

DIRECTOR

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

ANUARIO

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

TOMO 9

2024



INSTITUTO DE LA REGIÓN CUYO
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA



EDITORES
FONDO EDITORIAL

ANUARIO REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

DIRECTOR

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

NÚMERO 9 AÑO 2024



Anuario Revista Jurídica Región Cuyo : Argentina / Eduardo A. Sambrizzi ... [et al.] ; Director Pascual Eduardo Alferillo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2025.

468 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-631-302-084-3

1. Derecho. I. Sambrizzi, Eduardo A. II. Alferillo, Pascual Eduardo, dir. CDD 340.1

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Institución, el Director ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 16 - JUNIO 2024..... | 11 |
| EDITORIAL | |
| Pascual E. Alferillo..... | 13 |
| DOCTRINA | 15 |
| EN TORNO DNU 70/2023 Y LA LEY ÓMNIBUS: EL REDESCUBRIMIENTO DEL CONGRESO Y SUS FACULTADES DE CONTROL | |
| Abg. Germán Marcelo Farina..... | 17 |
| LA OBLIGACIÓN DE DAR DINERO EN EL D.N.U. 2023-70-APN-PTE. Y EN LA DOCTRINA JUDICIAL | |
| Dr. Pascual E. Alferillo..... | 27 |
| BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA | |
| PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL EN LA CIENCIAS PENALES | |
| Ab. Mgter. Pablo Guido Peñasco..... | 41 |
| ¿VIOLENCIA ESTÉTICA? | |
| Dr. Rubén E. Figari..... | 63 |
| EL CONTRATO DE OBRA Y EL DEBER DE SANEAMIENTO | |
| Dr. Pascual E. Alferillo..... | 79 |
| PLANES DE AHORRO PARA ADQUISICIÓN DE AUTOMOTORES | |
| CASOS PLANTEADOS EN LA JUSTICIA DE SAN JUAN | |
| Ab. María Laura Fuentes Recio Dr. Juan Carlos Pandiella Molina.. | 95 |

| | |
|--|-----|
| IDEAS PARA PENSAR LA JUSTICIA SEGÚN RAWLS DESDE LATINOAMÉRICA | |
| Abg. Michel Giraud Billoud..... | 117 |
| CRISIS SOCIO ECONÓMICA DE ARGENTINA | |
| EL APOORTE DE LAS MARC | |
| Abg. Myriam Inés Costilla (invitada)..... | 135 |
| ¿QUIÉNES SOMOS EN REALIDAD “LOS TRIBUNALES”? | |
| Abg. Ricardo Luis Ábalo Ferer..... | 143 |
| REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 17 - NOVIEMBRE 2024..... | 147 |
| EDITORIAL | |
| Dr. Pascual E. Alferillo..... | 149 |
| DOCTRINA..... | 151 |
| LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO | |
| IMPLICANCIAS REGISTRALAS PARA LA PROVINCIA DE MENDOZA | |
| Abg. Especialista Blanca Mangione..... | 153 |
| APLICABILIDAD DE LA TELEMEDICINA EN NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA VIGENTE | |
| Abg. Prof. Francisco Alfredo de Jongh Sarmiento Luinyith Albornoz Fernando Lozada Natalia Meza Siloé Mendoza Nathaniela Montilla Karina Ramírez Robert Varela Angimar Zabaleta Francisco Zapata..... | 173 |
| LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA | |
| UNA COMPARACION SISTEMÁTICA A LUZ DE LO ESTABLECIDO POR LOS DECRETOS 777 DE 1992 Y 092 DE 2017 | |
| Magíster Nicolás Enrique Guzmán Cartagena..... | 207 |

| | |
|--|-----|
| LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR EL DAÑO MORAL DE LOS DAMNIFICADOS INDIRECTOS EN CASO DE MUERTE Y GRAN DISCAPACIDAD | |
| Magister Aldo Gustavo Mantineo..... | 219 |
| LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL | |
| Dr. Pascual E. Alferillo..... | 297 |
| LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CONTRATOS DE PLANES DE AHORRO EN LA PROVINCIA DE SAN LUIS | |
| Abg. César Ismael Bertré..... | 315 |
| EL INSTITUTO DEL DAÑO PUNITIVO EN EL DERECHO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN ARGENTINA Y EN CHINA | |
| Magister Wang Qingzhu (invitada UBA)..... | 331 |
| EXTRANJEROS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL. LEGISLACIÓN ACTUALIZADA Y ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES. NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL Y DE LOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES DE ARGENTINA | |
| Ab. Mgter. Pablo Guido Peñasco..... | 389 |
| ¿ES JUSTA LA DISTRIBUCIÓN DE LA PRESTACIÓN DINERARIA POR MUERTE QUE HACEN LAS COMISIONES MÉDICAS DE LA SRT? | |
| Magister Dante Carlos Granados..... | 407 |
| DISTINTOS ENFOQUES SOBRE EL CONCEPTO DE JUSTICIA Y SU CONTRACARA DISVALIOSA: LA INJUSTICIA | |
| Abg. Ricardo Luis Ábalo Ferrés..... | 427 |
| EL TRATO NACIONAL PREVIO AL ESTABLECIMIENTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHINA BAJO LA LISTA NEGATIVA | |
| Magister Chenyue Huang (invitada UBA)..... | 443 |

