sociedad a pensar juntos estos problemas, buscando una solución que elimine las contradicciones.

b. Sobre los estudiantes de la carrera de abogacía en particular

Respecto de los estudiantes, a nivel cuantitativo, puede observarse un creciente interés en participar de la actividad. Esto se muestra en las convocatorias públicas, que se hacen al principio de cada cuatrimestre, que cada vez son más numerosas, y por la cantidad de personas que se comunican durante el año para interiorizarse del programa. Esto se debe, en una buena medida, a la difusión individual que realizan los voluntarios participantes cuando comentan, entre sus compañeros, sobre su experiencia personal en la actividad.

A nivel cualitativo, consideramos que el principal aporte que la actividad deja en los voluntarios, radica en que estos estudiantes de derecho –futuros actores del sistema Judicial- tienen la posibilidad de formarse no sólo como profesionales intelectuales, sino también como ciudadanos que toman conciencia de la realidad problemática que los circunda, demostrándoles que tienen la capacidad y responsabilidad de transformarla, poniendo solidariamente a disposición los conocimientos que han adquirido en una Universidad Pública gracias al esfuerzo de toda la sociedad. Al tomar contacto con una realidad diferente, adquieren apertura social, compromiso con la realidad “del otro” y aprenden la satisfacción de sentir que están ayudando, tanto a personas concretas, como a la sociedad de la que forman parte, como así también, suman a su formación académica experiencias en voluntariado, trabajo en equipo, capacidades pedagógicas -algo muy útil para los que les interesa la docencia- pudiendo en el futuro capitalizar todos esos conocimientos y ejercer de manera más completa su profesión.

V. Conclusiones

Dado el contexto en el que se desarrolla la actividad de este voluntariado, se observa que las dificultades que se presentaron y se presentan actualmente obedecen a cuestiones propias del funcionamiento interno de las instituciones y a la desidia generalizada en todos los organismos del estado que deben velar por facilitar a los internos herramientas que permitan una adecuada resocialización a fin de su futura reinserción en la sociedad, reduciendo de ese modo los altos porcentajes de reincidencia.

Sin perjuicio de ello, resulta justo resaltar que los logros más trascendentes del voluntariado han sido producto, en la mayoría de los casos, del trabajo conjunto con todas las instituciones públicas vinculadas al programa.

En este sentido, puede destacarse, en primer lugar, la creación de los Centros de Estudiantes de internos que ha permitido instalar en las unidades carcelarias las ideas de Democracia, Representación Gremial y Autogestión como conceptos necesariamente vinculados al progreso y la obtención de los objetivos académicos. En segundo lugar, el sistema de clases mixtas con internos e internas, como así también la inclusión de guardia cárceles, ha sido tan revolucionario y novedoso al tiempo de su implementación que luego fue tomado como ejemplo para su aplicación en otras Unidades Carcelarias de la Provincia de Buenos Aires. Por último, la obtención de un espacio físico dentro de las instalaciones del Departamento de Derecho para el manejo operativo del programa, la creación del sistema de clases virtuales y la resolución dictada por el Consejo Departamental de Derecho comprometiéndose a garantizar y fortalecer la continuidad de programa atento el interés que reviste el desarrollo de la actividad para la U.N.S., nos demuestran que los Programas de Voluntariado además de tener la capacidad de transformar la vida de las personas que participan en ellos y sus destinatarios, también pueden renovar las instituciones a las que ellos pertenecen, lo que nos permite soñar con un futuro en el que el Estado asuma un rol protagónico en procura de la reinserción de los privados de la libertad y la actividad de este tipo de voluntariados deje de ser necesaria.

