

REVISTA DE DERECHO UNS

AÑO V NUMERO III



DEPARTAMENTO DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



ISSN 2314-0747

REVISTA
DE DERECHO
UNS

 AÑO V NUMERO III



DIRECTORA: Monterubbianesi, María Laura
VICEDIRECTORA: Sotile, Patricia
SECRETARIO DE REDACCIÓN: Kunusch, Leandro

CONSEJO DE REDACCIÓN

Fernández Peña, Marcos
Mondino López, Fiorella

COORDINADORES DOCENTES

d'Empaire, Eduardo

COMITÉ ACADÉMICO

Miembros externos

Álvarez, Gonzalo (UBA)
Amaya, Amalia (UNAM- México)
Beloff, Mary (UBA)
Bullain, Iñigo (Universidad del País Vasco)
Cafferatta, Néstor (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)
Gómez Ligüerre, Carlos (Universidad Pompeu Fabra)

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

Miembros locales:

Acciarri, Hugo Alejandro
Ares, José Luis
Arruiz, Mario
Bouzat, Andrés
Conghos, Eduardo
Cortazar, María Graciela
d'Empaire, Eduardo
Irigoyen Testa, Matías
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 V, N° III, 2016
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, agosto de 2017.
©2017 Ediuns

PRÓLOGO

*“Estudiar no es un acto de consumir ideas,
sino de crearlas y recrearlas”.*

Paulo Freire

En su tercera edición, Revista de Derecho UNS pretende seguir siendo una herramienta al servicio de los operadores del Derecho y, por sobretodo, constituir un espacio que permita a los estudiantes de Abogacía comenzar a transitar el camino de la investigación.

La posibilidad que brinda poseer en el ámbito de la Universidad una revista académica, dirigida por y para estudiantes, no solo propicia sino que también alienta a los estudiantes a seguir avanzando en su formación profesional y a profundizar en aquellas temáticas que le resultan relevantes.

Contar en este número con trabajos sobre materias tan diversas como Derecho Penal, Derecho Privado, Derecho de Daños y Seguros, y Derecho del Consumidor, en su mayoría escritos por estudiantes y recientes graduados, no hace más que reafirmar nuestro compromiso por seguir construyendo este espacio de aprendizaje.

Asimismo, nos enaltece que destacados profesionales del ámbito local nos elijan para la publicación de sus trabajos, lo que constituye para nosotros, además de un gran honor, una cuota de confianza que realza la Revista.

Sumamente orgullosos de lograr una vez más una edición con publicaciones de excelencia, manifestamos nuestras felicitaciones a todos los autores, a quienes alentamos a seguir transitando este camino, y nuestro profundo agradecimiento a los miembros del Comité Académico por su continuo acompañamiento.

En lo personal, un particular agradecimiento a mis compañeros del Consejo Directivo y del Comité de Redacción, ya que fruto de la dedicación y el gran trabajo en equipo se hizo posible una nueva Edición de la Revista de Derecho UNS, permitiéndonos seguir aportando a la comunidad jurídica trabajos que deseamos sirvan para el debate y la reflexión de las cuestiones sobresalientes y más controvertidas del Derecho.

Patricia Sotile
Vicedirectora

INDICE

»DOCTRINA«

Notas sobre el llamado “Derecho Penal del Enemigo” Raúl Guillermo López Camelo	11
--	----

El choque de civilizaciones hoy: el paradigma de Huntington frente a la actualidad Federico D. Arrue.....	29
---	----

Actos de autoprotección y directiva médicas anticipadas Brenda Antollini	43
--	----

Usuarios vs Pacientes. Salud mental comunitaria y derechos Paul Majluf - Gabriela Robles	51
--	----

La inconstitucionalidad de la exclusión de los Profesionales Liberales del régimen de Defensa de Consumidor María Laura Monterubbianesi.....	63
--	----

Daños Punitivos. Análisis de los argumentos críticos a su incorporación Leonardo A. Urruti	79
--	----

El empleo de fórmulas algebraicas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad Leandro Couceyro.....	97
--	----

»ENSAYOS«

El Juicio por Jurados en la Constitución Nacional: imprescindibilidad de participación ciudadana en la administración de justicia penal Leandro Kunusch.....	109
--	-----

El arribo de los Derechos del Consumidor a la actividad aseguradora Maximiliano D. Herrera	129
--	-----

Uber y el sistema jurídico argentino
Marcos Fernández Peña147

Indicaciones para el autor161

Reglas de estilo165

»DOCTRINA«

NOTAS SOBRE EL LLAMADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” NOTES ABOUT THE SO-CALLED “CRIMINAL LAW OF THE ENEMY”

Raúl Guillermo López Camelo*

Sumario: I. Objetivo del presente trabajo. II. Antecedentes y puesta en escena de la teoría de Jakobs. III. Significación conceptual: persona/individuo y sociedad/entorno. IV. El “enemigo” en el Derecho penal. V. El “enemigo” en el Derecho Procesal Penal. VI. La experiencia argentina. La aplicación “sucia” del Derecho penal de enemigo. VII. Manifestaciones del Derecho penal del enemigo en la legislación nacional: a) La reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 CP); b) los delitos de peligro abstracto; c) violencia de género y el delito de “femicidio”; d) El condenado por delito contra la integridad sexual. VIII. Conclusiones.

“El derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exteriorice un hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por el otro, el trato con el enemigo que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combate por su peligrosidad”

Gunther Jakobs

Resumen

La globalización y el auge de la criminalidad organizada renueva el debate sobre la legitimidad del Derecho penal. De manera generalizada se alzan voces pidiendo mayor eficacia al sistema ante el flagelo de las modernas modalidades criminales y se reclaman respuestas contundentes. El accionar terrorista manifestado en los atentados de Nueva York en 2001, Madrid (2004), Londres

* Profesor Titular por concurso de *Derecho Penal I (Parte General)* en carrera de grado (UNS). Profesor Titular de *Derecho Penal Especial* en Especialización en Derecho Penal (posgrado) UNS.

(2005) y Boston (2013), la delincuencia económica en gran escala, el narcotráfico, la trata de personas y los reiterantes en delitos sexuales aparecen como demandas insatisfechas.

En Argentina la situación no es muy diferente aunque tiene matices particulares. Los ataques —aún impunes— a la Embajada de Israel (17/3/92) y AMIA (18/7/94), la ola preocupante de inseguridad y las noticias sobre abusadores seriales han llevado a la población a un descreimiento generalizado del funcionamiento de la Justicia y las instituciones; se piden penas draconianas, mayor prevención —aún a costa de ciertas garantías procesales— y fallos “ejemplares” que reviertan la incredulidad.

Son tiempos, entonces, en que es necesario discutir la viabilidad de la propuesta científica del llamado “Derecho penal del enemigo”.

Palabras clave: Derecho Penal – Enemigo – Jakobs – Dictadura argentina – “enemigo” en el derecho argentino.

Abstract

The Globalization and the rise of organized criminality renew the discussion on the legitimacy of criminal law. In a widespread way voices are raised asking for a system more effective against the scourge of modern criminal procedures and forceful responses. The terrorist actions manifested in the attacks in New York in 2001, Madrid (2004), London (2005) and Boston (2013), the economic delinquency on a large scale, the drug trafficking, trafficking in persons and the reiteratives sexual crimes appear as unsatisfied demands.

In Argentina the situation is not very different, though it has its nuances. The attacks —still unpunished— to the Embassy of Israel (17.03.92) and AMIA (07.18.94), the worrying wave of insecurity and news on serial abusers have led the population to a widespread disbelief on the functioning of justice and institutions; draconian penalties, major prevention —even at the expense of certain procedure guarantees— and failures “exemplary” are asked to revert disbelief.

These are times when it is necessary to discuss the viability of the scientific proposal called “criminal law of the enemy”.

Keywords: Criminal Law – Enemy – Jakobs – Argentina’s dictatorship – “Enemy” in Argentinean’s law.

I. Objetivo del presente trabajo

En esta breve monografía me propongo presentar la tesis de Jakobs a partir de sus trabajos sobre el tema y las entrevistas que brindó, en ocasión de sus visitas a eventos académicos que pude encontrar traducidos al español.

El primer paso será establecer con trazo grueso el pensamiento del maestro alemán, el significado de la terminología empleada y su visión del Derecho penal en la posmodernidad; luego he de mostrar su explicación en la órbita del Derecho penal de fondo y la vertiente procesal. Posteriormente, me ocuparé muy sumariamente de la expresión del Derecho penal del enemigo durante la última dictadura que rigió los destinos de nuestro país, tratando de demostrar la diferencia que tiene con la teoría de Jakobs. Finalmente, analizaré algunas disposiciones legales que, en mi opinión, son muestras de Derecho penal del enemigo en el derecho positivo argentino.

II. Antecedentes y puesta en escena de la teoría de Jakobs

Según cuenta Francisco Muñoz Conde, en ocasión del Congreso sobre “Los retos de la ciencia del derecho penal ante el futuro” (Berlín, octubre 1999), el más genuino y destacado representante de la tendencia funcionalista en la dogmática jurídico-penal, el profesor Gunther Jakobs, expuso con cierto aire de provocación una tesis que no solamente pretende describir una realidad sino que invita a pensar sin hipocresías. Esta se resume en lo siguiente: habrá de reconocerse y admitirse que en las actuales sociedades, junto a un Derecho penal dirigido como única tarea a restablecer, a través de la pena, la vigencia de la norma quebrantada por el delincuente y la confianza de los ciudadanos en el Derecho, respetuoso del sistema de garantías y límites del poder punitivo del Estado, había otro Derecho penal, un “*Derecho penal del enemigo*”, en el que el Estado frente a determinados sujetos, que de forma grave y reiterada se comportan en contra de las normas básicas que rigen la sociedad y constituyen una amenaza para la misma, tiene que reaccionar de forma mucho más contundente para restablecer, no ya la seguridad y la confianza normativa, sino la “seguridad cognitiva”, en donde es lícito la imposición de penas desproporcionadas y anticipar la penalización a conductas que no han afectado bien jurídico alguno (meramente sospechosas) y eliminando o reduciendo al mínimo las garantías y derechos procesales (*De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, 2005, p. 16/17). Sin embargo, esta concepción del sistema penal tuvo su primera aparición en una intervención del profesor

Jakobs en las Jornadas de penalistas alemanes, celebradas en *Frankfurt am Main* en 1985, con su ponencia titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”¹, en que propone la anticipación de la barrera de punibilidad en los casos de especial peligrosidad, aunque ocupándose fundamentalmente de la criminalización de los delitos de peligro abstracto. Le siguen varios estudios y ponencias en eventos científicos, hasta que en 2003 y como reacción ante los trágicos atentados a las Torres Gemelas de Nueva York (11/11/01), publica un artículo en alemán y luego traducido al español² en el que se ocupa con argumentación filosófica del concepto de enemistad ante el Derecho. La polémica ya estaba instalada y desde distintas posiciones le fueron formuladas serias observaciones, al considerarse altamente peligrosa para la vigencia de los principios de un Estado de Derecho liberal, por las implicancias dogmáticas y procesales que acarrea. Esto hizo que el profesor Jakobs siguiera ampliando en sucesivas notas, conferencias y entrevistas su posición, aduciendo que no hace más que *describir* una realidad de la sociedad moderna y si se trata de un diagnóstico que genera *miedo*, no es su problema, a menos que se caiga en la vieja costumbre de matar al mensajero que trae la mala noticia por lo indecoroso de su mensaje³.

III. Significación conceptual: persona/individuo y sociedad/entorno

Autodefinido como partidario del “funcionalismo sistémico”, Jakobs nos dice que el funcionalismo jurídico penal es la teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad⁴. Ser *persona* significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador sino que es representación de una competencia socialmente comprensible⁵.

¹ JAKOBS, GUNTHER, “Criminalización en el estadio previo a la lesión a un bien jurídico”, en Gunther Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos/Carlos Suarez González/ Manuel Cancio Meliá, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid y Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 y ss., esp. 295 y ss.

² JAKOBS, GUNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel Cancio Meliá en Gunther, Jakobs/ Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 y ss.

³ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit. prólogo, p. 15

⁴ JAKOBS, GUNTHER, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez, Universidad Autónoma de Madrid. Cuadernos Civitas, 2000, p. 15.

⁵ Ídem, pp. 50/51.

Las *personas* se integran en el *sistema* y se definen en tanto tales porque desempeñan una *función* en la estructura social, o sea, solo las *personas* integran la *sociedad* en la que cumplen un rol por el que administran un segmento de la realidad social. Un juez, un taxista, un docente, etc. son personas en la sociedad en tanto desempeñan una función que —conforme a su rol— coadyuva a integrar, en la medida que le corresponde, la estructura social y, con ello, a la estabilización del sistema.

La persona es “*persona en derecho*” no porque disponga o no de derechos, sino porque ha de adecuar su comportamiento a la norma, de manera que responderá si se produce una defraudación de una expectativa social institucionalizada en una norma: responde por la infracción de un rol.

Por su lado, *los individuos* forman parte del *ambiente*, del *entorno*, y no participan en la estructura social en un ámbito concreto. Sin embargo, esa *exclusión* de la sociedad no es total, por ejemplo, un inimputable es un “individuo” respecto del Derecho penal porque su acción no comunica contrariedad a la norma, esto es: no manifiesta *expresiones de sentido comunicativamente relevantes*. Esto no significa, según nos dice uno de los discípulos del maestro alemán, que aquel inimputable no sea titular de bienes jurídicos

Así, entonces, para el funcionalismo sistémico, la comunicación marca el límite entre “*sistema*” o “*sociedad*” y “*entorno*”, siendo privativo de las personas la pertenencia a la sociedad, en tanto que en el *entorno* quedan incluidas las personas y los individuos.

La idea básica —nos dice Jakobs— es que

el concepto de persona es una institución normativa, y una institución tal únicamente puede brindar orientación cuando se encuentra cimentada cognitivamente. Esa cimentación cognitiva de la vigencia de la norma falta, en cambio, cuando nos hallamos con un autor con elevada probabilidad de que se va a seguir comportando de manera delictiva. El sujeto no solamente no da seguridad de comportarse como persona en Derecho (lo que supone respetar a los demás como tales personas, así como respetar los derechos de los demás) sino lo contrario: crea inseguridad cognitiva acerca de que la norma va a seguir desplegando su vigencia protectora de los derechos de los demás⁶.

⁶ *Consideraciones sobre el Derecho penal moderno*, Entrevista al Prof. Dr. h.c. mult. Gunther Jakobs (Traducción del Dr. Miguel Polaino-Orts): <http://www.derechopenalenlared.com>.

Se ha criticado a Jakobs no solo por los peligros que encerraba su tesis de la condición de ‘no personas’ en la aplicación del sistema penal⁷, sino también por resultar *peyorativa*⁸, cuando, en realidad, según sus seguidores, debe ser tomada como *garantista*, y lo ilustran con lo siguiente: cuando de un menor se dice, por ejemplo, que es “no persona”, sino “individuo”, no se quiere decir que no disponga de dignidad, ni de derechos sino que queda excluido de la participación en la integración social, por caso: al no poder votar, es *individuo* en la vida electoral, pues no le compete administrar segmento alguno de la realidad, no tiene derecho en ese ámbito (no puede elegir ni ser elegido)⁹.

IV. El “enemigo” en el Derecho penal

Partiendo de los postulados establecidos por Jakobs, el derecho penal del enemigo hace referencia a un derecho penal que trata a los infractores, a determinados infractores, no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que, por lo tanto, deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste¹⁰.

Según Jakobs, en aquellos casos en los que la expectativa de un compromiso personal es defraudada de manera duradera, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de “delitos sexuales” y otras infracciones penales peligrosas, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona; no es aquel infractor leve que pueda cometer un desliz, una comunicación defectuosa en forma de delito, a quien a través de la imposición de la pena se le puede hacer sentir el funcionamiento del sistema, sino que se trata de quienes se han apartado

⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, 2005, p. 28 y su nota 3. Haciendo un paralelo entre esta tesis y el proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad” (obra de Edmund Mezger y Franz Exner), el profesor español advierte que estas ideas hacen tambalear los fundamentos del Estado de Derecho, favoreciendo o legitimando los excesos de los autoritarismos.

⁸ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., p. 22.

⁹ POLAINO ORTS, MIGUEL, *Derecho penal del enemigo*, cit., pp. 76/77.

¹⁰ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., p. 24. Con fundamento filosófico en Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant, el ilustre profesor alemán nos dice que el vínculo al que denominamos “Derecho” solo es posible entre personas titulares de derechos y obligaciones, en tanto que la relación con el enemigo no se determina por el Derecho sino por la coacción (pp. 25/26).

de manera decidida y duradera del Derecho al punto que no prestan la más mínima garantía y que se erigen en una amenaza permanente hacia la sociedad. En estos casos, es *deber* del Estado no tratarlo ya como persona, pues se pone en riesgo el derecho a la seguridad de los demás¹¹.

Si bien Jakobs nos brinda el concepto de “enemigo” en el Derecho penal¹², la definición la encontramos en uno de sus discípulos españoles al decir que

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectiva y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que —precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de los ciudadanos (“personas en Derecho”)— ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto en aras de la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y —en consecuencia— la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma¹³.

En este orden de ideas, la diferencia entre el Derecho Penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo es la siguiente: el Derecho penal del ciudadano es Derecho penal para hechos ocurridos; si encontramos al instigador o a las otras personas de atrás, los sancionamos debido a la instigación o la coautoría en los

¹¹ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit. pp. 39, 40 y ss., puntualmente, pp. 47/48, con fundamento en Kant.

¹² “El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual o peligroso) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, el tráfico de drogas) o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, el complot de asesinato), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”. (JAKOBS, GUNTHER “La ciencia penal ante los retos del futuro” en ESER/ HASSEMER/BURKHARDT, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, trad. de TERESA MANSO (citada por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, cit. pp. 37/38). Los mismos términos emplea Jakobs al describir varios ejemplos de Derecho penal del enemigo que encuentra en la legislación alemana en que, opina, le dan la razón sobre la necesidad de adelantar la punibilidad al ámbito de la preparación y en donde la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Ver su *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., pp. 39/40.

¹³ POLAINO ORTS, MIGUEL, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 93.

hechos cometidos, pero respecto de quienes tenemos la sospecha de que volverán a hacer algo así de nuevo por su pertenencia a organizaciones criminales, *los castigamos por delitos futuros, no debido a los delitos cometidos* (sic)¹⁴.

V. El “enemigo” en el Derecho procesal penal

El preventivismo penal *jakobsiano* tiene también su manifestación en el Derecho procesal penal, donde la polarización se dará entre “proceso penal” y “guerra”. En el *proceso penal* preponderará la legitimidad, esto es, la adecuación a la legalidad, en tanto que en la *guerra* rige la conveniencia, la utilidad, la oportunidad, esto es, la adecuación al fin. El ciudadano transitará su juzgamiento en el primer andarivel, en tanto que para el enemigo se aplica lo segundo¹⁵.

El *ciudadano* imputado en el proceso penal asume la calidad de *sujeto procesal* con derecho a la tutela judicial, a solicitar las pruebas; no puede ser engañado ni coaccionado y la limitación de su libertad ambulatoria con la prisión preventiva se agota en una mera coacción física con arreglo a la legalidad.

Para el *enemigo*, la regulación procesal es gobernada por la coacción, donde es válida la privación de libertad prolongada si se sospecha que el sujeto sigue siendo peligroso, ya que lo que se busca es neutralizar los factores de riesgo de un sujeto que se ha autoexcluido del sistema con la consiguiente pérdida o devaluación de derechos como la libertad por mera sospecha y la incomunicación incluso con su defensor, la posibilidad de allanamiento con fines investigativos, el registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas, pues lo que está en juego (bienes jurídicos de las “personas” o el sistema social mismo) deben prevalecer a la hora de establecer las prioridades¹⁶. Advierte Jakobs, sin embargo, que el llamado Derecho penal del enemigo no puede ser la regla en un Estado de Derecho sino que debe ser empleado en situaciones excepcionales y acotado a determinada criminalidad (terrorismo, trata de personas, narcotráfico

¹⁴ Entrevista realizada por el GLIPGo al Prof. Gunther Jakobs el 5/9/11 (Gotingen, Alemania). Entrevista elaborada originalmente en alemán por la Dra. María Laura Bohm y Diego Fernando Tarapues Sandino, consultado el 29/08/13 <http://www.tarapues.info/2013/01/entrevista-al-prof-dr-hc-met.html>. El destacado me pertenece.

¹⁵ Entrevista al Prof. Gunther Jakobs, en www.derechopenalened.com cit.

¹⁶ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., pp. 43/46. También, sus respuestas en la entrevista realizada el 26 de julio de 2006 en ocasión de su visita invitado por el Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires y la Universidad Austral puede consultarse en <http://www.lanacion.com.ar/cultura> (consulta del 30/03/2013).

y delincuencia sexual habitual). Al contrario de lo que pueda insinuarse, en los Estados no civilizados, todo el Derecho es Derecho penal del enemigo, en tanto que en los Estados civilizados, para las situaciones “normales” opera el Derecho penal del ciudadano y se reserva el Derecho penal del enemigo como reacción excepcional a situaciones de alta peligrosidad¹⁷.

VI. La experiencia argentina. La aplicación “sucia” del Derecho penal del enemigo

Entre los años 1976 y 1983 se dio el período en que en la Argentina rigió la dictadura militar que utilizó el aparato estatal para llevar a cabo un plan sistemático y generalizado de represión contra distintos sectores de la población civil, identificados y seleccionados por el Estado mismo a razón de ideologías políticas, religiosas, morales, sociales, gremiales, etc., que de modo genérico se denominó “la lucha contra la subversión”. Sin embargo, esto no se trató de una política de Estado que actuara para repeler o reprimir actos de terrorismo o subversivos sino que se trató de un plan clandestino de represión que otorgó absoluta discrecionalidad al aparato estatal en su integridad para afectar de manera indiscriminada los derechos de terceros¹⁸.

Este plan de acción tenía un soporte legal “de facto”¹⁹ con el que se quería disimular una virtual “guerra de policía” o “guerra de inteligencia”, basada en un dispositivo que se activaba —a partir de la información recabada por los organismos de inteligencia (que integraban la “comunidad informativa”)— y se iniciaba con la detención de una persona sospechada de tener vínculos con las organizaciones armadas que se pretendía reprimir. Luego esa persona era trasladada

¹⁷ La propuesta de Jakobs es establecer un Derecho penal de excepción para casos excepcionales que no se mezcle con el ordinario para los ciudadanos. El temor a reconocer la necesidad de un derecho de excepción como necesaria reacción ante individuos peligrosos ha llevado en ocasiones a los Estados a mezclar estos polos de punición y con ello, a convertir en regla lo que debe ser excepción. Así, entonces, nos dice que un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo (*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., p. 50 y ss., puntualmente, p. 56).

¹⁸ Lo describen numerosas causas sustanciadas para el juzgamiento de responsables y se resalta en la causa A- 190/11 “Aguirre, Emma del Valle” del TOF de Tucumán del 30/3/11. Puede consultarse en <http://www.cels.org.ar/blogs/2012/EMMA>, consultado el 30/08/2013.

¹⁹ Decretos-leyes 21.259, 21.264, 21.268, 21.322, 21.323, 21.325 y 21.338. Asimismo, como se señala en el fallo “Olivera Róvere”, se echó mano de la Directiva del Consejo de Defensa n° 1/75 (Lucha contra la subversión), la Directiva del Comandante General del Ejército n° 404/75, la Orden Parcial n° 405/76, la Directiva n° 504/77, que tenían por finalidad utilizar la fuerza del aparato militar y estatal contra lo que se considerara subversivo (LA LEY, 2007 b; 132).

a un lugar de detención donde era sometida a tormentos para recabar información sobre sus vinculaciones, lo que generaba nuevas detenciones. A su vez, el alojamiento de los detenidos se realizaba en los denominados “lugares de reunión de detenidos” (conocidos como “centros clandestinos de detención”), que estaban en condiciones inhumanas de vida, hasta que se resolviera el caso, que, según su grado de compromiso (o contactos con personas influyentes del poder) pasaba a revistar detenido a disposición del PEN (“blanqueado”) o, en una enorme cantidad de casos, a ser “trasladados”, lo que se traducía en la muerte en enfrentamientos ficticios y/o desaparición de cuerpos para borrar todo rastro²⁰.

Claro está que este mecanismo represivo no solo contrasta palmariamente con el Estado de Derecho, sino que aparece como una versión bastarda del Derecho penal del enemigo. Pues más allá de que lo liga el mismo objetivo (considerar al enemigo como “no persona” y en donde es justificada la supresión de sus derechos y garantías)²¹, la teoría de Jakobs se sustenta en que se trata de un Derecho penal especial. *Especial* en cuanto a las figuras delictivas (fuentes de peligro de suma gravedad), *especial* en cuanto a las formas del proceso (hay devaluación, no eliminación de garantías) y *especial* en cuanto al tratamiento carcelario (los derechos humanos no son eliminados, sino que el enemigo con su conducta se ha hecho acreedor de un tratamiento penitenciario diferenciado)²². Con esto se

²⁰ Esto aparece desarrollado en la emblemática causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Crim. y Correcc. Federal que juzgara a los comandantes de las Fuerzas Armadas, que luego fuera revisada por la CSJN (Fallos 309:1694).

²¹ La postura de Jakobs en este aspecto es lacerante: Se le pregunta “Considerar a un individuo enemigo de la sociedad ¿no puede conducir a la legalización de la tortura?”, a lo que el jurista responde: “Si solo se considera a un individuo como enemigo, eso no justifica la existencia de la tortura. El problema de la tortura es especialmente complejo. No se agota con la distinción entre ciudadano y enemigo, sino que los mayores problemas surgen cuando al sujeto le compete un deber jurídico para expresar una opinión en un determinado caso. Por ejemplo: cuando un cómplice de un delito se niega a declarar y de esa declaración depende la vida de alguien, se plantea la cuestión sobre si puede conminarse al sujeto de manera enérgica, dentro de ciertas garantías, a que cumpla con su deber. En Alemania hubo un caso de una persona que sabía dónde estaba secuestrado el hijo de un famoso banquero. Un policía lo torturó para que confesara y confesó. En consecuencia, el niño fue hallado, pero el policía fue condenado. ¿Qué puede pensarse de ese resultado?” (Entrevista en <http://lancion.com.ar/cultura> cit.).

²² Se le pregunta a Jakobs: “Tras el 11 de septiembre, los legisladores y juristas de Estados Unidos se escudaron en el Derecho penal del enemigo para aprobar la Ley Patriota, la cual faculta a la policía a allanar casas y pinchar teléfonos de sospechosos de terrorismo sin orden judicial; y también se ha justificado lo que ocurre en la cárcel de Guantánamo ¿qué opinión le merecen esas situaciones?” Responde Jakobs: “Probablemente a Guantánamo se le pueda calificar como un ejemplo del Derecho penal del enemigo, aunque no estoy de acuerdo con eso. Guantánamo es un ejemplo del Derecho penal del enemigo mal aplicado, que no respeta lo que se respeta en el Derecho penal del enemigo en los Estados civilizados. Sin embargo, en este caso el problema

quiere significar que, si bien en “esencia”, el terrorismo de Estado, que regía en nuestro país, tenía por objetivo la instauración de un nuevo orden en el que no cabían determinadas clases de personas que fueron considerados “enemigos” en una guerra sucia propuesta por los grupos subversivos, lo cierto es que importó una práctica caracterizada por la suspensión absoluta de las garantías de los ciudadanos perseguidos y la implementación de un sistema de violencia marcada por la ilegitimidad, la desmesura, la impunidad y el absoluto desprecio por la dignidad humana, muy lejos de lo que se propone en la tesis jakobsiana.

VII. Manifestaciones de Derecho penal del enemigo en la legislación nacional

Al calor de las repercusiones mediáticas de hechos resonantes, de alineamiento en las tendencias internacionales, y —¿porqué no admitirlo?— de las encuestas en la campaña electoral, donde los distintos candidatos tratan de dar respuesta a los reclamos de la gente²³, y aún asumiendo las susceptibilidades que esto pueda generar, tengo para mí que nuestro derecho positivo ha sido salpicado de varias disposiciones que pueden ser consideradas como expresión de un Derecho penal del enemigo. Será, entonces, propicio que nos preguntemos si seguimos en esta tendencia. En caso de responder afirmativamente, convendrá en referencia a cierta “higiene” legislativa, fijar claramente la Política Criminal como una de las funciones inherentes al Estado de Derecho y no mezclar disposiciones, que a la hora de su aplicación pueden traer severas contradicciones²⁴.

no es el Derecho penal del enemigo sino de quienes lo usan para aplicar normas que exceden lo permitido. En los Estados civilizados, el Derecho penal del enemigo solo se emplea en situaciones excepcionales” (www.eldelitoblogspot.com).

²³ Basta repasar los diarios de estos días, previo a las PASO 2013, para ver que casi todos los candidatos se ocupan del tema de la inseguridad y hacen propuestas de endurecer el catálogo punitivo para el tráfico de drogas, los hechos con armas y los abusadores sexuales. Por su lado, el flamante Ministro de Seguridad de la Provincia, Alejandro Granados ha sostenido públicamente “...se está en guerra con los delincuentes...son ellos o nosotros”. No está mal atender las demandas de la sociedad en temas tan sensibles, pero sería deseable que a la par de la *represión*, también vuelquen ideas sobre la *prevención* de la delincuencia, que no pasa solo por el sistema penal sino por la elaboración de políticas sociales, de mercado laboral y de oportunidades.

²⁴ Dice Jakobs: “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo” (*Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 56).

a) La reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 CP)

En su redacción original, esta modalidad de cumplimiento accesorio a la pena se cumplía “*en un paraje de los territorios del Sud*”, que —por entonces— lo era el tristemente célebre penal de Usuahia. El texto vigente no contempla esa deportación pero no ha variado la esencia de la disposición, pues viene a ser una medida de seguridad y no una pena lo que se impone como “accesorio”. Es que al hacer efectiva la medida que autoriza el art. 52, ella va como *accesoria* de la última condena; quiere decir, entonces, que la condena que se aplica es la pena y la reclusión por tiempo indeterminado es una medida accesorio para que el delincuente incorregible no pueda seguir actuando en la sociedad una vez cumplida la condena. Si bien el legislador emplea la palabra “reclusión” y ella es la designación que da el Código a una especie de pena, originariamente el término empleado era “relegación” y la ley 4189, que es fuente de esta disposición, establecía que la “relegación” y los penados pasibles de esta medida tenían calidad de deportados, siendo sometidos a un régimen de libertad vigilada²⁵.

Es el mismo mentor de nuestro Código Penal quien le da este significado al decir

Los reincidentes por segunda vez, deberán cumplir su pena con relegación en un paraje de los territorios del sud. Esta relegación, equivalente a la deportación actual, se impondrá como accesorio por tiempo indeterminado cuando se hubiere incurrido en el número de condenas que precisa el proyecto²⁶.

Más allá de que esta disposición no es de aplicación frecuente, su vigencia en el código penal argentino nos recuerda que, para nuestro legislador, el tratamiento asignado al delincuente habitual o multirreincidente responde al estereotipo de una categoría encuadrable en lo que Jakobs entiende como “enemigo” por su pertinaz apartamiento del Derecho y que lo torna una fuente de peligro al que hay que apartar de la sociedad luego del cumplimiento de la pena.

b) Los delitos de peligro abstracto

El código penal argentino contiene varias figuras de peligro abstracto en los que el peligro se presupone como motivo establecido por el legislador aunque

²⁵ MALLO, MARIO M., *Código Penal Argentino comentado y sus leyes complementarias*. Ed. Bibliográfica Argentina, Bs.As. 1948, t. I, pp. 355/356.

²⁶ MORENO, RODOLFO, “Prólogo” al *Código Penal Argentino, tomo I (Antecedentes)*, Edición recopilada y ordenada por J.C. Raffo de la Reta, Diputado Nacional por Mendoza. Bs.As., Talleres Gráficos Argentinos de I.J. Rosso y Cia, 1921, p. XXVI.

no aparezca especialmente en la descripción típica. Su constitucionalidad puede ser objetada por inobservancia del principio de lesividad (derivado del art. 19 CN) al castigarse los actos preparatorios. Algunos ejemplos de esta modalidad típica la encontramos en el art. 14 de la ley 23.737 que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal; el art. 213 que penaliza la apología del crimen; el art. 189 bis que penaliza la tenencia de armas o de materiales que pongan en peligro la seguridad común; 213 ter y quater que penaliza la pertenencia o financiamiento de una asociación ilícita con finalidad terrorista; etc.

Estos ejemplos también encuentran alojamiento en las categorías jakobsianas de “enemigo” cuando alude a la incriminación por la *peligrosidad latente* y su punibilidad anticipada, esto es, sin necesidad de que se comience la ejecución. Se castiga la posesión (o tenencia) de elementos peligrosos o se castiga el status del sujeto por su pertenencia a una organización que lo convierte en un sospechoso al que hay que observar y separar, pues resulta intolerable convivir con ellos²⁷.

c) Violencia de género y el delito de “femicidio”

Acompañando la tendencia del mundo occidental en torno a los derechos de las mujeres y la erradicación de la violencia de género, la Argentina ha articulado una serie de políticas públicas relativas a la cuestión de la violencia intrafamiliar y se han incorporado a nuestra legislación una serie de normas tendientes a aislar y/o sancionar al “maltratador”²⁸.

Las normas legales prevén distintas medidas para neutralizar las agresiones contra las mujeres (exclusión de la residencia del hombre agresor, suspensión

²⁷ JAKOBS, GUNTHER, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit. Sobre este tema creo conveniente transcribir la opinión de Jakobs: “... ¿qué es o qué sentido tiene la asociación terrorista si no es para planear cualquier tipo de delitos o si no están ya planeados?...quien es miembro de una asociación terrorista ya se hace sospechoso y con aquel que se hace sospechoso ya no se puede convivir más en paz...” Entrevista por el GLIPGo, cit.

²⁸ *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por la ONU el 18/2/79 y ratificada por nuestro país en 1985 por ley 23.179 incluida en el bloque de constitucionalidad federal por el art. 75 inc. 22 CN; *IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer* (Beijing, 15/9/95); *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*; *Convención de Belém do Pará*, ratificada por nuestro país el 5/7/96 por ley 24.632; Ley 24.417 de *Protección contra la Violencia Familiar*; Ley 26.485 de *Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*; Ley 26.791 que introduce una serie de novedosas modificaciones al art. 80 del C.P. entre las cuales se incorpora el delito de “femicidio”.

del régimen de visitas, prohibición de acercamiento, etc. (art.26 ley 26485; art. 4 y ccdtes. ley 24.417). Asimismo, el inc. 11 del art. 80 del código penal prevé la figura de “femicidio” que agrava el homicidio de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. No es el caso analizar las reformas incorporados por la ley 26.791, sino centrarnos en que el “femicidio” es una calificante del homicidio de una mujer a manos de un hombre llevada a cabo en un contexto de género.

Estas normas se corresponden, como es evidente, con la descripción que Jakobs hace del sujeto “peligroso” y al que hay que dispensarle un tratamiento diferenciado (medidas cautelares de alejamiento) y severo en el castigo (homicidio agravado cuando es cometido en un contexto de violencia de género), lo que hace que permita su encuadramiento en la categoría de “enemigo” para el Derecho Penal.

d) El condenado por delito contra la integridad sexual

Por ley 26.879 se dispuso la creación del Registro Nacional de datos genéricos vinculados a delitos contra la integridad sexual, comúnmente denominado “Registro de Violadores”, en el que constarán los datos genéticos de los condenados con sentencia firme por abuso sexual, con fotografías, domicilio actual y todo dato que permita la identificación. Asimismo, habrá un banco de información genético de las víctimas de tales delitos y de los autores que permitan facilitar la investigación y esclarecimiento de hechos de esta naturaleza y determinar los responsables.

El archivo de esta información, por el plazo de cien años y que no rijan a este respecto los plazos de caducidad del art. 51 del código penal, sumado a otras normas de ejecución de pena, como por ejemplo que no puede gozar del beneficio de libertad asistida ni salidas transitorias (art. 100, tercer párrafo, inc. 2 de la ley 12.256 de la Pcia. de Buenos Aires), nos indica que dicho sujeto es, a todas luces, un tipo criminológico de autor que encuadra en la categoría del Derecho penal del enemigo. Es el propio Jakobs, quien aludiendo a la legislación alemana, considera que por su peligrosidad se han apartado de modo decidido y probablemente de manera duradera del Derecho, no ofreciendo ninguna garantía que permita su tratamiento como persona²⁹. En estos casos, el legislador reacciona con mayor dureza en el tratamiento y habilita una vigilancia diferenciada por su especial peligrosidad.

²⁹ JAKOBS, GUNTHER, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit, pp. 39/40.

VIII. Conclusiones

Con lo anterior he acabado ya con ese vistazo rápido a la teoría de Jakobs y sus implicancias en nuestro derecho positivo, tal como había prometido. Son muchas y variadas las críticas que ha recibido el maestro alemán por su llamado Derecho penal del enemigo: se le ha objetado el fundamento filosófico, su paralelo con la legislación nazi sobre “extraños a la comunidad”, su incompatibilidad con los principios del Estado de Derecho, el germen autoritario que encierra su apelación al derecho penal *de autor* en contraposición al derecho penal *de acto*, etc., a lo que, lejos de aceptarlas, ha profundizado su postura con el argumento de que la realidad delincencial del mundo y las respuestas de los Estados civilizados no hace más que ratificar el acierto de su opinión, aunque cueste admitirlo por cuestiones ideológicas³⁰.

No será mi pluma la que aporte claridad a la polvareda dogmática en la que se encuentran envueltos los máximos referentes de nuestra ciencia, ni tampoco la que ponga en tela de juicio las afirmaciones de unos y otros. El objetivo que me propuse está cumplido y solo resta esbozar alguna conclusión personal.

Tengo para mí que asistimos nuevamente a esta suerte de *corsi e ricorsi* a que nos tiene acostumbrado el discurso penal desde que Beccaría alzó su voz contra lo que se consideraba un sistema obsoleto, en crisis y con urgencia de reacomodamiento a los nuevos tiempos. A propósito apunta Zaffaroni :

la descripción de las características del embate contemporáneo contra el derecho penal liberal (...) no reproduce ninguno de los autoritarismos históricos o pasados, lo cierto es que parece reciclar elementos que se hallaban en casi todos éstos,

lo que permite sostener que “existen discursos que son idénticos, aunque los contenidos y la tecnología varían culturalmente”³¹.

³⁰ Hasta puede pensarse que Jakobs redobla la apuesta en este pasaje: Se le pregunta: “En qué ideas o creencias deposita su confianza en que mejorará la situación que describe?, a lo que responde: “No hay esperanza. Solo análisis. Las esperanzas son solo privadas: la esperanza de tener una mujer bonita, la de tener comida, la de disponer de agua potable. El científico tiene que hacer análisis, y los análisis son necesariamente duros si se refieren a la realidad. Si alguien no quiere hacer análisis duros, entonces tendría que ser politólogo, pero no científico”. (Entrevista <http://www.lancion.com.ar>>cultura cit.)

³¹ *Lectio Doctoralis* en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, publicada en EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, Editorial B de f, 2005, p. 159

Estamos, entonces, ante el desafío del nuevo milenio y nuevamente se abre el debate sobre la legitimidad del sistema penal, su eficacia y su imprescindible adaptación a las modernas formas de criminalidad, trayendo esta vez al ruedo la tensión entre *seguridad* versus *garantías*, que se refleja en la vieja discusión respecto a la *función* del Derecho penal, esto es, si el Derecho penal tiene como función el fomento de valores éticos o la exclusiva protección de bienes jurídicos. Como advierte Demetrio Crespo³²,

si la seguridad es un valor autónomo, acordaremos que a mayor derecho penal, mayor seguridad. Si por el contrario, el derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento delinquir, la idea de seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías porque se transforma en inseguridad (indeterminación en la tipificación de las conductas, indefinición de bienes jurídicos protegidos, adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de peligro o en la relajación de garantías) en pos de la eficacia.

Según enseña Jiménez de Asúa,

la Política criminal es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de las cuales se lucha contra el crimen, valiéndose, no solo de los medios penales, sino también de los de carácter asegurativo³³.

En otras palabras, no es sino una de las políticas públicas del Estado mediante la cual se selecciona y valora aquellos intereses que por su trascendencia merecen protección penal y que, a través de decisiones políticas, se fijan objetivos para la prevención y represión del delito. De lo expuesto nos surgen dos cuestiones: la primera es que estamos ante un supuesto que hace a la Política Criminal; luego, si el llamado Derecho penal del enemigo, tal como lo desarrolla Jakobs, es admisible en un Estado liberal de Derecho.

A pesar de que vivimos en democracia ininterrumpidamente desde hace treinta años, asistimos a un notable incremento de normas penales que reconocen dos fuentes, una justificada y la otra generada a partir de la demagogia. En el primer caso, a partir de la reforma constitucional de 1994 han adquirido rango constitucional numerosos tratados y convenciones cuyos principios y

³² DEMETRIO CRESPO, EDUARDO *El "Derecho penal del enemigo". Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad* en www.juridicasunam.mx, p. 89

³³ JIMENEZ DE ASÚA, LUIS *La Ley y el Delito*. Editorial "Andrés Bello". Caracas. 1945, pp.69/70

preceptos modifican, actualizan e incorporan varias figuras del código penal: trata de personas, pornografía infantil, violencia de género, terrorismo, lavado de dinero, etc., que no son sino consecuencia del alineamiento de Argentina en la lucha contra la delincuencia organizada y el interés que se ha despertado en la sociedad moderna por la efectiva protección de los derechos humanos de quienes sufren el impacto de la violencia de género.

A la par de lo anterior, la legislación penal argentina ha experimentado un notable crecimiento de disposiciones de coyuntura que se enmarcan en el llamado “discurso de emergencia”, que por lo general no nacen a partir de encuentros académicos, sino que constituyen la respuesta al impulso de las necesidades apremiantes de la sociedad o bien para satisfacer compromisos políticos³⁴, con consecuencias desastrosas en la sistemática del código y, a la vez, de la ingenuidad de creer (o pretender que así se vea, lo que es peor) que cualquier problema social se soluciona con el código penal.

En un Estado de Derecho, la política criminal debe ajustar sus prioridades, objetivos y medios al principio de legalidad para que sea racional. Si la concebimos solo como una actividad libre de atadura constitucional, sería una política criminal irracional sometida al capricho o arbitrariedad del legislador, generando una fuerte inseguridad jurídica.

La falta de coherencia, la improvisación y una técnica de legislación “espasmódica” prescindente del aporte académico ha sido la constante de los últimos años. Como no basta el poder político para saberlo todo, el resultado ha sido que no contamos con una política criminal y si la tenemos, es de pésima factura.

Dicho lo anterior, me ocuparé de la otra cuestión planteada y que pasa por el reclamo de un Derecho penal moderno que brinde herramientas eficaces para la lucha contra aquella criminalidad, principalmente la organizada (terrorismo, narcotráfico, trata de personas, lavado de activos, etc.), la inherente a una sociedad de riesgo (delitos contra el medio ambiente) y aquella en que se advierte reiteración por inutilidad en la ejecución de la pena (abusadores sexuales o maltratadores de género), en donde parece que el sistema penal tradicional aparece obsoleto, lerdo e inoperante. Viene, entonces, el turno de preguntarnos si la teoría de Jakobs es compatible con las exigencias de un Estado de Derecho.

³⁴ FIERRO, GUILLERMO J. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia* en AA.VV. *Teorías actuales en el Derecho Penal, 75 aniversario del código penal*. Ad hoc 1998, p. 621 y ss.

El Derecho penal “clásico”, nos dice Hassemer, tiene un núcleo ideal al que pertenecen los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad, así como que la “normalidad típica” está conformada por los delitos de lesión, en tanto que en el Derecho penal “moderno”, la *prevención* se ha convertido en el paradigma dominante, se intensifica la criminalidad, principalmente a través de los delitos de peligro, y el fin parece justificar los medios³⁵. En otras palabras, la criminalidad “moderna” exige la respuesta de un Derecho penal “moderno”, desprovisto de las cargas formales que le restan eficacia. Se requiere un sistema donde los mecanismos de prevención se manejen con comodidad y sin mayores ataduras que las indispensables y necesarias para cumplir con los parámetros constitucionales. Así, entonces, volvemos: ¿será el turno del llamado “Derecho penal del enemigo”?

Partiendo de que en un Estado de Derecho se reclama una protección lo más efectiva posible del individuo y la sociedad, Roxin nos dice que

un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social

queriendo significar que ambos fines del Estado de Derecho, protección de la sociedad y salvaguarda de la libertad, de naturaleza antagónica, tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos extremos³⁶.

Si se comparte este punto de vista, habrá de estarse a que acomodar el Derecho penal a las nuevas demandas del mundo moderno no implica abandonar las conquistas del Estado de Derecho. Caer en ese extremo importaría caer en un pragmatismo sin límites éticos y como se ha dicho acertadamente, “sustituir la ‘racionalidad valorativa’ inherente al Estado de Derecho por una ‘racionalidad pragmática’”³⁷, es una forma de alterar los parámetros de lo que es propio de una sociedad civilizada.

³⁵ HASSEMER, WINFRIED *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*. Conferencia realizada en la UBA (marzo 1991). Traducción de Elena Larrauri (ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, editado por Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1992, p.237).

³⁶ ROXIN, CLAUS *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. tirant lo blanch alternativa. Valencia, 2000, p. 31.

³⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo *El “Derecho penal del enemigo”* cit., p. 90.

**EL CHOQUE DE CIVILIZACIONES HOY:
EL PARADIGMA DE HUNTINGTON FRENTE A LA ACTUALIDAD**
CLASH OF CIVILIZATIONS TODAY. HUNTINGTON'S
PARADIGM IN THE PRESENT DAY

Federico D. Arrué*

Sumario: I. Introducción y esquema de trabajo, II. El nuevo paradigma, III. Las civilizaciones, IV. Las últimas dos décadas, V. Breves palabras finales.

Resumen

El análisis geopolítico de Samuel Huntington ha planteado que el mundo bipolar de la Guerra Fría ha dado paso a un mundo marcado por la división entre civilizaciones. Estas determinarán los alineamientos y enfrentamientos entre Estados. Diferentes acontecimientos ocurridos luego de la publicación de la obra central del autor refuerzan sus ideas y, por consiguiente, la importancia del estudio del paradigma que postula.

Palabras clave: Geopolítica – Civilizaciones – Conflicto – Actualidad.

Abstract

Samuel Huntington's geopolitical analysis arrived to the conclusion that the bipolar world, which was natural in the international configuration during the Cold War years, evolved into one characterized by the division and fracture of civilizations. These civilizations will determine the alliances and conflicts

* Abogado (UNS 2009), Magister en Derecho (UNS 2015) y Especialista en Derecho Penal (UNS 2016). Docente de las cátedras de Filosofía del Derecho y de Ciencias Políticas, UNS. Prosecretario Académico del Instituto de Estudios Penales del Colegio de Abogados de Bahía Blanca. Letrado del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

between States. A variety of different events that occurred after Huntington's book reinforce his ideas and make the study of his premises of great relevance.

Key words: Geopolitics – Civilizations – Conflict – Present day.

I. Introducción y esquema del trabajo

En 1993 el politólogo estadounidense Samuel P. Huntington escribió un artículo titulado “¿Choque de Civilizaciones?”¹. Dada su repercusión, en 1996 lo amplió elaborando su famosa obra *El Choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*². El pensamiento allí plasmado ha dado lugar a una fuerte polémica, pero desde su publicación distintos hechos en la escena mundial parecen refrendarlo.

En estas breves líneas, en un primer apartado, sintetizaremos la visión de Huntington en lo que hace al tema referido centrándonos en el cambio de paradigma geopolítico que el autor describe y en su idea en torno a las civilizaciones. Seguidamente, analizaremos algunos sucesos internacionales a los que él no pudo hacer mención por razones cronológicas, procurando utilizar su perspectiva. Cerraremos con unas breves palabras finales a modo de conclusión.

II. El nuevo paradigma

Un modelo es un modo simplificado de ver la realidad que, aunque puede que imperfecto, resulta útil. Un paradigma es una suerte de modelo a través del cual el científico analiza su campo de estudio a partir de una base ya dada y en principio no controvertida.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el paradigma geopolítico global fue el mundo bipolar marcado por el conflicto de la Guerra Fría: el orbe dividido en dos sectores contrapuestos encabezados por los Estados Unidos y por la Unión Soviética, como encarnación de dos sistemas económicos y políticos irreconcili-

¹ En inglés: “The Clash of Civilizations?”. Publicado en la revista *Foreign Affairs*.

² Título original en inglés: *The Clash of Civilizations and the remaking of world order*. Las referencias que aquí se hacen corresponden a HUNTINGTON, Samuel P., *El Choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Buenos Aires, Paidós, 2001.

liables³. Pero con la disolución de esta última y el abandono de sus principios por gran parte de los Estados de su bloque, el paradigma citado perdió vigencia.

Es frecuente oír que actualmente existe un mundo unipolar liderado por Estados Unidos como máxima potencia y gendarme universal, que la humanidad ha de transitar bajo su égida y siguiendo sus principios y valores, al menos hasta que otra potencia —presumiblemente China— lo derribe de su trono de hegemonía y lo reemplace⁴.

El pensador estadounidense de origen nipón, Francis Fukuyama, ha ido incluso más lejos proclamando *el fin de la historia*. En su visión, todas las grandes ideologías políticas y modelos económicos se han enfrentado a lo largo de los siglos y solo uno ha triunfado, el sistema democrático capitalista, que ha de regir a partir de ahora en todo lugar de aquí a la eternidad.

La teoría de Huntington es en alguna medida una respuesta a Fukuyama. A su entender, todos los conflictos de pensamiento político-económico relevantes —el enfrentamiento entre católicos y protestantes, liberales y conservadores, fascismo, comunismo y democracia— han sido conflictos de Occidente que se han exportado al resto del mundo dado el predominio de esta cultura. Pero han sido conflictos occidentales al fin. Y es dentro de Occidente y solo allí que dichos conflictos han acabado. Occidente es lo que está en paz consigo mismo y ha definido su modelo, no la totalidad del mundo. Y, lejos de promover la estabilidad universal, ese Occidente consolidado supone una amenaza a otras civilizaciones planetarias y suscita reacciones en su contra⁵.

Indudablemente, el orbe se hace cada vez más moderno. La modernización supone industrialización, urbanización, alfabetización, educación, salud, movilidad social y ocupaciones diversas. Pero no conlleva uniformidad ni mucho menos uniformidad según el molde de Occidente⁶.

³ Algunos autores insisten en hablar de un mundo dividido en tres grandes sectores enfatizando el rol de los Países No Alineados. Huntington también analiza ese esquema.

⁴ Asimismo, suele hablarse de una nueva división bipartita del mundo entre el Norte rico y el Sur pobre. Huntington menciona brevemente esta alternativa pero no la analiza a fondo, por entender que deja fuera muchos aspectos de la realidad. Dentro del grupo de Estados ricos y dentro del de Estados pobres existen marcadas diferencias.

⁵ Por razones de espacio no podemos más que sugerir la lectura de la síntesis y análisis que sobre estos puntos hace Grondona en diferentes artículos, en GRONDONA, Mariano, *El Mundo en clave*, Buenos Aires, Planeta, 1996, pp. 19 a 26, 31 a 35 y 312 a 315.

⁶ Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 79 y ss. Y subraya el autor: “Occidente fue Occidente mucho antes de ser moderno”.

En el mundo actual existen muchas formas de autoritarismo, nacionalismo, corporativismo, y comunismo de mercado que están vivos y gozan de buena salud. Y lo que es más importante, existen todas las alternativas religiosas que se encuentran al margen del mundo que se divisa desde el punto de vista de las ideologías laicas⁷.

La influencia universal occidental en aspectos superficiales como la vestimenta, la gastronomía, la música u otros artículos de consumo no implica la recepción de los valores e ideales centrales que definen a Occidente⁸. Tampoco el control del cine y los medios de comunicación conlleva la aceptación sin más de las imágenes que estos transmiten⁹.

Las culturas reafirman su identidad y regresan a sus tradiciones. En palabras de Huntington: *se indigenizan*. Especialmente la religión cobra mayor trascendencia con la llamada *revancha de Dios*, el regreso a la espiritualidad. A su vez, las diversas civilizaciones se hacen más fuertes económica y políticamente — como consecuencia de su modernización— y ganan confianza en sí mismas.¹⁰

En este marco la primacía de Occidente va a continuar pero va a sufrir un lento e irregular aunque constante declive.

Los Estados seguirán siendo los principales actores internacionales pero sus vinculaciones serán cada vez más influenciadas por aspectos culturales. Los Estados que compartan civilización se acercarán y los que pertenezcan a civilizaciones distintas se alejarán unos de otros.

Los conflictos se producirán fundamentalmente en las *líneas de fractura*: allí donde una civilización se encuentra con otra¹¹.

⁷ Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 77.

⁸ Huntington lo sintetiza brillantemente con una frase: “La esencia de la civilización occidental es la Carta Magna y no el Big Mac”. Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 67.

⁹ Según Huntington, Occidente tampoco ha podido imponer una lengua universal. El inglés —como en su momento lo fue en Europa el latín o el francés— es *lengua franca*: lengua vehicular, pero es hablada por un porcentaje muy bajo de la población del mundo, el cual incluso va descendiendo.

¹⁰ En referencia a la relación entre cultura y desarrollo económico y político, como obras contemporáneas, podemos recomendar: GRONDONA, Mariano, *Las condiciones culturales del desarrollo económico*, Buenos Aires, Ariel-Planeta, 2000, pp. 175 a 396, y HARRISON, Lawrence E., *El sueño panamericano*, Buenos Aires, Ariel, 1999, pp. 33 a 63.

¹¹ Si se lo quiere, de manera análoga a como los terremotos se producen en el encuentro de las fallas tectónicas.

Huntington analiza detenidamente el conflicto de la Ex Yugoslavia que enfrentó a croatas occidentales —católicos— con bosnios musulmanes —actualmente denominados *bosníacos*—, y serbios ortodoxos. Cada grupo recibió ayuda de la civilización en la que se inscribe. También

El nuevo paradigma geopolítico, entonces, no es ya un mundo dividido por ideologías ni un mundo unipolar hecho a imagen y semejanza de Occidente, sino un enfrentamiento, más o menos violento, entre civilizaciones. Este modelo no podrá explicar todos los fenómenos internacionales¹² pero será una herramienta por demás relevante para aprehender la realidad.

III. Las civilizaciones

Una civilización es la entidad cultural más amplia. Está por sobre las regiones y los grupos étnicos, religiosos y nacionales¹³. Es el grado mayor de identidad que tienen las personas, si dejamos aparte lo que distingue a los seres humanos de otras especies. Se define por elementos objetivos comunes tales como la lengua, la historia, la religión, las costumbres, las instituciones y por la auto-identificación subjetiva de la gente¹⁴.

No tienen límites totalmente definidos, ni principios ni finales precisos. Pueden evolucionar con el tiempo. Son realidades culturales, no políticas, en cuanto no mantienen el orden, ni imparten justicia, ni recaudan impuestos, ni realizan tratados, ni tienen las funciones propias de los Estados. Dentro de una civilización puede haber una o muchas unidades de índole político.

dedica espacio a los distintos conflictos del Cáucaso —Chechenia, Nagorno-Caravaj, etc.—, a la situación especial de Turquía y de Ucrania y —más brevemente— a los enfrentamientos en Nigeria, Sudán, Chipre, Palestina, Cachemira, Sri Lanka, Filipinas, Timor, el Tíbet, Tailandia, etc. La Guerra ruso-afgana —dice el autor— fue la última guerra de la Guerra Fría: desde ese marco el bloque soviético fue contenido y rechazado en Afganistán por el mundo libre, que hizo cuantiosos aportes a tal fin a la resistencia afgana. Pero esa misma guerra fue también la primera guerra moderna de civilizaciones: desde esta perspectiva el Afganistán islámico, apoyado por diversos Estados musulmanes, se enfrentó con éxito al invasor cristiano. Las democracias capitalistas lo analizaron desde la primera óptica. Los países islámicos desde la segunda. Eso explica el heterogéneo frente que se opuso a los soviéticos.

¹² Podemos mencionar los separatismos dentro de una misma civilización —Quebec, País Vasco, Cataluña—, los enfrentamientos dentro del mundo árabe o entre tribus africanas, las disputas entre Rusia y Georgia o las situaciones heredadas de la Guerra Fría —las dos Chinas, las dos Coreas—, etc. Tampoco la Guerra Fría, en su momento, podía explicarlo todo: por ejemplo, no podía dar cuenta fácilmente de la ruptura sino-soviética, ni de los separatismos fundados en la existencia de distintas naciones y no en cuestiones ideológicas, etc.

¹³ Huntington ejemplifica: “Un residente en Roma puede definirse con diversos grados de intensidad como romano, italiano, católico, cristiano, europeo y occidental”. Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 48.

¹⁴ *Ibidem*.

Según Huntington las civilizaciones principales en la actualidad son nueve¹⁵:

- *Occidental*: La Europa Occidental —católica y protestante— junto a Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda¹⁶.
- *Ortodoxa*: El mundo cristiano ortodoxo, entre Europa y Asia¹⁷.
- *Latinoamericana* —quizás sería más correcto denominarla “Iberoamérica”—: Las ex colonias americanas de España y Portugal¹⁸.
- *Islámica*: Los países de mayoría musulmanes, suníes y chiíes, a lo largo de África, Asia y, mínimamente, Europa.
- *Sínica* —entendemos que quizás sonaría más natural denominarla “Chinesca”—: La China continental, Taiwán, Singapur, Vietnam y las dos Coreas¹⁹.
- *Africana*: El África negra o subsahariana.
- *Budista*: Los Estados con población mayoritaria de esta religión: Tailandia, Laos, Camboya, Sri Lanka, Birmania y la región políticamente china de Tíbet.
- *Hindú*: La India, con influencia en Bután y Nepal, sobre todo en este último.
- *Japonesa*: El Japón.

Sobre estas divisiones básicas ha comenzado ya a darse el devenir político y económico del mundo.

IV. Las últimas dos décadas

Analizaremos aquí algunos hechos internacionales que pueden ser entendidos como concordantes con la teoría de Huntington pero que son posteriores a la obra referida²⁰.

¹⁵ Existen también algunos grupos especiales: el caribe negro angloparlante; Guyana, Surinam y la Guayana Francesa —mezcla de cultura occidental, africana e hindú—; Filipinas, mezcla de cultura occidental, islámica y sínica; Etiopía, Haití, e Israel —cada uno *sui generis*—.

¹⁶ Además de la religión cristiana —en su vertiente católica y protestante— el autor señala como rasgos distintivos de Occidente: El legado clásico grecorromano, las lenguas europeas, la separación entre la autoridad espiritual y temporal, el imperio de la ley, el pluralismo social, los cuerpos representativos, y el individualismo. Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 81 y ss. En la obra referenciada no se dan con igual detalle los rasgos de todas las otras civilizaciones pero entendemos que pueden, en buena medida, establecerse por comparación con Occidente.

¹⁷ Claramente su Estado central es Rusia.

¹⁸ Está estrechamente vinculada a la civilización Occidental de modo que puede considerarse un desprendimiento de esta. Pero a diferencia de Occidente, por ejemplo, es claramente predominante en ella la religión católica e incorpora notoriamente elementos aborígenes y africanos.

¹⁹ La República Popular China es sin duda su Estado central.

²⁰ Debemos dejar constancia también de que existen acontecimientos anticipados por el autor que, al menos hasta la fecha, no se han cumplido. Fundamentalmente el acercamiento de China y Taiwán y de las dos Coreas.

IV.I. El nuevo enemigo mayor de Occidente

Luego de la caída del Muro de Berlín y de la disolución de la Unión Soviética, muy posiblemente el hito que ningún historiador político contemporáneo dejará de señalar es el 11 de septiembre de 2001. El nuevo milenio fue recibido con la imagen de las Torres Gemelas derrumbándose del cielo convertidas en dos bolas de fuego. El hecho de que el ataque fuera de carácter suicida es simbólico de la contraposición de idiosincrasias que encarna.

Los atentados de Nueva York y Washington fueron ratificados poco después en Madrid y Londres²¹.

El terrorismo no tiene una bandera ni una religión. ETA., el I.R.A., las FARC y los Tigres Tameses son ejemplos de ello. Pero el objetivo más amplio y el brazo más largo sin duda lo ostenta el terrorismo islámico. Este es quien ha declarado la guerra a Occidente y es a quien Occidente tiene en miras cuando proclama la guerra al terrorismo.

La Guerra de Afganistán de 2001, si bien contó con una amplia coalición dirigida contra el extremismo talibán —entre ellos la resistencia afgana conocida como Alianza del Norte—, fue encabezada claramente por Estados Unidos y secundada por el Reino Unido y otros Estados occidentales.

Algo similar puede decirse de la guerra de Irak de 2003, cuya justificación fue, al menos, obtusa. Desde el mundo islámico fue parcialmente percibida como una nueva cruzada.

Es decir, a poco de sucumbir el bloque comunista, Occidente se enfrenta a un nuevo enemigo caracterizado fundamentalmente por su fanatismo religioso con una base marcadamente más cultural que ideológica.

IV.II. La consolidación de distintas potencias regionales y agrupaciones de Estados

Al tiempo que una fracción del Islam amenaza y daña a Occidente, diversos Estados líderes en su región reafirman su independencia y buscan mantener o ampliar su esfera de influencia, especialmente China y Rusia.

²¹ 11 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2005, respectivamente.

Esta última ha planteado, cara a los principales Estados militares de Occidente, su intención de intervenir activamente en la guerra civil siria y se esfuerza por mantener sus Estados adictos en Asia y Europa —ejemplo claro de esto es su participación directa en el conflicto de Ucrania al que luego haremos referencia—.

Por su parte, luego de 1996, la Unión Europea se ha ampliado en los años 2004, 2007 y 2013²². De esta forma, ha integrado a todos los Estados que según Huntington componen la civilización occidental Europea —Salvo Noruega, Suiza e Islandia— e incluso algunos más. Ha promovido también su integración económica —entrada en circulación del Euro en 2002, utilizado actualmente en la mayoría de los veintiocho Estados de la Unión— y política —con distintos tratados²³ e incluso un intento de Constitución común—.

La consolidación europea aún a los Estados de Occidente.

En lo atinente a América Latina, esta civilización continúa su lento y a veces errático proceso de integración con el funcionamiento de distintos grupos regionales —en algunos casos superpuestos— que, en líneas generales, incorporan sucesivamente más Estados y más objetivos. Puede destacarse la creación de la Unión de Naciones Sudamericanas —Unasur, en funciones desde 2011— con el propósito de construir una identidad y ciudadanías sudamericanas, así como el rechazo mayoritario al Área de Libre Comercio de las Américas —ALCA— el cual hubiese supuesto la integración económica de toda la civilización latinoamericana con el principal Estado de Occidente²⁴.

IV.III. Mantenimiento y reafirmación de identidad y de modelos de gobierno diferenciados

El apresurado pasaje de Rusia del comunismo al capitalismo no ha ido acompañado de la adopción de un sistema de libertades ciudadanas equiparable al que existe en Occidente. Debe tenerse presente que Rusia ha pasado del autoritarismo zarista al totalitarismo comunista: la democracia no es parte de su acervo histórico.

²² 2007: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Malta y Chipre. 2007: Rumania y Bulgaria. 2013: Croacia.

²³ Por ejemplo: El Tratado de Ámsterdam de 1997 definió los objetivos de la Política Exterior y Seguridad Común. En 2010 se crea el Servicio Europeo de Acción Exterior. El Tratado de Lisboa de 2012, por su parte, refuerza la participación europea en la política interna de los Estados.

²⁴ El rechazo se plasma en la IV Cumbre de las Américas celebrada en Mar del Plata en 2005.

Paralelamente, China conjuga una apertura económica cada vez mayor —lo cual le ha otorgado grandes logros²⁵— con un sistema de gobierno autoritario de partido único.

Como ya se dijo, tanto Rusia como China son los Estados centrales de sus civilizaciones, por tanto sus modelos no constituyen meras excepciones a una regla.

Asimismo, Latinoamérica ha visto el ascenso de distintos líderes políticos que resaltan la herencia cultural indígena y/o africana de sus pueblos —a la par o por sobre la tradición hispánica—, marcando así una diferenciación cultural mayor con los Estados de Europa²⁶.

Diversos gobiernos, a su vez, se han apartado claramente el rumbo económico liberal promovido por los Estados Unidos y en auge en la década de los 90', en procura de un mayor papel del Estado y pretendiendo o anunciando pretender una mejor distribución de la riqueza.

Paralelamente, muchas democracias latinoamericanas demuestran su imperfección con denuncias de fraude o sucesiones presidenciales cuestionables²⁷, notorias restricciones a la libertad de prensa, maniobras electorales tendenciosas, o burdas expresiones de populismo. Circunstancias todas bastante improbables en los Estados de Occidente al menos con ese nivel de intensidad. En conjunto entonces, América Latina se muestra cada vez más como una realidad exclusiva.

La denominada “Primavera Árabe” es otro fenómeno a tener en cuenta. Por un lado, evidencia la estrecha vinculación de los Estados del mundo árabe de modo tal que lo que ocurre en uno influencia inmediatamente a los demás. Por otra parte, pone de manifiesto la incapacidad que tienen estos países —al menos en la actualidad— para asumir un modelo de democracia al estilo occidental. La participación de la ciudadanía en la vida política a través de las urnas ha impulsado a los grupos religiosos radicales a grandes cuotas de poder, lo cual devino en gobiernos islamistas no respetuosos de las minorías y de los derechos individuales, en el retorno de regímenes moderados pero autoritarios

²⁵ Desde 2008 se considera la segunda mayor economía del mundo.

²⁶ Los ejemplos más claros son sin duda Evo Morales en Bolivia (2006) y Ollanta Humala, en Perú (2011). También puede destacarse el impulso indigenista de Hugo Chávez en Venezuela —teniendo como referencia a la dirigente política Nicia Maldonado—, el papel del gobernador del Estado colombiano de Cauca Floiro Tunubalá, o los líderes indigenistas Rigoberta Menchú en Guatemala y Luis Macas en Ecuador.

²⁷ Honduras en 2009; Paraguay en 2012.

en elecciones restringidas o sencillamente en verdaderas situaciones de caos e ingobernabilidad²⁸.

Turquía tampoco escapa a la reafirmación de una identidad propia islámica y diferenciada de Occidente. Huntington la había descrito como un *país escindido*, un Estado islámico que, desde las reformas de Atatürk, intentó ingresar en la civilización occidental abandonando la islámica en un pasaje que nunca logró culminarse²⁹.

Sin embargo, la llegada al poder de Recep Erdoğan en 2003 ha marcado un cambio de rumbo. Turquía ha relativizado su histórico intento de ingreso en la Unión Europea, en parte hastiada de las trabas impuestas por bloque, las cuales considera injustificadas³⁰. Su política interior y exterior se ha vuelto hacia el mundo islámico en lo que ha sido calificado como un *neo-otomanismo*³¹. Turquía se reencuentra con su civilización natural, posiblemente dispuesta a ejercer el papel de Estado central que le corresponde por su cultura, ubicación, población, historia, economía y desarrollo militar³².

IV.IV. La obligada apuesta por el multilateralismo

Desde 1976 la elite económica, y luego política, mundial estuvo representada por el llamado G7. En 1997 a estos Estados se sumó Rusia como miembro pleno formando el G8. Seis de los ocho países representados pertenecen a la civilización occidental³³.

²⁸ Hasta el momento la honrosa excepción a la situación descripta la presenta Túnez.

²⁹ Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 170 y ss.

³⁰ La entrada de Turquía en la Unión obligaría a hacer un reajuste en las cuotas de poder de los grandes Estados y permitiría el libre acceso de la numerosa población turca al mercado laboral europeo como mano de obra barata. Pero, por sobre esto, existe claramente un rechazo cultural europeo hacia Turquía. Europa utiliza como principal argumento el limitado respeto de Turquía por los derechos humanos.

Huntington comenta que luego de la disolución de la Unión Soviética, Turquía intentó extender su influencia por las ex repúblicas soviéticas de Asia Central.

³¹ Podemos citar el cuestionamiento del tradicional laicismo, la gran implicancia turca en la “Primavera Árabe”, o su mayor compromiso con Palestina en su largo conflicto con Israel.

³² Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 213. El autor apunta que mientras Turquía continúe definiéndose como un Estado laico, el liderazgo del islam le está vedado.

³³ En 1973 se realizan reuniones entre Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, Alemania, Italia y Japón. En 1976 se incorpora Canadá. En teoría, dichos Estados conformaban los siete más industrializados del mundo. Pero posteriormente se hizo evidente que esa caracterización no era correcta pues se dejaba fuera a China y Brasil.

Pero actualmente en el aspecto económico —no así en el político—, el G8 ha cedido gran espacio al denominado G20. A los Estados más industrializados se han sumado las grandes potencias emergentes. En dicho grupo todas las civilizaciones están representadas, en mayor o menor medida, y Occidente ha perdido porcentualmente preeminencia³⁴.

Otro grupo de trabajo surgido en los últimos años es el de los denominados BRICS: cinco grandes Estados caracterizados por tener una gran población, territorio, recursos, participación en el comercio mundial y nivel de crecimiento económico³⁵. Surgido originalmente como término académico, el grupo actualmente celebra reuniones periódicas de temática económica y postula cambios en la política económica global. Es significativo que sus integrantes representen cada uno a una civilización diferente, siendo tres de ellos claramente cabeza de la suya y los otros dos serios candidatos a ejercer ese puesto en su entorno.

La participación de nuevos actores como fuerzas vivas de la política internacional evidencia la paulatina aceptación de un orden mundial multipolar —aunque no necesariamente más armonioso— impulsado por las potencias emergentes³⁶.

IV.V. Las crujientes líneas de fractura

Los conflictos abiertos dentro de un Estado entre civilizaciones que menciona Huntington no se han resuelto —salvo el de Sri Lanka a partir del triunfo militar de las fuerzas gubernamentales sobre los separatistas tameses en 2009—. Muy por el contrario, las disputas entre cristianos y musulmanes en Nigeria y en la República Centroafricana —a la que Huntington no hace referencia específica pero que queda abarcada por su descripción— se han recrudecido.

³⁴ *Civilización Occidental*: Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Canadá, Australia, Unión Europea, España (invitado permanente). *Ortodoxa*: Rusia. *Latinoamericana*: México, Brasil, Argentina. *Africana*: Sudáfrica. *Islámica*: Arabia Saudí, Indonesia, Turquía. *Sínica*: China, Corea del Sur. *Hindú*: India.

³⁵ Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

³⁶ Podemos agregar el fortalecimiento del reclamo por la ampliación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Huntington menciona como candidatos a tales a Brasil, India, Japón, Alemania y Nigeria. Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 381. En 2005 los primeros cuatro Estados —el llamado G4— hicieron una declaración común impulsando su propia candidatura, más la de Nigeria o Sudáfrica y la de algún país islámico. El criterio de civilizaciones resulta claro.

Otros tres conflictos, por su parte, han derivado en divisiones del Estado que los sufría. La esperanza de paz llegó consolidando la división: Timor Oriental se ha escindido de Indonesia en 2002, Kosovo de Serbia, *de facto*, en 2008 y Sudán del Sur de Sudán en 2012. Los tres Estados atravesados por la fractura finalmente se han roto. A estos separatismos triunfantes debe sumársele el de Crimea³⁷.

Ucrania es, para Huntington, un ejemplo claro de país *desgarrado*: un Estado a caballo de dos civilizaciones, la occidental y la ortodoxa³⁸. En 2005 el europeísta Víctor Yushenko ganó las elecciones provocando que Rusia —en defensa de su área de influencia— aumentara el precio del gas generando una importante crisis diplomática. Posteriormente, al tomar el poder, Víctor Yanukóvich, pro-ruso, declinó el camino de integración con Europa volviendo a mirar a Moscú, lo que generó protestas que acabaron con su polémica destitución. Esto dio paso a un nuevo gobierno europeísta. Las provincias, óblasts, del este de Ucrania así Crimea —con mayoría de población de origen ruso— se mostraron hostiles a este cambio y plantearon la secesión. En ese marco Rusia anexionó Crimea³⁹, alentada por las autoridades locales. De tanto virar hacia Bruselas y hacia Moscú la estructura misma de Ucrania terminó por rasgarse en su línea de fractura civilizatoria.

Por su parte la Unión Europea, como adelantamos, ha incorporado Estados de la civilización ortodoxa. Grecia es miembro de la Unión ya desde 1982. Pero según Huntington, siempre fue una *anomalía* en el bloque, un miembro *no cómodo*⁴⁰. La crisis de 2010 ha hecho peligrar su permanencia en la Unión —o al menos en la zona euro— y que sus socios se cuestionen si su incorporación ha sido acertada. Grecia no es el único Estado afectado por la citada crisis pero sí el que más ayudas e intervención ha necesitado. El problema esencialmente económico ha tenido también su arista social en la medida en que Europa cuestiona a Grecia el haber vivido más allá de sus posibilidades —y algunos Estados fueron por ello reticentes a pagar su rescate financiero— y parte de la población griega percibe a Europa como un prestamista opresor. Asimismo, Grecia ha virado en el aspecto político hacia el populismo de izquierdas del partido Syriza encabezado por Alexis Tsipras generando conmoción entre sus socios de bloque.

³⁷ La separación entre Serbia y Montenegro (2006), no marcada por un conflicto de Civilizaciones, fue incruenta, ordenada y consensuada.

³⁸ Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, pp. 163 y 199 y ss.

³⁹ Incluyendo la ciudad de Sebastopol, que contaba en Ucrania con un status especial.

⁴⁰ Conforme HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, p. 194.

La identidad europea se ha tambaleado por su pata económicamente más débil y de estructura cultural diferenciada⁴¹.

IV.VI. El tímido intento de frenar el *choque*

El año 2001 fue declarado por las Naciones Unidas como el *Año del Diálogo entre Civilizaciones*⁴².

Sobre esta base, el entonces presidente español José Luís Rodríguez Zapatero propuso en la Asamblea de Naciones Unidas en 2004 un plan de *Alianza de Civilizaciones*, que fue refrendado por esta en 2009⁴³. Los puntos clave del plan son diálogo, cooperación, conocimiento, respeto y prevención de conflictos. Pero pese a tener gran cantidad de Estados y organizaciones adherentes, el emprendimiento no pasó de realizar algunos foros internacionales.

Estas propuestas son relevantes para el análisis que nos ocupa porque, en primer lugar, señalan que existen civilizaciones como actores internacionales dignos de tener en cuenta. Y, en segundo lugar, porque dejan entrever que el *diálogo* o la *alianza* entre estas civilizaciones no se da de manera natural o, al menos, que necesita ser fomentado.

V. Breves palabras finales

Hemos visto aquí que Huntington expone una teoría política clara y congruente. Tal como señalamos, no sirve para explicar todos los conflictos internacionales pero sí la mayor parte de ellos. Algunos de los vaticinios del autor no se han cumplido —al menos de momento—, pero el devenir histórico de los últimos años se condice en buena medida con sus ideas centrales.

El choque de civilizaciones es, hoy más que nunca, una perspectiva geopolítica digna de ser enseñada, analizada y, como toda teoría política, debatida.

⁴¹ Podemos agregar que la incorporación de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea en 2007 ha suscitado desconfianza en algunos Estados y rechazo por parte de la ciudadanía del bloque. Hasta ese momento el único Estado ortodoxo dentro de la Unión, además de Grecia, era Chipre.

⁴² El concepto fue elaborado por el iraní Mohamed Jatatami, quien tuvo en miras la obra de Huntington.

⁴³ Resolución AG 64/14 del 10 de noviembre de 2009. Previamente, en 2007, las Naciones Unidas habían designado ya un Alto Representante para la Alianza.

ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN Y DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

**DEFENSIVE ACTS AND IN ADVANCES
MEDICAL DIRECTIVES**

Brenda Antollini*

Sumario: I. Introducción. II. Qué son. Reconocimiento en el ámbito del Sistema Internacional de Derechos Humanos. III. Contenido e instrumentación. IV. Cuando resultan especialmente útiles. V. Conclusiones.

Resumen

La legislación nacional cuenta con una herramienta sumamente útil, que obliga jurídicamente a terceros a respetar la voluntad de una persona, en referencia a la manera de seguir adelante con su vida y patrimonio, en los casos en los que no se cuenta con la capacidad suficiente para realizarlos. Nos estamos refiriendo a las denominadas directivas médicas anticipadas, posibles de instrumentar en actos de autoprotección, que permiten hacer valer una serie de derechos personalísimos.

Palabras clave: Actos de autoprotección – Directivas médicas anticipadas – Dignidad humana – Voluntad.

Abstract

Our national legislation has an important and useful tool that force people to respect the desire of someone, in reference to how continue with life and patrimony, in cases where people doesn't have the ability to do it. We are

* Escribana. Estudiante de la Maestría en Derecho Privado, en la Universidad Nacional del Sur.

talking about “advanced medical directives”, which are possible to implement through “defensive acts”, that allow to observe personal rights.

Key words: Defensive acts – Advanced medical directives – Human dignity – Will.

I. Introducción.

El derecho como lo conocemos hoy en día es una herramienta que le permite a la sociedad organizarse, planteando cuál es el camino para lograr determinados propósitos, y que sus consecuencias puedan afectar válidamente a otras personas. Es por ello que durante la mayor parte de nuestras vidas contamos con la posibilidad de poder celebrar actos jurídicos para conseguir diferentes resultados, tanto a través de la celebración de contratos como del inicio de procesos judiciales, ambos realizados mediante la libre voluntad, es decir, con discernimiento, intención y libertad. Igualmente, el derecho nos brinda la posibilidad de planificar ciertas cuestiones que tendrán efectos más allá de nuestra muerte, a través de la confección de un testamento, instrumento válido siempre y cuando se cuente también con la capacidad suficiente.

Pero existe una situación intermedia, en la cual la persona puede verse impedida de celebrar la gran mayoría de los actos jurídicos de forma válida, por no contar con una libre voluntad, en especial con el discernimiento necesario. Ello puede ocurrir, por ejemplo, como consecuencia de un accidente cerebrovascular, por un estado avanzado de vejez, lo que puede conllevar demencia senil, o cuando una persona se encuentra internada e inconsciente. Estas son algunas de las distintas posibilidades que lo hacen devenir incapaz de asumir ciertas obligaciones. Y es en estos períodos en que no va a ser posible, por ejemplo, que firme contratos ni que confeccione testamentos.

En consecuencia, como arma de prevención para esa posibilidad, es que la legislación nacional cuenta con una herramienta sumamente útil, que obliga jurídicamente a terceros a respetar la voluntad de una persona, en referencia a la manera de seguir adelante con su vida y patrimonio, en los casos en los que no se cuenta con la capacidad suficiente para realizarlos. Son las denominadas directivas médicas anticipadas, pasibles de ser instrumentadas en actos de autoprotección, que permiten hacer valer una serie de derechos personalísimos, al decidir qué personas van a ser las encargadas, y de qué manera, de tomar medidas sobre ellos mismos y su patrimonio, en los casos en los que su decisión no pueda ser expresada o válidamente tenida en cuenta, por estar la persona en una especial situación de vulnerabilidad.

Resulta preciso hacer una distinción terminológica entre lo que es un acto de autoprotección y lo que son las directivas médicas anticipadas. Los actos de autoprotección son escrituras públicas, en donde es posible instrumentar directivas médicas anticipadas, entre otras cuestiones. Y estas, las directivas médicas anticipadas, son mandatos que la persona puede conferir respecto de su salud y de su propia incapacidad, es decir, son declaraciones de voluntad. Así, es posible distinguir que uno es un documento, que a su vez puede contener otro tipo de mandatos, y las otras manifestaciones sobre la propia salud, que asimismo cuentan con la posibilidad de instrumentarse a través de un procedimiento judicial.

II. Qué son. Reconocimiento en el ámbito del Sistema Internacional de Derechos Humanos

Los actos de autoprotección posibilitan conocer cuál es la voluntad de la persona ante ciertos hechos, de forma fehaciente, cuando ya no puede emitirla de forma válida por no contar con sus plenas aptitudes de autogobierno. Entre ellos será posible incluir una diversa gama de decisiones sobre distintos aspectos de nuestras vidas, respetando de esta manera los derechos fundamentales de toda persona sobre su cuerpo, su salud, su patrimonio, su vida. Todo ello reconocido tanto en Tratados de Derechos Humanos como en la legislación Nacional.

Entre estos actos se encuentra la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cierta doctrina entiende que resulta necesario señalar que tanto el Código Civil y Comercial como la ley 26.529 de salud pública no habrían encontrado la manera de regular de forma rigurosa lo establecido en el artículo 12 de la Convención, la cual enuncia que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” y que “gozan de su capacidad jurídica «en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»”. Asimismo obliga a los Estados partes a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Lo desventajoso reside en que, en la regulación nacional, se exige la plena capacidad del otorgante.

Es en este punto que resultaría conveniente que se hubiesen tenido en cuenta ciertos vacíos legales, que ocurren cuando la persona ya no puede ser tomada legalmente en cuenta para expresar su voluntad, y no llegó a otorgar actos de

esta índole cuando sí contaba con la capacidad jurídica para hacerlo¹. También es necesario prestar atención al caso de las personas con capacidad restringida para el otorgamiento de otro tipo de actos y, por otro lado, la incapacidad jurídica que se le asigna a los menores de edad.

Resultaría beneficiosa una situación intermedia, en donde se dejasen asentadas las circunstancias de los distintos casos, tal vez estableciendo una posible graduación de la capacidad para el otorgamiento de este tipo especial de mandatos. Y ante esta situación, es que se plantea desde la actuación notarial, la posibilidad de documentar la manifestación de la voluntad a través de dos vías diferentes, que a su vez llevan implicados distintos recaudos en cuanto a la capacidad y discernimiento del otorgante, como lo son, por un lado, los actos de autoprotección y, por el otro, las actas declarativas.

Cierta doctrina entiende que esto es posible de solucionar receptando la voluntad de quien no cuenta con la capacidad plena que se exige, a través de un acta de constatación de voluntad, en donde la persona manifiesta sus deseos, respetando su derecho a opinar y que dicha opinión sea tenida en cuenta — lo cual se encuentra reconocido en los artículos 3 y 12, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y al igual que el derecho del niño a ser oído—. Si bien no será de cumplimiento obligatorio, los posibles destinatarios, familiares, allegados o eventualmente jueces deberán sopesarla adecuadamente².

Lo que efectivamente se encuentra regulado en Código Civil y Comercial Argentino de forma expresa son las llamadas Directivas Médicas Anticipadas. Las encontramos en el art. 60³ del mismo, donde se prevé que en el ámbito de la capacidad plena de la persona, esta pueda, de forma preventiva, decidir y conferir mandato respecto de su salud y/o futura eventual incapacidad. Las mismas tienen en cuenta un bien jurídico tan importante como lo es

¹ Llorens, Luis R., Rajmil, Alicia B., “Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en 22-feb-2016, cita: MJ-DOC-7622-AR | MJ7622, en www.microjuris.com.

² Llorens, Luis R., Rajmil, Alicia B. autores, Clusellas, Eduardo G. coordinador, *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, comentario art. 60, 2015, Buenos Aires, Astrea, p. 236.

³ ARTICULO 60.-Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasias se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

la dignidad de la persona humana y su derecho a la autodeterminación, previamente reguladas en la ley 26.529 de Derechos Del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado.

III. Contenido e instrumentación

En lo referido a la instrumentación de las directivas médicas anticipadas, como ya se explicó, encontramos como posible vía los actos de autoprotección. Estos pueden contener disposiciones de la más variada índole, desde cuestiones referidas a qué institución médica o geriátrica prefiere la persona, en caso de necesitarlo, ser internada, qué persona desea que se encargue de administrar sus bienes, y de qué manera debería hacerlo, e inclusive realizar actos de disposición. Asimismo, tal como lo establece el código, es posible regular lo atinente a las exequias e inhumación o la utilización del cuerpo para fines terapéuticos, científicos, pedagógicos, o de otra índole.

Puede también establecerse si se desea evitar tratamientos o prácticas que no hagan más que dilatar enfermedades terminales o irreversibles, y elegir quién deberá tomar las decisiones en caso de llegar a dicho estado de salud, pudiendo esa misma persona optar por no mantener su vida de forma artificial.

Es posible regular lo referido a las internaciones y a los tratamientos puntuales que desea recibir, y a utilizar su patrimonio para tales fines. Asimismo, podrán designar a una persona de su confianza para ejercer su curatela. Todas estas cuestiones deberán estar redactadas de forma clara, precisa, desarrollando lo máximo posible las diferentes posibilidades que puedan surgir.

En otras palabras: se trata del derecho que tiene cada uno al más íntimo ejercicio de la libertad, en cuanto a disponer cómo vivir la propia vida⁴.

Si bien venimos refiriéndonos a los actos de autoprotección como una posibilidad en cuanto a la forma de instrumentar las directivas médicas anticipadas, el Código Civil y Comercial no establece una forma específica. En la ley 26.529 de salud médica, encontramos que se imponen dos posibilidades, debiendo formalizarse por “escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos”. Surge el interrogante, ante la existencia de ambas normativas, de cuál es su jerarquía normativa y cuál debe ser aplicada, al ser la ley 26.529 ley especial, y el Código

⁴ <http://www.colescba.org.ar/portal/novedades/derecho-de-autoproteccion.html>.

Civil y Comercial ley posterior. Creo que ante dicha disyuntiva, a la hora de decidir qué ley debería tener mayor jerarquía, nos inclinamos por la aplicación del Código Civil y Comercial, por considerar al mismo fruto del gran proceso de constitucionalización del derecho privado Argentino, dándole mayor jerarquía a esta ley posterior. Igualmente, no se produce entre ellas un choque normativo de gran trascendencia, al regular de forma similar el tema.

Consideramos que la forma idónea de instrumentar los actos de autoprotección, también denominados testamentos de salud o testamentos vitales —al ser siempre actos entre vivos y no *mortis causa*— es la escritura pública⁵, en donde se garantizan cuestiones como la certeza de la plena capacidad de la persona, debidamente constatada por el notario, la fecha cierta del documento, la certeza de que el instrumento fue otorgado de forma jurídicamente vinculante, su autenticidad, su registración en el registro debido, y una cuestión no menos importante, como lo es la rapidez de su tramitación.

El Registro de estas actuaciones se encuentra en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, y fue creado en el año 2004. Asimismo, el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección, en funcionamiento desde el año 2009 en el ámbito del Consejo Federal del Notariado Argentino, almacena la información de los actos inscriptos en los registros de todo el país, y de esta manera permite conocer con inmediatez la existencia de una directiva otorgada en cualquier localidad de la Argentina⁶.

Como ya mencionamos, cuentan con la gran ventaja de la rapidez con la que se pueden otorgar y registrar, luego de una serie de entrevistas con el notario, que evaluará la redacción más idónea para plasmar la voluntad del requirente, y su capacidad, como también le comunicará la necesidad de que estén presentes en el acto dos testigos.

A los efectos de que el acto de autoprotección pueda inscribirse, será necesario que en la escritura consten los datos completos de quien la otorga, de las personas designadas para cumplir con las directivas si las hay, y eventualmente de quienes se autoricen para solicitar informes acerca de la existencia y contenido del acto inscripto en el Registro, entre otros datos⁷.

⁵ D' Alessio y ot., "Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados" año 2015, Ed. LA LEY, pag. 546.

⁶ Llorens, Luis R. - Rajmil, Alicia B., "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación", en 22-feb-2016, cita: MJ-DOC-7622-AR | MJD7622, en www.microjuris.com.

⁷ Reglamento del Registro de Actos de Autoprotección, Art. 11 - Contenido.

En cuanto a las directivas que pueden contener, como ya mencionamos, se dividirán en patrimoniales o personales, referidas a la designación del curador y las puramente relacionadas con cuestiones de salud. Asimismo, sobre estas últimas el otorgante podrá manifestar su deseo de que se publiciten a Centros de Salud.

Podrán solicitar certificaciones sobre lo registrado “el otorgante, por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes conferidas en escritura pública, o sus representantes legales, las personas habilitadas por el otorgante, el médico responsable o Centro Asistencial que atienda la salud del otorgante y el juez competente⁸”.

IV. Cuándo resultan especialmente útiles

Si bien estas herramientas no son imprescindibles, dado que ante muchas situaciones, se entiende que quienes están autorizados para decidir el futuro de una persona que deberá ser internada, o tomar ciertas decisiones sobre su patrimonio, serán sus familiares más cercanos, existen muchas otras personas que no tienen hijos, sobrinos, hermanos, o familiares.

Y son estas personas, que al no tener familiares directos que puedan firmar o decidir determinadas circunstancias, tendrán dificultades en los momentos críticos. Y en especial serán sus allegados los que encuentren trabas administrativas o burocráticas al momento de querer tomar decisiones.

La realidad afectiva de cada uno muchas veces no coincide con el parentesco, por lo que a veces, a pesar de tener familiares directos, se puede querer dejar en manos de otras personas, como parejas o amigos, cuestiones relacionadas a en qué hospital recibir atención médica, en que geriátrico ser internado, o de qué manera administrar los bienes.

Asimismo, permiten disponer sobre las cuestiones ya mencionadas, a una persona ya afectada de cierta dolencia que de forma progresiva devendrá imposibilitado, transitoria o definitivamente, de tomar decisiones por sí mismo.

⁸ Reglamento del Registro de Actos de Autoprotección, Art. 13 – Reserva.

V. Conclusiones

Esta herramienta resulta de gran utilidad en la sociedad actual, en la que los progresos médicos avanzan continuamente, las posibilidades de vida se extienden y cada vez resulta más importante respetar la dignidad humana y los diferentes grados de vulnerabilidad que pueden existir, dado que muchas veces no es simétrico el progreso en lo que atañe a mantener con vida a la persona, y que esa persona a su vez se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad.

Es por ello que toda directiva médica anticipada, al igual que las demás directivas posibles de receptar en los actos de autoprotección, deben ser minuciosamente analizadas por el escribano, buscando siempre que en la redacción del instrumento el requirente encuentre su voluntad lo más fielmente reflejada, desentrañando el porqué de esa voluntad y narrándolo en el documento, puesto que nunca es posible saber con certeza en qué situaciones puede llegar a ser necesario.

Y por ello, como todo documento legal, no podrá abarcar todas las posibilidades que puedan ocurrir, por lo cual, lo ideal es encontrar las grandes razones que llevan a la persona a otorgarlo, sus deseos más profundos, quién o quiénes son las personas a las que les encomienda el cuidado tanto de su vida y de su patrimonio, y no simplemente enumerar sus directivas antes casos puntuales.

Tal como lo resaltan Taiana de Brandi y Llorens,

sorprende que desde el derecho romano hasta nuestros días no se haya buscado el molde adecuado para atender esta necesidad humana en el plano jurídico. Es enorme el vacío legal, jurisprudencial, y aun doctrinario que se abre entre la caducidad obligatoria del mandato por incapacidad del mandante —tal como se legisla en casi todos los Estados— y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos durante la vida del testador⁹.

Pero es necesario que su existencia se difunda, y para ello todos los operadores jurídicos debemos estar atentos a los distintos progresos que vayan ocurriendo, a la par de siempre escuchar a la persona y desentrañar cuál será la mejor manera de respetar su voluntad.

⁹ Taiana de Brandi Nelly A., Llorens Luis R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, 1996, Astrea, p. 1.

**USUARIOS VS. PACIENTES
SALUD MENTAL COMUNITARIA Y DERECHOS**
USERS VS. PATIENTS
COMMUNITY MENTAL HEALTH AND RIGHTS.

Paul Majluf*
Gabriela Robles**

Sumario I. Introducción. II. Evolución histórica. Hacia un paradigma de inclusión y respeto. III. La vida en común y lo interdiscursivo como posición fundamental para el trabajo con otros. IV. Conclusiones primeras. V. Bibliografía

Resumen

Este escrito refleja los caminos recorridos desde los inicios, con las personas que sufrían de padecimiento mental, mostrando las ideas de época, y la evolución hasta nuestros días, haciendo hincapié en el concepto base de la Salud como Derecho, y en estas circunstancias, el rol del Profesional, el del sujeto padeciente, y el del Estado. El momento actual es entendido como una consecuencia de una construcción colectiva donde los derechos humanos son hoy el preciado bien a ser defendido. Nuestra mirada comunitaria y necesariamente interdisciplinaria pone el acento en dicha construcción, comprendiendo que la Ley Nacional de Salud Mental no es una causa, sino que es una consecuencia directa de todos los movimientos por los derechos humanos, por la salud mental y de los actores intervinientes. La ley posee el mérito de haber generado un esquema referencial concreto y ordenador, que apuesta por la interdisciplina, y entiende a la salud como integral, donde la comunidad es un sujeto activo y protagonista. En este marco, se busca remarcar la gran relevancia de los significados a partir de los significantes: en

* Prof. Esp. Lic. En Psicología

** Abogada UNS.

qué forma se ha nombrado al padeciente mental. Las palabras no son huecas. Y ellas marcan una posición. Es en la comunidad, con la comunidad.

Palabras Clave: Salud y derecho – Desmanicomialización – Interdisciplina –Ley de Salud Mental – Rol del Estado.

Abstract

This paper shows how people with mental illness was treated in the past and how are treated in these days. This analyze is realized having like standard the concept “health in law” and the work of professionals, patient, and the State in this process.

This times are understood as a consequence of collective construction where human rights are a precious seek to be defended with an interdisciplinary perspective, realizing that the National Mental Health Law is not a cause, but a consequence of Human Rights and Mental Health movements and the actors involved. The community is a character, active protagonist We seek to emphasize the importance of the meaning from the signifiers: how are named the mental sufferers.

Keywords: Health and Law – “Desmanicomialización” – interdisciplinary – Mental Health Law – State participation.

I. Introducción

Nos convoca a la escritura nuestro lugar de Profesionales Agentes de Salud, y desde nuestras miradas disciplinares, un intento de dar cuenta de la importancia de este momento que estamos viviendo, enmarcado en una Ley Nacional de Salud Mental que, podemos decir, supimos conseguir. Este escrito refleja los recorridos desde los inicios, con las personas que sufrían de padecimiento mental, mostrando las ideas de cada época, que se manifestaban en qué tipo de abordaje se realizaba, qué concepto se manejaba, y su evolución hasta nuestros días, haciendo especial hincapié en el concepto base de la Salud como Derecho, y en estas circunstancias, el rol del Profesional, el del sujeto padeciente, y el del Estado.

En este sentido y a sabiendas de que es fundamental conocer y darle lugar a la historia para entender que el momento actual ha sido una consecuencia de una

construcción colectiva, donde los derechos humanos son hoy el preciado bien a ser defendido, nuestra mirada comunitaria y necesariamente interdisciplinaria pone el acento en dicha construcción, comprendiendo que la Ley Nacional de Salud Mental no es una causa, sino una consecuencia directa de todos los movimientos por los Derechos Humanos y la Salud Mental. Y que tiene el mérito de haber generado un esquema referencial concreto, tangible y ordenador a la apuesta por la interdisciplina, a entender la salud como integral, donde la comunidad es pensada como un sujeto activo y protagonista de su propio proceso de salud/ enfermedad/ atención/ cuidado. En este marco, se busca remarcar la relevancia de los significados a partir de los significantes, cómo se ha nombrado al padeciente mental: desde idiota o demente en un enfoque psiquiátrico hegemónico, pasando por padeciente mental, sufriente mental, hasta nuestros días en que se nombran usuarios, pacientes o personas con padecimiento mental. Las palabras no son huecas. Y ellas marcan toda una posición que encuadra nuestro accionar como agentes de salud, como investigadores, como vecinos, como humanos. Es en la comunidad, con la comunidad.

II. Evolución histórica. hacia un paradigma de inclusión y respeto

El Código Civil argentino fue sancionado por la Ley 340 en el siglo XIX, en 1869. A la distancia notamos que sus disposiciones (y en especial la filosofía social, legal y política que hay detrás de ellas) han quedado desactualizadas. En ninguna materia esto es tan evidente u ostensible como en el área de la salud mental.

El paradigma del que parte nuestro viejo Código Civil de Vélez Sarsfield con la Ley 17.711, que establecía el modelo de incapacidad total y la sustitución de la voluntad del insano por un curador, era arcaico y necesitaba ser modificado, dado que impartía un modelo manicomial, de asilar e intramuro, violatorio de garantías constitucionales de nuestra normativa interna e internacional, sobre todo del derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. al padeciente se lo llamaba peyorativamente idiota o demente o insano o enfermo, entre otras denominaciones. Lo que se enfatizaba eran sus falencias con la consecuencia de que se declaraba su incapacidad con una sentencia judicial y se designaba un curador que suplía su voluntad y estaba pensado para la protección patrimonial.

Ese paradigma que estaba vigente en la Argentina, era el sistema tutelar y de protección de los llamados incapaces. En función de esto es entendible, de acuerdo a algunos trabajos, que las instituciones estatales actúen partiendo del

supuesto de que la persona sometida a un proceso judicial por cuestiones de salud mental en realidad está siendo resguardada de los peligros de la vida en sociedad y, por ende, (como se la presume insana su voz durante el proceso, no se escucha) no tiene por qué preocuparse por el trámite del juicio. Esto no es así. Muchas veces detrás de estas medidas se esconde la desprotección. El olvido.

El primer paso —receptado en la actual Ley de Salud Mental— es que las personas no deben ser aisladas de su círculo social originario, sino integradas. Era contradictorio y velaba que muchas veces las propias familias y sociedades querían internar a las personas simplemente para deshacerse de ellas, para alejarlas, para encerrarlas no por su bien, sino por la “paz de la sociedad civil”. Es por eso que el nuevo paradigma insiste en la responsabilidad comunitaria frente a las personas con padecimientos mentales. Deben profundizarse, pues, relaciones y vínculos (de integración social), no cortarlos para internar a una persona en un manicomio.

El cambio de paradigma se ve, sobretodo, en el derecho de defensa. Esto es lo que implica superar la visión tutelar del proceso. “Las personas usuarias de los servicios de salud mental han sido invisibles y marginadas de la garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales en muchas sociedades, incluida la nuestra” afirma el CELS(CELS y MDRI, 2007¹). El nuevo modelo social sí entiende que la sentencia es importante. ¿Cómo una sentencia que incapacita a una persona no va a ser considerada relevante en la vida del sujeto? Este modelo, justamente, es más cuidadoso, y además cambia el eje: la incapacitación (civil y el tratamiento médico) agrava muchas veces los padecimientos de las personas, en lugar de facilitar su pronta recuperación, y vulnera aún más sus derechos. Por eso el nuevo modelo social tiende a anular la incapacitación/segregación, y se orienta hacia un nuevo esquema llamado “de toma de decisiones con apoyo”.

Esta visión se refuerza con la entrada en vigencia en 2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en consonancia con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la ley de Salud Mental. Diseña como regla general la restricción al ejercicio de la capacidad y, solo excepcional y subsidiariamente, y al único fin de protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de incapacidad.

En relación al cambio que incorpora el CCyC al hablar de “restricciones a la capacidad”, primeramente debe hacerse una distinción entre esta figura y la anterior inhabilitación. La condición de la persona sujeta a restricciones a su capacidad en el CCyC no es la del inhábil del CC. La restricción a la capacidad es una categoría genérica que incluye un amplio abanico de posibilidades

relacionadas con la amplitud o estrechez de los actos que han sido limitados a la persona por sentencia. En segundo lugar, la *inhabilitación* fue pensada exclusivamente para la protección patrimonial de la persona, direccionada a actos de administración y disposición, en tanto que *la restricción a la capacidad* apunta a actos personales y/o patrimoniales. Finalmente, el efecto de la restricción de la capacidad no es la designación de un curador, ni siquiera en su modalidad de asistencia, sino la designación de figuras de apoyo, en los términos del art. 12 CDPD.

De esta manera se concibe a las personas desde sus capacidades y no desde sus falencias, presumiéndolas capaces aún cuando se hallen internadas, dando fin al modelo de “capacidad plena o incapacidad absoluta” cuestionado por el sistema universal de derechos humanos. Se hace hincapié en la excepcionalidad de las limitaciones a la capacidad, solo viables en beneficio de las personas, cuando su ejercicio pleno pueda generar un daño para sí o para terceros (art. 32) o cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para decidir, dando lugar a una importantísima innovación al considerar a la persona con capacidad restringida protagonista de su propia vida con “apoyo” para la decisión de determinados actos jurídicos.

El sistema de Salud Mental es sustancialmente modificado. El tema no es menor, más aún, si se tiene en cuenta que, con frecuencia, muchas de estas personas viven en condiciones deplorables debido a la existencia de barreras que obstruyen su integración y plena participación en la comunidad, aquellas “manicomializadas”. Se apunta a cambiar el modelo basado en grandes centros asistenciales-manicomios y asilos, pero sin que las personas sean externadas arbitrariamente y terminen en situación de calle.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona. Un aspecto del cambio de paradigma en material de salud mental es que empieza en el nivel más básico y elemental de todos los que rigen y determinan la vida social: el lenguaje. Con el nuevo modelo cambian, también, las palabras. Ya no hablamos o no deberíamos hablar de incapaces, locos, enfermos mentales, anormales, alineados, peligrosos, disminuidos, inhabilitados, insanos, dementes, sino de personas, personas usuarias de servicios de salud mental, pero ante todo eso: personas. Simples personas. (Y ni siquiera, como hace la convención, de personas “con discapacidad”, sino simplemente, personas).

El primer paso en el cambio de paradigma debería ser cambiar las palabras con las que denominamos (y a veces despreciamos o estigmatizamos)

la realidad, cambiar las palabras o términos que se usan comúnmente para denotar a quienes padecen afecciones o cuadros mentales. En ciertas ocasiones, las palabras producen dolor e invisibilización en quienes las escuchan, la persona a quien se le dice “loco” o “enfermo” no es “igual” (ni se ve a sí misma como igual) que las demás (que sí son vistas como) “personas” sanas. Esto provoca una afectación en la propia autoestima y el valor personal.

Esto tiene un impacto, a su vez, en el Derecho. En el respeto a sus derechos. No se respetan igual los derechos de quienes han sido, por diversas razones, despersonalizados, desnaturalizados y cosificados. Este cambio de lenguaje es, pues, decisivo —humaniza al enfermo, lo restablece en su dignidad y en sus derechos— y es el primer paso que da el modelo social, que deja de concebir al presunto insano como un incapaz para darle un lugar, que siempre tuvo pero que nunca se le reconoció como hasta ahora, como sujeto de derechos. Esto tiene un impacto también en los operadores jurídicos que empiezan a respetar más a los pacientes. Ya no son locos abandonados, resabios de la sociedad que el derecho abandona. (El CELS habla de “vidas arrasadas”¹). Son personas. (Foucault, M., 2008; Spota, A.G., 1947; Palacios, A. - Bariffi F., 2007 y Rivera, J.C. - Medina G., 2014²).

En la Psicología, en los años sesenta y setenta del siglo XX, se produce un vuelco hacia una concepción de la disciplina centrada en los grupos sociales, en la sociedad y en los individuos que la integran, y se empieza a hablar de un sujeto humano como un sujeto activo, dinámico, constructor de su realidad, así como de sus necesidades y expectativas, hacia una concepción distinta de salud y de enfermedad, y sobre todo, del modo de aproximarse de los psicólogos, en su consideración y tratamiento (Montero, 2011³). En ese movimiento, se comienzan a cuestionar las respuestas que hasta ese momento tenía la Psicología ante las necesidades sentidas y percibidas por la comunidad, tildándolas de individualistas, y que a pesar de intentar dar respuestas sociales, en la práctica continuaba con la fragmentación. Puede decirse, entonces, que la Psicología Social y Comunitaria surge a partir del vacío provocado por el carácter eminentemente subjetivista de la Psicología Social (Striker, 1983, en Montero M., 2011³). La intervención de los psicólogos ante los problemas que presentaba la llamada “realidad” más allá de los libros resultaba ineficaz, ineficiente, descontextualizada, y, por lo tanto, distante de lo que se necesitaba como aporte de nuestra disciplina. Comienza también a considerarse que la complejidad de la realidad, es decir, los múltiples determinantes que juegan a la hora de entender procesos, requería de más respuestas que las que podía detentar una sola disciplina. Cuando proponemos la mirada desde

una posición en la que nos referimos a estar trabajando en comunidad con sujetos activos y protagonistas, lo que hacemos es sistematizar, sentar las bases, producir conocimiento, escribir acerca de lo que hacemos en nuestra práctica actual, en la que cada intervención es pensada desde el interjuego entre saberes y conocimientos, los de las disciplinas y los de cada actor social. Este análisis de situación ha favorecido el desarrollo de una aproximación metodológica trabajada por Menéndez, quien sostiene que la significación sociocultural de los padecimientos debe ser necesariamente referida a la estructura social, no solo para analizar la articulación que opera entre las mismas, sino para observar las condiciones desde donde se construyen, se desarrollan, se modifican, se utilizan las significaciones culturales. Interpretar la significación de un fármaco en términos exclusivamente culturales, sin tener en cuenta la capacidad de compra de la población, su pertenencia o no a instituciones de seguridad social, las políticas de comercialización y de control de medicamentos, las restricciones al consumo impuestas por determinadas ideologías religiosas articuladas a las condiciones de pobreza, entre otros, puede producir interpretaciones que poco tienen que ver no solo con las condiciones materiales, sino con los procesos simbólicos que realmente están operando (Menéndez, 1997⁴).

En este contexto cultural y conceptual, se evidenciaba la poca capacidad que mostraba la Psicología para responder a las demandas existentes, lo que generó la necesidad de una nueva práctica, pensando en un sujeto con derecho a la Salud, que interpelaba la intervención realizada, que quedaba fuera de foco y de tiempo. Surge así una nueva rama de la Psicología, la Psicología Social y Comunitaria, a la luz de una redefinición del rol profesional, con un objeto de estudio que es la transformación social y un método de investigación/acción participativa, acorde a lo que se necesitaba. El movimiento de Salud Mental Comunitaria es hoy un desprendimiento y una consecuencia de todas estas movidas comunitarias en busca de mejorar la condición de vida, a partir de un estricto respeto por los derechos de cada uno de nosotros. Entendemos a la Salud Mental Comunitaria como una nueva estrategia, o familia de estrategias, centrada en el desarrollo de nuevas modalidades de prestación de servicios de salud mental más flexibles, eficaces y que respondan más a las necesidades de la comunidad.

Desde las aportaciones teóricas que nos ofrece la Psicología Comunitaria como conjunto de conocimientos y actividades destinadas a promover el funcionamiento integral u óptimo de los miembros de las comunidades a través de procesos y métodos de intervención de carácter social y psicosocial, conceptualizamos la SMC como su aplicación dentro del ámbito de la salud

mental (Erainbeta, 2016⁵).

III. La vida en común y lo interdiscursivo como posición fundamental para el trabajo con otros

Con Salud Mental en la Comunidad lo que se postula como eje central de la atención y la rehabilitación es preservar o recuperar en el sufriente mental su capacidad para la vida en común, en la sociedad que le toca habitar. La mayor parte de los trastornos mentales afectan en el sujeto su capacidad social (condiciones subjetivas para vivir con los otros, soportar los conflictos de la vida en común, desarrollar habilidades para generar vínculos satisfactorios). Toda estrategia de rehabilitación debe orientarse a la integración social del sujeto afectado (en el mismo sentido que propugna el documento de la OMS, Rehabilitación basada en la Comunidad) (Ardila, S., Galende, E., 2009⁶). ¿Por qué sostenemos que la Salud Mental Comunitaria es un movimiento? Porque en su esencia misma está la idea dinámica de Proceso, a diferencia de pensarla como en la definición que más se trabajó históricamente, en Pre y Posgrado, la de la OMS, que hablaba de un “estado” de bienestar. La diferencia radica en que hay movimiento, cuando se piensa en trabajar con el otro, pensar en comunidad. Es menester trabajar desde nuestros lugares creando prácticas y conceptos que sostengan la apuesta por las acciones de Promoción de la Salud Mental en comunidad. Para ello, cada actor debe hacer su parte del asunto. En este contexto, se espera del Estado que genere y sostenga políticas de Salud Mental, que proponga una apertura de los sistemas de atención con incorporación de prácticas de prevención y promoción. Cita Claudia Bang en un trabajo la definición de la OMS para referirse a las actividades de Promoción de la Salud:

Las actividades de promoción de salud mental implican la creación de condiciones individuales, sociales y ambientales que permitan el óptimo desarrollo psicológico y psicofisiológico. Dichas iniciativas involucran a individuos en el proceso de lograr una salud mental positiva, mejorar la calidad de vida y reducir la diferencia en expectativa de salud entre países y grupos. Es un proceso habilitador que se realiza con y para las personas. La prevención de los trastornos mentales puede ser considerada como uno de los objetivos y resultados de una estrategia más amplia de promoción de salud mental (Hosman & Jané-Llopis, 1999, p. 31).

En las fortalezas de la idea de la Promoción de Salud Mental Comunitaria se destacan tres componentes:

- Participación Activa de la Comunidad.
- Transformación de lazos comunitarios hacia vínculos solidarios.
- Constitución de la propia comunidad como sujeto activo de transformación de sus necesidades (Bang, C., 2014⁷).

Estrategias comunitarias de intervención, para pensarse con el otro, entendiendo a la comunidad como el principal actor acompañado por el Equipo de Salud, he ahí lo que es a nuestro entender nuestro aporte.

IV. Conclusiones primeras

Es imprescindible dejar de usar palabras con cargas sociales negativas, deshumanizantes, que marginan, para, de esta manera, evitar la estigmatización y la discriminación y permitir reconocer al otro como un igual.

En la actualidad, se tiende al mejoramiento de los canales de acceso al sistema de justicia (no de cualquier forma, sino en forma libre e igualitaria) y el derecho a la defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental, sumado al fortalecimiento de la capacidad de estas mismas personas (autónomas) para peticionar por sus derechos (en forma autónoma).

En un país donde se siguen practicando esterilizados forzadas, o terapias de electroshock, no nos parece mal recuperar vivamente un concepto central para el derecho, (y de la filosofía del derecho), un concepto que viene de Kant: el de dignidad de la persona, que nos impide tratar a los otros no como fines, sino como medios (Nussbaum, M., 2006⁸).

Empezar a ver a las personas que eran sometidas a un proceso de incapacidad (insania o inhabilitación) como un fin en sí mismo, implica revalorizar, como dijimos antes, su voz, es decir, lo que esta persona tiene para decir. Esto implica revalorizar (ampliar y atender) su defensa. Resignificarlas. Nosotros pensamos, sin embargo, que bajo el paradigma tutelar estas personas han sido vistas (y en buena medida aún hoy siguen siendo vistas) como medios. El desafío del nuevo paradigma y de la doctrina civil (es decir, el desafío del derecho) es que la comunidad en su conjunto aprenda a verlas como fines. Y no como medios.

El centro de la ideología asilar ha sido, y sigue siendo en sus defensores actuales, la separación (en muchos casos, definitiva) del paciente de su comunidad, esto es, separarlo de las vicisitudes de la vida en común. Comunidad, como lo común a cada uno con el otro.

La Abogacía y la Psicología Social y Comunitaria sostienen discursos atravesados por la búsqueda de Verdad y Justicia. Es necesario saber que este es un proceso que siempre estará iniciando, y que tomamos el compromiso de sostener la defensa del derecho de cada persona con padecimiento mental. Venimos de una historia signada por la estigmatización, la deshumanización y el abuso. No debemos olvidarnos de esa hegemonía, ese consenso que forzosamente tuvieron que tener los manicomios para lograr existir por tanto tiempo, para cada uno desde el lugar que tiene, defender una idea integral de la Salud como derecho, garantizar la implementación de nuestra Ley Nacional de Salud Mental, en el lugar que nos toque, y trabajar activa y tendenciosamente hacia ese horizonte trazado, donde cada persona con padecimiento pueda ejercer su derecho de ser cuidado y respetado.

V. Bibliografía citada

- (1) *Vidas arrasadas, la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. (CELS y MDRI), capítulo IX, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- (2) Bibliografía consultada:
 - FOUCAULT, M., *Defender a la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
 - SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, De palma, 1947.
 - PALACIOS, A y BARIFFI, F; *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación*. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid, Cinca, 2007
 - RIVERA, Julio C y MEDINA Graciela; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. LA LEY, 2014. (V. 1. 976 páginas).
- (3) MONTERO, M. *Introducción a la Psicología Comunitaria*. Editorial Paidós. Buenos Aires.2011. 4ta. Reimpresión.
- (4) <http://www.revistarelaciones.com/files/revistas/069/EduardoLMenendez.pdf>.1997.
- (5) <https://erainbeta.wordpress.com>.
- (6) ARDILA, S., GALENDE, E. "El concepto de Comunidad en la Salud

Mental Comunitaria”. En www.unla.edu.ar/saludmentalcomunidad/ Revista-Salud-Mental-y-Comunidad. 11/11/2009. Págs. 39-50.

- (7) BANG, C. “Estrategias comunitarias en promoción de salud mental: Construyendo una trama conceptual para el abordaje de problemáticas psicosociales complejas”. *Psicoperspectivas*, Vol. 13. N°2. Págs. 109-120. <http://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/viewFile/399/340.2014>.
- (8) NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2006, cap. 2.