LOS CENTROS DE ESTUDIANTES. SU ROL EN LA UNIVERSIDAD

THE STUDENTS' UNION. ITS ROLE AT THE UNIVERSITY

Florencia Guariste*

Sumario: *I. Introducción. II. El Centro de Estudiantes de Abogacía de la UNS (CEAb). III. La participación de los estudiantes en los órganos de gobierno de la UNS. IV. Gratuidad y equidad en la educación universitaria pública. V. Reflexiones finales.*

Resumen

En este trabajo compartiremos las razones que nos inspiran para participar en el Centro de Estudiantes de Abogacía de la UNS, explicaremos su organización y el rol que cumple en la vida universitaria, la estructura organizativa de la UNS, su régimen electoral y los principios que rigen la educación universitaria pública.

A partir de esta explicación, reflexionaremos acerca de la importancia de la participación estudiantil como el principal eslabón del co-gobierno universitario.

Palabras clave: Universidades Nacionales – Centro de Estudiantes – Co-gobierno – Autonomía – Independencia – Educación gratuita – Gestión universitaria

Abstract

In this paper, we'd like to share the reasons that inspire us to get involved in the UNS Law Students' Union, we'll its organization, its role at the university, the UNS structure and the principles of college public education.

* Estudiante de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional del Sur. Presidente del Centro de Estudiantes de Abogacía de la UNS, electa en diciembre 2011 por la agrupación *Generación UNS + Independientes* y re-electa en el año 2012. Consejera Titular por el claustro de alumnos en el Consejo Superior Universitario de la UNS.

Therefore, we'll think about the importance of student participation as the main aspect of college co-government.

Keywords: *National Colleges – Students' Union – Co-government – Autonomy – Independence – Free education – Colleges management*

I. Introducción

La vida universitaria brinda innumerables e inigualables experiencias. Desde lo más cotidiano, como conocer nuevos amigos, comenzar a valerse por uno mismo, migrar hacia una nueva ciudad, aprender a defender los propios ideales, buscando una formación integral académica, profesional, social y ciudadana. El tránsito por una carrera universitaria excede la profesión, para marcar la formación del carácter.

Quienes ya comenzaron a recorrer el camino de la vida universitaria han podido observar que no es un camino fácil: requiere gran sacrificio y perseverancia. Pero, han aprendido que es una aventura por la que vale la pena luchar.

Asimismo, quienes estudiamos en la Universidad Pública, debemos agradecer esta grandiosa oportunidad, a toda la sociedad que hace un enorme esfuerzo para sostener el sistema universitario. Esto exige una respuesta para su mantenimiento, la labor incesante del estudiante para enfrentar su primer labor: el estudio, como también, defender la institución universitaria, fomentar su progreso y luchar por el respeto de los derechos de cada uno de los integrantes de la comunidad académica. El nombre de la Universidad Nacional del Sur (de aquí en más UNS) evoca nuestro orgullo e incentiva el cumplimiento de nuestros deberes como estudiantes universitarios exige nuestra participación en el marco de los órganos de gobierno institucionales como así asimismo en los centros de estudiantes.

A continuación, se explicara sucintamente la organización y el rol que cumple el Centro de Estudiantes de Abogacía (de aquí en adelante CEAb) en la UNS, cuáles son los órganos de gobierno de la institución, sus funciones, el régimen electoral y los principios que rigen la educación universitaria pública. A partir de ello, reflexionaremos acerca de la participación estudiantil como el principal eslabón del co-gobierno universitario.

II. El Centro de Estudiantes de Abogacía de la UNS (CEAb)

El CEAb nació el 12 de agosto de 1996¹ a partir de la congregación de los estudiantes de la incipiente carrera de Abogacía de la UNS, cuya clase inaugural había sido dictada apenas unos meses atrás². En esa primera clase de Introducción al Derecho, comenzó a hacerse realidad el sueño de “*estudiar Derecho en Bahía*”³ y desde allí hemos visto crecer nuestra carrera y nuestro Departamento de Derecho hasta convertirse en lo que es hoy. Lo mismo ocurrió con nuestro CEAb.

La creación del CEAb respondió al deseo de los estudiantes para organizarse y darse una institución para ellos mismos. Una asociación horizontal en donde todos y cada uno de los 1.502 primeros ingresantes de la carrera de Abogacía de la UNS, tuvieran voz y voto para decidir sobre la organización, el futuro de esta “nueva” carrera.⁴ Desde ese primer día se consagraron los principios fundamentales que rigen el CEAb: autonomía, independencia y altruismo.⁵

Estos principios, según lo que nosotros interpretamos, exigen que la actuación del CEAb sea dirigida por auténticos estudiantes con la misión principal de velar por los intereses de sus compañeros, por el progreso de la carrera de abogacía y por la UNS en general. Esta participación no significa pasar a un segundo plano el estudio de la carrera, sino al contrario, exige perseguir ambos objetivos — el personal: recibirse; y el grupal: participar en el CEAb y comprometerse hacia sus compañeros — simultáneamente, porque sólo de esa manera se pueden conocer las necesidades de los pares para así defenderlos y representarlos como tales. Por ello, consideramos que el CEAb no puede responder a políticas partidarias que persiguen intereses por fuera de la universidad. La diversidad de concepciones políticas y visiones del mundo por parte de cada estudiante, permite un intercambio de ideas de donde surgirá un debate que nos enriquecerá a todos. Así, sostenemos que el CEAb debe abocarse principalmente a los problemas que

¹ Art.1 Estatuto CEAb: “*En la ciudad de Bahía Blanca, a los doce (12) días del mes de agosto del año mil novecientos noventa y seis (1996), ha quedado constituido el Centro de Estudiantes de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur, cuyo nombre abreviado será C.E.Ab.*”

² La carrera de Abogacía de la UNS fue creada el 22 de diciembre de 1995 (res.AU 17/95) durante la gestión del Rector Lic. Ricardo Gutiérrez. El cuatrimestre siguiente, con una inscripción récord de 1.502 ingresantes para la carrera de abogacía de la UNS (siendo ese año, 2.745 los ingresantes para todas las demás carreras de la UNS), el 7 de mayo de 1996 se dictó la clase inaugural de Introducción al Derecho.

³ ARRUIZ, MARIO A., “Estudiar Derecho en Bahía”, publicado en *Revista Vínculos*, Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Bahía Blanca, año V, n°10, diciembre 1995, p. 14 y 15.

⁴ Art.3 Estatuto CEAb: “*El C.E.Ab. es la única asociación democrática de los estudiantes de las carreras dependientes del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (U.N.S.), siendo único y representando a todos los alumnos de las mismas.*”

⁵ Art.4 Estatuto CEAb: “*El C.E.Ab. es una organización de primer grado cuyo funcionamiento será totalmente autónomo, independiente y sin fines de lucro.*”

aquejan a la Universidad manteniéndose al margen de cualquier línea política partidaria particular. Sin perjuicio de lo expuesto, también debe el CEAb proponder una estrecha vinculación con la sociedad, fomentando la conciencia crítica y la responsabilidad social. En ese sentido, Gabriel del Mazo señaló:

El estudiante debe ser libre en su centro, y libre su centro de partidos políticos o ideológicos o tendencias extrauniversitarias. El porvenir de la universidad está vinculado al desempeño de los estudiantes en la obra de su integración y renovación continuas. No hay garantías de que esa función se cumpla conforme a sus fines, si los estudiantes permiten que particularismos militantes pretendan instrumentarlos desde fuera, dividiéndolos, quebrando su influencia unida ante la Universidad y llevándolos a colocar en segundo término los intereses cabalmente universitarios⁶.

La participación en el CEAb puede ser muy variada, desde evacuar consultas de los alumnos que se acercan día a día, resolver problemas, canalizar reclamos, recabar opiniones, brindar información, hasta proyectar cambios sustanciales en la carrera que elegimos, en los planes de estudios, en la reglamentación de la actividad estudiantil. Formar parte del CEAb implica asumir un papel activo para llevar la voz del alumnado a que sea escuchada y atendida ante los órganos de gobierno de la universidad, y así, transmitir las inquietudes, motorizando los cambios democráticamente. Todos y cada uno de los estudiantes tenemos elementos para aportar. Hay una realidad entera que siempre es posible mejorar con esfuerzo.