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN
DE LOS PROFESIONALES LIBERALES DEL RÉGIMEN
DE DEFENSA DE CONSUMIDOR***

UNCONSTITUTIONAL EXCLUSION OF PROFESSIONALS
FROM THE CONSUMER PROTECTION SYSTEM

María Laura Monterubbianesi**

Sumario: I. Introducción. II Antecedentes normativos y redacción actual de la ley. III. Concepto de profesional liberal. IV. Alcances e interpretaciones de la redacción actual. V. Normativa en derecho comparado (ámbito del Mercosur) VI. Nuestra Postura VII. Recepción en la jurisprudencia. VIII. Código Civil y Comercial 2015 IX. Conclusión

Resumen

El nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el 1ero de Agosto de 2015, cuenta con un artículo que regula específicamente la responsabilidad profesional, estableciendo que las obligaciones asumidas por el experto son de las denominadas “de hacer” y el factor de atribución es de carácter subjetivo (salvo que asegure un resultado, donde se transformaría en objetivo).

En el presente trabajo se quiere ir un paso más allá y analizar la naturalización jurídica de la relación profesional-paciente/cliente, planteándose la posibilidad de que se trate de una relación de consumo y, por consiguiente, poner de manifiesto los impedimentos que la redacción actual de la ley de defensa del consumidor y el artículo incorporado a tal código tienen para que sea encuadrada como tal.

Palabras Claves: Ley de Defensa de Consumidor – Responsabilidad Profesional – Inconstitucionalidad – Relación de Consumo – Proveedor.

* El presente trabajo es una adaptación del Trabajo de Seminario presentado en calidad de alumna para la asignatura final “Seminario” de la carrera de abogacía en la UNS bajo la dirección del Abog. Julio Corenfeld, aprobado con fecha 20/10/2015.

** Abogada, graduada en Universidad Nacional del Sur, 2015. Directora Revista de Derecho Uns.

Abstract

The new Civil and Commercial Code, in place since August 2016, has an article that regulates professional liability by stating that the expert assumes obligations to act and subjective liability (unless he ensures results, where it would become objective liability).

In this paper we want to go further and analyze the legal nature of professional relationship raising the possibility that it is a consumer relation and we will show the problems we find to regulate it in that way.

Keywords: Consumer Protection Act – Professional Responsibility – Unconstitutionality – Consumption Relations – Supplier.

I. Introducción

Un paciente asiste al médico por un dolor de estómago y fallece por una mala praxis, una familia encarga a un ingeniero la construcción de su casa y esta tiene vicios que provocan su derrumbe, un abogado se olvida de trabar el embargo sobre un inmueble, que es vendido posteriormente por el deudor. Todos estos ejemplos tienen en común la responsabilidad de los llamados *profesionales liberales*. ¿Qué normativa se les aplica para regular esa actividad? Históricamente la responsabilidad de tales profesionales no se encontraba en ninguna norma que consagre un principio general. Se decía, en principio, que se trataba de una responsabilidad subjetiva encuadrada en los artículos 902 y 909 del código civil de Vélez Sarsfield. A raíz de ello la regulación se realizaba a través de los códigos de ética o de conducta de cada profesión, normas ajenas a los tribunales.

En el nuevo Código Civil y Comercial, en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, se cuenta con artículos específicos en los cuales se regula la responsabilidad profesional, estableciendo que las obligaciones asumidas por el experto son de las denominadas “de hacer” y el factor de atribución es de carácter subjetivo (salvo que asegure un resultado, donde se transformaría en objetivo)¹. A esta solución se arriba luego de años de intensos debates en la doctrina y jurisprudencia, donde se puso en tela de juicio el factor de responsabilidad de la misma y la categoría de la obligación (medios o resultados) que se asumía.

¹ Conf. Arts 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial 2015.

A pesar de esta inclusión en el nuevo Código, en el presente trabajo hemos decidido ir un paso más allá y plantear la posibilidad de que se trata de una relación de consumo y, por consiguiente, analizaremos los impedimentos que la redacción actual de la ley de defensa del consumidor y el artículo incorporado a tal código tienen para que sea encuadrada como tal. No olvidemos que este sistema trata, en definitiva, de proteger a una persona que se considera más débil. Existe una brecha de información entre proveedores y consumidores que establece la necesidad de encontrar mecanismos protectorios que mitiguen esa disparidad. La normativa en materia de derecho de consumidor brinda herramientas muy útiles para ello. Sin embargo, la exclusión de quienes ejercen una profesión liberal en los términos del artículo 2 de la ley 24.240 deja al margen del sistema protectorio un caso particular de asimetría de la información donde la brecha entre el experto y su cliente/paciente es notable, lo que afecta, a mi entender, principios constitucionales básicos de nuestro sistema jurídico.

II. Antecedentes normativos y redacción actual de la ley

En el año 1993 se sancionó la Ley de Defensa de Consumidor (24.240). En ella se estableció a través del artículo 2 la definición de proveedor:

ARTICULO 2° — Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas.

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. *No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento*².

En el año 2006 se realizó la primera gran reforma de esta normativa y se incorporó un párrafo final al artículo 2 que establece el mecanismo a seguir ante una denuncia que no verse sobre la publicidad del servicio:

² El destacado nos pertenece

ARTÍCULO 2°.- (...) Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

Esto no figuraba redactado de tal forma en el proyecto original de la ley 26.361 que obtuvo media sanción. El mismo no incluía la parte del artículo en cuestión que daba lugar a la exclusión, por lo tanto los profesionales liberales quedaban incluidos. Además, en el artículo 40 se establecía que en caso de que se trate de responsabilidad profesional el factor de atribución sería la culpa (genéricamente hablando). El proyecto original versaba:

...Para el caso de los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, la responsabilidad será imputable al factor subjetivo o culpa...

Esto provocó que se alzarán voces en la doctrina defendiendo una y otra postura. Sumado a ello, se levantaron voces de distintos colegios profesionales de todo el país rechazando categóricamente tal reforma. Tal es el caso de la Federación Argentina de los Colegios de Abogados (FACA) que expresó que:

los profesionales no son proveedores sino agentes sociales con un marcado interés público y finalidad comunitaria, en general desprovista de notas estrictamente empresariales [y que] cobran honorarios y no un precio, como el caso de los productos³.

Finalmente, se sancionó la Ley de la forma conocida, excluyéndose a los profesionales de tal normativa.

III. Concepto de profesional liberal

Existen numerosas formas de definir de qué se habla cuando se habla de profesional liberal. La mayoría de los autores coinciden en señalar como características definitorias de tal actividad las siguientes: habitualidad, actividad reglamentada, onerosidad, autonomía técnica, colegiación, sometimiento a normas éticas⁴.

³ Diario Judicial, 29/08/2007 (http://www.diariojudicial.com/contenidos/2007/08/30/noticia_0002.html).

⁴ SÁNEZ, Luis R. J., "Los profesionales liberales y la ley de defensa de consumidor" en AA.VV., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (directores), T. 2, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, p. 103.

Definimos al profesional liberal como la persona que ejerce habitual y autónomamente una actividad reglamentada de forma presuntamente onerosa.

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 24.240 restringe el concepto a quienes requieren para el ejercicio de su actividad título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. Esto deja abierto el debate sobre la posibilidad de aplicar la ley cuando los profesionales están organizados en forma de empresa, cuando no están matriculados y cuando la profesión se adquiere mediante una carrera terciaria, cuestiones debatidas ampliamente por la doctrina.

IV. Alcances e interpretaciones de la redacción actual

Como mencionamos anteriormente, se han alzado voces tanto a favor de la exclusión de los profesionales liberales como en contra. Sumado a esto encontramos autores que, a pesar de la redacción vigente, los consideran abarcados por la ley en base a fundamentos de la propia mecánica legal.

Los autores que propician la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a las profesiones liberales manifiestan las siguientes críticas sobre la ley: su exclusión del mencionado régimen es arbitraria al colocar en una situación privilegiada a quienes ejercen tales profesiones⁵, es injusta al otorgar prerrogativas que otras profesiones no tienen⁶, se trataría de una aberración y una defensa corporativa sin sentido social ni jurídico⁷, de un privilegio inaceptable⁸, de un privilegio corporativo respecto de los demás profesionales⁹; en definitiva, se trataría de una exclusión sin explicación razonable. Categóricamente, Mosset Iturraspe afirma que “no pueden existir diferencias entre proveedores profesionales y profesionales liberales”¹⁰.

⁵ GHERSI, Carlos A., “Los profesionales y la Ley del Consumidor (A propósito de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)”, JA 1996-I-839 (Abeledo Perrot N° 0003/001571 o 0003/001593, pp. 1-3.

⁶ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “Todos somos pacientes”, LA LEY 03/05/2011, 03/05/2011, 1; LA LEY 2011-C, 683 (La Ley Online, p. 2).

⁷ WEINGARTEN, Celia, “Responsabilidad por prestaciones odontológicas”, LA LEY 1998-E, 1309 (La Ley On line pp. 1-2).

⁸ WAJNTRAUB, Javier H., “V. Exclusiones expresas”, en *Protección Jurídica del Consumidor*, Ed. Depalma, 2004. (Abeledo Perrot On line p. 1).

⁹ LOVECE, Graciela, “Una nueva base para seguir creciendo”, *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor* 2008 (abril), 01/01/2008, 75. (La Ley Online, p.2).

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos en general en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998 (estudio comparativo con la ley 24240 de Tutela al Consumidor)”, JA 2000-II-786 (Abeledo Perrot N 0003/007562 o 0003/007600).

Muchos de estos autores, al igual que un numeroso sector de la doctrina, consideran que la aplicación de la ley no solo debe, sino que puede, igualmente, ser aplicada a los profesionales liberales fundándose en la incongruencia interna que se provoca tanto por la inclusión de la publicidad de sus servicios en el artículo 2 de la ley 24.240 como por los contratos de adhesión típicos que se celebran en el ámbito del ejercicio profesional.

Así, Victoria Mas¹¹ sintetiza los motivos por los cuales se aplicaría igualmente la Ley de Defensa del Consumidor en tres cuestiones, a saber: porque la ley admite su vigencia en lo referido a la publicidad de los servicios profesionales; por el contrato de adhesión, salvo que sea de negociación individual en condiciones de paridad; y, finalmente, por el texto del artículo 42 de la Constitución Nacional que amplía la órbita de protección. Celia Weingarten¹², por su parte, entiende que al tratarse de una relación donde prima una asimetría cultural y científica debe considerarse aplicable la ley 24.240 a los fines de tutelar a la parte más débil. Por otro lado, Javier Wajtraub¹³ agrega otro caso donde sería aplicable: cuando se ejerce la actividad en forma de empresa. Raymundo L. Fernández¹⁴ entiende que la excepción del artículo 2 no rige cuando se trata de profesionales no matriculados, cuando la matriculación no es en la jurisdicción exigida, cuando lo ejerzan en forma de empresa y cuando se trate de título terciario. En consonancia con tales autores se encuentran también Edgardo I. Saux¹⁵, Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana¹⁶, María V. Aicega y Osvaldo R. Gómez Leo¹⁷.

Dentro de quienes propician la no aplicación encontramos, por un lado, a aquellos que consideran que un profesional no puede ser un proveedor en los

¹¹ MAS, Victoria, “Defensa del consumidor: aspectos sustanciales y formales”, *LNBA* 2006-6-618 (Abeledo Perrot N° 0003/800199, pp.8-9).

¹² WEINGARTEN, Celia, *op.cit.*, p. 3.

¹³ WAJNTRAUB, Javier H. *op. cit.* p. 2.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Raymundo L., “93. Art. 2° (según ley 26.361)”, en *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Ed. Abeledo Perrot, 2009 (Abeledo Perrot Online, p. 3).

¹⁵ SAUX, Edgardo I., “La Responsabilidad Médica y los Proyectos de Reforma del Código Civil”, en Ameal, Oscar J. (director) y Tanzi, Silvia Y. (coordinador), *Obligaciones y Contratos en los Albores Del Siglo XXI*, Ed. Abeledo Perrot, 2001 (Abeledo Perrot Online, p.1).

¹⁶ ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “La responsabilidad profesional (En los Congresos de civilistas)”, *LA LEY* 1988-E, 723; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2007, 1593 (La Ley Online, pp. 2-4).

¹⁷ GÓMEZ LEO, Osvaldo R.; AICEGA, María V., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, *SJA* 20/8/2008; *JA* 2008-III-1353 (Abeledo Perrot N° 0003/013985, p.11).

términos de la Ley 24.240; tal es el caso de Federico M. Álvarez Larrondo¹⁸, Juan M. Farina¹⁹, Augusto M. Morello y Roberto O. Berizonce²⁰.

Por su parte, Ricardo L. Lorenzetti²¹ descarta la equiparación del profesional con un proveedor basándose en que lo que se celebra en esta clase de contratos es una locación de servicios o de obra, pero admitiendo que sí se trata de un proveedor cuando se ejerce en forma de empresa. Guillermo A Borda rechaza para el caso particular de responsabilidad médica que el paciente sea un consumidor motivado en que el enfermo no es un cliente sino alguien al que debe prestarse una atención médica que tenga en cuenta la singularidad del caso. De forma tajante establece que equipararlo a un consumidor es “agraviante a la condición humana e importa desvirtuar el contenido ético de la actuación profesional del médico”²².

En una postura más conciliadora se encuentran Luis R. J. Sáenz²³ y Cecilia Fiorito²⁴, quienes no desconocen tal naturaleza jurídica de la actividad profesional sino que establecen que es innecesaria su aplicación por ser suficientes para regular la responsabilidad profesional las normas contenidas en el Código Civil y en los reglamentos de los Colegios Profesionales respectivos de cada actividad. Así, se establece que no es necesario incluirlos debido a que existe un régimen de reglas propias que haría sobreabundante la inclusión en

¹⁸ ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “Proyecto de reforma a la ley 24.240. Análisis de la proyectada reforma al Capítulo I del Título I artículos 1 a 3. Sujetos alcanzados y excluidos del marco de aplicación de la ley. Una crítica que pretende ser constructiva.”, *Sup. Act.* 09/10/2006, 09/10/2006, 2 (La Ley Online, p.6).

¹⁹ FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999 (3ª edición, 2004, p. 116).

²⁰ MORELLO, Augusto M. y BERIZONCE, Roberto O., “Las entidades profesionales y los desafíos del presente”, *JA* 1984-II-665 (Abeledo Perrot N°: 0003/1001671-1, p. 6).

²¹ LORENZETTI, Ricardo L., “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional Mercosur”, *LA LEY* 1996-E, 1303, p. 5.

²² BORDA, Guillermo A., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica”, *LA LEY* 1995-A, 845; *LLP* 1995, 01/01/1995, 11; *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* Tomo V, 01/01/2007, 57 (La Ley On Line, p.3).

²³ SÁNEZ, Luis R. J., “Los profesionales liberales y la ley de defensa de consumidor” en AA.VV., *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.(directores), t.2, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, pp.101-124).

²⁴ FIORITO, Cecilia, “Responsabilidad civil de los abogados”, *APBA* 2010-4-375 (Abeledo Perrot N°: 0003/800848 p. 6).

el régimen de consumidor, ya que en definitiva lo que se trata es de proteger a la parte vulnerable y las normas del código civil cumplirían ese rol²⁵.

V. Normativa en derecho comparado (ámbito del Mercosur)

En el ámbito del Mercosur se observan soluciones diversas. La Ley 8078 de *Defensa de Consumidor Brasileña* establece el concepto de proveedor en el artículo 3:

Art. 3. Proveedor es toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrollan actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

§ 1. Producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial.

§ 2. Servicio es toda actividad ofrecida en el mercado de consumo bajo remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, crediticia y securitaria, excepto las resultantes de las relaciones de carácter laboral.

Como vemos, el artículo 3 de la mencionada ley establece un concepto amplio de proveedor, incluyendo en la definición un listado enunciativo de tareas propias de su actividad. En el apartado 2 de dicho artículo se define el concepto de servicio propiamente dicho, sin excluir la actividad profesional tal como ocurre en la ley nacional. La ley brasileña establece específicamente la responsabilidad objetiva para todos los casos, estableciendo en el artículo 14 una excepción para la responsabilidad personal del profesional, considerando aplicable a esos casos un factor de atribución subjetivo o culpa.

Similar solución a la antes planteada se establece precisamente en el artículo 35 de la *ley 17.250* de la República Oriental del Uruguay, en la cual la responsabilidad de los profesionales liberales es considerada objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación asumida, no excluyéndose a los profesionales liberales del régimen de consumidor. En dicha ley se define al proveedor como:

Artículo 3º.- Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o ex-

25 SÁNEZ, Luis R. J., “Los profesionales liberales y la ley de defensa de consumidor” op.cit., p. 107-108. FIORITO, Cecilia, “Responsabilidad civil de los abogados”, *APBA* 2010-4-375 (Abeledo Perrot N°: 0003/800848 p. 6).

tranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.

Por otro lado, la *Ley De Defensa Del Consumidor Y Usuario De Paraguay* (ley 1334/1998) trae una solución similar a la ley nacional, al establecer en su artículo 4 lo siguiente:

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por la autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

VI. Nuestra Postura

Antes de analizar la contradicción constitucional propiamente dicha consideramos necesario analizar si más allá de la exclusión del artículo 2 hay otro impedimento para la aplicación de la ley de Defensa de Consumidor a los profesionales liberales. El artículo 1 de la ley de defensa del consumidor se define qué se entiende por consumidor²⁶. Sin entrar a analizar las particularidades del caso debatidas por la doctrina, podemos establecer como caracteres coincidentes entre ellos que se trata de una persona física— humana según la nueva redacción emanada del Código Civil y Comercial 2015— o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Al llevar el caso a un contrato con un profesional liberal no hay duda de que el cliente o paciente de tal profesional adquiere el servicio para sí—o su grupo familiar— y lo hace a cambio del pago de un precio en dinero.

Centremos ahora el análisis en el concepto de proveedor propiamente dicho. El artículo 2 de la Ley de Defensa de Consumidor establece ciertos requisitos a la hora de realizar las actividades que menciona—de forma enunciativa— como propias de un proveedor. Siguiendo a Lorenzetti²⁷, podemos resumir las características de esos sujetos de la relación del consumo en las siguientes: sujetos que actúan en la esfera de “los que ofrecen”; que poseen un elemento

²⁶ Art 1”...Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...”

²⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 110.

de “profesionalidad” a la hora de realizar tal tarea; la oferta la hacen “para el consumo”. Por otro lado, definimos servicio como un hacer intangible que se agota con el consumo inicial, que involucra una obligación de hacer y un derecho crediticio, dependiendo la calificación “para el consumo” de la finalidad subjetiva de la ley, es decir, el destino final²⁸.

Si comparamos tal definición con la enunciada anteriormente como propia de un profesional liberal, no cabe duda de que un profesional presta un servicio con las características propias de un proveedor, ofreciendo sus servicios, en la mayoría de los casos, a consumidores, siendo la relación que se origina, de consumo.

Como un argumento extra podemos mencionar la parte final del artículo 3 de la ley de Defensa de Consumidor que establece que “las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”. Esto nos deja abierta la posibilidad de que, a pesar de que haya leyes que regulen la profesión en cuestión, ello no impide aplicar la ley en toda su amplitud.

Nosotros compartimos la opinión de aquellos autores que consideran aplicable a los profesionales liberales las normas de la ley 24.240 y que critican su exclusión. Sin embargo, entiendo que a los argumentos esgrimidos por dichos autores debe sumarse uno de mayor peso: los artículos 42 y 16 de la Constitución Nacional. En cuanto al artículo 16, la actual redacción plantea una serie de situaciones de desigualdad. Nuestro derecho no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento—*ni de profesión u actividad*—, siendo todos sus habitantes iguales ante la ley. Con la configuración actual de la ley consideramos que se producen distintas situaciones de desigualdad que las clasificamos en dos categorías.

- a) Desigualdad hacia adentro: hablamos de desequilibrios producidos por la actual redacción de la ley. Estos se dan principalmente debido a exclusiones que se realizan de institutos similares por las precisiones emanadas del artículo 2. Tal es el caso de los profesionales matriculados (excluidos) y no matriculados (incluidos), aquellos que tengan título universitario (excluidos) y terciario (incluidos), profesionales organizados como empresa (incluidos) o no organizados de tal forma (excluidos).

²⁸ Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores* op. cit, p. 114.

- b) Desigualdad hacia afuera: desequilibrios producidos por la creación de un privilegio hacia los profesionales definidos por el artículo 2 en relación al resto de los prestadores de servicios de cualquier índole que, por el hecho de prestar un servicio con destino al consumidor, quedan abarcados por la normativa en cuestión, creándose una categoría de servicios privilegiados ajenos al principio de igualdad.

Finalmente, consideramos que la actual redacción y exclusión de los profesionales liberales entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 42 de nuestra Carta Magna, que consagra una protección amplia del consumidor. Recordemos que la Ley de Defensa de Consumidor, si bien fue sancionada antes que la reforma constitucional de 1994 donde se incorpora tal artículo, se considera como norma que reglamenta este principio, por lo tanto cualquier contradicción sería un exceso a la hora de reglamentar la misma

VII. Recepción en la jurisprudencia

Dada la exclusión expresa emanada del art. 2 de la ley 24.240 son numerosos los precedentes en los que, a raíz de la misma, se pone de manifiesto la imposibilidad de fundar la responsabilidad del profesional en la normativa del consumidor. Así ocurre en numerosos fallos de la sala A de la Cámara Nacional Civil²⁹ donde, si bien se sanciona a empresas de medicina prepaga y obras sociales por considerarlos proveedores en los términos de la ley 24.240, se descartó la aplicación de dicho régimen al profesional interviniente. Sin embargo, notamos que en los argumentos de tales fallos se ponen de manifiesto las incongruencias de las que hablamos anteriormente. En el fallo S., D. J. y O. v. Sanatorio Mitre y otros se estableció que:

si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que

²⁹ Véase: “S., D. J. y O. v. Sanatorio Mitre y otros”, CNCiv, Sala A, 11/05/2012, *APJD* 11/07/2012 (Abeledo Perrot N° AP/JUR/1335/2012, p. 13); “T., A. R. v. Clínica Bessone y O.”, CNCiv, Sala A, 11/05/2012, *Abeledo Perrot* N°: AP/JUR/1333/2012 (documento digital p. 3); “G., E. F. v. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, CNCiv, Sala A, 11/07/2012, *APJD* 21/09/2012 (Abeledo Perrot N°: AP/JUR/2360/2012, p.4); “P. C., L. E. c. Alca S.A.C.I.F.I. y A. y otro s/ daños y perjuicios”, CNCiv, Sala A, 30/08/2012, *LA LEY* 26/10/2012, 26/10/2012, 4 ; *LA LEY* 2012-F, 132; *LA LEY* 13/11/2012, 5; *LA LEY* 2012-F, 358.; *DJ*06/02/2013, 84 (AR/JUR/44835/2012, p.3); “A., N. A. v. B., A. y otros”, CNCiv, Sala A, 25/09/2012, *APJD* 16/11/2012; *SJA* 2013/01/02-58; *JA* 2013-I. (Abeledo Perrot N° AP/JUR/3264/2012, p 4).

—en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos— deben regirse por esa normativa.

En “P. C., L. E. c. Alcla S.A.C.I.F.I. y A. y otro s/ daños y perjuicios”, al hablar del servicio médico se establece que “la cuestión debe ser analizada a la luz de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 y conchs. de la ley 24.240, que consagran el derecho a la seguridad de los consumidores y usuarios”.

Con alcances más absolutos, un fallo de la Cámara de Apelaciones de Lomas de Zamora critica la aplicación de la ley a los profesionales de todo tipo. En este interesante fallo se analizan las exclusiones producidas por lo que denominamos incongruencia interna del artículo 2 y, por ello, la exclusión de los profesionales no universitarios, más precisamente de un constructor matriculado que suscribe el plan de obra para la aprobación por los organismos pertinentes. Así se establece que

excluir de la excepción del art. 2 a los matriculados sin título universitario, llevaría al absurdo de responsabilizar a los maestros o profesores que enseñan a alumnos particulares, a los masajistas, manicuras, etc.³⁰.

A favor de la aplicación y en consonancia con la redacción del mencionado artículo encontramos escasos fallos donde se da lugar a la misma. Todos ellos hacen mención a la necesidad de protección del profano frente al experto y del cumplimiento del deber de información, considerando aplicable el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor³¹. En el fallo Poggi, José M. v. Secretaría de Comercio e Inversiones se enmascara la aplicación estableciendo que la responsabilidad no estuvo relacionada con la profesión liberal del sancionado—médico veterinario— sino con la compraventa de un cachorro macho “por lo que la actividad comercial del sancionado se encuentra alcanzada por las disposiciones de la ley 24.240”. Sin embargo, en este caso la responsabilidad que se le imputa es por el deber de información sobre ciertos cuidados específicos del animal, cuestión esencial de los deberes del profesional en su carácter

³⁰ “Del P., J. R. v. M., C. A. y otros”, CACyC Lomas de Zamora, sala II, 12/07/2011, *APBA* 2012-1-67. (Abeledo Perrot N°: 45010012, p.4).

³¹ Véase: “Poggi, José M. v. Secretaría de Comercio e Inversiones”, CNFed.CA, sala II, 06/05/1999, *JA* 2000-III-381 (Abeledo Perrot N°: 20002792, p.3); “Moreno, Santiago A. v. M.L.P. de M. s/daños y perjuicios”, CA Civ,Com, Min, Paz, Trib, sala 3, 10/10/1998, *Abeledo Perrot* N°: 33/1862 (documento digital p. 1); “Degleue, Cynthia L. v. Tobolsky, Ángel”, CNCiv, Sala B, 13/03/2007, *JA* 2007-IV-711 (Abeledo Perrot N° 35010529, p. 11); “Quintero de Berrueta, Teresa E. v. Asociación Obrera de Socorros Mutuos”, CNCiv, sala K, 07/09/1989, *JA* 1990-I-221 (Abeledo Perrot N°: 70033643, p. 14).

de tal. En “Moreno, Santiago A. v. M.L.P. de M. s/daños y perjuicios” al hablar de la superior técnica del profesional, se establece que, con motivo de la misma, debe colocarse en primer plano la noción de consumidor de servicios del mismo, con todos los efectos que ello importa “de allí, la mayor severidad con que el derecho actual propende a considerar la responsabilidad profesional”. En “Degleue, Cynthia L. v. Tobolsky, Ángel” se utiliza como argumento el sometimiento voluntario al régimen de la ley de defensa del consumidor que importa la realización de publicidad del profesional (en este caso un odontólogo), excluyéndose solo cuando se trate de mensajes meramente informativos. Sumado a eso, se menciona como argumento desatacado la particular debilidad en que se encuentran los contratantes de estos servicios y la autoridad que en cada materia le asiste al profesional (por el hecho de contar con un título y una matrícula), y se menciona la trascendencia de la asimetría informativa y la confianza que

pueden llevar a que los propios profesionales provoquen lo que se denomina “inducción de la demanda”, que se traduce en un obrar del profesional tendiente a inducir artificialmente al requerimiento de sus propios servicios, con la única meta de aumentar su volumen de trabajo y, por ende, sus ingresos.

Es de destacar también el fallo “Asociación por los Derechos Civiles (ADC.) v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”³² donde, pese a lo establecido en la normativa en relación a la competencia de los Colegios Profesionales, se establece la inexistencia de fundamentos que impidan a los tribunales de justicia aplicar el régimen disciplinario.

Finalmente, en apoyo a la doctrina que entendemos como más conciliadora por considerar que son suficientes para regular la responsabilidad profesional y proteger al cliente/paciente las normas contenidas en el Código Civil y en los reglamentos de los Colegios Profesionales, son de destacar dos fallos en materia de publicidad engañosa y deber de seguridad donde, recurriendo a las normas de responsabilidad profesional del Código Civil, se logran fines similares al de instituciones protectorias de la ley 24.240 sin recurrir al articulado de la Ley de Defensa de Consumidor³³.

³² “Asociación por los Derechos Civiles (ADC.) v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, TSJBA, 09/08/2006, *Abeledo Perrot* N°: 35004438 (documento digital p. 38).

³³ Véase: “B., R. R. c. Provincia de La Pampa y otro”, CSJN, 11/07/2006, *DJ*2006-3, 853; *DJ* 2006-3, 1076; LA *LEY* 23/01/2007, 23/01/2007, 3; LA *LEY*2007-A, 559 (AR/JUR/4659/2006, p. 9) y “R.J.L”, CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 25/8/87, LA *LEY*, 1987-E, 304, pp. 304-305.

VIII. Código Civil y Comercial 2015

El nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015, incorpora varios artículos relacionados con la materia en su título III: “Contratos de consumo”. Asimismo el Anexo II modifica en algunas cuestiones la ley 24.240 por lo que ambos regímenes van a coexistir.

En el artículo 1092 se define la relación de consumo como:

el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

El artículo 1094 incorpora una importante norma al hablar de la interpretación:

Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Se incorpora también un capítulo referido a prácticas abusivas, al deber de información, a la publicidad, a las modalidades especiales de contratación y a las cláusulas abusivas.

Como vemos, no existen con la sanción del nuevo código impedimentos nuevos o distintos a los ya existentes en la ley para la aplicación del régimen del consumidor a los profesionales liberales, sino que con esta nueva normativa se refuerzan principios e institutos útiles por proteger a la parte más débil en la relación profesional-cliente/paciente.

IX. Conclusión

Como acabamos de ver, no existe en la mecánica de la ley ningún impedimento para la aplicación de la Ley de Defensa de Consumidor a los profesionales liberales más que la exclusión de la parte final del artículo 2. El profesional liberal presta un servicio y la única limitación para su aplicación debe ser su

no encuadramiento en los requisitos necesarios como proveedor. Sumado a esto, tenemos normas dentro de la propia ley que avalan esta tesis, como la inclusión de la publicidad, el deber de aplicar la norma más favorable y la afirmación de que esta normativa se aplica a pesar de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado por otra normativa específica. Esto es así porque estamos ante un régimen tuitivo y de protección amplio según nuestra propia Carta Magna.

En el presente trabajo hemos resaltado los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia por intentar enmascarar la aplicación de la normativa consumista a profesionales liberales. Así, vimos que se ha intentado argumentar su actuación como empresa para justificar la aplicación de la ley, admitiéndose en tales casos que el cliente/paciente es un consumidor y el profesional un proveedor por la forma en la que se encuentra organizada la actividad. También se ha recurrido a la publicidad y se ha dicho que al publicitar se somete voluntariamente al régimen de defensa de consumidor. Otro sector, fundándose en el propio texto de la ley, admite que se aplique solo en materia de publicidad. Esto lleva a considerar la actividad de un profesional liberal como encuadrada para unos casos—cuando se publicita— pero no para el resto. Lo propio ocurre con el deber de información.

Todo lo anteriormente mencionado son esfuerzos válidos pero insuficientes a la hora de la protección integral del consumidor. Se necesita una ley que sea adecuada a los principios de nuestra constitución que consagre un principio protectorio amplio, sin restricciones ni exclusiones que crean un privilegio de clase. Consideramos necesaria una reforma para adecuar el texto a la solución que prevén las leyes uruguaya y brasilera, que no excluyen a los profesionales liberales sino que se los tiene por incluidos.

En vistas a todo lo anteriormente expuesto, no quedan dudas que la exclusión señalada se encuentra en contradicción con nuestra Constitución Nacional. Para establecer una democracia igualitaria, eliminar completamente los privilegios de clase y cumplir con el mandato constitucional del artículo 42, es necesario una reforma que contemple esta situación y permita la aplicación de la ley.

No olvidemos que la actividad de un profesional liberal, consiste en brindar un servicio a un consumidor final que lo adquiere para sí o para su grupo familiar y como tal queda comprendido en el régimen de consumidor. Una solución contraria hace tambalear principios básicos de nuestro sistema jurídico como son la igualdad y la protección amplia del consumidor.

**DAÑOS PUNITIVOS.
ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS
CRÍTICOS A SU INCORPORACIÓN***
PUNITIVE DAMAGES. ANALYSIS OF ARGUMENTS
THAT CRITICIZE ITS INCORPORATION

Leonardo A. Urruti**

Sumario: I. Introito. II. Conceptualización de los denominados “daños punitivos”. III. Análisis de los argumentos críticos a la viabilidad de la figura en nuestro derecho. a. Enriquecimiento sin causa del damnificado. b. Naturaleza jurídica. ¿Figura penal o del derecho privado?. c. Acerca de la vulneración de garantías constitucionales y necesidad de modificar el proceso civil para comprenderlas. d. Afectación del principio de legalidad. e. Posibilidad de doble punición por un mismo hecho (non bis in ídem). f. Arbitrariedad en su determinación o falta de criterios. g. Efecto social y económicamente negativo. IV. Conclusión.

Resumen

El análisis en concreto de aquellos estudios que señalan contradicciones entre la Constitución Nacional y la inclusión de los daños punitivos en el régimen general de derecho privado configura el epicentro de este trabajo. Se abordan en particular aquellos argumentos que señalan la vulneración del principio de enriquecimiento sin causa, el debate que alude a la naturaleza jurídica de la figura—y su vinculación con garantías constitucionales—, implicancias de la función punitiva dentro de un proceso de derecho privado y ventajas del derecho civil y comercial respecto de alternativas penales propuestas. Se rescata el valor del enfoque del Análisis Económico del Derecho para el estudio de la

* Adaptación sintética del Trabajo de Seminario presentado en calidad de alumno como culminación de la asignatura “Seminario” de la carrera de abogacía en la UNS, titulado “La Validez de los Daños Punitivos en el Derecho Privado Argentino”, bajo la dirección del Dr. Hugo A. Acciarri, aprobado con fecha del 12 de abril de 2013 por el Consejo Departamental del Departamento de Derecho (UNS).

** Abogado, graduado de la Universidad Nacional del Sur (2013). Maestrando de la Maestría en Derecho en la UNS (Orientación Análisis Económico del Derecho). Investigador a través de la “Beca Interna de Iniciación a la Investigación en la UNS para Egresados”.

figura, sosteniendo finalmente la plena aptitud de la figura para integrarse al derecho privado general.

Palabras clave: Daños punitivos – Críticas – Enriquecimiento sin causa – Naturaleza jurídica – Garantías constitucionales – Análisis Económico del Derecho.

Abstract

The specific analysis of those studies pointing to contradictions between the Constitution and the inclusion of punitive damages in the general system of private law set the epicenter of this work. In particular, this essay is centered in the arguments that point the violation of the principle of unjust enrichment, the debate referred to the legal nature of the particular addressed subject—and how it relates with constitutional guarantees—, implications of the punitive function inside a private law procedure and the advantages of civil and commercial law regarding criminal alternative proposals. Furthermore, it is extremely valuable the approach of the Economic Analysis of Law for the study of the figure, which sustains the aptitude of the figure to integrate in the general private law.

Keywords: Punitive damages – Reviews – Unjust enrichment – Legal Nature – Constitutional Guarantees – Economic Analysis of Law.

I. Introito

La inclusión de la figura de los daños punitivos en el régimen de Derecho del Consumidor y el planteamiento de su incorporación en una eventual evolución hacia un Código Civil y Comercial Unificado no se ha encontrado libre de argumentaciones que sostienen la presencia de contradicciones entre la Ley Suprema de la Nación y el instituto en cuestión.

Desde otra perspectiva, los cultores de un moderno Derecho de Daños orientado en propósitos de prevención, disuasión y punición encuentran que el instituto de los daños punitivos puede contribuir empíricamente a su concreción, brindando eficiente respuesta a las carencias de nuestro actual sistema de responsabilidad civil para desintegrar los efectos de ciertos ilícitos particularmente graves, al tiempo de generar incentivos adecuados para motivar a los potenciales dañadores a adoptar posturas de eficiente prevención *ex ante* de la causación de daños.

El presente trabajo, de carácter introductorio en la temática, aborda el sustento o debilidad de las argumentaciones críticas que se han vertido sobre este instituto jurídico, a los fines de obtener juicios mejor fundados, en las conclusiones del mismo, sobre la prudencia de sostener, como deducimos, la plena aptitud de los daños punitivos para formar parte de nuestro régimen general derecho privado.

II. Conceptualización de los denominados “daños punitivos”

La amplitud de posibilidades de aplicación de los “daños punitivos” ha llevado a entender que no sería factible una respuesta unívoca que permita definir el instituto¹; al menos, si pretendemos que tal concepto contenga una aspiración de utilidad práctica.

A los fines de este trabajo adoptaremos un concepto amplio de daños punitivos susceptible de comprender diferentes modelos de aplicación², o más bien, “clases” o “tipos” de una figura general. Entenderemos, así, que la expresión “daños punitivos” alude a aquellas condenas pecuniarias extraordinarias impuestas por los jueces a pedido de parte, que excediendo la indemnización exclusivamente compensatoria *respecto del peticionante*³ (sea este individual o colectivo), son establecidas con el propósito de sancionar al responsable y disuadir por su intermedio la repetición de conductas semejantes en el futuro.

Esta idea puede ser comprensiva de diferentes modelos de aplicación o, más bien, clases o tipos de daños punitivos, que puedan perfilar los diversos propósitos que individualmente o en forma combinada le ha asignado la doctrina.

¹ Algunos autores han planteado, con bastante acierto, la descripción de que los requisitos y funciones de la herramienta pueden variar, planteando la existencia de “modelos” de daños punitivos como Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima, los cuales se atenderán brevemente por cuestiones de extensión en este estudio preliminar. 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, 55.

² MARTÍNEZ ALLES, MARÍA G., *op.cit.* (Documento digital, p.5).

³ Dado que podría hablarse de una compensación social, respecto del daño social provocado por la conducta del agente. La cursiva nos pertenece.

III. Principales argumentos críticos a la incorporación de los daños punitivos. Su análisis

En este apartado abordaremos el sustento de las principales argumentaciones que contradicen la aptitud de los daños punitivos para formar parte del derecho privado argentino.

a. Enriquecimiento sin causa del damnificado

Se ha sostenido que siendo principio general de nuestro derecho civil que la medida del resarcimiento solo puede extenderse hasta el límite de la medida del daño resarcible probado y derivado de la actuación del dañador, una vez superada aquella línea (como plantearía la figura de los daños punitivos) se estaría generando un enriquecimiento de la víctima a costa del responsable sin causa jurídica válida⁴.

En tal sentido, si bien la Ley de Defensa del Consumidor dispone que la multa civil será en favor del consumidor, los proyectos de reforma de Código Civil y Comercial proponen que se le otorgue el destino que asigne el juez o tribunal por resolución fundada⁵.

El cobro de la condena por los damnificados, o al menos, de una parte de esta (vale decir, que una parte se destine al peticionante y otras entidades comunitarias, de defensa de los derechos del consumidor, de bien público, investigación o fondos de garantía para víctimas frente a la insolvencia de dañadores, etc.) resulta esencial para que surjan incentivos de accionar, más aún frente a la posibilidad de microlesiones.

La explicación del fenómeno surge patente desde el Análisis Económico del Derecho, donde se percibe que la condena por daños punitivos busca que los

⁴ Véase: PICASSO, SEBASTIÁN, "Sobre los denominados 'daños punitivos'" LA LEY 13/11/2007, 13/11/2007, 1 - LA LEY 2007-F, 1154 (La Ley Online, p. 1 y ss.). El autor adopta como punto de partida que la regla central en el marco de nuestro sistema de responsabilidad civil es que "el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero sólo el perjuicio causado". En igual sentido, 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.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).

⁵ Artículo 1587, del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 y artículo 1714 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 2012.

dañadores internalicen el daño social causado y/o esperado por su actividad, frente a la baja probabilidad de indemnizar en los casos particulares por el total del daño—dificultades de prueba, falta de identificación del dañador, infravaloración del daño, bajas de tasas de interés judicial y largos procesos, etc.—, junto con el análisis de probabilidad efectiva de que se formule el reclamo y que este reclamo llegue a una sentencia condenatoria.

Se debe procurar que el “costo privado del potencial dañador” (su responsabilidad esperada) sea igual al “costo esperado por los accidentes” (daños esperados, pH). Caso contrario el dañador nunca tendrá los incentivos adecuados para adoptar el nivel de precaución óptimo. Tal objetivo se logra a través de los daños punitivos⁶.

En este orden de ideas, el Dr. Irigoyen Testa entiende que no nos encontramos dentro del ámbito de la compensación del daño, sino frente a la función punitiva y preventiva del derecho de daños. No existe objeción de técnica jurídica para que se pueda destinar una multa civil a favor de la víctima. Ello constituye una cuestión de política legislativa. Si entrase en vigencia una ley que prescribiera que los daños punitivos serían destinados al damnificado, mal podría hablarse, entonces, de enriquecimiento sin causa. La causa sería la propia ley⁷.

De igual forma, resulta recomendable que al menos una parte se destine en favor de la víctima a fin de crear incentivos suficientes para que esta accione judicialmente y colabore en la producción de pruebas. No obstante, si todo se dirige a la víctima, esto puede motivar acuerdos extrajudiciales que desvirtuarían el instituto. Toda, o parte de la multa, podría orientarse en aquellos casos, conforme las circunstancias, al propio Estado o entidades de bien público.

Señala el mismo autor, que en cuanto a la aplicación de la figura frente a daños irreparables (lesión de derechos personalísimos) debiera otorgarse en su totalidad a la víctima de modo de ampliar su imperfecta satisfacción⁸.

Para finalizar este apartado en particular, a modo de conclusión cabe enunciar que:

Como regla, la víctima no debe lucrar por el hecho lesivo; pero todavía más irritante es que el dañador sea quien lucre y que, además, permanezca en situación que nada le impida (a él y a otros) reiterar

⁶ 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.6).

⁷ IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op.cit.*, (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.11).

⁸ IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op.cit.*, (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.12).

la actividad nociva. Ante el dilema entre “daños lucrativos” y “culpas lucrativas”, nos inclinamos en contra de estas últimas, que son más negativas, porque se cimentan en la causación de perjuicios inmerecidos y rentables para el dañador⁹.

b. Naturaleza jurídica. ¿Figura penal o de derecho privado?

Diversos autores han sostenido que el instituto posee naturaleza penal, lo cual por extensión lo tornaría ajeno al derecho privado correspondiendo su regulación a otras ramas como la penal o la administrativa¹⁰.

Consecuencia de este razonamiento sería que de pretender imponer condenas por daños punitivos en el marco de relaciones de consumo (y de derecho privado en general), habría que recurrir a tipificar las conductas, sustanciando un proceso separado en sede penal, o uno paralelo con un procedimiento acorde en sede civil¹¹.

Entiendo que la imposición de sanciones no es ajena al derecho privado, siempre y cuando se reconozca al demandado una oportuna defensa y debido proceso adjetivo.

Existen numerosos argumentos que justifican este tipo de sanciones privadas:

1. Se plantea que el derecho penal es el último de los recursos en materia de sanciones (*ultima ratio*), reconociendo, a tal efecto, los propios penalistas que existen instrumentos sancionatorios en otras ramas, pero que siendo menos gravosos y con finalidades diversas, como en el caso, no ameritan sus garantías.

⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE y GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CALUCCI, AÍDA y BUERES, ALBERTO J. (directores), *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*, AbeledoPerrot, 1997, (Documento digital, p.5).

¹⁰ En este sentido véase: PICASSO, SEBASTIÁN, *op.cit.*, (La Ley Online, pp.2-3); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *op. y loc. cit.* (La Ley Online, pp.1-2); MARTINOTTI, DIEGO F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *LA LEY* 2001-F, 1317, (La Ley Online, p. 3); 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.); 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)..

¹¹ PICASSO, SEBASTIÁN, *op.cit.*, (La Ley Online, p.4).

2. La inflación penal y sus excesos, lejos de reforzar la prevención, han tendido a aumentar la criminalidad¹². La estrategia de despenalización y privatización de las sanciones significa la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal menos gravosas (administrativas o civiles) y más efectivas¹³.
3. El derecho penal argentino no incorpora a las personas jurídicas como sujetos pasivos de represión, con lo cual, si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de las conductas que son pasibles de daños punitivos se realizan a través de personas jurídicas continuaría la impunidad¹⁴.
4. Confiar a jueces no entendidos en las cuestiones del derecho privado la represión de conductas que se cumplen en el ámbito propio de la responsabilidad civil o del derecho del consumo, ámbitos ajenos al juez penal, podría dar por tierra con las pretensiones disuasivas del instituto y la comprensión de la cuantía, que requiere graduarse respecto de cada caso en particular.
5. Desde la perspectiva de estudio del análisis económico del derecho, la cuantía de estos no iría más allá de la necesaria internalización de costos sociales de la actividad dañosa e ilícita. Los daños punitivos se hallan limitados a la medida de la falta de prevención y especulación del dañador limitándose a restaurar el equilibrio por él quebrado. Se limitan, en otras palabras, a desintegrar un subsidio que, de hecho, genera la responsabilidad civil exclusivamente compensatoria respecto del peticionante. Visto desde esta perspectiva, podría hablarse de un *resarcimiento social* en la aplicación del instituto. Vale decir, que si bien la condena no involucra una compensación respecto del peticionante o particular afectado, puede sí considerarse una compensación respecto de la sociedad y el mercado, que se ven afectados cuando un sujeto, ilícita y deliberadamente, desatiende la óptima inversión en precaución, o especula con los costos y probabilidades del sistema de justicia de brindar respuesta, transmitiendo tales costos a la sociedad que soporta los daños, con la consecuencia de una disminución de sus costos y un aumento ineficiente para la so-

¹² LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 116.

¹³ SIERRA, HUGO M., CANTARO, ALEJANDRO S., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª. Ed., Bahía Blanca, Editorial de la Universidad Nacional del Sur (Ediuns), 2009, p.34.

¹⁴ SPROVIERI, LUIS E. "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, p.16).

ciudad de su producción. La multa civil propone, fielmente, que el sujeto internalice los costos que provoca.

6. Se ha señalado que nuestro derecho civil no resulta ajeno a la existencia de sanciones privadas aplicadas por los jueces. Entre ellas contamos con las astreintes, es decir condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que pueden imponer los jueces en beneficio del titular del derecho, sobre quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial¹⁵. Cabe también computar el caso de los intereses punitivos o sancionatorios, los que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios, en los supuestos de “inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero”, a los que se alude en el segundo párrafo del artículo 622 del Código Civil. El cual repite, en rigor, una igual sanción contenida ya en el segundo párrafo del artículo 565 del Código de Comercial, y su correlato en lo dispuesto en el artículo 45 de los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, allí se efectúa un fundamental expreso agregado, de algo que solo resulta implícitamente de los códigos de fondo: que el importe de la multa por tal conducta maliciosa o temeraria asumida en el pleito “será a favor de la otra parte”¹⁶.

Si bien estos casos “... no constituyen una penal civil, representan una sanción conminatoria derivada del incumplimiento de deberes impuestos por una resolución judicial”¹⁷, que, en los hechos, atento la similitud de las situaciones, les resultan aplicables las conclusiones que se han venido exponiendo en punto a los “daños punitivos”.

Existen otras sanciones civiles, de carácter no monetario, como es la privación de la patria potestad, respecto de quienes no cumplieren adecuadamente sus

¹⁵ Véase art. 666 bis del Código Civil de la República Argentina, reformado por la ley 17.711 de 1968.

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

¹⁷ 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, p. 307; [citado por 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. AbeledoPerrot, 1995 (Documento digital, p.4).

deberes respecto de los menores¹⁸ o también, la incapacidad a suceder por indignidad, dispuesta sobre aquellos que hayan atentado sobre la vida de aquel cuya sucesión se trate¹⁹.

En todos estos casos, no se ha dispuesto en ocasión alguna, su tacha de inconstitucionalidad, siendo que el derecho privado nacional reconoce la existencia de sanciones civiles y los daños punitivos revisten tal naturaleza.

Se ha expresado ya con anterioridad que la punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente²⁰. Por el contrario, nuestro actual derecho de daños se manifiesta insuficiente en su sistema de sanciones privadas a la hora de generar estímulos orientados a la prevención de daño, para reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas, para proteger el equilibrio de mercado y para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo.

Nada obsta, al fin de cuentas, que la ley determine la existencia de sanciones en el marco del derecho privado. La pretensión de exclusividad de estas por el derecho penal no tiene asidero, debiendo distinguirse la gravedad de la pena y la finalidad propia del derecho penal respecto de estas sanciones civiles.

¹⁸ El artículo 307 del Código Civil reza de la siguiente manera: “Artículo 307: Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad:

1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.
2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.
3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.”

¹⁹ El Artículo 3291 del Código Civil dispone: “Son incapaces de suceder como indignos, los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena.”

²⁰ Así se señala en dictamen unánime en las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, llevadas a cabo en Santa Fé, en el mes de septiembre de 1999. Puede accederse a las conclusiones en la web: http://www.garridocordobera.com.ar/xvii_jornadas_nacionales_de_dere.htm).

c. Acerca de la vulneración de garantías constitucionales y necesidad de modificar el proceso civil para comprenderlas²¹

Entre estas garantías resulta suficiente, a nuestro entender, la garantía del debido proceso legal y adjetivo. En cuanto al primero, se cumple con la propia razonabilidad de la ley que lo establece. El segundo es el que ofrece más puntos conflictivos. La garantía del debido proceso involucra el derecho del demandado a ser oído, a ofrecer y producir prueba, y el derecho a obtener una resolución fundada, en conformidad con el art. 18 de la Constitución Nacional.

En este marco, se señala que el proceso civil incorpora la posibilidad de “declarar contra uno mismo” en base a la prueba de absolución de posiciones y ello no resultaría compatible con la figura en análisis. Empero, no es posible determinar una división dentro del proceso civil para tratar los daños compensatorios, respecto de los daños punitivos, por tanto las pruebas que existan para condenar la indemnización común serán las mismas que se utilizarán para otorgar los daños punitivos. No debe soslayarse que son y siguen siendo sanciones civiles, y el principio de no autoincriminación rige solo en materia penal²².

d. Afectación del principio de legalidad

La asignación del pretendido carácter penal a los daños punitivos ha llevado a entender que se requeriría una tipicidad específica de las conductas llamadas como presupuesto de las sanciones, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, para garantizar de este modo la esfera de libertad avalada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Se señala al respecto, bajo un argumento comparatista, que al regular los intereses sancionatorios, el Código Civil en su art. 622 se limita a disponer que proceden frente a una “inconducta procesal maliciosa del deudor o que deba resolverse en el pago de dinero...”, dejando en ese aspecto un amplio marco para interpretar el concepto indeterminado de “inconducta procesal maliciosa”, lo que en definitiva se determina e interpreta en su aplicación jurisprudencial. No es necesaria en materia civil tanta rigidez y precisión como en materia penal, debe ser suficiente en este caso con una determinación por el legislador

²¹ Respecto de la afectación de garantías constitucionales véase: PICASSO, SEBASTIAN, *op. y loc. cit.*, (La Ley Online, p.4).

²² LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.*, p. 350.

del comportamiento que motiva la sanción prudentemente abarcativo, hablándose entonces de una literalidad atenuada²³.

Con todo, es claro que no podría aceptarse en nuestro derecho el reconocimiento de sanciones civiles sin una previa ley que así incorpore la figura en tratamiento, tal como ha acontecido en nuestro país en el régimen de Defensa del Consumidor a partir del art. 52 bis de la Ley 24.240, anexo en el año 2008 por la Ley 26.361 (Adla, LXVIII-B, 1295)²⁴. En varios precedentes, respecto de hechos previos a la incorporación del instituto, la jurisprudencia se manifestó siguiendo esta línea:

...el sistema recogido por el legislador civil hasta el presente es el de la reparación integral del daño, mas no el de establecer —además— la posibilidad de una punición ejemplar, instituto que permanece en el plano de la *legeferenda*...Que el mismo proyecto legislativo argentino recoja la innovación como lo hace, confirma estas ideas: a) no se encuentra receptado en nuestra legislación; b) la punición —aún cuando de naturaleza civil— (no comparto la idea de quienes la remiten al ámbito exclusivo de la legislación pública) debe apoyarse en la sanción de una ley previa, recogiendo el principio liminar del estado de derecho²⁵.

e. Posibilidad de doble punición por un mismo hecho (non bis in ídem)

Con respecto al consagrado principio que impide la persecución múltiple por un mismo hecho en materia penal, cabe indicar que las finalidades de una condena penal o administrativa, respecto de la condena en daños punitivos, son diversas y la superposición no puede tener lugar²⁶.

El ámbito se torna más complejo sobre la posibilidad de existencia de múltiples daños por un mismo hecho, respecto de los cuales los afectados reclamen

²³ LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.* p. 359.

²⁴ El art. 52 bis. reza de la siguiente manera: “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.”

²⁵ “Acuña, Carlos A. y otros c. YPF S.A.”; CCivComMineríaCipolletti, 12/05/2008, LLPatagonia 2008 (agosto), 397 (AR/JUR/3776/2008, p.9)

²⁶ LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.* p. 351.

la condena civil. En ese marco, claramente, la sanción civil no podrá extenderse al infinito o reiterarse respecto de cada sujeto. En lo que atañe a procesos colectivos, la regulación de las acciones de clase (*classaction*) es, aún, un avance pendiente para nuestra legislación.

La acción de clase constituye un instituto procesal de gran utilización en EE.UU, sobre todo en materia de daños y perjuicios masivos, por el cual un grupo de personas, o entidad representativa, reclama en nombre de todos los damnificados, en un proceso cuya sentencia final hace cosa juzgada respecto de todos y del demandado.

Podría en algunos casos configurarse junto al reclamo por daños punitivos, aunque se generan complejos procesos para determinar su distribución entre los afectados. La extensión que requeriría desarrollar este particular punto excede los fines de este trabajo²⁷.

La objeción del *non bis in idem* no puede ser tomada por válida, aún frente a daños masivos: los daños compensatorios versaran respecto de cada sujeto, mientras que la multa civil, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, deberá ser única y no resultar excesiva respecto del patrimonio del responsable, debiendo el demandado informar frente a una nueva pretensión relativa al instituto, de otras sanciones que haya recibido por el mismo hecho bajo la excepción de cosa juzgada. La pronta regulación de la acción de clase, podrá, en el futuro, ayudar al demandado frente a reclamos múltiples.

En caso de existencia de varios procesos individuales, el demandado puede solicitar la acumulación de dos o más procesos en los que se debata sobre un mismo hecho o relación jurídica bajo el mismo régimen procesal actual²⁸.

Como se concluye, en todo caso, existe la oportunidad para que el demandado impida, mediante la elección de cualquiera de las vías procesales antes referidas, la carga de una múltiple condena civil por un mismo hecho.

f. Arbitrariedad en su determinación o falta de criterios

Se ha señalado que no existen criterios objetivos para cuantificar el monto de la condena, resultando en la necesidad de que la ley brinde pautas claras para que, en su fijación, no se presenten situaciones de desigualdad e irrazonabili-

²⁷ Véase LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.*, pp. 398-401.

²⁸ SPROVIERI, LUIS E., *op.cit.* (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, p. 16).

dad²⁹. Coincidimos en la necesidad de una adecuada motivación de la condena y proporcionalidad entre la falta y la suma de la sanción.

Es evidente que el monto de las condenas no puede depender del arbitrio judicial sin consideraciones que permitan efectuar un adecuado control respecto de los montos impuestos. Así las cosas, el art. 52 bis de la Ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), incorporado en el 2008, dispone que “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. Estos criterios legales han sido considerados amplios y abstractos, definiéndose doctrinaria y jurisprudencialmente otro conjunto de criterios que hacen a la cuantificación concreta de la multa en el caso particular.

La regla general en materia de responsabilidad 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 prudencial³⁰.

En el *Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del 2012* 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 doctrinaria³¹, hasta el momento, de pautas de graduación de la condena, dejando una amplia discre-

²⁹ Véase: MARTINOTTI, DIEGO F., *op.cit.* (La Ley Online, p. 4);

³⁰ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (Documento digital, p. 180). 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” integrada por 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/anexos/175000-179999/179643/norma.htm>. Los textos oficiales en igual formato, tanto del Anteproyecto, como también la Presentación del mismo a cargo del Dr. Lorenzetti, los Fundamentos y la Ley de Aprobación y Derogaciones se encuentran disponibles en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>.

³¹ En el marco de las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, se señalarían 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 este; c) su causal 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

cionalidad al juez limitada por tales conceptos, y habilitando en el caso concreto una única respuesta adecuada con subsiguiente posibilidad de control.

Desde el enfoque del *Análisis Económico del Derecho*, puede observarse un estudio de gran interés, realizado por Matías Irigoyen Testa. Este autor, 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 la 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 suscitar 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 óptimo³².

Entiendo que estas pautas pueden resultar valiosas si se adopta un concepto de daños punitivos semejante al propuesto por tal enfoque, con las ventajas comparativas que implica el diagramamiento de fórmulas que relacionen los elementos vinculantes como variables³³, y a partir de los cuales se facilite no

o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (unanimidad)”.

³² Véase: IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op. cit.* (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, pp. 6-8). Puede observarse un mayor desarrollo de esta investigación en IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Fórmulas para cuantificar los Daños Punitivos”, *JA, Número Especial sobre Derecho y Economía*, Fascículo N° 13, AbeledoPerrot, marzo de 2011, pp. 83-96; *SJA* 30/3/2011; (Lexis 0003/015353).

³³ Sobre la importancia de la utilización de formulas en la actividad judicial para el cálculo de indemnizaciones y respecto de los criterios objetivos de control de la actividad judicial que estas otorgan, véase: ACCIARRI, HUGO A., ¿Deben Emplearse Fórmulas Para Cuantificar Incapacidades?” *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, año IX, N° V, mayo de 2007, Buenos Aires, p. 9-24; ACCIARRI, HUGO A. e IRIGOYEN TESTA, MATÍAS “Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”, *La Ley Online*, diciembre de 2008. Asimismo, véase: ACCIARRI, HUGO A. e IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Notas sobre la Utilidad, Significado y Componentes de las Fórmulas para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”, *La Ley Online*, 2011.

solo su adecuada graduación sino también el posterior control. Se evidencian, no obstante, algunas dificultades respecto de la forma en que se calcularía cada uno de los parámetros en la práctica.

g. Efecto social y económicamente negativo

El monto de las condenas por daños punitivos podría generar, se ha señalado, alteraciones en el mercado, determinando la traslación de sus montos potenciales al precio de los productos y servicios por los potenciales sujetos pasivos³⁴.

En lo atinente, a partir de la reforma constitucional del año 1994, la República Argentina incorporará en el art. 42 el deber positivo de actuación del Estado para proveer “a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, lo que lleva a considerar con especial detenimiento los efectos del instituto bajo estudio respecto de los mercados.

Desde un enfoque positivo del Análisis Económico del Derecho³⁵, se concluye que la repercusión de los daños punitivos es benéfica para toda la comunidad. Bajo esta concepción, el propósito fundamental de la figura está dado por la prevención y disuasión de daños ineficientes. En la medida en que el dañador (industria, empresa o particular) no incorpore los costos sociales provocados por su actuar dañoso ineficiente, las víctimas de los mismos estarán subvencionando, en la medida de aquel, los mismos productos causantes del daño, generando un equilibrio de mercado por debajo del óptimo (externalidad).

Entonces, si los precios no internalizan todos los costos, los consumidores demandarán más bienes que el óptimo social y existirá un exceso de producción ineficiente.

Imaginemos un ejemplo simplificado donde la producción de un bien cueste \$10, su precio en el mercado sea de \$8 (\$2 de externalidades subvencionadas por las víctimas) y los consumidores valorasen el bien en \$9. Entonces, la producción sería ineficiente: el costo de producción sería de \$10 y el valor del mismo (por los consumidores) sería de \$9; existiría una pérdida social de \$1. En definitiva, si todos los daños que se ocasionarán no serán internalizados, existirá una externalidad de

³⁴ Véase MARTINOTTI, DIEGO F., *op.cit.*, (La Ley Online, p. 6).

³⁵ Se entiende que el enfoque positivo del análisis económico del derecho utiliza el análisis económico para predecir el efecto de las normas jurídicas, es decir, los efectos sociales empíricos concretos que surgen de la norma, más allá de sus pretendidos “fines” en la teoría abstracta.

costos sociales irrecuperables, una precaución insuficiente, un exceso de producción y un equilibrio de mercado distorsionado³⁶.

Por extensión, a mediano o largo plazo, los productores que invirtiesen por debajo del costo de precaución adecuado tendrían precios más bajos, desplazan- do del mercado a los empresarios que actúen conforme la ley y no generasen tales externalidades negativas³⁷.

De esta manera, los daños punitivos no alteran el mercado, sino que vienen a restablecer el mismo hacia su equilibrio óptimo.

IV. Conclusiones

El instituto de los daños punitivos amerita aún una mayor investigación en lo atinente a su diseño institucional y a la posibilidad de comprender más de una manifestación (entiéndase “categorías” o “tipos”) que permitan distinguir e incorporar los múltiples propósitos que se le asignan, tal como paralelamente se ha podido perfilar *ut supra*.

Su naturaleza jurídica los ubica en el género de las sanciones civiles o penas privadas, misma clase a la que también pertenecen medidas tales como las astreintes, intereses punitivos y la privación de patria potestad.

El derecho nacional presenta la necesidad de actualizar sus lineamientos creando respuestas que involucren la punición de graves ilícitos que hoy permanecen sin una reacción por un sistema exclusivamente resarcitorio. Constituyendo un reflejo de las pautas de conducta de una sociedad, parece deseable que el derecho exprese la desaprobación social frente a determinados ilícitos realizados maliciosamente, con fines lucrativos o fundados en la especulación de particulares y empresas con las bajas probabilidades de resultar condenados por el total de los daños causados.

Los daños punitivos permiten al mismo tiempo lograr configurar una prevención especial respecto del autor y general respecto del conjunto de los potenciales dañadores por su efecto disuasivo.

³⁶ IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op.cit.*, (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.13).

³⁷ Para dar mayor profundidad a este análisis, véase: 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 y, de igual manera, LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.* pp.177-191.

Resulta oportuno que al menos parte de estas condenas sea destinada al peticionante de daños punitivos, a fin de configurar incentivos razonables para la actuación del derecho y afrontar los costos de transacción que implica el desarrollo de un proceso.

Los diversos criterios de cuantificación de los daños punitivos, expuestos en este trabajo, complementados por la evaluación de criterios y variables objetivas que se brindan desde el Análisis Económico del Derecho, tales como el cálculo del costo óptimo de prevención para determinar la existencia de culpa, el estudio de las probabilidades de ser demandado y condenado por el total de los daños causados, otorgan pautas para cuantificar precisamente las condenas y controlar las decisiones judiciales.

Su aplicación en el marco del derecho privado general requiere su regulación legislativa en el código de fondo como presupuesto, y debe garantizar a todo efecto las garantías de proceso adjetivo y derecho de defensa conforme el proceso civil y comercial.

Los daños punitivos se orientan proactivamente hacia un derecho con mayor contenido social, no meramente reparador, en la búsqueda de mayor equidad en las relaciones intersubjetivas que vinculan a los causantes de daños y sus víctimas.

Para finalizar, corresponde destacar la utilidad que un estudio orientado desde el Análisis Económico del Derecho puede aportar para concebir el diseño del instituto tanto como para evaluar y predecir los efectos de diferentes regulaciones normativas de daños punitivos que pueden provocar en la conducta de los agentes normativos, y del mismo modo para establecer pautas para una eficiente cuantificación de las condenas y un preciso control de su aplicación por los jueces.

EL EMPLEO DE FÓRMULAS ALGEBRAICAS PARA CUANTIFICAR INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDAD

USE OF ALGEBRAIC FORMULAS FOR MEASURING DISABILITY COMPENSATION

Leandro Couceyro*

Sumario: I. Breves nociones sobre conceptos matemáticos. II. El lenguaje. III. El álgebra o las palabras: una dicotomía de lenguajes. IV. El empleo de fórmulas algebraicas para la cuantificación de indemnizaciones por incapacidad.

Resumen

El álgebra es un lenguaje diseñado para resolver incógnitas utilizando números, letras y símbolos, y exponer de forma rigurosa cuáles son las variables tenidas en cuenta y los pasos seguidos para que con aquellas variables podamos arribar a un resultado numérico. Si nos centramos en la necesidad de lograr la mejor técnica expositiva de un razonamiento, el lenguaje simbólico representa un avance comparativo respecto de cualquier otra herramienta.

Palabras Claves: Álgebra – Fórmulas – Indemnización – Incapacidades – Cuantificación.

Abstract

Algebra is a language designed to solve unknowns using numbers, letters and symbols, and to rigorously expose what are the variables considered and the steps taken for those variables that we can arrive at a numerical result. If we focus on the need to achieve the best expository technique reasoning, symbolic language represents a comparative improvement over any other tool.

Keywords: Algebra – Formulas – Compensation – Disabilities – Quantification.

* Abogado, Graduado en la UNS (2016), Maestrando en la UNS en la modalidad de Derecho Patrimonial Privado en virtud de la beca otorgada por el Departamento de Derecho a Mejores Trabajos de Seminario 2015. El presente constituye una adaptación de dicho trabajo.

“El valor de la instrucción matemática consiste en la aplicabilidad, no de sus doctrinas, sino de sus métodos”.

John Stuart Mill¹

I. Breves nociones sobre conceptos matemáticos.

Antiguamente, en los albores de la humanidad, los hombres vieron la necesidad de medir el tiempo y el espacio, así surgió lo que conocemos como la aritmética, la cual, en su forma más abstracta, es un conjunto de objetos, junto con algunos mecanismos para operar con ellos².

Cientos de años después, en el S. IX d.C., fundamentalmente los matemáticos árabes, sentaron las bases de lo que hoy conocemos como el álgebra. Esta rama de las matemáticas, que originalmente fue concebida como una extensión de la aritmética, tiene por objeto generalizar todas las cuestiones que se puedan proponer sobre las cantidades³.

A grandes rasgos podemos decir que tanto la aritmética como el álgebra son el arte de hacer cálculos, solo que en la aritmética se carece de objetos no numéricos. Cuando a la aritmética elemental le agregamos una o más incógnitas o parámetros que representen variables o coeficientes, nos encontramos ante una expresión algebraica.

A su vez, cuando consultamos a la Real Academia Española sobre el término “fórmula” encontramos varias acepciones. La primera se define como “un medio práctico para resolver un asunto controvertido o ejecutar algo difícil”⁴. Mientras que, la misma fuente nos indica que en relación con las matemáticas una fórmula es una regla que relaciona cantidades⁵.

¹ MILL, John Stuart, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive: Being a Connected a View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, Ed. Harper & Brothers, 1858, p. 373.

² HERSTAIN, Israel N., *Topics in algebra*, John Wiley & Sons, 2006, p. 1 y 2.

³ KAUFMANN, Jerome E. – SCHWITTERS, Karen L., *Elementary Algebra*, 9th edition. Brooks/Cole, Cengage Learning 2011, p. 2.

⁴ *Diccionario de la Lengua Española On-Line*, <http://www.rae.es/>, consulta del 30/04/15.

⁵ *Op cit*, consulta 30/04/15.

De esta manera, basándonos en los conceptos vertidos hasta ahora, podemos llegar a decir que una fórmula algebraica es la representación, por medio de letras, números y signos, de una regla o de un principio general.

II. El lenguaje

Una de las necesidades más básicas del ser humano es la comunicación, y ella se presta por medio del lenguaje. Existen distintos tipos de lenguajes, y a modo de ejemplo podemos citar al lenguaje gestual, el verbal, el icónico y el que puntualmente nos interesa: el lenguaje simbólico.

Tanto las letras como los números son elementos simbólicos, y con ello advertimos que la matemática y la escritura de las palabras resultan igualmente lenguajes simbólicos.

Es de suma importancia para poder comunicarnos, que el lenguaje elegido sea compartido tanto por el emisor como por el receptor. Sin embargo, para lograr una comunicación en términos de eficiencia, no bastaría con coordinar el lenguaje y el canal entre el emisor y el receptor, sino que es necesario que el lenguaje y el canal escogidos sean los más aptos para el mensaje que intentamos transmitir.

Por ejemplo, sería poco eficiente para los fines buscados, que las señales de tránsito prescindan del lenguaje icónico para ser redactadas en términos del lenguaje de las palabras, o que pretendiéramos explicar el teorema de Pitágoras por medio del lenguaje gestual.

Quizás existan posibilidades de que aún sin escoger el lenguaje más apropiado logremos nuestro cometido, y el mensaje sea comprendido por nuestro receptor, pero en tal caso no estaríamos actuando eficientemente.

III. El álgebra o las palabras: una dicotomía de lenguajes

Si nos posicionamos en el campo de la lógica cognitiva y hacemos uso de nuestra capacidad de raciocinio, veremos que a la hora de despejar una incógnita cuyo resultado pretenda ser una cifra, no hay forma alguna de alcanzar dicho objetivo sino es por medio de un cálculo matemático. El mismo podrá ser implícito o explícito.

Sería implícito para el caso de que decidiéramos exponer los elementos con los cuales trabajaremos, es decir las variables que tendremos en cuenta, y luego

de enunciarlas sostuviéramos una cifra concreta como resultado de aquel solapado cálculo.

Contrariamente, sería explícito si además de aquello desglosáramos minuciosamente cada razonamiento y cada operación que realizáramos, sea con lenguaje algebraico o con el lenguaje de las palabras.

Pues bien, hechas estas aproximaciones preliminares, conviene ahora posicionarnos en el campo del derecho. Al respecto, centrémonos en la tarea de un hipotético juez que debe calcular, por ejemplo, una indemnización por daños y perjuicios derivada de una muerte o una incapacidad sobreviniente.

Para ello, este juez podría recurrir a distintos métodos, y en principio ninguno de ellos podría ser condenable de antemano, en tanto y en cuanto la sentencia no peca de arbitrariedad.

Por un lado, es teóricamente posible que nuestro protagonista se ampare en el lenguaje de las palabras para alcanzar una cifra, explicitando paso por paso cuál fue el razonamiento seguido para, con ciertas premisas, arribar a determinada cantidad. A su vez, existe la posibilidad de que este supuesto magistrado se respalde en el uso de una fórmula algebraica para resolver la incógnita que lo ocupa.

Pero en todo caso, podríamos plantear el problema como una dicotomía de lenguajes, donde, de aplicárselos correctamente, es decir explicitando el cálculo realizado, la preferencia de uno por sobre otro no sería (en principio) más que una decisión sobre cómo explicarle a las partes, y a la sociedad, cuál fue el camino que siguió este juez para lograr ese *quantum* indemnizatorio.

Si, por el contrario, decidiéramos escindirnos de aquella área del pensamiento razonado para mudarnos hacia los parámetros de la intuición y las elecciones impulsivas, notaremos que nuestro hipotético juez estaría dictando sentencias manchadas por el capricho de la arbitrariedad.

IV. El empleo de fórmulas algebraicas para la cuantificación de indemnizaciones por incapacidad

Como dijimos anteriormente, es dable enfocar la cuestión como un problema de lenguajes, donde algunos jueces preferirán recurrir a la ayuda de fórmulas algebraicas, y otros encontrarán más conveniente exponer minuciosamente su

razonamiento por medio de las palabras, pero, como nos señala la SCJBA, “...ninguno se encuentra eximido de brindar los fundamentos y las razones que justifican porque se arriba a determinado importe...”⁶.

De hecho, en la praxis judicial de nuestro país, estas dos posturas se encuentran claramente delineadas. Sucede que, como perspicazmente nos advierte H. Acciarri⁷, muchas veces los jueces, haciendo uso del lenguaje de las palabras, ante iguales variables, recurren a ciertas frases (tales como “teniendo en cuenta lo antedicho estimo conveniente otorgar...” o “por lo expuesto resuelvo...” etc.), para finalmente arribar a distintos resultados.

Así, pareciera como si por medio de estas combinaciones de palabras se pudiera fundar cualquier voluntad del juzgador, o al menos, como si quien resolviera, únicamente, tuviera que mencionar las variables tenidas en cuenta, más no los pasos seguidos con esas variables para arribar a aquel resultado. Este proceder se jacta de la irrefutabilidad de sus resultados, pero, como lucidamente nos ha enseñado Karl Popper: “La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo) sino un vicio”⁸.

Es doctrina de la SCJBA que la cuantificación de las reparaciones debidas constituye una tarea propia de los jueces de las instancias de mérito, y solo pueden ser objeto de revisión ante la Corte cuando se pone en evidencia que aquella es el resultado de un razonamiento absurdo⁹.

Sin embargo, el mismo tribunal cimero de la Provincia de Buenos Aires, también tiene dicho que resulta revisable por vía de absurdo el monto indemnizatorio fijado si el tribunal no expresa ni da razón del método empleado para su cuantificación, incurriendo en una conclusión dogmática que no condice con el análisis de la prueba que dice haber efectuado¹⁰.

El problema aquí no tiene que ver con el lenguaje escogido, sino más bien con la falta de fundamentación que sostiene (o mejor dicho que no sostiene)

⁶ “Nicola, Daniel Victorio c. Nicola, Aldo Andrés. Accidente”, SCBA, AyS, 1994 II, 255.

⁷ ACCIARRI, Hugo A., “¿Deben Emplearse Fórmulas Para Cuantificar Incapacidades?”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, ed La Ley, año IX, N° V, mayo de 2007. Buenos Aires, ISSN 1666-4590, p. 13.

⁸ POPPER, Karl Raimund, *Conjeturas y Refutaciones*, 1ª edición, Buenos Aires, Paidós, 1983 (3ª reimpresión, 1991, p. 61).

⁹ “Núñez, Jorge Daniel c/ Empresa de Transportes Martín Güemes y otro s/ Daños y perjuicios”, SCBA, 3/5/2000, DJBA 158, 217; *Abeledo Perrot* N° 70023676 (documento digital, p. 7).

¹⁰ “Larumbe, Mariana c/ Coliva, Marcelo s/ Indemnización por daños y perjuicios”, SCBA, 15/12/99, *Abeledo Perrot* N° 14/71067 (documento digital, p. 1).

a una sentencia. Pero si en todo caso decidiéramos resistir el uso del lenguaje algebraico, deberíamos desfragmentar cada paso donde correlacionamos las distintas variables para finalmente arribar a una cifra.

Repasando lo hasta aquí desarrollado, tenemos dos cuestiones trascendentales que no podemos soslayar, por un lado el juez debe efectuar un cálculo, y por otro, el resultado representa una cifra cuyo valor en principio significa una incógnita.

Esto nos sitúa en condiciones de afirmar que para este juez, el álgebra se convierte en una herramienta de gran utilidad que le facilitaría la tarea en cuestión, pues ha sido pensada para ello.

No nos deja de resultar paradójica aquella conclusión de la CSJN cuando en el fallo “Fernández c. Ballejo” descarta el empleo del recurso algebraico para ponderar por sobre el mismo la necesidad de considerar y relacionar las diversas variables. Es que justamente eso es lo que hace el álgebra: considerar y relacionar las distintas variables.

Como se dijo, el álgebra es un lenguaje diseñado para resolver incógnitas utilizando números, letras y símbolos, y exponiendo de forma rigurosa cuáles son las variables tenidas en cuenta y los pasos seguidos para que con aquellas variables podamos arribar a un resultado numérico.

Si nos centramos en la necesidad de lograr la mejor técnica expositiva de un razonamiento, el lenguaje simbólico representa un avance comparativo respecto de cualquier otra herramienta.

Quizás el hecho de que la formación académica de los profesionales del derecho sea esquivada al estudio de las matemáticas y de su lenguaje, pueda ser el motivo (aunque no la justificación suficiente) de aquel rechazo a su empleo como herramienta útil para correlacionar variables y explicitar razonamientos en una sentencia, pues podríamos suponer que la negativa a este recurso se relaciona con el prejuicio que inspira a muchos operadores jurídicos una disciplina desconocida. El tema no solo inquieta a los intérpretes del derecho, sino que la cuestión desborda todos los campos sociales. En tal sentido, Marcelino Cerejido, distinguido matemático de nuestro país, pregona que “lo grave, sobre todo en el caso de Argentina, es que el analfabetismo científico ha invadido una enorme proporción de la intelectualidad”¹¹.

¹¹ CERREJIDO, Marcelino, “Somos analfabetos en ciencia”, La Nación, Buenos Aires, Sábado 10 de febrero de 2007, Sección I, p. 16.