Esta participación se puede realizar a través de los distintos órganos de gobierno del CEAb, a saber: Asamblea General, Comisión Directiva y Comisión Revisora de Cuentas.

La Asamblea General es el órgano máximo de gobierno⁷ y está integrada por todos los miembros del CEAb⁸, quienes tienen voz y voto. Se reúne en sesión ordinaria para convocar elecciones, designar la Junta Electoral y considerar la gestión anual de la Comisión Directiva. Se reúne en sesión extraordinaria para modificar el estatuto, destituir a los miembros de la Comisión Directiva por faltas graves, elaborar las directrices máximas de actuación del CEAb, entre otras funciones.

⁶ DEL MAZO, GABRIEL, *Estudiantes y Gobierno Universitario*, El Ateneo, Buenos Aires, 1956.

⁷ Art.10 Estatuto CEAb.

⁸ Art. 6 Estatuto CEAb: "Será considerado miembro del C.E.Ab., todo estudiante inscripto en alguna carrera dependiente del departamento de derecho de la U.N.S., pudiendo participar de forma directa todo alumno que así desee."

La Comisión Directiva está integrada por un Presidente, Vice, Secretario General, Prosecretario, Tesorero, Protesorero y 12 vocales. Sus miembros son elegidos por votación directa⁹ y es el órgano encargado de administrar y conducir el CEAb¹⁰. La elección no es obligatoria ya que no hay sanción alguna para quienes omiten votar, pero debemos enfatizar la importancia que tiene el ejercicio de este derecho para elegir a los representantes que velarán por sus intereses.

La Comisión Revisora de Cuentas está integrada por tres revisores¹¹ de una agrupación distinta a la que gestione el CEAb, cuya misión principal es controlar el cometido de la Comisión Directiva¹².

II. La participación de los estudiantes en los órganos de gobierno de la UNS.

Además de participar en el Centros de Estudiantes, los estudiantes poseen el derecho a participar como integrantes de los órganos de gobierno de la UNS. Nuestra casa de estudios se encuentra dividida en cuatro estamentos: Profesores, Docentes Auxiliares, Alumnos y Personal No Docente. Por su parte, los órganos colegiados de la UNS son: Asamblea Universitaria, Consejo Superior Universitario, Consejos Departamentales y Colegios Electorales. Los estudiantes tenemos representación en todos esos órganos, lo que incide en la elección de las restantes autoridades unipersonales (Rector de la Universidad y Directores Decanos de los Departamentos Académicos).

La Asamblea Universitaria tiene 72 miembros, es el órgano máximo de la UNS y marca las líneas de su funcionamiento. Sus atribuciones son verdaderamente importantes, entre otras: elegir y remover al Rector, modificar el estatuto, considerar la gestión anual del Consejo Superior, crear carreras, entre otras no menos relevantes¹³.

⁹ Art. 8 bis Estatuto CEAb: *“Es requisito para tener derecho a voto en las elecciones de la Comisión Directiva y en la Asamblea General, haber aprobado por lo menos, un examen final dentro de trescientos sesenta y cinco (365) días que se contarán desde un (1) mes antes a la fecha fijada para realizar la elección.”*

¹⁰ Art.19 Estatuto CEAb.

¹¹ Art. 51 Estatuto CEAb: *“Una vez conocida la lista vencedora y adjudicado todos los cargos de comisión directiva, las listas procederán a realizar la elección de los revisores de cuentas. Los mismos no podrán ocupar simultáneamente cargos en la comisión directiva.”*

¹² Art.53. Estatuto CEAb.

¹³ Art. 48 Estatuto UNS. Para consultar de manera online esta normativa, visítase la web oficial de la Universidad Nacional del Sur, en el siguiente link: <http://www.servicios.uns.edu.ar/boletin/consulta/..%5CRESOLUCI%5CAU4A96TO.HTM>.

El Consejo Superior Universitario ejerce el gobierno directo y se encarga de la administración día a día de la UNS. Sus atribuciones son, entre otras: aprobar los planes de estudio, designar a los profesores por concurso, aprobar el presupuesto para la UNS, celebrar y ejecutar contratos, reglamentar el Estatuto de la UNS¹⁴.

Los Consejos Departamentales se encargan de organizar el funcionamiento de las materias y carreras que dependen de esa unidad académica. Regulan y controlan todo lo relativo a la actividad docente, de investigación y extensión del Departamento. Sus atribuciones son, entre otras: decidir sobre los pedidos de prórrogas, excepciones y demás cuestiones particulares de los alumnos, aprobar los programas de cada materia, planificar el presupuesto del Departamento, administrar los fondos del Departamento, designar los docentes auxiliares por concurso, etc¹⁵.

Los Colegios Electorales se constituyen en cada Departamento al solo efecto de elegir el Director Decano¹⁶.

Este derecho de los estudiantes para participar de igual a igual en las deliberaciones y las decisiones sobre el rumbo de nuestra universidad, fue un derecho que llevó mucho tiempo de arduas luchas para que sea consagrado como tal. Por ello creemos que debemos hacer honor a esta gran responsabilidad que nos legaron otras generaciones de estudiantes, y debemos esforzarnos por demostrar que la participación estudiantil es esencial para desarrollar una universidad mejor. Así, sostuvo Alejandro Korn:

Es imprescindible la intervención de los estudiantes en el gobierno de la Universidad. Ellos y solamente ellos representan el ímpetu propulsor, la acción eficiente, capaz de conmovir la inercia y de evitar el estancamiento. Sin ellos nada se ha hecho ni nada se habría hecho. La forma en que han de intervenir es cuestión secundaria; lo importante es que constituyan un poder del cual en adelante no se pueda prescindir¹⁷.

¹⁴ Art. 55 Estatuto UNS.

¹⁵ Art. 73 Estatuto UNS.

¹⁶ Art. 70 Estatuto UNS.

¹⁷ KORN, ALEJANDRO, "La Reforma Universitaria", publicado en *El Argentino*, La Plata, 1919.

IV. Gratuidad y equidad en la educación universitaria pública

La Constitución Nacional garantiza el acceso a la universidad pública bajo los principios de gratuidad y equidad¹⁸. Estos principios constituyen los dos pilares principales de nuestro sistema universitario. La gratuidad debe ser plena y exige que no se cobre importe alguno para acceder a la educación universitaria. La equidad, debe complementar en aquellos casos en que la gratuidad no sea suficiente para garantizar el real acceso a la educación. Así, resulta sustancial la instauración de un adecuado régimen de becas y subsidios, para allanar esos obstáculos económicos para los más necesitados y lograr un mayor acceso para la población. En este sentido la Corte, por distintos fundamentos, ordenó la inclusión expresa del principio de equidad en el Estatuto de una Universidad Nacional, y dijo:

El principio de equidad no puede entenderse de manera de restringir hasta desvirtuar el de gratuidad, pues ambos cuentan con igual tutela. La reglamentación del art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, por normas de menor jerarquía, no puede en ningún caso ser retribución de la enseñanza, transformando la regla de la gratuidad en el principio opuesto de la onerosidad¹⁹.

V. Reflexiones finales

Los derechos y las responsabilidades que tenemos los estudiantes como protagonistas del co-gobierno son de suma relevancia. Debemos ejercer esos derechos con debate, consenso y respeto de las diferencias. Los estudiantes — futuros profesionales, futuros investigadores, futuros docentes, futuros funcionarios— tenemos en nuestras manos el porvenir de la universidad y de la sociedad. Tenemos que asumir este compromiso con el honor que se merece. Las puertas de la universidad se encuentran abiertas esperando que cada uno de los miembros de la comunidad universitaria aporte desde su lugar a la construcción de una universidad pública de calidad que fomente la pluralidad y la participación.