Por nuestra parte, coincidimos con Berger en que:

...resulta aconsejable la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba a la damnificada. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio¹².

Autores de renombre, como por ejemplo el caso de Mosset Iturraspe¹³, han sabido alinearse detrás de estas ideas, a tal punto que su influencia ha calado en el legislador nacional, dado que en este sentido se orienta el flamante Código Civil y Comercial, cuando en su artículo 1746¹⁴ sostiene que aquel capital a indemnizar debe permitirle a la víctima obtener una renta similar al daño sufrido, y que dicho capital se agote al término del plazo en que razonablemente se estime que la víctima podría haber continuado con el desarrollo de sus labores.

Es así que nuestro Código nos impone la necesidad de utilizar fórmulas para el cálculo de indemnizaciones derivadas de lesiones o incapacidades físicas o psíquicas, sin embargo, no nos compele a la utilización de ningún lenguaje en particular.

¹² BERGER, Sabrina M., "Importancia de los cálculos matemáticos en el resarcimiento de daños a la persona", *LA LEY* 21/12/2012, 4; *LA LEY* 2013-A, 63 (AR/DOC/6052/2012, p. 5).

¹³ MOSSET ITURRASPE, "El valor de la vida humana", ed. *Rubinzal-Culzoni*, Santa Fé, 1983, p. 195.

¹⁴ Artículo 1746 del Código Civil y Comercial: Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Esto nos habilita suponer que mientras cumplamos con las directrices que nos fija esta ley de fondo, podríamos recurrir al lenguaje de las palabras para así traslucir cuál fue el procedimiento intelectual transitado que nos llevó a una determinada cifra, aunque en realidad nos parece evidente que la única manera de lograrlo será exponer cálculos que sean expuestos mediante la ayuda de fórmulas algebraicas.

A propósito, queremos hacer nuestras algunas palabras del Dr. Cafferata Nores, que entendemos representativas de nuestra postura respecto de las bondades del uso o empleo de las fórmulas matemáticas como método expositivo para el cálculo de indemnizaciones:

...si bien el quantum queda librado a la 'prudencia de los jueces' (art. 1084 C. Civ.), no puede depender de una valoración absolutamente libre reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera 'enunciación de pautas realizada de manera genérica'... Por el contrario, tiene que ser el fruto de un razonamiento exteriorizado en la sentencia sobre bases objetivas y cuyo desenvolvimiento pueda ser controlado desde la óptica de la sana crítica racional. Esto hace aconsejable la elección, dentro de lo posible, de un procedimiento uniforme para la fijación del importe indemnizatorio que, a la par de facilitar el contralor de las partes, del tribunal de casación y del público en general sobre el modo y los elementos tenidos en cuenta para arribar a aquel monto, facilite a los litigantes una herramienta idónea para arribar a una razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos, circunstancia que facilitaría la composición de muchos de ellos por libre acuerdo de las partes, con un menor desgaste jurisdiccional y una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios (aspectos que, en la realidad, son objeto de especial preocupación entre los juristas)...¹⁵.

Para finalizar, en muchas ocasiones hemos visto que los críticos del empleo de las herramientas algebraicas han intentado achacarles a estas últimas cuestiones relativas la elección de alguna variable, o a la dificultad fáctica de establecer anticipadamente parámetros que están sometidos al halo de lo fortuito, etc.

Participamos de los conceptos que nos aporta Irigoyen Testa cuando al respecto indica que si bien es cierto que

¹⁵ Del voto del Dr. Cafferata Nores en "Marshall, Daniel A. s/ Homicidio Culposo - Daños y Perjuicios", Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, 22/03/1984, JA 1985-I-214 (Abeledo Perrot N°: 70031732, p. 10).

La expresión simbólica presenta ciertas debilidades. Sin embargo, lo anterior no significa que la expresión retórica sea preferible para calcular cuantías derivadas de variables interrelacionadas. Asimismo, el principal problema de la aplicación de fórmulas es jurídico y no matemático; cuando no se pueden acreditar por prueba directa los valores correspondientes a las variables explícitamente consideradas en un razonamiento exteriorizado, el magistrado podrá darlos por demostrados por presunciones *hominis*. Por supuesto, estos mismo escollos no son ajenos --aunque se encuentren ocultos-- a los cálculos recónditos fundados en premisas (lenguaje retórico) que pretenden arribar a la misma cuantía...¹⁶.

Ocurre que en la mayoría de los casos estos reproches están dirigidos a repudiar el empleo de fórmulas matemáticas, sin embargo cuando analizamos su contenido advertimos que apenas terminan representando proposiciones sobre la forma en que diagramamos la estructura de nuestra fórmula, mas no un embate significativo a la razón teleológica del uso de estas en las sentencias.

Posiblemente el punto débil de estas fórmulas sea su transparencia, ya que al desnudar en público cada uno de sus pasos quedan expuestas a ajustes (en ocasiones productivos) en sus formas, a diferencia de lo que ocurre con la tesis contraria, la que decide refugiarse en la oscuridad de frases retóricas y respaldarse en las facultades de un magistrado como si este fuese portador de una verdad dogmática que lo exime de explicar las razones de su voluntad.

O tal vez no. A lo mejor aquello que representa la puerta de entrada a estas acusaciones sea parte del juego que se intenta proponer, como quien sin ningún empacho dispone de una gran vidriera para permitir a cualquier transeúnte observar cómo se elaboran sus productos, porque cuenta con la tranquilidad de los que no tienen nada que ocultar.

¹⁶ IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para cuantificar daños punitivos”, *La Ley Online* (documento digital 0003/015353, p. 20).

»ENSAYOS«

**EL JUICIO POR JURADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:
IMPRESCINDIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL**

**JURY TRIAL IN OUR NATIONAL CONSTITUTION:
INDISPENSABILITY OF CIVIC PARTICIPATION IN JUSTICE
ADMINISTRATION OF CRIMINAL MATTERS**

Leandro Kunusch*

Sumario: *I. Introducción. El juicio por jurados en la Constitución Nacional. Su programaticidad de facto. II. ¿Es el juicio por jurados una garantía para el imputado? III. Algunas implicancias prácticas de la introducción del modelo juradista: la relevancia del sentido de justicia ciudadano y la renovada textura abierta de las normas. IV. El Grand Jury del modelo estadounidense. V. Colofón*

Resumen:

Hace más de un siglo y medio que el pueblo argentino, en ejercicio del poder constituyente que detenta, encomendó a sus representantes de gobierno la estructuración de un sistema procesal penal que prevea la participación ciudadana en la etapa de juicio oral. Pese a ello, su voluntad ha sido ignorada hasta la contemporaneidad, resurgiendo de las cenizas hace quince años mediante aisladas iniciativas legislativas provinciales tendientes a cumplirla —a través de la implementación de un sistema de enjuiciamiento por jurados—, sumándose recientemente Neuquén y Buenos Aires al acierto cordobés.

En consonancia con estas novedosas experiencias, se ha revitalizado el debate doctrinario en torno a la institución en examen, y en este orden de ideas, una de las cuestiones que más controversias ha suscitado gira en torno a la calidad que nuestra Ley Fundamental le asigna en su articulado: ¿Se trata tan solo de

* Estudiante de Abogacía, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur. Ayudante de docencia “b”, asignatura Derecho Procesal Penal de dicha institución. Secretario de Redacción, Revista de Derecho UNS.

una estructura organizativa de las autoridades llamadas a ejercer el poder jurisdiccional del Estado, o reviste el carácter de garantía para todo aquel sometido a proceso penal? No son menores las consecuencias que se desprenden de la afirmación de que este sistema de enjuiciamiento constituye una específica garantía para el imputado. No obstante, una apropiada e integral interpretación de la Ley Fundamental nos llevaría indefectiblemente a la antedicha aseveración.

Sin perjuicio de lo expuesto, el desarrollo en derecho comparado de institutos emparentados con este imperativo de participación ciudadana en la administración de justicia penal, nos lleva a preguntarnos hasta dónde los mismos resultan de necesaria implementación en nuestro contexto constitucional.

Palabras clave: Juicio por jurados – Garantía del imputado – Gran Jurado – Participación ciudadana – Constitución Nacional.

Abstract:

More than one hundred and seventy years ago the people entrusted to their representatives the structuring of a Criminal Procedural System that includes civic participation during the oral trial. Nevertheless, this request has been capriciously ignored. In the last fifteen years, there have been just a few provincial initiatives of accomplishing this request, in provinces such as Cordoba and, since recently, Buenos Aires and Neuquen.

In line with these initiatives, there has been a revitalization of the doctrinal debate around the prosecution system by juries established by our National Constitution in three of its one hundred and twenty-nine articles, and around the quality that this system should have. Is it just an organizational structure of the authorities that are called to exercise the jurisdictional power of the State? Or is it effectively a guaranty for everyone who is subjected to a criminal process? Affirming that this prosecution system constitutes a specific guaranty for the accused has important consequences. However, a correct interpretation of the Fundamental Law should take us necessarily to the affirmation of such eventuality.

On the other hand, the existence and development of institutes that are related to this imperative of civic participation in the administration of justice in criminal matters leads us to the question of whether they can actually be demanded in our constitutional context or not.

Keywords: Jury trial – Guaranty for the accused – Grand Jury – Civic participation – National Constitution.

I. Introducción. El juicio por jurados en la Constitución Nacional. Su programaticidad de facto

Podemos definir, en palabras simples, el juicio por jurados como un modelo, método o forma de llevar adelante un juicio en contra de una persona, en el cual se observa un pleno contradictorio de las partes litigantes —en forma oral y dirigido por un juez profesional a cargo de la moderación del debate sustanciado—, que intentan convencer en forma directa al tribunal interviniente decisor —que puede estar compuesto solo por ciudadanos comunes o por ellos en conjunto con un grupo de jueces profesionales— acerca de un determinado punto de vista que adoptan e intentan acreditar respecto de determinados hechos¹ presuntamente delictivos, cuya existencia, autoría o modo de comisión aparecen como controvertidos².

En derecho comparado se distinguen, en líneas generales, dos modelos principales de juicio por jurados: el anglosajón tradicional y el escabinado —o continental europeo—, más allá de las diversas variaciones de implementación que uno y otro pueden presentar.

El primero funciona sobre la base de un Tribunal compuesto, por lo general, por doce miembros, ciudadanos comunes elegidos por sorteo, que deberán valorar la prueba ingresada al debate y dictar un veredicto —respetando determinadas mayorías previamente establecidas por ley— que rechaza o haga lugar a la acusación fiscal, pronunciándose solo por la inocencia o culpabilidad del imputado. Para la valoración de la prueba presentada, rige usualmente el sistema de “íntima convicción”, en forma tal que los jueces legos deberán pronunciar el veredicto sin necesidad de exteriorizar los motivos por los cuales arriban a él, atendiendo a su inexperiencia técnica³. Se apuesta a la virtud decisoria y racionalidad de los jurados, exigiendo solo que arriben a

¹ Como enseñan Baytelman y Duce, su teoría del caso. Al respecto, ver: BAYTELMAN ARONOWSKY, ANDRÉS y DUCE MAURICIO JAIME, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, 1ª Edición, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

² A los efectos de la mencionada acreditación, irán a introducir al debate todo elemento probatorio de utilidad, e indicarán al Tribunal la forma en la que deben valorar dicha prueba. Para tal fin, el Tribunal de Juicio se encontrará presente en pleno durante la totalidad de las audiencias que resultare menester llevar a cabo, en forma tal de recibir directamente la evidencia ingresada al debate e ir forjando su convencimiento a partir del contacto directo con ella y con los litigantes que la producen, con absoluta imparcialidad garantizada por la ausencia de conocimiento previo respecto de los hechos que se ventilan ante él.

³ Sin perjuicio de escasas variantes que en derecho comparado pueden encontrarse donde se exige al jurado una exteriorización de los motivos que llevaron a la adopción del veredicto decisorio.

la resolución a través de su honesto parecer. Y solo cuando acaezca un veredicto condenatorio, el juez técnico podrá aplicar una pena a quien ocupa el banquillo, debiendo encuadrar el hecho debidamente acreditado en la figura delictiva vigente con anterioridad a su efectiva comisión, y determinar la calidad y cuantía de la pena. Este sistema es el que actualmente se encuentra vigente en los Estados Unidos, y en cuyo formato han confiado los legisladores bonaerenses y neuquinos.

El segundo, por el contrario, se estructura en torno a un Tribunal compuesto tanto por jueces profesionales como por jueces accidentales —se llama de esta última forma a los ciudadanos comunes elegidos por sorteo para entender en cada caso en particular, cuya cantidad puede ser mayor o menor que la de los jueces profesionales—, quienes en conjunto deberán valorar la prueba ingresada al debate por los litigantes, y con posterioridad deliberar, intercambiar opiniones, para finalmente arribar al dictado de un veredicto que puede ser absolutorio o condenatorio. Para la valoración de la prueba rige el sistema de “libre convicción por sana crítica racional”, en forma tal que los jueces letrados y legos deben valorar la evidencia presentada con libertad, pero respetando las reglas de la lógica, la coherencia, la experiencia común, la psicología y las ciencias, puesto que deberán pronunciar un veredicto que necesariamente deberán motivar racionalmente —es decir, corresponderá exteriorizar debidamente las razones que condujeron al arribo de una u otra decisión, debiendo las mismas ser racionales—⁴. Si se arriba a un veredicto condenatorio en forma unánime o por mayoría de votos, los jueces profesionales se encargarán de fijar la pena aplicable, tanto en su calidad como en su cuantía⁵. Este sistema es el que, en la actualidad, se encuentra vigente en Francia, Italia y Alemania, entre otros, recogido en nuestro derecho por los legisladores cordobeses.

En nuestra Ley Fundamental, el sistema de juicio por jurados aparece consagrado en tres de sus ciento veintinueve artículos⁶, dos de los cuales se encuen-

⁴ Lo expuesto es claramente explicado por ARES, JOSÉ LUIS, en “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro”, *XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Mendoza, 2005.

⁵ No obstante puedan encontrarse variantes en las cuales los jueces legos intervienen en la fijación de la pena.

⁶ El artículo 24 establece que “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. Por su parte, el artículo 75 dispone que “Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar (...) leyes generales (...) que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. A su vez, el artículo 118 dispone que “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución...”.

tran insertos en la llamada parte orgánica, mientras que la restante norma ha sido incluida por nuestros constituyentes en la parte dogmática.

Sin embargo, pese a esta expresa consagración constitucional, la institución que nos ocupa ha sido acabadamente ignorada por aquellos encargados de dotarla de operatividad, no solo en virtud de la falta de dictado de aquellas normativas tendientes a posibilitar su implementación, sino por la regulación de la administración de justicia y su organización con sistemas radicalmente antagónicos a los principios rectores del sistema de enjuiciamiento por jurados, conservando la antigua tradición inquisitiva evidentemente repudiada por nuestra Constitución⁷. Se han enarbolado una pluralidad de argumentos tendientes a justificar dicha inobservancia, aunque en todos ellos podemos encontrar vestigios de perogrullesco autoritarismo tendiente a relativizar el valor de la Constitución Nacional como reflejo puro de una voluntad popular, que por naturaleza debería resultar insoslayable por aquellos llamados a ejercer su representación —en concreto, los *legisladores*, cuyo deber constitucional constituye la sanción de aquellas normativas tendientes a posibilitar una administración de justicia con intervención de legos; y los *jueces*, cuyo deber primordial constituye la fiel observancia del texto constitucional, con la consecuente obligación a su cargo de rechazar tamaña omisión mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas que marchen en contra de la Ley Suprema—.

Ha expuesto Hamilton en *El federalista*, al referirse a la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad de las normas y a la superioridad de la voluntad popular constituyente frente a la de sus representantes, el principio de supremacía constitucional, afirmando que

Una Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de los mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y

⁷ Esto es, estructurando un sistema procesal penal caracterizado por el secreto de las actuaciones, la forma escrita como medio de transmisión del conocimiento válido para fundar la sentencia, la imposibilidad de asistencia del público a las audiencias, la falta de participación del imputado en los actos del proceso, entre otras cualidades. En este orden de ideas, ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2da edición, Ed. Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2004, pp. 647-662.

que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras⁸.

A su vez, ha dicho Tocqueville en *La democracia en América*, haciendo alusión a la obligatoriedad de las normas constitucionales, que “la Constitución forma un cuerpo aparte que, representando la voluntad de todo el pueblo, obliga lo mismo a los legisladores que a los simples ciudadanos”⁹.

En consonancia con estas ideas, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha manifestado incansablemente al respecto. Célebre es el caso “Marbury v. Madison”, donde el presidente Marshall se pronunció destacando con elocuencia que

Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? (...) O la constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de ese modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación¹⁰.

Entre los nuestros, y en esta línea de pensamiento, Binder ha remarcado que la Constitución Nacional es la Ley Fundamental de nuestro país; ella es el producto de la capacidad y el derecho que tiene el pueblo de establecer su propio gobierno y de fijar las normas básicas de la convivencia social. Estas, lógicamente, no

⁸ HAMILTON, ALEXANDER, y otros, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 332.

⁹ TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *La democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 108. De ello se desprende que, en caso de inobservancia de las disposiciones constitucionales por parte de simples legisladores electos por el pueblo, se produce una conversión en “constituyentes” de diputados y senadores cuya misión es, en verdad, la de legislar conforme a la voluntad de los primeros.

¹⁰ LL, supl. Universitario n° 24, julio de 2002, p. 3.

pueden ser aplastadas por aquellos que ejercen los poderes constituidos por el propio pueblo a la hora de dictarse su propio Ritual Fundamental¹¹.

Sin embargo, pronto advertimos que aquellos en cuyos hombros recae el deber de velar por la devota observancia de la Constitución no tardan en convertirla en una normativa teóricamente superior pero fácticamente subordinada a la ley ordinaria, puesto que es evidente la proliferación de cláusulas programáticas sujetas a la discrecional voluntad del legislador de otorgarles operatividad efectiva. Ello, creemos, se debe a una falaz interpretación del concepto de programaticidad y de sus implicancias prácticas. Es que no puede apelarse al concepto de programaticidad para intentar salvar la inconstitucionalidad no solo por omisión sino también por acción legislativa¹², subsistente hasta el día de la fecha¹³. El carácter programático de una norma constitucional implica solo la subordinación de su entrada en vigencia a la sanción posterior de una norma reglamentaria, lo que de ningún modo implica discrecionalidad del órgano legislativo en lo que refiere a la toma de decisión de efectuar o no su dictado. Así, programaticidad es sinónimo de *subordinación de su operatividad al dictado de norma reguladora*, y no de *posibilidad del encargado de dicho dictado, de ignorar discrecionalmente lo encomendado o dilatar su implementación infundadamente*. Bien sostiene Binder que si los constituyentes hubieran sabido que luego de casi ciento cincuenta años todavía estaríamos debatiendo si el Congreso debe o no incorporar jurados a los juicios criminales, no habrían dudado en establecer directamente en el texto constitucional la obligatoriedad de la participación popular en las causas criminales¹⁴.

¹¹ BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2º Edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 67-69.

¹² Puesto que, como señalamos anteriormente, el Congreso no solo ha omitido el dictado de la normativa necesaria para dotar de operatividad al sistema de enjuiciamiento por jurados, sino que ha organizado un sistema procesal penal reñido con los principios rectores del sistema de enjuiciamiento por jurados, conservando la antigua tradición inquisitiva constitucionalmente repudiada.

¹³ Al menos en el orden procesal federal y en todos los órdenes provinciales, a excepción de la provincia de Córdoba, pionera en la implementación de este sistema de enjuiciamiento penal —al estilo escabinado—, y las provincias de Buenos Aires y Neuquén, que recientemente han comenzado a implementar este modelo de enjuiciamiento —a la manera anglosajona tradicional— solo para algunos delitos graves. Es dable destacar las iniciativas de las provincias de Chaco y Río Negro, que han aprobado la instauración de este modelo, no obstante la pendencia en su implementación.

¹⁴ BINDER, ALBERTO M., *op. cit.*, p. 83.

Muchos han apelado al argumento de la “derogación por la costumbre” para justificar la inobservancia de los tres preceptos constitucionales¹⁵, o al de la “idoneidad como condición para ejercer un cargo público”¹⁶. Sin embargo, estos son inteligente y oportunamente desvirtuados por la más respetada doctrina, a la cual adherimos¹⁷.

La idea es clara: el pueblo, en el ejercicio tanto de su poder constituyente originario como derivado¹⁸, ha encomendado al Congreso la instrumentación del proceso criminal con integración ciudadana en la etapa del plenario. Ello puesto que tanto a la época de sanción de la Ley Fundamental como en la pluralidad de consiguientes ocasiones en las que dicho ritual ha sido reformado, se han mantenido intactos los tres artículos que contienen la exigencia en examen.

En tal sentido, el juicio por jurados constituye una exigencia cuya inobservancia evidencia la sustitución de la voluntad popular por la voluntad de los gobernantes a los que el pueblo confía el cumplimiento y fiel respeto de sus mandatos, en claro desmedro de nuestro pacto básico de convivencia: ni más ni menos que la Constitución Nacional.

II. ¿Es el juicio por jurados una garantía para el imputado?

Como ya adelantamos, más allá de esta actitud omisiva legislativa y jurisprudencial, la disyuntiva que surge en una pluralidad de doctrinarios, a partir del reconocimiento constitucional del juicio por jurados, es si en nuestro sistema jurídico este modelo de enjuiciamiento consiste solo en una estructura organizativa de las autoridades que ejercen el poder jurisdiccional, o si además constituye una garantía que ampara al enjuiciado penalmente¹⁹.

¹⁵ Entre ellos, SAGÜÉS, NÉSTOR P. “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional”, *El Derecho*, T°XCII, 1981, pág. 914.

¹⁶ BAEZA, CARLOS R., *Derecho Constitucional*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 634.

¹⁷ MAIER, JULIO B. J., *op. cit.*, pp. 784-785.

¹⁸ Tal y como señala Baeza, poder constituyente originario es el que surge por primera vez cuando el pueblo decide organizarse dándose una constitución y creando los poderes constituidos que tendrán a su cargo el gobierno del Estado; poder constituyente derivado, es el que se manifiesta cada vez que es menester proceder a la reforma o enmienda de su texto. Para ampliar estas ideas, ver: BAEZA, CARLOS R., *op. cit.*, p. 92.

¹⁹ Tal disyuntiva ha sido oportunamente explicada y desarrollada por Hendler, a cuyas ideas adherimos por su solidez argumentativa. Ver: HENDLER, EDMUNDO SAMUEL, “El juicio por jurados como garantía de la constitución”, documento digital, consultado el 14/06/2015, disponible en: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=52#_ftn12.

Creemos, por varias razones, que es correcto concebir al sistema de enjuiciamiento por jurados como una garantía constitucional que ampara a todo imputado sometido a juicio penal.

Por un lado, no solo en la parte orgánica de nuestro ritual constitucional — aquella que regula la organización, funcionamiento y atribuciones de los tres poderes de Estado— se encuentra consagrada la institución que nos ocupa; también en la parte dogmática recibe tratamiento —como sabemos, llamada “Declaraciones, derechos y garantías”—. Esta eventualidad no podría querer decir otra cosa más que la realidad de que los constituyentes originarios buscaron erigir el modelo de enjuiciamiento por jurados —junto con los principios que gobiernan dicho sistema— como garantía para todo imputado. Más aún, si advertimos que, en caso de una interpretación contraria —negatoria de su carácter de garantía para el enjuiciado—, las referencias a este modelo en los artículos 24 y 75 inciso 12 resultarían innecesariamente repetitivas, en la medida en que encomiendan al Congreso la *promoción* de su establecimiento y la *sanción de aquellas normativas tendientes a otorgarle operatividad*, respectivamente. Las tareas de promoción del instituto y sanción de las normas necesarias para que adquiera operatividad son evidentemente similares, y su doble consagración no evidencia otra cosa más que la intención del constituyente de otorgarle el doble carácter de garantía/modo de organización y funcionamiento del poder jurisdiccional. No se advierte de qué otra forma los legisladores podrían promocionar el establecimiento del juicio por jurados, si no fuera por medio del dictado progresivo de normas instaurativas del instituto que vayan paulatinamente incorporando a la costumbre y tradición ciudadana su interés y participación en la tarea de decidir sobre la aplicación de las penas, lo que evidencia la similitud de ambas disposiciones.

Por otro lado, no debemos perder de vista que nuestra Constitución es una fiel adaptación del ritual fundamental estadounidense. El instituto de juicio por jurados también fue tomado de allí por nuestros constituyentes. En consecuencia, deviene coherente evaluar la consagración que a título embrionario recibe en dicho texto legal, sin que esta consideración nos faculte a formular un argumento concluyente en favor de la postura que propiciamos —constituyendo solo una herramienta más para dilucidar la cuestión—. Al efecto, en el artículo III sección 2 se establece que *se juzgarán ante jurados todas las causas criminales*, y en la enmienda VI se prescribe que *en todas las causas criminales, el acusado tiene el derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del Estado*. Y es en este sentido que la Corte Suprema de Justicia estadounidense se ha manifestado

aseverando que las disposiciones constitucionales referentes al juicio por jurados *garantizan* al acusado el derecho a esa forma de juicio²⁰.

En este orden de ideas, la facultad que al imputado se reconoce en el sistema estadounidense de renunciar a este modo de enjuiciamiento penal, optando por ser juzgado por jueces profesionales, solidifica la concepción propiciada. El carácter disponible del juicio por jurados evidencia que la inclusión ciudadana se encuentra motivada en una finalidad garantizadora que resulta por ello renunciable por quien ocupa el banquillo, en la medida en que considere que las pasiones del pueblo pueden jugar en su contra²¹.

La potestad que, también en el sistema estadounidense —en algunas jurisdicciones—, se le otorga al juez técnico de nulificar el decisorio del jurado de condenar al acusado —*jury nullificatio*—, cuando considere que el hecho no resulta subsumible en un tipo penal o que no ha sido debidamente acreditada la culpabilidad del acusado, constituyendo el veredicto un signo notorio de arbitrariedad —por resultar evidente que ningún jurado razonable podría condenar con la evidencia presentada—, no puede sino reflejar la función de garantía que la inclusión de ciudadanos cumple para el acusado, al contrastar dicha prerrogativa con la valla insalvable que constituye para el juez técnico una decisión absolutoria del pueblo.

A su vez, la inimpugnabilidad del decisorio absolutorio y la recurribilidad plena del condenatorio también respaldan estas ideas.

En la misma línea, no podemos soslayar la propia función y finalidad que tradicionalmente ha cumplido la institución que nos ocupa, no obstante bien destaque Hendler que no cabe realizar un argumento concluyente en favor de su orientación garantizadora a partir de sus antecedentes remotos²². Ya en la Roma republicana se concebía a la decisión ciudadana como la última palabra en lo que refiere a la aplicación de la mayor herramienta punitiva del gobierno: la pena capital. En tal sentido, por medio de la Lex Valeria —en el año

²⁰ 281 U.S. 276 “*Patton v. United States*”, citado en HENDLER, EDMUNDO SAMUEL, *op. cit.*

²¹ Un análisis profundo respecto de esta posibilidad de renuncia del imputado, los motivos que podrían llevarlo a ello, y su vinculación con el carácter garantizador del instituto que nos ocupa, excedería los fines de esta modesta obra, no obstante lo cual consideramos esencial este punto para respaldar las ideas a las que adherimos, razón por la cual el asunto queda abierto a tratamiento en ulterior oportunidad.

²² HENDLER, EDMUNDO SAMUEL, *op. cit.* Creemos que si bien del análisis histórico de la institución no cabe inferir un argumento insusceptible de réplica, el mismo constituye una herramienta más para dilucidar la disyuntiva que nos ocupa.

509 a.C.— se reconoció al Comicio por Centurias la facultad de entender en aquellos casos en que los condenados a muerte interpusieron la “*provocatio ad populum*”²³, pudiendo en tal caso confirmar, revocar o modificar la decisión, sin posibilidad de impugnación de su resolución. Esto evidencia que queda en manos del acusado la posibilidad de recurrir o no al pueblo, lo que erige a la intervención ciudadana como una condición de procedibilidad de la pena capital impuesta por el gobierno, para el caso de que el acusado la ejerza; en síntesis, un derecho del condenado y un límite a la decisión gubernamental de aplicar el máximo mecanismo coactivo existente.

¿Qué nos enseñan los lineamientos precedentes? Que el jurado actúa como verdadero tamiz a la prerrogativa admonitoria estatal. Concluimos en que, tradicionalmente, el jurado implica un claro filtro para la utilización del poder penal por parte del Estado²⁴, siendo un mecanismo tendiente a impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal²⁵; sirve para resguardar al sujeto frente a la autoridad del gobierno, puesto que protege a la parte más débil frente a la potestad punitiva cedida por el pueblo al Estado. La utilización de la pena por parte de los funcionarios del Estado que tienen a su cargo su aplicación —jueces permanentes—, se encuentra entonces constitucionalmente supeditada al consentimiento ciudadano. Una de las protecciones que nuestra Constitución organiza para quien es perseguido penalmente consiste en asegurarle que no será sometido a la herramienta coactiva de la que el Estado es detentador, mientras el pueblo no se manifieste a favor de tal decisión, confirmando la desaprobación social del hecho²⁶. Y además le asegura, para el caso de que el pueblo, en el ejercicio de dicho poder, se tome atribuciones excesivas, arbitrarias y carentes de apoyo legal evidente dictando un veredicto condenatorio erróneo, que el juez profesional interviniente podrá dejar sin efecto tal resolución, absolviendo al acusado condenado y culminando con la persecución penal infundada; y por si ello fuera poco, para el caso de que esta potestad no fuera oportunamente ejercitada por el director del proceso, le asegura al condenado el derecho de recurrir la sentencia, acudiendo en reclamo a los tribunales superiores —prerrogativa que no detenta el acusador para el caso de absolución—.

²³ ARGÜELLO, LUIS RODOLFO, *Manual de derecho romano*, 3ª Edición, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1993, p. 59.

²⁴ MAIER, JULIO B. J., *op. cit.*, p. 790.

²⁵ BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª Edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 59.

²⁶ Ya nos hemos referido a ello en anterior oportunidad. Para ampliar estas ideas, ver KUNUSCH, LEANDRO, “Juicio por jurados: inicios de un nuevo paradigma procesal penal”, *Revista La Ley* Buenos Aires, Año 21, número 06, 2014, pp. 611-622.

El propio pueblo se reservó el poder de posibilitar y legitimar la decisión estatal de imponer una pena²⁷, a la vez que delegó en los jueces técnicos del Estado la facultad de confirmarla, definirla y disponer su cuantía, en el Poder Ejecutivo la tarea de hacerla cumplir, y en el Poder Legislativo la de señalar en qué casos resulta aplicable. Y esta reserva no encuentra otro fundamento más que el de garantizar a aquel, cuya conducta se subsume en un tipo penal, que será reprimido solo si existe desaprobación social en dicho comportamiento. El desconocimiento de esta división de funciones importaría, en consecuencia, un evidente menoscabo a las garantías organizadas en favor de todo enjuiciado penalmente.

III. Algunas implicancias prácticas de la introducción del modelo juradista: la relevancia del sentido de justicia ciudadano y la renovada textura abierta de las normas.

A modo de adelantada conclusión, diremos que lo hasta aquí analizado deja en evidencia dos de las principales implicancias prácticas arrojadas por la implementación de este modo de enjuiciamiento penal en la forma y con las características propias de un instituto que constituye una garantía —o mejor dicho, un plexo de ellas— para el imputado.

Como primera medida, produce una reivindicación del sentido de justicia ciudadano en lo que refiere a la aplicación del derecho penal²⁸, cobrando protagonismo en cada caso concreto todas y cada una de las circunstancias particulares que lo rodean, incluso aquellas que por lo general no son ni pueden ser valoradas por los jueces técnicos por ser *jurídicamente irrelevantes*. Cabe aclarar que estas circunstancias ajenas al derecho pasan a ser relevantes —en el marco de este sistema de jurados— si y solo si producen como resultado un beneficio al imputado. La potestad fundamental del jurado, única que resulta incuestionable e inimpugnable, es la de absolver. El jurado tradicional tiene una notable discreción en lo que refiere a la toma de decisión de cerrar la posibilidad de que el juez técnico aplique pena a quien ocupa el banquillo, en forma tal que nada obsta la posibilidad de que termine absuelto alguien notoriamente culpable, por una pluralidad de razones. Entre la variedad de

²⁷ Siempre que se aplique en virtud de un hecho delictivo previsto legalmente con anterioridad a su comisión, cuya existencia se encuentre debidamente acreditada junto con la culpabilidad del acusado. Y para el caso de que se pretenda su aplicación sin que dichas condiciones se hallen satisfechas, corresponderá al juez técnico desechar el intento del jurado de condenar.

²⁸ Podría decirse también que produce una suerte de socialización del derecho penal, o una humanización del mismo, rescatándolo de las frías garras teóricas de la dogmática penal.

motivos posibles, se destacan la de considerar inconveniente la aplicación de la pena atendiendo a parámetros de solidaridad, humanidad, comprensión, entendimiento de la situación concreta del autor del delito en el momento de su comisión, sentimiento de justicia ciudadano contrario a la aplicación de pena en el caso; o bien por aplicación de criterios propios en lo que refiere al alcance de la legítima defensa, por considerar arbitraria o injusta la legislación aplicable, por evaluar como suficiente el sufrimiento padecido por el autor a raíz del hecho, o su arrepentimiento inmediato, o por tomar en cuenta la culpa de la víctima en el hecho, etcétera²⁹. La inimpugnabilidad del veredicto absoluto y la imposibilidad del juez técnico de apartarse de él, ponen sobre el tapete la principal relevancia de la intervención de un grupo de ciudadanos en la administración de justicia, cual es la de obstar la aplicación de la consecuencia jurídica penal cuando los hechos o culpabilidad del acusado no resulten plenamente acreditados, o cuando pese a resultar delictuoso el comportamiento realizado por el acusado debidamente acreditado, no existe desaprobación social del hecho, por las circunstancias que fueren³⁰.

²⁹ Algunas de estas razones son destacadas por KALVEN, HARRY y ZEIZEL, HANS, en *The American Jury*, Little Brown, Boston, 1966. En este sentido, recomendamos la lectura de un completo trabajo realizado por el Observatorio Permanente de Juicio por Jurados de la ciudad de Bahía Blanca sobre diversos juicios por jurados desarrollado en tal Departamento Judicial, uno de los cuales versaba en torno a la interpretación de la legítima defensa en un caso de homicidio. El resultado del juicio fue la absolución del imputado en virtud de una laxa interpretación de los contornos configurativos de la legítima defensa. El trabajo cuenta con diversas entrevistas, una de las cuales fue realizada a un miembro del jurado interviniente en dicho caso, quien deja entrever la pluralidad de circunstancias que los jueces accidentales tienen en cuenta a la hora de decidir sobre la condena o absolución de un imputado, muchas de las cuales no son tenidas en cuenta por los jueces profesionales por resultar jurídicamente irrelevantes. Dir. CORTÁZAR, M. GRACIELA. *Juicio por Jurados: informe. Departamento Judicial Bahía Blanca*, 1ª edición, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Ediuns, Bahía Blanca, 2016.

³⁰ Señala Carrió, con acierto, que al tomar las decisiones, los legos incorporan al proceso los valores y el sentido de justicia de la comunidad. La decisión que se les confía es altamente discrecional, pudiendo llegar inclusive a nulificar la ley, o aplicarla en forma parcial, sin tener que brindar fundamento alguno de las razones que los llevan a ello. Para profundizar estas ideas, ver CARRIÓ, ALEJANDRO D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos: análisis comparativo en función de una reforma procesal*, 1ª Edición, Eudeba, Buenos Aires, 1990, pp. 50-51. En este mismo sentido, y con la magnífica habilidad ilustrativa que lo caracteriza, el Dr. Ares resume esta idea con la siguiente anécdota: “Recuerdo que hace un tiempo, en uno de los tantos simulacros desarrollados en el ámbito universitario, en el que me tocó asumir el rol de director del proceso se ventilaba un caso de homicidio en un contexto de violencia de género, en el que la acusada había matado a su pareja mientras descansaba. Quienes asumieron el rol de jurados resolvieron por la absolución, aunque no fue una decisión unánime. Algunos docentes organizadores del evento y estudiantes avanzados me consultaron acerca de qué hubiera resuelto. Mi respuesta fue: “como jurado popular hubiera absuelto; como juez profesional hubiera condenado y pedido al gobernador que le

En segundo lugar, la participación ciudadana en la interpretación y aplicación de las normas en cada caso concreto genera un bienvenido *dinamismo* en el estático y tradicional sistema de tipificación abstracto compuesto por figuras penales con contornos cuasi cerrados y definidos —con cierta carencia de lo que Hart llamaría textura abierta—³¹. Ello puesto que importa una renovada apertura de la progresivamente acotada textura de las normas, debido a que el derecho penal se convierte en un sistema de normas cuya interpretación y modo de aplicación puede variar caso a caso, tanto en virtud de los más variados modos de interpretación que los jurados —con total libertad y en forma bienvenida— puedan hacer de los tipos penales y la concurrencia de sus elementos configurativos, como también en virtud de la valoración de la totalidad de circunstancias particulares que rodean al caso, incluso aquellas que comúnmente no pueden ser valoradas por el juez técnico^{32 33}. Y en

conmutara la pena a la procesada”. Ver ARES, JOSÉ LUIS, “¿Un jurado bonaerense absolvedor?”, en *Revista Pensamiento Penal*, artículo del 2015-04-07 disponible en formato digital en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40857-jurado-bonaerense-absolvedor>.

³¹ El profesor utiliza tal expresión para referirse a la realidad jurídica de que, cualquiera sea la técnica o modo que se escoja para comunicar pautas de conducta de los individuos (en este caso, las normas penales), ellas serán en algún punto indeterminadas, en forma tal que habrá que dilucidar, mediante actividad ulterior, si las mismas resultan aplicables a determinadas situaciones de hecho. Esta falta de certeza —o zona de penumbra en lo que refiere a su aplicación— es el precio que debe pagar todo sistema de normas generales: los legisladores no pueden tener conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, y cuando se decide la aplicación de una norma en un caso concreto, o cuando se interpreta que su aplicación corresponde en determinada situación, y en tal otra no, la textura abierta se reduce —la zona de penumbra comienza a tomar color—. En consecuencia, la textura abierta del derecho significa que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales —a lo que nosotros agregaríamos también la doctrina—. Para profundizar este concepto, ver HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 155-169.

³² Ambas razones son expuestas en forma separada, sin perjuicio de la total interdependencia existente entre ambas —esto es, entre los variados modos de interpretación que los jurados puedan hacer de los tipos penales y sus elementos, y la posibilidad de valoración de la totalidad de circunstancias arrojadas por el caso, incluso aquellas jurídicamente irrelevantes—. Ello puesto que esta posibilidad de amplia valoración irá a influir directamente en la variación de los modos de interpretación que de los elementos del tipo se realicen.

³³ Para entender esta idea, es menester asumir que la textura abierta de las normas se vuelve más cerrada y definida cuanto más desarrollo doctrinario y jurisprudencial exista en torno a su aplicación en casos concretos. En tal sentido, va perdiéndose progresivamente esta confusa delimitación de sus contornos, inicialmente establecidos por líneas punteadas espaciadas, para devenir paulatinamente en líneas más robustas y estrechas, aunque permanentemente intermitentes.

Lo cierto es que la introducción del modelo juradista convierte a las ya robustecidas líneas demarcativas en unas tenuemente punteadas, situándonos en un contexto de tipos penales de aplicación fáctica incluso más abierta que la existente *ab initio* —cuando nos ubicamos en el tiempo en que, recién sancionada la norma, no teníamos un amplio desarrollo doctrinario y

consonancia con lo antedicho, esa variación —apartamento— con respecto a las construcciones teóricas previamente cimentadas doctrinaria y jurisprudencialmente, puede beneficiar mas no perjudicar al imputado, puesto que

jurisprudencial en torno a su aplicación—. Esta textura abierta de las normas penales, adquirida por la participación de jurados en su aplicación, es dada en virtud de la posibilidad de los jurados de determinar en concreto los alcances de las normas penales con independencia del desarrollo teórico-jurídico que de su zona de influencia se haya hecho en referencia al acaecimiento de determinadas conductas ya producidas en el mundo de los hechos.

Lo expuesto puede entenderse con claridad en base a un ejemplo práctico: la legítima defensa es una construcción jurídica cuyas circunstancias de aplicación se encuentran perfectamente delimitadas en la norma penal. Sin perjuicio de su delimitación, la textura abierta que la aqueja hará que queden en zona de penumbra determinadas situaciones fácticas respecto de las cuales no sabemos con certeza si resulta o no de aplicación la figura. Ahora bien, en base a la consagración de esta figura, se ha desarrollado un amplio bagaje doctrinario y jurisprudencial delimitando la aplicación práctica de sus componentes configurativos: así, se demarcan los contornos de lo que sería el empleo de un medio racional de defensa, lo que constituiría una proporcionalidad entre el ataque y la defensa, etcétera. De esta forma comienza a robustecerse la inicial línea punteada que delimitaba los contornos de su aplicación, perdiendo textura abierta la norma. Los jueces técnicos no pueden apartarse de esta demarcación, incluyendo en la aplicación de esta figura acontecimientos cuyos contornos no se superpongan con los ya definidos en casos similares al que le toca juzgar. Ello puesto que la textura abierta de la norma ha perdido progresivamente su apertura, para así convertirse en una compacta figura previamente interpretada y cuasi mecánicamente aplicada a los casos concretos —es decir, siempre que queden acreditados determinados hechos, determinadas formas de comisión de esos hechos, y determinadas circunstancias jurídicamente relevantes, el juez no puede prescindir de la aplicación de la norma cuyos contornos interpretativos han sido previamente definidos—. Sin embargo, la inclusión de este modo de enjuiciamiento con participación ciudadana permite una superación de esta mecanicidad en la aplicación de esta figura. Ahora los contornos de lo que constituye o no una legítima defensa serán determinados caso a caso por personas que son llamadas a decidir por única vez en ese caso, sin condicionamientos por construcciones doctrinarias o jurisprudenciales previas en torno a lo que queda dentro o fuera de su campo de aplicación. Así, un caso que para un juez técnico es jurídica y mecánicamente condenable en virtud de la no configuración de los elementos configurativos de la legítima defensa en los alcances y contornos previamente definidos por sus colegas, puede ser fácticamente susceptible de absolución en virtud de la descontaminada interpretación que de la figura sea realizada por los jurados en el caso concreto, los cuales gozan no solo de independencia respecto de estas previas construcciones, sino también de la prerrogativa de evaluar absolutamente todas las circunstancias particulares que el caso arroja y que comúnmente no puedan ser tenidas en cuenta por un juez profesional, atado a la mecanicidad antedicha y a la estricta consideración de circunstancias jurídicamente relevantes. En forma simple, en el ejemplo de la legítima defensa, lo que para la doctrina, la jurisprudencia y el juez profesional que entiende en el caso es sin dudas un “exceso en la legítima defensa por falta de proporcionalidad en el medio empleado” o bien directamente un “homicidio simple o calificado” puede para un jurado ser una “legítima defensa perfecta”, en virtud de la libre interpretación que, como dijimos líneas atrás, haga tanto de la aplicación de la figura como de la totalidad de circunstancias que rodean al caso. En este orden de ideas, recomendamos la lectura del trabajo citado en esta obra, realizado por el Observatorio de Juicio por Jurados de la ciudad de Bahía Blanca. Dir. CORTÁZAR, M. GRACIELA., *op. cit.*

cuando esto último ocurre el sistema le otorga al condenado herramientas destinadas a lograr la nulificación de la decisión, pero cuando lo primero es lo que acaece, el sistema priva al acusador y al juez de la posibilidad de sobrepassar el decisorio del pueblo³⁴.

IV. El *Grand Jury* del sistema procesal estadounidense

Podría caracterizarse al *Grand Jury* estadounidense, en líneas generales, como una institución que constituye otra de las herramientas de las que se vale el sistema procesal anglosajón para someter al examen y decisión de legos la facultad del Estado de desatar y proseguir con la persecución penal en un caso concreto. Ello puesto que su función fundamental es la de examinar los elementos probatorios reunidos en la investigación llevada a cabo por el fiscal, al efecto de autorizar o impedir la prosecución de la persecución penal en contra del imputado, según existan o no constancias que permitan presuponer fundadamente la existencia del delito y la participación en él del sometido a persecución —presuposición que justifica la formulación de la acusación y el ingreso a la etapa de juicio—. En resumidas cuentas, de acuerdo a lo expuesto, esta institución busca impedir la realización de juicios infundados, ya que somete al control de un grupo de ciudadanos el caudal probatorio recogido a los efectos de legitimar el ingreso a la etapa de juicio mediante la acusación formal del imputado³⁵.

Sin embargo, se reconoce al *Grand Jury* la facultad de negar su aquiescencia respecto del decisorio acusatorio sometido a su examen, no obstante exista suficiente caudal probatorio que permita construir una fundada presuposición respecto de la existencia del hecho delictivo y la presunta participación en él

³⁴ Siguiendo el ejemplo antes utilizado, cuando en un caso concreto el jurado decide una aplicación laxa de la legítima defensa —es decir, que no se corresponde con las líneas demarcatorias previamente definidas doctrinaria y jurisprudencialmente—, y el imputado obtiene la absolución en base a tal interpretación, el acusador no tiene posibilidad de recurrir el decisorio a fin de obtener una condenación. Sin embargo, cuando el jurado realiza una interpretación de dicho instituto, que a la vez que no condice con las interpretaciones que previamente se hayan hecho en doctrina y jurisprudencia, perjudica al imputado, este último cuenta con una herramienta tendiente a obtener la revocación de dicho decisorio y la obtención de un pronunciamiento que lo favorezca pronunciado por un juez o tribunal técnicos de acuerdo a la interpretación jurídico-tradicional de la norma —sin olvidarnos, claro está, de la vigente aunque excepcionalísima facultad de *jury nulification* del juez técnico en casos de condenas acabadamente infundadas, a la cual hicimos alusión líneas atrás—.

³⁵ En EE.UU. solo unos pocos Estados prevén la intervención del gran jurado como obligatoria. En la mayoría, en líneas generales, el fiscal tiene a su cargo la decisión de arribar a la etapa de juicio.

del sujeto imputado, en aquellas ocasiones en que sus miembros consideren socialmente inconveniente el arribo a la etapa de juicio del caso concreto, por resultar contrario a su sentido de justicia el enjuiciamiento del perseguido y la eventual aplicación de una pena en virtud de la transgresión penal.

Por lo tanto, podemos observar prerrogativas propias de este jurado que exceden su presunta finalidad de evitar la sustanciación de juicios *infundados*, puesto que se le otorga facultad de impedir el arribo a la etapa de juicio no obstante exista suficiente caudal probatorio que obste la posibilidad de tachar como infundado un eventual enjuiciamiento al imputado.

A pesar de esta relevante función del Gran Jurado en el modelo procesal estadounidense, que evidencia la notable importancia que se otorga a la participación ciudadana al momento de merituar respecto del decisorio acusatorio, creemos que no resulta constitucionalmente exigible en nuestro sistema una instrumentación de la etapa acusatoria que prevea la participación ciudadana al estilo del *Grand Jury* norteamericano.

Nuestra Ley Fundamental, en los artículos 24 y 75 inciso 12, refiere a la promoción y sanción de leyes que se encomienda al Congreso, respectivamente, con relación al establecimiento del *juicio* por jurados; a su vez, en el artículo 118, hace alusión a la sustanciación de todos los *juicios* criminales por jurados. Por lo tanto, en los tres artículos se hace mención al “juicio” propiamente dicho, es decir, a la etapa de pleno contradictorio entre acusador y acusado, que deriva en una resolución jurisdiccional que pone fin al conflicto.

Así, bastaría con una adecuada instrumentación de la participación ciudadana en la etapa de juicio oral para dar real operatividad a la garantía en examen. Si bien la decisión de iniciar la persecución penal en contra del imputado, y la posterior decisión de someterlo a juicio, implican una situación de incertidumbre y restricción para el sujeto y un uso por parte del Estado del mecanismo coactivo que el pueblo le ha delegado, ello no es óbice a la plausible aseveración de que la inexistencia de participación ciudadana en lo que refiere a la toma de tales decisiones no constituye una omisión inconstitucional.

Por otro lado, incluso parecería conveniente el sistema de control de la acusación implementado en nuestro ritual procesal penal bonaerense, de corte acusatorio. Ello puesto que la inclusión del Juez de Garantías en el proceso penal ha constituido uno de los aciertos más destacados de la tendencia reformista de los últimos años, a la vez que erige a un tercero imparcial —verdadero policía del pro-

ceso, según palabras de Bertolino³⁶— como encargado de velar por los derechos y garantías del imputado y la legalidad de las actuaciones. Entre sus funciones y facultades, se encuentra la de someter a control tanto formal como sustancial³⁷ el requerimiento acusatorio fiscal, durante la llamada etapa intermedia.

Este sistema de control a cargo de un profesional del derecho, resulta *perfectamente compatible* con el protagonismo ciudadano en el plenario que otorga la implementación de un sistema de jurados. Al mismo tiempo, el dualismo Juez de Garantías – Jurado de enjuiciamiento constituye un plexo garantista que centra el proceso en el imputado y el respeto a sus derechos y garantías, alcanzando la persecución penal legitimidad absoluta en orden a su constitucionalidad³⁸.

V. Colofón

El objetivo de las reflexiones volcadas en la presente obra es moderado, solo busca delimitar argumentaciones y cimentar una base en torno a la cual pueda estructurarse un debate coherente y racional respecto de las disyuntivas expuestas.

A modo de conclusión, diremos que más allá de lo modestas que pretenden ser las aseveraciones precedentes, no puede soslayarse que la voluntad del pueblo ha sido clara, y es obligación de sus representantes ponerla en práctica, implementando un sistema de jurados intervinientes en la sustanciación del juicio penal. Las iniciativas cordobesa, bonaerense y neuquina —y los proyectos aprobados mas aún no implementados de Río Negro y Chaco— resultan sin duda un gran paso en este camino. Sin embargo, vale aclarar que no alcanza con ello, puesto que por un lado la gran mayoría de los órdenes procesales vigentes en nuestra república aún conservan un plenario desprovisto de ciudadanos en la labor decisoria, y por el otro resulta menester avanzar en la estructuración del instituto que nos ocupa siendo respetuoso tanto de su

³⁶ BERTOLINO, PEDRO J., *El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. De palma, 2000, p. 96.

³⁷ Formal, en la medida en que durante la instrucción penal preparatoria, ciertos actos deben observar determinadas formalidades, en forma tal que en aquellos casos en que ellas no se cumplen, será deber del juez sanear las irregularidades; sustancial, puesto que es tarea del juez controlar los fundamentos de la acusación, en virtud de la necesidad de evitar la realización de juicios innecesarios o infundados.

³⁸ Ello, claro está, sin adentrarnos a analizar el flagrante y aberrante abuso que se hace en nuestro país del instituto de la prisión preventiva, que escapa con holgura de la más relajada —ni qué hablar de la más rígida— interpretación del principio constitucional de inocencia, y también con igual holgura del más permisivo concepto que puedan esgrimir las llamadas “tesis procesalistas” con respecto a la viabilidad del encarcelamiento previo a la condena.

espíritu inherente como de nuestro sistema constitucional³⁹. Ello, en la medida en que afirmar que el juicio por jurados constituye una garantía para el imputado, conlleva una serie de implicancias no menores, no obstante lo cual un exhaustivo análisis de ellas y del modelo que mejor se adecúa a su finalidad garantizadora y a nuestra realidad constitucional y procesal —anglosajón o escabinado— excedería la presente obra.

Un sistema en el cual confluyan coordinadamente las figuras del fiscal investigador, del juez de garantías controlador y saneador de la labor del fiscal, de los legos en la etapa del plenario detentadores de la llave que abre y cierra la posibilidad de aplicar la sanción penal, y del juez técnico con posibilidades de absolver al condenado por el pueblo cuando dicha condena resulte evidentemente injusta y carente de apego a la ley, es un sistema centrado en el imputado y en el respeto que sus garantías procesales merecen.

Y esto último nos lleva a recordar que si bien existen instituciones hermanas del sistema de juicio por jurados, la voluntad constituyente manda solo la intervención ciudadana en la etapa del plenario, sin necesidad de involucrar legos en instancia investigativa.

³⁹ De ello nos ocupamos en otra oportunidad. Para profundizar, ver KUNUSCH, LEANDRO, *op. cit.*

EL ARRIBO DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR A LA ACTIVIDAD ASEGURADORA^{**}

THE ARRIVAL OF CONSUMER RIGHTS TO THE INSURANCE ACTIVITY

Maximiliano D. Herrera^{*}

Sumario: I. Aplicabilidad de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro. I.a. Planteo de la problemática. I. b. El contrato de seguro como contrato de consumo (protección del asegurado-consumidor). I. c. Cláusulas abusivas. Análisis del Art. 37 de la ley 24.240. I. d. La prescripción en el contrato de seguro. II. Estado actual de la doctrina. II. a. Doctrina restringida. II. b. Doctrina amplia. III. Solución propuesta.

Resumen

En este trabajo me propongo como objetivo brindar una nueva interpretación sobre la relación existente entre la ley 24.240 de defensa del consumidor y su correspondiente reforma, con respecto a la normativa vigente que regula la actividad aseguradora (leyes 17.418, 20.091 y 22.400).

Dicha interpretación va a pretender conciliar la aplicación de ambos grupos de normas, para lograr de esta manera soluciones más justas para las partes intervinientes en los contratos de seguro, y que tiendan a mantener la mayor protección del asegurado pero sin tornar antieconómica la actividad aseguradora.

Palabras clave: Defensa del Consumidor - Seguro - Prescripción - Cláusulas Abusivas.

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

** El presente artículo constituye un fragmento del trabajo monográfico titulado: "El arribo de los derechos del consumidor a la actividad aseguradora", realizado bajo la dirección de la Profesora Adjunta de Derecho de Daños, Dra. Carina Pamela Tolosa y presentado ante el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur en carácter de Trabajo de Seminario.

Abstract

In this paper I propose a new interpretation about the relation between Consumer Protection Act and insurance act. (L. 17.418, L. 20.091 and L. 22.400).

This interpretation pretends to reconcile the application of both sets of rules, to bring fairer solutions for the parts in contact, and to tend to maintain greater protection of the insured solutions but not turning the insurance business uneconomic.

Keywords: Consumer Protection – Insurance – Prescription - Unfair Terms.

I. Aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de seguro

I.a. Planteo de la problemática

La empresa de seguro no escapó a la nueva modalidad de contratación implantada por el sistema capitalista de producción, y, por lo tanto, trasladó a su actividad una estructura contractual que tiene como característica principal --además de la concertación en masa-- que su contenido es predispuesto por una sola parte contratante. De esta manera, se deja atrás el paradigma contractual tradicional, abandonando la forma de contrato celebrado entre partes ubicadas en igualdad de condiciones y solo se refleja la voluntad e intención de uno solo de los intervinientes, en este caso en particular, la del asegurador, mientras que la otra parte, el asegurado, solo se limita a aceptar o rechazar la propuesta, pero sin poder realizar reformas a su contenido¹.

Esta situación de evidente desequilibrio contractual fue mermando con la aparición de las primeras legislaciones previsoras de la situación de debilidad del asegurado, frente a la moderna empresa de seguro. A través de esas leyes especiales, el Estado decidió terminar con los abusos a los que dejaba vía libre el Código de Comercio permitiendo la libre voluntad de las partes en el contrato de seguro, que como ya sabemos, se traducía en libre voluntad del asegurador.

Esta posición intervencionista del Estado plasmó el orden público sobre la regulación específica del instituto, y tuvo como consecuencia el dictado, a partir

¹ ALTERINI, ATILIO A., *Contratos Civiles Comerciales De Consumo. Teoría General*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998 (1ª reimpresión, 1999, p. 127).

de 1967, de las leyes 17.418², 20.091³ y 22.400⁴. Este conjunto de leyes que conforman el marco jurídico de la actividad analizada, se comporta como una estructura tendiente a suplir el desequilibrio originario entre asegurador y asegurado, a través de la imposición de determinados requisitos contractuales obligatorios, que actúan como contrapeso para llevar a las partes a una posición de igualdad.

Pero a la par de este régimen jurídico, venía desarrollándose un movimiento proteccionista, destinado a salvaguardar la figura de uno de los principales actores en la economía de mercado, el consumidor. Fue la Ley 24.240⁵ la que puso en vigencia un plexo de artículos destinados a regir la relación de consumo, que a imagen y semejanza de la relación de seguro, carga con el estigma de la desigualdad contractual entre las partes intervinientes.

Pero la similitud en la posición contractual del consumidor y del asegurado hizo surgir un interrogante que luego se transformó en una problemática doctrinaria y jurisprudencial. ¿La ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario es aplicable a la relación generada por el contrato de seguro? Luego, a este interrogante se le fueron adhiriendo otros: ¿Se puede considerar que el asegurado es un consumidor? ¿La relación que genera el contrato de seguro es una relación de consumo? ¿La ley de seguro se aplica con preferencia a la ley de defensa del consumidor, por tratarse la primera de una ley especial? ¿La ley de defensa del consumidor se aplica con preferencia a la ley de seguro, por tratarse la primera de una ley posterior?

Planteada la problemática, la doctrina nacional lejos de lograr un consenso dio lugar a la formación de dos corrientes bien marcadas. Por un lado, quienes rechazaron la aplicación del régimen del consumidor al contrato de seguro, y por el otro, quienes aceptaron la aplicación de este nuevo régimen proteccionista. Pero previo a analizar los argumentos doctrinarios de distintos autores, observaremos los posibles efectos que generaría la intromisión del articulado consumérista en el vínculo obligacional generado por el contrato de seguro.

² Ley 17.418, Ley de Seguros, B.O 16/09/1967.

³ Ley 20.091, Entidades de Seguros y su Control, B.O 07/02/1973.

⁴ Ley 22.400, Régimen de productores asesores de seguros, B.O 18/02/1981.

⁵ Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario, B.O 15/10/1993.

I. b. El contrato de seguro como contrato de consumo (protección del asegurado-consumidor)

Suponiendo que se encuentre lo suficientemente justificado el avance de los derechos del consumidor sobre el contrato de seguro, nos encontramos en la necesidad de analizar los efectos de este avance, a través de un repaso sobre el articulado consumerista que va a repercutir en la relación contractual.

- El primer artículo de esta lista es el Art. 3, el cual tiene tres puntos importantes:
 - » Establece que las disposiciones de la ley 24.240 se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. De esta manera, si partimos de considerar al contrato de seguro como un contrato de consumo, la Ley 17.418 se transformará en una legislación especial, que se integrará al resto de las normas aplicables, dejando de funcionar como compartimentos estancos y generando una interrelación profunda y fecunda.
 - » Regula el principio *in dubio pro consumidor*, estableciendo expresamente que en caso de duda sobre la interpretación de la ley, prevalecerá la más favorable al consumidor. Por lo tanto, si se traslada este principio al seguro, las dudas o inconsistencias que se generen en el seno de la relación obligacional serán resueltas a favor de la parte más débil, el asegurado.
 - » Prescribe que las relaciones de consumo se rigen por la presente ley, sin perjuicio de que el proveedor esté alcanzado por otra norma específica. Esto guarda relación con el primer punto, ya que las leyes 17.418 y 20.091 se transforman en leyes específicas que también se integran al sistema, y especialmente la última que regula concretamente la actividad del proveedor de seguros.
- El siguiente es el Art. 4, que regula el derecho del consumidor a la información, estableciendo que el proveedor está obligado a suministrarle en forma cierta, clara y detallada las características del servicio y las condiciones de comercialización, y además, que esta información debe tener la claridad necesaria para permitir su comprensión.

Este derecho, que con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 adquiere rango constitucional al incorporarse expresamente en el Art. 42, influye sobre el Art. 11 de la Ley 17.418, que establece la redacción clara y fácilmente legible

de la póliza, además de que fija un listado de requisitos que debe cumplir el contenido de la misma. Asimismo, para que ese cumplimiento sea acabado, Waldo A. R. Sobrino sostiene la necesidad de

...incluir un glosario donde se explique [sic] a los consumidores de seguros, no solo las pautas de la póliza, sino también la terminología casi esotérica que tiene el mercado de seguros (que la mayoría de los asegurados desconoce)...⁶.

Este derecho a la información también repercute de manera conflictiva sobre el Art. 12 de la Ley de Seguros, el cual establece que cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considerará aprobada por el tomador sino reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza. Por lo tanto, si se diera prevalencia al Art. 12, se estaría permitiendo una grave violación al derecho a la información, pero como este derecho tiene jerarquía constitucional, frenaría los efectos de este articulado.

- Los Art. 38 y 39 establecen medidas de control y limitaciones a los contratos de adhesión, celebrados a través de formularios que contienen cláusulas predispuestas unilateralmente, lo cual sería perfectamente aplicable a los contratos de seguro, dado que los mismos reúnen estas características. Ambos artículos le otorgan la facultad a una autoridad de aplicación para vigilar que estos tipos de contratos no contengan cláusulas abusivas, de la misma manera que dicha autoridad ejercerá un control sobre las cláusulas uniforme o estandarizadas.
- En cuanto al Art. 40, este fija la responsabilidad solidaria de toda la cadena de comercialización, por lo tanto su aplicación a la actividad aseguradora implicaría un cambio en la figura pasiva del productor de seguro, quien se transforma en un responsable solidario más.
- Por ultimo, y sin perjuicio de que otros artículos de la ley 24.240 también produzcan efectos sobre el contrato de seguro, pero que su análisis excede el objeto de este trabajo, resta estudiar los Arts. 37 y 50 que regulan las cláusulas abusivas y los plazos de prescripción respectivamente, emergentes de la relación de consumo. Considero que la importancia del tema requiere un análisis profundo, que será realizado en un apartado propio (véase apartado II, 1. b y 1. c).

⁶ SOBRINO, WALDO A. R., “Las modificaciones a la ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor”, RCyS 2011-II, 37 (La Ley Online, p. 5).

I.c. Cláusulas abusivas. Análisis del artículo 37 de la ley 24.240

El Art. 37 de la ley de Defensa del Consumidor regula lo que se conoce como cláusulas abusivas, y el contenido de este artículo fue la causa de que parte de la doctrina sostenga la inaplicabilidad de este régimen en el contrato de seguro, por entender que su observancia de manera literal llevaría a la extinción de las empresas de seguros, dado que generaría una imposibilidad económico-financiera de desarrollar su actividad. Esto es así, porque la segunda parte del inciso “a” y el inciso “c” generan inconsistencias con el régimen de seguro.

- Respecto a la segunda parte del inciso “a”, esta prescribe que se tendrá por no convenidas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños, por lo tanto si se traslada este mandato al contrato de seguro, carecerían de validez aquellas cláusulas que fijan sumas aseguradas que, como regula el Art. 61 de la ley 17.418, determinan el máximo de responsabilidad del asegurador en caso de siniestro. Así el asegurador se encontraría sujeto a coberturas ilimitadas, lo que torna inviable su empresa.

Si la legislación fijara una responsabilidad ilimitada del asegurador, el sistema deviene insolvente para afrontar una multiplicidad de indemnizaciones, cuyos montos no pueden ser tasados previamente, sin perjuicio de que en un sistema de cobertura ilimitada se hace imposible poder fijar una prima que posibilite la operatividad y suficiencia del fondo de prima, ya que esta sería incalculable.

En definitiva, trasladar literalmente la segunda parte del inciso “a” del Art. 37 al contrato de seguro significaría el fin del seguro en nuestro país por cuanto no puede haber seguros sin límites, ya que ello llevaría, irreversiblemente, al colapso financiero de las aseguradoras al no respetarse la relación matemática que debe haber entre la prima que paga el asegurado y el riesgo que asume el asegurador⁷.

- En cuanto al inciso “c”, como ya se dijo, también entra en conflicto con el régimen de seguro, porque establece que se tendrán como no convenidas las cláusulas que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Esto choca con los Arts. 46 a 48 de la Ley de Seguros, que pone a cargo del asegurado probar la extensión del daño cuyo resarcimiento pretende, por que si bien el seguro contratado puede fijar

⁷ LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M., “El seguro frente a la Ley de Defensa del Consumidor”, *LA LEY* 2009-C, 1282 (La Ley Online, p. 3)

una suma asegurada que determina el máximo de responsabilidad del asegurador cuando se produce el siniestro, esto no significa que producido, el asegurador debe indemnizar el equivalente a la suma asegurada. Sino que por el contrario, tratándose de un daño parcial, surge la obligación del asegurado de informar todo lo necesario a los fines de la determinación del daño y fijación por parte del asegurador de la extensión del resarcimiento.

Por que como dice López Saavedra

...de por sí, no significa que ocurrido el evento siniestral —parcial por ejemplo o de poca monta— el asegurado sin más y sin producir prueba alguna del daño efectivamente sufrido tenga derecho a percibir como indemnización una suma equivalente al de la suma asegurada...⁸.

Analizada la parte conflictiva del Art. 37, resta decir que la primera parte del inciso “a”, que establece que se tendrán por no convenientes las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones de las partes, y el inciso “b”, que establece que se tendrán por no convenientes las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos de consumidor o amplíen los mismos respecto de la otra parte, sí serían perfectamente aplicables al contrato de seguro y no generan ninguna inconsistencia.

I.d. La prescripción en el contrato de seguro

Para terminar este análisis de los posibles efectos que produciría el arribo de los derechos del consumidor al contrato de seguro, queda por estudiar la problemática relativa a la prescripción de las acciones que emergen de la relación obligacional.

Se observa un enfrentamiento entre dos normas de contenido diametralmente opuesto, que hace surgir una problemática, no solo legislativa, sino principalmente doctrinaria y jurisprudencial, ya que fue en este terreno donde se observó el mayor debate tendiente a lograr una interpretación correcta de este articulado.

Por un lado el Art. 58 de la Ley de Seguros establece: “...Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible...”

⁸ LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M., “El seguro frente a la Ley de Defensa del Consumidor”, *LA LEY* 2009-C, 1282 (La Ley Online, p. 3).

La claridad del artículo es tajante, fija el plazo de un año para la prescripción de todas las acciones que deriven del contrato de seguro, tanto a favor del asegurador como también del asegurado. Pero esta claridad se ve empañada si aceptáramos de manera provisoria que la Ley de Defensa del Consumidor tiene plena aplicación sobre el contrato de seguro, lo que conlleva a que para regir el plazo de prescripción de las acciones, también se vea involucrado el Art. 50 de la ley 24.240.

He aquí el problema, dado que el Art. 50 goza de la misma claridad que su opositor, al prescribir que "...Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres años...", haciendo surgir de esta manera una dicotomía interpretativa.

Esto, inevitablemente, generó la conformación de dos corrientes opuestas respecto a cuál es el articulado que debe regir las acciones tanto judiciales como administrativas. Estas corrientes indefectiblemente van de la mano de un dilema mayor, que es el de la aplicabilidad o no de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de seguro. Y ese vínculo surge porque quienes sostienen su apoyo a la aplicabilidad del régimen consumerista obviamente apoyan que el artículo que debe reglar la prescripción es el Art. 50 de esa ley y por lo tanto el plazo se ve ampliado a tres años. Pero, en cambio, quienes defienden la prevalencia del régimen de seguro, su autonomía y especialidad entienden que el Art. 58 de la ley 17.418 es el indicado para fijar el plazo, que es más acotado⁹.

Variados fueron los argumentos que se esbozaron para dar sustento a cada una de estas posturas, pero esos fundamentos no tenían como objetivo solo justificar la superioridad de un régimen de prescripción sobre otro, sino que tenían un fin mayor, que era legitimar o deslegitimar el avance de un plexo normativo, frecuentemente denominado "estatuto del consumidor", sobre una actividad empresarial jurídicamente regulada, como es la actividad aseguradora.

Es por ese motivo, que me reservo el análisis de estos argumentos para tratarlos en el próximo apartado junto con la totalidad de los fundamentos esgrimidos por las distintas corrientes doctrinarias.

⁹ CABALLERO DE AGUIAR, MARÍA R., "Relaciones de consumo y contrato de seguro", LLNOA 2006 (febrero) 13 (La Ley Online, p. 2).

II. Estado actual de la doctrina

Considero necesario ahora tratar los fundamentos expuestos por parte de diferentes autores, para sustentar su apoyo a las respectivas posturas doctrinarias, que se produjeron como respuesta a la necesidad de superar esta situación conflictiva, que dio título al presente trabajo, “El arribo de los derechos del consumidor a la actividad aseguradora”.

Como ya adelanté en párrafos anteriores, la doctrina se mostró separada en dos corrientes irreconciliables y bien marcadas. A continuación expondré los argumentos principales de cada una de estas corrientes:

II.a. Doctrina restringida

La doctrina restringida mostró resistencia a la aplicación de la ley 24.240 al contrato de seguro y variados fueron sus argumentos para sostener esta orientación.

El primer argumento no se funda en legislación o artículo específico, sino que encuentra su fuente en un principio general del derecho reconocido el cual establece que “*lex specialis derogat lex generalis*”¹⁰.

Como sabemos, desde el año 1967 contamos en nuestro país con una legislación específica para regular el contrato de seguro, que es la ley 17.418. Esta ley regula los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, como así también fija un contenido contractual obligatorio a los fines de equilibrar una relación jurídica. Junto a esta se encuentran también las leyes 20.091 y 22.400 que regulan la actividad de las entidades y personas que se desarrollan en este ámbito económico-empresarial.

Este conjunto de normas constituye para la doctrina restringida, el régimen especial que va a regular la relación de seguro, desplazando cualquier otra normativa que se pretenda aplicable, en virtud del principio antes enunciado.

Pero advierten que, con el dictado de la ley 24.240, surgió la intención de otras corrientes, de extender este régimen proteccionista a un sinnúmero de relaciones jurídicas, bajo el pretexto de encuadrar todas ellas en un tipo de estructura obligacional más abarcativa denominada “Relación de Consumo”.

¹⁰ LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M., “El seguro frente a la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY 2009-C, 1282 (La Ley Online, p. 1).

Por lo tanto, observan una peligrosa sobrevaloración de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que se pretende aplicarla indiscriminadamente a la totalidad de relaciones jurídicas, dejando de lado las regulaciones específicas existentes.

Así, esta postura sostiene que no hay que perder de vista que la ley 17.418, que regula los derechos y deberes de las partes intervinientes en el contrato de seguro, ya incluía un régimen proteccionista del asegurado¹¹ y que el carácter especial que tiene esa ley, fundado en su especificidad temática, permite prever la situación de todas las partes que intervienen, sin excederse en sobreprotección del asegurado y tornando así impracticable esta actividad empresarial de gran importancia para la sociedad.

Proclaman evitar

...caer en un endiosamiento del consumidor, en detrimento de normas específicas que regulan diferentes actividades de la economía nacional, como por ejemplo la aseguradora, pudiendo de esta manera perjudicar dichas actividades...¹².

El segundo de los argumentos presentados para frenar este avance del régimen consumerista se encuentra anclado en la redacción del Art. 1 de la ley 24.240¹³. Así, la corriente restringida entiende que cuando el originario Art. 1 definía al consumidor como aquella persona que contrataba a título oneroso la prestación de servicio, excluía al seguro de su ámbito de aplicación, ya que no podría considerar a este como una prestación de servicio¹⁴. Esto es así por que se pretendió identificar analógicamente la idea de prestación de servicio con el concepto de locación de servicio, para dejar afuera del alcance de la ley 24.240 a una serie de relaciones jurídicas entre las cuales se encuentra el contrato de seguro¹⁵.

¹¹ GONZÁLES, EDUARDO, "Defensa del consumidor y derecho de seguro", *ED XLVIII*, 273, p. 1.

¹² *Ibidem*.

¹³ Art. 1: Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

a) La adquisición o locación de cosas muebles;

b) La prestación de servicios;

c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a una persona indeterminada.

¹⁴ SCHWARZBERG, CARLOS, "Los seguros y la defensa del consumidor", *Sup. Act. 14/02/2006*, 1 (La Ley Online, p. 1).

¹⁵ LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M., "El seguro frente a la Ley de Defensa del Consumidor", *LA LEY 2009-C*, 1282 (La Ley Online, p. 1).

De esta forma la noción de prestación de servicio queda equiparada a la idea de un trabajo prestado a otro por un precio, tal como lo regula el Art. 1627 del Cód. Civil, lo cual genera una incompatibilidad entre esta noción y lo que sucede en el seguro, ya que la prestación de servicio implicaría la existencia de una obligación de hacer a cargo de quien presta el servicio, algo totalmente ajeno al contrato de seguro, dado que la obligación que asume el asegurador es la de indemnizar los daños sufridos por el asegurado, es decir, cumplir con una obligación de dar sumas de dinero¹⁶.

También se le atribuye a esta corriente restringida la elaboración de fundamentos tendientes a evitar la aplicación de determinados artículos de la Ley de Defensa del Consumidor, como es el caso de los Arts. 37 y 50.

Con respecto al Art. 37, los argumentos que sustentan su inaplicabilidad ya fueron expuestos cuando traté específicamente los posibles efectos que produciría el avance del Derecho del Consumidor al contrato de Seguro, por lo tanto a los fines de sintetizar reenvío al apartado IV. 1. b.

Pero tratándose del Art. 50 que regula el plazo de prescripción de las acciones, varios fueron los argumentos que se ensayaron para desechar su aplicación en la regulación de las acciones emergentes del contrato de seguro.

El primero de ellos ya fue enunciado al principio de este apartado, ya que también sirvió para dar fundamento a la prevalencia de la Ley de Seguro sobre la Ley de Defensa del Consumidor, y es el que profesa la aplicación del principio “*lex specialis derogat lex generalis*”. De esta manera, el Art. 58 de la ley 17.418 mantiene su vigencia frente al Art. 50 de la ley 24.240 por ser el primero de carácter especial para regular el régimen de prescripción de las acciones en el contrato de seguro.

Otro de los argumentos sostenía que si partimos de la base de que entre la Ley de Seguros y la Ley de Defensa del Consumidor existe una diferencia temporal, donde la última fue sancionada luego de un largo lazo de vigencia y aplicación de la primera, entonces de ninguna manera se puede pensar que el legislador se desentendió de la existencia del régimen de prescripción ya vigente para crear una inconsistencia que permita derogar las disposiciones relativas

¹⁶ LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M., “El seguro frente a la Ley de Defensa del Consumidor”, *LA LEY* 2009-C, 1282 (La Ley Online, p. 1); SOTO, Héctor M., “El contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot*, 2009-A, 731, p. 733.

a esta materia¹⁷, sino que, por el contrario, es evidente que el legislador tuvo en cuenta esta situación. Por ese motivo, el Art. 50 establece claramente que se aplica a las acciones y sanciones emergentes de la presente ley, es decir solo en el ámbito de la ley 24.240 y no se hace extensivo al contrato de seguro.

Por último un argumento, que no es más que una derivación del principio de ley especial que ya se trató, sostenía que el plazo fijado por la ley 17.418 es acorde a los riesgos económicos específicos que el contrato implica y por lo tanto toda alteración que provoque la aplicación de la ley 24.240 puede afectar el equilibrio económico del contrato¹⁸.

II.b. Doctrina amplia

En una posición contrapuesta a la anteriormente estudiada, se encuentra aquella corriente que manifiesta apoyo a la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor sobre el contrato de seguro y que en la actualidad ha conseguido ser mayoritaria.

El primer fundamento elaborado con la finalidad de legitimar doctrinariamente el avance de la ley 24.240 sobre otras relaciones, entre ellas la de seguro, tiene su punto de partida en el texto originario del Art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Como ya se dijo, el Art. 1 de la ley 24.240 describía al consumidor como aquella persona física o jurídica que contrata a título oneroso (entre otras cosas) la prestación de un servicio, y también se dijo que la corriente restringida pretendió equiparar esa noción a la figura de la locación de servicio, y de esta manera dejar afuera de su alcance una serie de relaciones jurídicas que no encuadrarían en esta estructura, como es el caso del seguro.