¹⁸ Art.75 inc.19 párr.3ro Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso [...] Sancionar leyes de organización [...] que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.”

¹⁹ “Estado Nacional y Ministerio de Cultura y Educación s/Impugnación Estatuto”, CSJN, 31/05/99, Fallos 322:1091 (disidencia parcial de Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert).

»COMENTARIO DE FALLO«

NOTA A FALLO: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA A, 22/08/12 “R., F. E. C. BAYER S. A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.

María Paula Laplace *

Sumario: I. Introducción. II. El caso planteado. III. La decisión de la Cámara y sus razones. IV. El deber de Información. V. Conclusiones.

I. Introducción

Una reciente sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹ analiza la responsabilidad del laboratorio Bayer S.A. por la fabricación de un producto defectuoso². El mencionado laboratorio comercializaba un mismo medicamento con nombres y prospectos distintos en la Argentina y en Estados Unidos. En el prospecto de éste último país aparecían ciertos efectos adversos no mencionados en el prospecto argentino, en éste caso el defecto del producto resultó de un vicio de información, ya que Bayer S.A tenía conocimiento de ciertas consecuencias que podía producir la ingesta del medicamento y pese a esto no las mencionó.

*Estudiante de la carrera de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur (UNS). Participante en la ronda final regional del Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal, organizado por el INECIP, 2012, Neuquén.

¹ “R., F. E. v. Bayer S.A. y otros”, CNac.Ap.Civil, sala A, 22/08/2012, APPROFJD 19/09/2012 (Abledo Perrot N°: AP/JUR/2356/2012, p. 2 y ss).

² En virtud del art. 40 de la Ley de Defensa del consumidor, la cual establece: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

Si bien el presente fallo puede ser objeto de múltiples análisis, solo nos centramos en el derecho a la información, el cual implica una obligación y no una mera carga para todos aquellos que intervienen en la cadena de comercialización de productos.

II.El caso planteado

El Sr. R. inició demanda por los daños sufridos por la ingesta de un medicamento llamado Lipobay fabricado por Bayer S.A.. Al tiempo de comenzar el tratamiento con esta droga indicada por su medico empezó a sufrir astenia progresiva, cefaleas intensas con cansancio muscular y disminución de la libido. Con el paso del tiempo este cuadro progresó a punto tal que el actor no pudo levantarse de la cama, pues padecía de una pérdida total de la fuerza muscular y de disminución de la visión del ojo izquierdo.

III.La decisión de la Cámara y sus razones

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por el Sr. R. y condenó a Bayer SA. En primer lugar, se sostuvo que la relación entre el actor-consumidor y el laboratorio-fabricante se encuadra dentro de la ley de Defensa del Consumidor por lo cual resultan aplicables los arts. 40 y concs., de la ley 24.240, como así también el art. 42. CN³.

El art. 40 de la mencionada ley regula un supuesto particular de obligación de seguridad, relativo a los daños resultantes ‘del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio’.La peculiaridad consiste, aquí, en la circunstancia de que la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos intervinientes en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio, quienes responden ‘solidariamente’, según lo indica la ley⁴.

Cuando nos referimos a los vicios de la cosa, hacemos referencia a que la misma puede poseer defectos de fabricación, de diseño y de información. En lo

³ Dicho artículo establece: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*”

⁴ PICASSO, SEBASTIÁN, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, *LA LEY* 2008-C, 562 (La Ley Online, p.3).

que hace específicamente a los defectos de información, éstos se vinculan con el deber de advertencia, ésta

significa poner a disposición del consumidor toda la información necesaria y suficiente para alertar de los posibles riesgos de seguridad que puede entrañar la utilización de un producto o servicio, con el propósito de evitarle daños. En este caso, el defecto habrá de verificarse si no se brinda la información necesaria, adecuada y con la claridad suficiente para un uso exento de riesgos al tiempo de la puesta en circulación de la cosa en el mercado"⁵

Para determinar si Bayer S.A incumplió el deber de información se procedió a realizar un cotejo entre los prospectos de los medicamentos que comercializaba dicho laboratorio, Lipobay en la Argentina y Baycol en Estados Unidos y se tuvo por probado el vicio ya que en el prospecto norteamericano se especificaba que la combinación con determinadas drogas estaba contraindicada y enumeraban varios de los síntomas que dice haber sufrido el Sr. R. que no se informan en el prospecto argentino. No se consideró procedente el argumento de la demandada en el sentido de que se trataría de distintos medicamentos, toda vez que el principio activo ambos es el mismo.

No se debe pasar por alto que el Laboratorio en el año 2001 dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay, sumado a ello, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) suspendió la comercialización y el uso de todas las especialidades medicinales que contengan la misma droga como principio activo. El hecho de que la demandada decida retirar el producto del mercado, permitió inferir que el medicamento presentaba defectos intrínsecos que lo tornaban peligroso.

En cuanto las consecuencias de la toma del medicamento, se determinó que el Lipobay actuó como desencadenante de una enfermedad de base que ya presentaba el actor, pero al no encontrarse en la causa ninguna constancia de que dicha enfermedad ya se había manifestado antes de comenzar el tratamiento con el medicamento, se adjudicó al mismo la totalidad de la eficacia causal en la producción de la incapacidad.

⁵ HERNANDEZ, CARLOS A. y FRUSTAGLI, SANDRA A., "Capítulo X-Responsabilidad por daños", en AA.VV., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, PICASSO, SEBASTIÁN y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. (directores), t.1, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, p.497.

Por último, la demandada sostiene en la alzada que hubo mala praxis médica, que el medicamento fue recetado en una dosis elevada, cabe recordar que para eximirse de responsabilidad, el laboratorio debe probar que la causa exclusiva del daño proviene del médico y éste no es el caso, ya que habiéndose demostrado el carácter defectuoso del producto, ambos responden ante el paciente. Por otro lado, las pericias realizadas descartan la negligencia del médico, por lo cual el laboratorio no pudo demostrar la fractura del nexo causal por el hecho de un tercero por quien no debe responder.

IV. El deber de información

En la Ley de Defensa del consumidor, el art. 4º sienta una directiva general: impone un deber de información al proveedor, señalando que se debe suministrar al consumidor la información relacionada con las características esenciales de los bienes y servicios que se provee, así como también lo relativo a las condiciones de su comercialización⁶.

La misma debe ser suministrada en forma cierta, clara, detallada, eficaz y suficiente. El deber de información constituye un deber accesorio de conducta, que como afirma Carlos A. Molina Sandoval, debe ser cumplido en todas las etapas del *íter* negocial que incluye la etapa precontractual, fase de ejecución y luego de la entrega de la cosa⁷.

V. Conclusiones

Los consumidores tienen un derecho constitucional y legal a obtener información del proveedor. El fallo anteriormente analizado resulta un gran aporte a la defensa de los consumidores tutelándolos ante situaciones en las cuales se encuentran en desventaja respecto de la contraparte. Coincidimos con la opinión que sostiene que

la defensa del consumidor surge como una necesidad imperiosa a partir del reconocimiento de que existe un marcado desequilibrio en la relación del consumo, el que se produce entre la debilidad intrínseca

⁶ JAPAZE, BELÉN, “El deber de información”, en AA.VV., *Manual de Derecho del Consumidor*, RUSCONI, DANTE D.(coordinador), 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 202.

⁷ MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., “*Derecho de Consumo*”, 1ª edición, Córdoba, Ed. Advocatus, 2008, pp.96-98.

del consumidor aislado y la hiper-fortaleza del empresario proveedor en el actual contexto socioeconómico⁸.