La doctrina amplia, en cambio, entiende que hablar de prestación de servicio excede cualquier figura típica o atípica y que, por el contrario alude a cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, aseguradora, etc.¹⁹.

¹⁷ COMPAINI, MARÍA F., “La prescripción en el contrato de seguro a la luz de la reforma de la ley de defensa del consumidor”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Abeledo Perrot, 2009-A, 731, p. 702.

¹⁸ ARIZA, ARIEL, “El consumidor inmobiliario y la prescripción”, LL 2003-E-743 (La Ley Online, p. 2).

¹⁹ MOEYKENS, FEDERICO R., “Aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro”, *LLNOA* 2005 (Octubre), 1165 (La ley Online, p. 2).

En igual sentido, Juan M. Farina sostiene que cuando la ley se refiere a la prestación de servicio, hace alusión a una actividad organizada en forma empresarial, independientemente de que esos servicios sean prestados por los propios integrantes, personal dependiente o terceros. El concepto de prestación de servicio es amplísimo para la ley, por que abarca todos los supuestos que no encuadran en la venta o locación de una cosa (que son los otros supuestos que regula el Art. 1), por lo tanto quedan incluidos supuestos como espectáculos públicos, la actividad aseguradora, las entidades financieras, el turismo, la medicina prepaga, etc.²⁰.

El siguiente fundamento parte de dar por sentado lo sostenido en el argumento anterior y lo enriquece con un pensamiento extraído del Art 3. Este artículo establece "...las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a la relación de consumo...". De esta manera, la corriente amplia sostiene que si nos aferramos al argumento anterior según el cual podemos considerar la relación de seguro como una relación de consumo, fundándonos en el Art. 1 de la ley 24.240, esto generaría que ambas leyes no se presenten como compartimentos estancos y separados unos de otros, sino que se interrelacionan fluidamente, haciendo que el contrato de seguro se vea alcanzado por la Ley de Defensa del Consumidor²¹. Por lo tanto, si para esta doctrina el seguro genera una relación de consumo, las leyes 17.418 y 20.091 serían normas especiales aplicables y por ende comprendidas por la integración normativa²².

Los argumentos más fuertes de la doctrina amplia vinieron de la mano de la reforma constitucional en el año 1994, que incorpora el Art. 42 y determina la constitucionalización de una serie de derechos a favor del consumidor y usuario. Esto hizo que la figura del consumidor y su protección adquiera relevancia constitucional, y llevó a esta doctrina a sostener que la ley 24.240 se transformara indirectamente en una reglamentación de un derecho constitucional, lo que le otorga superioridad jerárquica a esta sobre cualquier otra ley que regule relaciones jurídicas que carecen de equilibrio entre las partes contratantes²³.

²⁰ FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y usuario*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995 (4ª ed., 1ª reimpression, 2009, p. 59).

²¹ GREGORINI CLUSELLA, EDUARDO L., "El seguro y la relación de consumo", *LA LEY* 2009-A, 1130, p. 1131.

²² TANZINI, SILVIA y PAPILLU, JUAN M., "La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de seguro", *RCyS* 2011-XI, 3 (La ley Online, p. 7).

²³ SOBRINO, WALDO A. R., "Las modificaciones a la ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor", *RCyS* 2011-II, 37 (La ley Online, p. 3); CRACOGNA, DANTE y CRACOGNA, FERNANDO, "El seguro y la ley de defensa del consumidor. Necesidad de superar

Así, este nuevo derecho civil constitucionalizado (derecho del consumidor) modifica todo aquello de la Ley de Seguros que lo contradiga, por tratarse de una norma fundamental²⁴.

Por último, hay que analizar un argumento que actúa como punta de lanza de la doctrina amplia, y es el que sostiene que la reforma que se llevara a cabo en el año 2008 por la ley 26.361 permite extender el alcance de la 24.240 al contrato de seguro, producto de la modificación producida en uno de sus artículos principales, el Art. 1. Dado que define como consumidor a la persona que adquiere o utiliza bienes o servicios, hace posible extender esta noción a la figura del asegurado y considerarlo como un consumidor, ya que al celebrar un contrato de seguro estaría adquiriendo derechos, o un bien según la concepción que surge del Art. 2312 del Cód. Civil²⁵.

Como ya sabemos, el Art. 2312 dice que bienes son los objetos inmateriales susceptibles de apreciación económica, es decir los derechos patrimoniales, y que cuando una persona contrata un seguro, se encuentra en la situación de adquirir un derecho, el cual se traduce en recibir una indemnización resarcitoria cuando se produzca el riesgo cubierto. Por lo tanto, el asegurado es un adquirente de bienes en los términos de la nueva redacción del Art. 1, y esto le permite concluir a la doctrina amplia que la actividad aseguradora se encuentra alcanzada por el régimen de defensa del consumidor.

III. Solución propuesta

Como expresé en los párrafos introductorios, en este trabajo me propuse como objetivo brindar una nueva interpretación sobre la relación existente entre la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario y sus correspondientes reformas y la normativa vigente que regula la actividad aseguradora. En esta nueva visión pretendo conciliar e integrar la aplicación de ambos grupos de normas,

la controversia”, *Derecho comercial y de las obligaciones*, Abeledo Perrot, 2009-A, 707, p. 712; TORIBIO, EDUARDO A., “Reflexiones sobre la defensa del consumidor y del asegurado (¿y los asegurados?)”, *Derecho comercial y de las obligaciones*, Abeledo Perrot, 2009-A, 741, pp. 741-746.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ PARRAL, PABLO R. y SARTINI, MARCELA S., “El concepto de consumidor en el contrato de seguro: Sentido y alcance de la reforma de la ley 26.361”, *Responsabilidad civil y de seguro*, LA LEY, año XIII, número 9, Septiembre 2011, 26, p. 27; COMPIANI, MARÍA F., “La prescripción en el contrato de seguro a la luz de la reforma de la ley de defensa del consumidor”, *Derecho comercial y de las obligaciones*, Abeledo Perrot, 2009-A, 693, pp. 699-700; STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de seguros*, t. 1, 4ª ed., Buenos Aires, Ed. LA LEY, 2004 (1ª reimpresión, 2005, pp. 175-178).

para lograr de esta manera soluciones mejores y más justas para las partes intervinientes en los contratos de seguro.

Para ello, entiendo que la mejor manera de proceder, a fin de lograr proponer una posible solución a esta problemática planteada en el apartado I punto 1, es comenzar por dejar en descubierto lo que considero que es el origen o la causa que ocasionó el conflicto, para poder luego manifestar la solución que creo mejor se va a adecuar a los objetivos que me propuse en la introducción.

Voy a comenzar por decir que principios generales del derecho, como “ley especial deroga ley general” o “ley posterior deroga ley anterior”, son concepciones rígidas y antiguas del ordenamiento jurídico, que propician la eliminación de unas normas por otras, cuando se producen conflictos de aplicación entre ellas. Por lo tanto, principios como estos no fomentan la complementación o interrelación entre textos normativos, sino que por el contrario aumentan la controversia no solo legal, sino también doctrinaria y jurisprudencial.

Esto es así porque dichos principios fueron sostenidos por distintas corrientes de pensamiento, demostrando que solo generan extremos interpretativos. Dichos extremos solo se focalizaron en dos posibilidades, la aplicabilidad o la inaplicabilidad de la ley 24.240 al contrato de seguro, sin prever una tercera posibilidad, la de complementación, integración y enriquecimiento mutuo de estas normas. Todo esto potenciado por una deficiente técnica legislativa, que lejos de aclarar las dudas existentes sobre la relación que se da entre estos regímenes, aumenta la situación de incertidumbre, por no poder establecer concretamente el alcance aplicativo de los mismos.

Por ese motivo, mi opinión parte de entender que estos principios deben ser abandonados, y que en la actualidad hay que apoyar la complementación, integración e interrelación de normas, y desechar la eliminación de las unas por las otras, con el solo fundamento temporal o de especialidad, porque entiendo que el ordenamiento jurídico de un país es una universalidad orgánica, compuesta por una multiplicidad de leyes distintas. De esta manera una ley no puede ser considerada una entidad aislada en sí misma, sino que está en continua relación con otras, de forma tal que generan influencias y condicionamientos mutuos.

Si bien la noción de integración normativa ya se encuentra expresamente enunciada en el Art. 3 de la ley 24.240, que establece que “...las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a la relación de consumo...”, el problema es que la ley no nos brinda un parámetro

claro que nos permita saber qué relaciones serán consideradas relaciones de consumo y cuáles no, y por lo tanto qué leyes generales y especiales serán las que se integren con el régimen de defensa de consumidor y de qué manera.

Tanto el antiguo parámetro utilizado por el Art. 1 de la ley 24.240, basado en la noción de adquirente de una prestación de servicio, como el actual que se refiere a la adquisición o utilización de bienes o servicios, no son suficientes para arribar a una solución del problema de la aplicabilidad o no de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de Seguro, como así también a otras relaciones jurídicas.

Frente a estas circunstancias entiendo que la única herramienta útil para lograr tan preciada integración normativa que vengo proponiendo es una reforma legislativa. En este sentido, la reforma tiene que tener como objetivo principal esclarecer específicamente cuáles son las relaciones jurídicas que se verán alcanzadas por el régimen de consumo, y que por lo tanto serán consideradas relaciones de consumo.

De esta manera, una vez que la reforma actúe eliminando esas dudas, y se puedan conocer con certeza las relaciones jurídicas alcanzadas, será el mismo Art. 3 párrafo segundo del texto actual el que hará efectiva la integración normativa pretendida.

Por lo tanto, es de mi opinión que una reforma legislativa solo debe recaer sobre el Art. 3 a los fines de dilucidar las relaciones jurídicas alcanzadas por la ley 24.240 y luego el resto del articulado vigente hará lo suyo para lograr una interpretación integradora.

Ahora, me encuentro en un nuevo desafío y es el de fijar cuál sería el nuevo contenido del Art. 3, que permita incluir de forma amplia y abarcativa todas y cada una de las relaciones jurídicas que serán consideradas relaciones de consumo, pero sin perder por eso la suficiente precisión necesaria para no caer nuevamente en aquellos desentendimientos que se pretenden superar.

Si bien soy partidario de que hay definiciones que integran las leyes a los fines de dar mayor precisión respecto de su ámbito de aplicación, entiendo que la definición de consumidor, como así también la de relación de consumo, no son suficientes para afirmar con la precisión necesaria, que tanto la relación de seguro como otras relaciones jurídicas son relaciones de consumo, alcanzadas entonces por la Ley de Defensa del Consumidor.

De este modo, considero que a la definición de relación de consumo debe adicionársele algo más, y esto es una lista de supuestos ejemplificativos. Es decir que el artículo enumere supuestos a los que sea aplicable el régimen consumerista por tratarse de relaciones jurídicas consideradas relaciones de consumo.

Este sistema de lista ejemplificativa no es extraño en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, se encuentran varios ejemplos, entre ellos el Art. 1 de la ley 11.723 de propiedad intelectual, el Art. 4 y 5 del código de minería, el Art. 4 de la ley 20.321 de asociaciones mutuales, entre otros.

Estas listas pueden adoptar dos metodologías distintas, un sistema de lista cerrada o un sistema de lista abierta. La primera metodología implica un conjunto de supuestos taxativamente enumerados, que no permite extenderse a otros supuestos no enunciados en ellas. En cambio, la segunda metodología solo se limita a enunciar algunos supuestos (generalmente los más relevantes) dejando abierta la posibilidad de llegar a otros casos no enunciados expresamente, pero que quedan equiparados a ellos por analogía.

Estimo que debería aplicarse al actual texto del Art. 3 una lista ejemplificativa de carácter abierta o meramente enunciativa, no porque esta sea la mejor manera de establecer precisamente el alcance de la ley 24.240, sino porque la amplitud propia de este sistema proteccionista impide poder prever todas y cada una de las relaciones a las que se extiende su régimen. Pero sí es importante que los ejemplos que se incluyan sean los más importantes y representativos de una relación de consumo, y, de esta manera, se facilitará su extensión analógica a otros supuestos semejantes.

Entre los supuestos ejemplificativos que añadiría al Art. 3, apoyo la importancia que significaría incluir la relación de seguro como relación de consumo, por que sería esta la manera de dar fin a la problemática doctrinaria y judicial analizada en el presente trabajo.

De esta forma, a través de la modificación legislativa propuesta, vemos que la relación de seguro se ve alcanzada por la Ley de Defensa del Consumidor, pero a diferencia de lo que sostenían las posturas doctrinarias que se denominaban amplias, este avance del régimen consumerista no es derogatorio o sustitutivo de la ley especial de seguro, sino que es un avance integrador en los términos del Art. 3 de la ley 24.240.

Esta noción de integración normativa que sostengo se caracteriza por la cooperación y coordinación entre las normas de ambos sistemas, para lograr así

dar soluciones a problemas que no puede resolver una ley por sí sola, o cuando se pretende arribar a desenlaces más justos para las partes intervinientes en un conflicto. Pero esta integración no implica simplemente juntar la totalidad del articulado de dos normas y ver cuál de ellos se aplica al caso que pretendemos dar solución, porque una situación semejante nos lleva a encontrarnos con conflictos e inconsistencias normativas, por ejemplo cuando artículos de ambas leyes dan soluciones distintas a un mismo caso (ejemplo de eso es el tema de la prescripción, Art. 50 de la ley 24.240 y Art. 58 de la ley 17.418). Es necesario que la manera en que se lleve adelante esa integración normativa sea a través de principios rectores que informen cómo superar un obstáculo, como sería el supuesto del párrafo anterior.

Pero no hay que alarmarse, por que ese principio no hay que ir a buscarlo muy lejos, sino que se encuentra en la misma ley 24.240, y es el principio “*in dubio pro consumidor*”, es decir que cuando exista duda sobre cuál es el artículo que debe aplicarse entre la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Seguros para la solución de un supuesto, ya que ambas van a regir esa relación por ser una relación de consumo, se estará al artículo más beneficioso para el consumidor-asegurado, en virtud de su situación de debilidad frente al proveedor-asegurador.

UBER Y EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO UBER AND THE ARGENTINEAN LEGAL SYSTEM

Marcos Fernández Peña*

Sumario: *I. Introducción II. Funcionamiento de Uber III. Beneficios y Objeciones al servicio prestado por Uber IV. Principales normas relativas al servicio de transporte de pasajeros V. Medidas judiciales para impedir su implementación en el país VI. Reflexión Final.*

Resumen

En un período temporal en el cual se evidencia una situación de fractura entre las legislaciones antiguas y los presupuestos de hecho que estas receptaban, que se advierten hoy como obsoletos con respecto a las nuevas tecnologías y desarrollos informáticos, los conflictos jurídicos que se suscitan cuando alguna de estas innovaciones tecnológicas tiene un impacto masivo en el mercado y en la sociedad en general son variados y, frecuentemente, impulsan dos reacciones antitéticas: una que calificaremos como “conservadora”, que busca principalmente resistir la innovación y aferrarse a los viejos presupuestos de hecho, calificando sin más de ilegal a la nueva tecnología; y otra que llamaremos “innovadora” que busca el cambio de estos presupuestos de hecho y por ende, de las normas, para que recepten los nuevos instrumentos tecnológicos y se adecuen a las necesidades actuales de las sociedades. En este trabajo veremos cuál es la situación jurídica de la aplicación Uber con relación a las normas vigentes en el orden jurídico argentino.

Palabras clave: Uber Pop - Economía de colaboración - Competencia desleal - Artículo 1280 Código Civil y Comercial - Ley 3622 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

* Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional del Sur.

Abstract

In a period of time in which there is a situation of fracture regarding the old legislations, which today we see as obsolete in what respects to the regulation of new technologies and computer developments, the legal conflicts that arise when some of these technological innovations have a massive impact on the market and in society in general are varied and often drive to two antithetical reactions: one that we will qualify as “conservative”, which seeks primarily to resist innovation, and another that we will call “innovative” that seeks to change the rules so that they can take into account the new technological tools and suit the current needs of societies. In this paper we will see the legal status of the Uber application in relation to the Argentine legal system.

Key words: Uber Pop - Collaboration economy - Disloyal competition - Article 1280 Civil and Commercial Code - Law 3622 of the Autonomic City of Buenos Aires

I. Introducción

La Sociedad de la Información actual se basa en nuevas tecnologías que facilitan la consecución, el manejo y la difusión de información en cualquiera de sus formas —oral, escrita o visual—, con independencia de la distancia, el tiempo y el volumen en la cual está inmerso el mundo actual¹. Conforme lo que sostiene Anarte Borrallo, su carácter transnacional o, si se prefiere, global, relativizan no solo la significación conductual de las magnitudes espacio-tiempo, sino también el valor de las fronteras estatales, jurídicas e incluso culturales².

En abril de 2016, el servicio de transporte de pasajeros ofrecido y contratado a través de la aplicación “UberPop” ha tratado de introducirse en el mercado argentino. Desde su arribo, se han alzado voces a su favor —esencialmente por parte de los consumidores del sistema— y fuertes protestas en su contra, provenientes de los conductores de taxis y del Estado.

En este breve trabajo nos proponemos, primeramente, describir cómo funciona este servicio y a través de qué medios se realiza. En segundo lugar, estudiaremos qué beneficios puede ofrecer Uber y cuáles son las principales objeciones a su instalación en nuestra economía. Seguidamente, analizaremos

¹ Recomendaciones para el Consejo de Europa sobre la Sociedad de la Información, 1994.

² ANARTE BORRALLO, E., *Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal*, p. 3. Consultado online.

la normativa aplicable en materia del servicio de transporte de pasajeros, y posteriormente nos centraremos en analizar las medidas judiciales que se han dispuesto contra Uber a la luz de tales regulaciones. Finalmente, concluiremos realizando una reflexión final donde expondremos cuál es, a nuestro criterio, la posición de Uber en relación al ordenamiento jurídico nacional.

II. Funcionamiento de Uber

Dentro de este contexto de la Sociedad de la Información, ha surgido un servicio de transporte de pasajeros privado que se contrata, abona y califica todo mediante una aplicación: UberPop.

Esta empresa conecta a los pasajeros con los conductores de vehículos registrados en sus bases de datos, que ofrecen un servicio de transporte a particulares a través del software de aplicación móvil que proporciona Uber.

Esencialmente, la transacción mediante Uber funciona de la siguiente forma³: en primer lugar, los consumidores que son propietarios de *smartphones* con iOS de Apple o Android de Google deben descargar la aplicación “UberPop”. Una vez creada la cuenta de usuario, deberán ingresar una tarjeta de crédito o débito. Para solicitar el viaje, los pasajeros deberán indicar dónde desean iniciar el viaje, el tipo de vehículo y cuál será el destino, de forma manual o mediante un mapa digital. El sistema ofrecerá un estimado del costo y tiempo de duración del viaje.

Si se acepta la propuesta, Uber consulta a los conductores más cercanos si desean tomar el viaje. Una vez acordado el viaje, Uber enviará los datos personales del chofer (foto de perfil, modelo del vehículo y número de patente) al pasajero.

Al llegar a destino, el conductor confirmará el costo del pasaje, y el pasajero da su conformidad calificando al conductor. El pago del viaje se realiza de forma automática en la tarjeta de crédito o débito que ingresó el pasajero en la aplicación móvil. Uber se queda con un 25% del valor del viaje.

Las tarifas dependen de cada ciudad pero por lo general son más baratas que un taxi tradicional. Además, la propina viene incluida en ese pago y el usuario puede decidir qué porcentaje va a ser desde el sitio web de Uber.

³ En forma extremadamente simple, el sitio oficial de Uber (www.uber.com) lo explica en estos términos: “Una persona que quiere ir de un punto A a un punto B, se conecta a través de UBER con otra persona que está disponible en ese momento para llevarlo en su auto particular”.

III. Beneficios y Objeciones al servicio prestado por Uber

La empresa Uber es originaria de Estados Unidos y tiene su sede central en San Francisco, California. No obstante ello, está formada por varios capitales extranjeros y es una empresa multinacional.

Dentro de esta presencia mundial y de acuerdo a datos que proporciona la misma empresa —actualizados hasta abril de 2016—, el servicio está disponible en más de 60 países y 404 ciudades alrededor del globo.

Correlativamente con esta expansión de la aplicación, se han producido en los distintos países donde ha arribado diversas y numerosas protestas contra su instalación como así también acciones legales para impedir su utilización, principalmente desde el sector de las compañías de taxis y de los diversos gobiernos.

Las objeciones que se enuncian contra Uber son esencialmente las mismas en todos los países y fundamentalmente giran en torno a dos ejes: la competencia desleal con respecto a los otros servicios de transporte de pasajeros —el taxi— y la precarización laboral de los conductores de Uber —pues la empresa afirma que solo es intermediadora entre el consumidor y el conductor, siendo este último un trabajador autónomo que meramente utiliza la aplicación como medio de captación de sus clientes—.

Podemos enumerar las críticas al sistema del siguiente modo:

- a) *Uber realiza competencia desleal*: El servicio que prestan los taxis es un servicio público controlado. Los vehículos que usan Uber no tienen ningún control ni de los vehículos ni de los conductores por parte del Estado, más allá de los requerimientos internos que exija la empresa⁴. En torno a esta cuestión, la competencia desleal se configura por una tríada de evasiones legales:
 - 1) *La falta de controles administrativos*: Uber es un servicio que surge de la web, no está sometido a los mismos controles administrativos que los negocios tradicionales de transporte.
 - 2) *La elusión/evasión impositiva*: Uber no tributa en el país.

⁴ Uber manifiesta que controla internamente que: a) Los conductores tengan coche propio de un modelo no más antiguo que 10 años, b) Que se tenga seguro obligatorio común, c) Certificado de antecedentes penales y d) Licencia de conducir común.

- 3) *Fomenta la precarización laboral*: Uber no se considera empleador de los conductores registrados en su sistema, evitando así el pago de las contribuciones a la seguridad social, como también los diversos sistemas de protección al trabajador. Sus críticos señalan que bajo el eufemismo del concepto de “economía colaborativa” —vocable que según Uber implica que su servicio es meramente realizar de intermediario entre usuarios y conductores— se esconde una forma más de explotación laboral⁵.
- b) *Uber busca generar un monopolio*⁶: y, consecuentemente, quedarse con todo el negocio del transporte público en las ciudades. La estrategia de Uber es ir aumentando el porcentaje de ganancia que se queda de cada viaje, mientras paralelamente sigue bajando los precios hasta que gana todo el mercado, y una vez que tiene todo el mercado, comienza a aumentar los precios porque ya tiene el monopolio.
- c) *“Inexistencia jurídica” de Uber en el país*: Uber no tiene constituida representación legal en el país ni ha formado una sociedad local. Entre otros grandes inconvenientes que esto genera, no puede ser notificada fácilmente de una medida judicial o de una demanda. Hasta ahora existen solo manifestaciones de que los trámites están en curso.
- d) *Inseguridad para los pasajeros*: El contrato que firma el usuario con Uber es un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas: Uber no garantiza la calidad, sustentabilidad ni la seguridad del servicio. No hay pólizas de seguros en nuestro país que hoy cubran contingencias para *uberistas*.

Frente a estas críticas, se han alzado los defensores de Uber quienes señalan los beneficios que la instauración del servicio significaría en nuestro país:

- a) *El sistema se “autorregula”*: Algunos defensores de Uber dicen que el sistema se autorregula eficazmente, porque los usuarios tienen la posibilidad de

⁵ En ese discurso no hay una actividad profesional asociada al servicio y Uber considera que solo es una intermediaria para que las partes acuerden el aprovechamiento de un recurso infrutilizado. En una entrevista reciente realizada a Travis Kalanick --CEO global de Uber-- por El País, este declaró que la economía colaborativa permite sacar dinero de bienes infrutilizados y nada más. Uber no es empleador.

⁶ De acuerdo a Neal Gorenflo, experto estadounidense en economía compartida y co-fundador de “Shareable” popular revista online sobre usos compartidos. Consultado online: <http://www.lanacion.com.ar/1898415-uber-solo-busca-generar-un-monopolio-y-quedarse-con-el-negocio-del-transporte>.

publicar comentarios que ayudan a seleccionar a los mejores conductores y eliminar a los malos.

- b) *Uber brinda oportunidades económicas:* proveyendo alternativas de ingreso para quienes se anotan como conductores en el sistema.
- c) *Complementa el sistema de transporte público:* Según afirma la propia empresa, estudios en Estados Unidos y Australia encontraron que Uber es un complemento y no un reemplazo de los sistemas de transporte público. Muchos usuarios usan Uber para cubrir el último tramo entre sus casas u oficinas y la parada de transporte público más próxima. Uber también es una opción cuando el transporte público está cerrado u opera con menos frecuencia.
- d) *Seguridad:* Uber comparte el nombre, foto y patente del auto antes del viaje para que el usuario sepa quién lo está pasando a buscar. La aplicación mapea la ruta más rápida hacia el destino y permite seguirla en tiempo real, así ya no tiene que preocuparse el usuario si el chofer está eligiendo una ruta más larga para obtener una tarifa más alta.
- e) *Reduce el tráfico y la contaminación:* Alternativas como uberPOOL reducen la congestión y la contaminación en las ciudades al poner más gente en menos autos. De acuerdo a estadísticas de la empresa, en sus primeros 8 meses en Los Ángeles, uberPOOL disminuyó la cantidad de kilómetros manejados en 12.7 millones, y las emisiones de carbono en 1.400 toneladas métricas.
- f) *Es más económico que el taxi.*

IV. Principales normas relativas al servicio de transporte de pasajeros

Como Uber ha arribado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos ceñiremos a examinar la normativa allí vigente y la situación de dicha empresa ante la misma. No obstante ello, cabe aclarar que la regulación es similar en todo el país, así que las consideraciones aquí vertidas podrían ser aplicadas analógicamente en caso de que el sistema Uber desee instalarse en otras ciudades de la República.

La discusión central sobre la legalidad o ilegalidad de la implantación de la aplicación surge del entrecruzamiento de dos normas: mientras que desde Uber sostienen que el precepto contenido en el Art. 1280 del Código Civil y Co-

mercial⁷ autorizaría el contrato de transporte, y que por ende su actividad está dentro de los marcos de la ley, desde el Estado y los Sindicatos de Peones de Taxi esgrimen la Ley 3622 del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como fundamento para su oposición al sistema Uber.

En torno al argumento que esgrime Uber, cabría señalar que lo único que hace el artículo 1280 es brindar una definición de qué se entiende por “contrato de transporte”, mientras que es el artículo 1281 el que define el ámbito de aplicación de esa normativa. El mismo comienza señalando: “Excepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican a cualquiera que sea el medio empleado para el transporte”.

De este modo, podemos fácilmente colegir que la normativa invocada por las autoridades de la compañía para justificar la puesta en vigencia del sistema en Argentina —el Art. 1280 del Código Civil y Comercial— queda automáticamente desvirtuada precisamente por el Art. 1281 del mismo cuerpo legal, en tanto expresa con absoluta claridad su ámbito de aplicación específico exceptuando lo dispuesto en leyes especiales, que precisamente es la ley 3622 del Código de Tránsito.

Con respecto a la ley 3622 del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que contiene numerosas y exigentes regulaciones para el servicio de transporte público de personas en automóviles de alquiler⁸, hemos extraído 4 previsiones que reflejan cómo Uber se salta la normativa y por ello puede ofrecer el servicio a menor costo:

- 1) *Con respecto a los medios de solicitud del servicio*: la ley señala que el servicio será prestado a quienes lo requieran:
 - a) En la vía pública cuando el vehículo se encuentre circulando.
 - b) En las paradas autorizadas.

⁷ “Definición. Hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete”.

⁸ “El servicio de transporte público de personas, no colectivo, en automóviles de alquiler con taxímetro de hasta cuatro (4) pasajeros por vehículo, prestado en un vehículo y por un conductor debidamente habilitados por la Autoridad de Aplicación. El servicio debe prestarse desde el punto en el que lo solicita el pasajero, hasta el punto de destino indicado por éste”.

- c) Por vía telefónica, correo electrónico, mensaje de texto o Internet a través de las Centrales de Radio-Taxi autorizadas. Estas radio-taxis deben cumplir con una serie de requisitos, como tener frecuencias de radio para operar, una antena, una central y cierta cantidad de operadores según el número de vehículos asociados.
- 2) *En torno al pago del servicio:* el importe que debe pagar el pasajero resulta de aplicar una tarifa previamente establecida por el Gobierno de la Ciudad, el cual debe quedar reflejado en el Reloj Taxímetro.
 - 3) *En relación a los vehículos:* Se exigen modelos de no más de 10 años de antigüedad; capacidad mínima de 5 plazas; deben contar con calefacción y aire acondicionado; deben contar con un reloj taxímetro y con todas las normas de seguridad exigidas por la legislación. Asimismo tienen identificación externa —mediante los colores distintivos y la oblea de seguridad que habilite a la prestación del servicio expedida por la Autoridad de Aplicación— e identificación interna, tanto del vehículo como del conductor (nombre y apellido, licencia de conducir, fotografía).
 - 4) *Con respecto a los seguros con que se deben contar:* Deberá poseer seguros de:
 - a) *Responsabilidad Civil:* cubrirá los riesgos de lesiones o muertes de terceras personas transportadas o no transportadas y por daños a bienes de terceros, transportadas o no, hasta una suma establecida por la Autoridad de Aplicación.
 - b) *Accidentes Personales:* Cubrirá los riesgos de lesiones o muerte de los conductores titulares o de aquellos conductores que no tuvieran relación laboral con el titular; hasta una suma establecida por la Autoridad de Aplicación.
 - c) *Accidentes de Trabajo:* Una Aseguradora de Riesgos de Trabajo cubrirá a cada conductor dependiente del titular de la licencia de Taxi o Mandataria administradora.
 - d) *De Vida Obligatorio:* cubrirá a cada conductor dependiente del titular de licencia de taxi o mandataria administradora, hasta una suma establecida por la Autoridad de Aplicación.

En este orden de ideas es evidente que Uber, que siquiera funciona bajo algún tipo de razón social prevista en la Argentina, no califica dentro de estas normas.

Desde otra perspectiva centrada en los conductores, Uber carece de regulación administrativa alguna con respecto a la cuestión relacionada con la idoneidad de los choferes, quienes no cuentan con habilitación de la autoridad de aplicación (la Secretaría de Transporte y Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), ni poseen constancia o certificación alguna de aptitud psicofísica ni simbología alguna que identifique los vehículos utilizados a tal fin poniendo en jaque el sistema de control estadual.

Por lo demás, tampoco está regulado el almacenamiento de datos de clientes ni existiría una lista de conductores que le permita al Estado conocer quiénes se transportan y quiénes los conducen, ni bajo qué condiciones y modalidades.

En rededor al tema de la competencia desleal es indudable que el sistema Uber, en tanto: a) pone en contacto a pasajeros y conductores operando sin licencia; b) carece de seguros específicos que amparen los riesgos creados; c) no está legitimado para expedir facturas ni tickets ni cuenta con CUIT ni habilitaciones específicas —que sí se les exige a los taxistas e incluso a los remises— controvierde la Ley de Defensa de la Competencia Nro. 25.156 que en su Art. 1º expresa que:

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

A continuación la ley afirma que queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.

Asimismo, en lo atinente a las normas societarias, la firma Uber tampoco ha cumplido con las previsiones de los Arts. 118⁹ y concordantes de la Ley Nro.

⁹ Artículo 118, ley 19.550: "Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

- 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.
- 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;
- 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

19.550, ni tampoco tiene domicilio legal inscripto en la Inspección General de Justicia en la República Argentina (Arts. 152, 153 ss. del Código Civil y Comercial), desconociéndose la composición de sus directores, representación legal y alcance de su objeto social.

V. Medidas judiciales para impedir su implementación en el país

Tal como era de esperarse, se inició una causa judicial por parte de los sindicatos de peones de taxi contra la aplicación Uber en forma simultánea con su aparición en el mercado. El 13 de abril de 2016 se hizo lugar a una medida cautelar que presentó el Sindicato de Peones de Taxis tendiente a resistir el desembarco de la aplicación¹⁰.

El sustento de la acción radicó en los términos de la Ley Nro. 2145 y se dirigió contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, específicamente contra el Ministerio de Desarrollo Urbano y Transporte, por su omisión manifiestamente ilegítima y arbitraria de ejercer regularmente su poder de policía y evitar la prestación de un servicio irregular de transporte a través del funcionamiento de la empresa Uber, quien pretende eximirse de las obligaciones previstas en el Código de Tránsito y Transporte.

En este contexto, solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires arbitre las medidas pertinentes para suspender cualquier actividad desarrollada por la empresa Uber en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que implique prestar y/o facilitar y/o convocar a personas a prestar el servicio de transporte de pasajeros sin adecuarse a las previsiones del Código de Tránsito y Transporte vigente.

Asimismo, peticionaron que se dispongan de forma inmediata las medidas necesarias a fin de que se ordene el cese de la publicación de las aplicaciones para celulares móviles ofrecidas por la empresa UBER B.V. o UBER TECHNOLOGIES INC. para nuestro mercado local a través de las distintas plataformas disponibles hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.”

¹⁰ “Sindicato de Peones de Taxi de la Capital Federal y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo”, *Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Expte. C3065-2016.

Señalaron que esta situación provoca una grave lesión en el derecho a trabajar y en la igualdad ante las cargas públicas de todos los trabajadores que integran el sindicato como así también de los propietarios de las licencias de taxi afiliados a las Cámaras Empresarias y coloca arbitraria e ilegítimamente a los conductores asociados a la empresa Uber y a la empresa misma en mejores condiciones que el resto de los trabajadores.

Sostuvieron que la omisión y abstención del GCBA de adoptar medidas concretas tendientes a detener, suspender y prohibir la continuidad de la prestación de la actividad no solo lesiona el ordenamiento jurídico vigente sino que causa una afectación inminente en el derecho a trabajar de todos aquellos que cumplen con las normas locales y se someten a obligaciones y deberes que impone la Ciudad para realizar la actividad, circunstancia que no les permite competir en idénticas condiciones con quienes pretenden desarrollarla sin ninguna exigencia.

Expresaron que Uber no solo no tributaría en la Ciudad sino que tampoco lo haría en la Nación, dado que no está radicada en el país ni posee autorización legal para funcionar y que la clave del servicio que ofrece es que las tarifas resultan más bajas puesto que no realizan aporte previsional alguno, no poseen seguros de transporte ni tiene obligaciones tributarias como sociedad, ni está sujeta a la tarifa prevista por el GCBA aplicable a los taxis.

El Magistrado en cuestión hizo lugar a la medida.

VI. Reflexión Final

Hemos discurrido a lo largo de este breve trabajo en torno a un tema sumamente discutido en la actualidad como es la prestación alternativa del servicio de transporte de pasajeros mediante la aplicación Uber. Estudiamos los posibles beneficios que el sistema puede ofrecer, como así también las objeciones que sus detractores han esgrimido. Analizamos la normativa vigente al respecto y, finalmente, examinamos una decisión judicial que —cauteladamente— impidió la continuación del servicio. Cabe ahora que hagamos un mérito de todo lo expuesto.

Si bien la medida cautelar es provisional y está sujeta a lo que en definitiva se disponga en torno al fondo del asunto, lo cierto es que las posturas son claras y el escenario parece persuadirnos de que más allá de la aparente dificultad que pudiera aparejar la temática, la misma es simple desde las normas actualmente

vigentes —que impiden la actividad y la aplicación en forma categórica— y tal vez más complejo desde la óptica de la modernización de las regulaciones en el sentido de contemplar e incluir experiencia y especificidad en las adecuaciones que quepan introducir en virtud de las modernas tecnologías que se pretenden imponer en el mundo y puntualmente en la República Argentina.

Es incorrecta la pretendida aplicación del precepto contenido en el Art. 1280 del Código Civil y Comercial, puesto que el Art. 1281 del mismo catálogo exceptúa lo dispuesto en leyes especiales, y en el caso dicha norma específica es precisamente la Ley 3622 del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Consideramos que de acuerdo a la normativa vigente en torno al transporte público de pasajeros, no podría Uber seguir operando de forma legal. Ello es así por todas las responsabilidades individuales y colectivas que pudieran emanar de las distintas contingencias que se señalaron oportunamente *ut supra*.

Asimismo, el anonimato que confiere un medio como Internet y el desprecio por las normativas nacionales vigentes, en cuanto a la inscripción societaria y a su respectiva tributación, y la falta de conocimiento del personal que debiera estar inscripto y registrado por un órgano que convalide la aptitud psicofísica de los conductores siendo evaluados estos en un hospital público —en pie de igualdad con el resto de los choferes y/o transportistas y en cumplimiento de las regulaciones vigentes— no hace más que exponer a la sociedad toda a riesgos innecesarios.

Un capítulo aparte poco resaltado merecen los eventuales delitos informáticos que pueden devenir de la falta de control tanto a la empresa como a sus dependientes, especialmente en torno a la intimidad, preservación de los datos, conexión encriptada, no almacenamiento de datos personales y financieros, y la vinculación de estos entre sí, como también y no menos importante el historial con datos sobre la geolocalización del cliente y sus diversos destinos, material sumamente sensible.

Este sistema requeriría en la República Argentina indudables adaptaciones de las regulaciones hoy vigentes para el transporte público de pasajeros, como también el cumplimiento ineludible de exigencias específicas en materia de seguridad, intimidad y consumidor entre otros parámetros puntuales.

En consecuencia, no se trata de impedir la existencia de una aplicación moderna como la de Uber o análogas que podrían tener beneficios incluso para

los consumidores, sino de conjugar y legitimar su existencia de acuerdo a las normas específicas en vigencia, o bien mediante el dictado de nuevas normas que modifiquen, reglamenten, regulen y amparen con absoluta precisión sus tecnicismos sin mengua de nada ni nadie, dejando en evidencia sus ventajas.

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.quieroellegir.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.

Publicación del Departamento de Derecho
de la Universidad Nacional del Sur gestionada
y dirigida por estudiantes de la carrera de Abogacía