Consideramos acertado el pronunciamiento de la Cámara en tanto apunta a principios fundamentales del derecho de consumo, ya que

el interés social exige que quien comercializa bienes o servicios en el ámbito de las relaciones de consumo debe preservar la seguridad de esos bienes y servicios, resguardando así el derecho a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. Y en este sentido el deber de información juega un papel esencial en muchos casos⁹.

⁸ IRIGOYEN, ROBERTO, “Los derechos del consumidor”, *LA LEY* 1995-B, 819 (La Ley Online, p.1).

⁹ QUAGLIA, MARCELO C., “La obligación de seguridad y el deber de información en la relación de consumo”, *RCYS* 2006, 1 (La Ley online, p. 1).

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 la carrera de Abogacía dictada por el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur - o de una carrera equivalente en el ámbito nacional o extranjero que cuente con el reconocimiento por las autoridades correspondientes- debiendo contar el autor con, al menos, 10 exámenes finales aprobados de la carrera de Abogacía.

» 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 - o de una carrera equivalente en el ámbito nacional o extranjero que cuente con el reconocimiento por las autoridades correspondientes- 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 admiten trabajos de autores colectivos (co-autores)
- Hoja: A4
- Tipo de letra: “Arial” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas a pie de página, con un 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 se debe 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, no indicando 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 por un mínimo de tres de sus miembros. 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 nuevamente para su publicación por al dos miembros del Consejo de Redacción, entre los cuales se debe encontrar el Director o Vicedirector de la publicación.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la “Revista de Derecho de la 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

La elaboración de una hoja de estilo pretende disponer parámetros para otorgar coherencia global a los trabajos y fundar un estilo editorial.

En ese menester, se establecen perfiles de diseño editorial de la publicación destacando algunas reglas sobre las cuales se han de estructurar las citas y referencias bibliográficas.

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 U.N.S, al cual ha de recurrirse subsidiariamente frente a cualquier situación no contemplada expresamente por las presentes reglas de estilo.

II. Referencia o perfil del autor

Cada trabajo publicado indicará el nombre completo de sus autores. Se agregará a pie de página una breve nota de referencia del/los autor/es de cada artículo incluyendo título académico o grado de formación alcanzado con una frase nominal, cargos docentes o institucionales destacados y otros datos sobresalientes sobre su trayectoria.

III. 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.

IV. Resumen y Palabras Clave

Cada trabajo irá precedido, asimismo, de un Resumen y de una suma de Palabras Clave.

El primero consiste en una síntesis donde se informa los contenidos y alcances del artículo, así como también los objetivos planteados en el mismo. Su extensión no podrá superar las 200 palabras.

Las segundas, por su parte, abarcan un conjunto palabras clave para comprender la temática central del artículo, para facilitar de tal manera su clasificación

temática. Se solicita un mínimo de cinco (5) palabras clave.

Ambas secciones deberán presentarse en dos versiones: una en idioma español y otra en idioma inglés (Abstract y Keywords). Esta última podrá, no obstante, encomendarse al Consejo de Redacción.

Los trabajos incluidos en la sección Comentario de Fallo por excepción no incluirán Resumen, ni Palabras Clave.

V. Reglas generales de citación

Las citas serán organizadas en orden creciente numérico, y deberán constar al pie de la página. Esto no podrá ser reemplazado por el señalamiento de bibliografía al final del artículo.

a. 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.

b. Abreviaturas

Deberán evitarse las abreviaturas. De utilizarse han de indicarse con precisión.

c. Fuentes web

Las fuentes obtenidas de la web - preferentemente provenientes de páginas o portales de organismos oficiales y bases de datos legislativos o jurisprudenciales de libre acceso- deberán hipervincularse.

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.

VI. Fuentes

a. 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.)

b. 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 AGUSTÍN GORDILLO, “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.

c. 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);

d. 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.

e. 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* Nº 9212/003489, pp. 3-4.

f. 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)].

g. 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.

h. 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 julio de 2013
en la Editorial de la Universidad Nacional del Sur
Avenida Alem 925, Bahía Blanca
Se imprimieron 200 ejemplares.