STAFF

Director:

Dr. Pascual Alferillo

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Mesa Directiva (2022 - 2025):

Presidente: Dr. Armando S. Andruet (h)

Vicepresidenta: Dra. Marcela Aspell

Secretario: Dr. Juan Manuel Aparicio

Tesorero: Dr. Manuel Cornet

Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

Presidentes Honorarios:

Dr. Juan Carlos Palmero

Dr. Julio I. Altamira Gigena

Secretario Técnico:

Dr. Christian G. Sommer

Mesa Directiva (2016 - 2019):

Presidente: Dr. Julio I. Altamira Gigena

Vicepresidente: Dr. Armando S. Andruet

Secretaria: Dra. Marcela Aspell

Tesorero: Dr. Guillermo Barrera Buteller

Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

Secretario Técnico: Dr. Christian G. Sommer

Presidente Honorario:

Dr. Juan Carlos Palmero

Instituto de la Región Cuyo

Director:

Dr. Pascual E. Alferillo

Vice Director:

Ab. Aldo Guarino Arias

Secretarios:

Dra. Mariel Molina (Mendoza)

Ab. Pablo Peñasco (San Rafael - Mendoza)

Dr. Juan Carlos Pandiella (San Juan)

Ab. Eugenia Bonna (San Luis)

Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis)

Directores anteriores

Dr. Luis Moisset de Espanés (Córdoba) (+)

Dr. Alejandro Pérez Hualde (Mendoza)

Académicos Correspondientes de Cuyo

Dr. Roberto José Dromi (Mendoza) 30/7/82

Dr. Alejandro G. Baro (Mendoza) 28/10/1983

Ab. Aldo Guarino Arias (San Rafael - Mendoza) 6/5/1988

Dr. Héctor Andrés Benézbaz (Mendoza) 27/5/1988

Dr. Aída Kemelmajer de Carlucci (Mendoza) 14/6/1989

Dr. Pascual E. Alferillo (San Juan) 24/6/2003

Dr. Alberto Sánchez (San Juan) 25/11/2003

Dr. Alejandro Pérez Hualde (Mendoza) 12/7/2005

Dr. Jorge Sarmiento García (Mendoza) 31/3/2009

Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis) 26/4/2011

Dr. Oscar Alvaro Cuadro (San Juan) 7/8/2012

Dr. Víctor Bazán (San Juan) 23/9/2014

Dra. María Gabriela Abalos (Mendoza) (27/10/2020)

Académicos correspondientes fallecidos

Pablo Antonio Ramella - San Juan - 16-10-75 (+25-04-1993)

Juan Ramón Guevara - Mendoza - 15-04-83 (+ 21-04-1994)

Joaquín López - Mendoza - 25-06-86 (+ 22-09-2004)

Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80 (+ 30-7-2012)

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 16 - JUNIO 2024

EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo*

Desde la publicación de la edición anterior a la fecha, en nuestra vivencia nacional, parece que han pasado siglos de elaborados pensamientos, con reminiscencia a ideas elaboradas para otro contexto socio económico totalmente distinto, razón por la cual, la cristalización de las mismas en las normas marcaba la ideología imperante en ese tiempo.

Pero la realidad como la única verdad palpable e indiscutible, indica que este no es el siglo XIX de Alberdi, Sarmiento, Urquiza, Rozas, Quirogas, etc., con sus dilemas a resolver en un país incipiente, lleno de espacio vacíos, con escasa población y desorganizado.

Ni el siglo XX, cuyo proceso de industrialización que lo caracteriza, no llegó a consolidar un país con producción propia, sino fueron tibios los intentos de sustituir las importaciones que eran apagados por los mentores de la internacionalización de la economía.

Así, llegamos a este siglo XXI, con todo nuestro bagaje de frustraciones sociales, políticas y económicas, fraccionados en nuestras visiones de futuro que nos marcan un mundo informatizado, robotizado y con el desarrollo de procesos de inteligencia artificial que dan respuesta a todas las preguntas.

Cada visión es totalmente antagonica a la otra, defiende intereses totalmente contrapuestos, sin dejar la posibilidad de no ser o blanco o negro, sino que la diferencia sea de matices entre los grises.

Esta dualidad en permanente enfrentamiento cala, muy hondo en la racionalidad y sentimientos de los hombres del derecho, porque no observan un camino intermedio, equidistante, sino que deben observar y comentar cambios

*Académico correspondiente. Director - Instituto Región Cuyo. Academia Nacional de Derecho y C. S. de Córdoba

normativos abruptos que se consolidan conforme el humor político de la sociedad.

Ante este diagnóstico el desafío de quienes tienen la tarea de conducción en sus distintos niveles es definir cuál es nuestro objetivo prioritario, nuestro interés común como país y, a partir de ello, comenzar a trazar políticas racionales que tiendan a lograr ese objetivo. Porque como señalaba Denis de Rougemont, el porvenir es nuestra responsabilidad. Y, por ende, debemos asumirla.

Es nuestra esperanza...

DOCTRINA

EN TORNO DNU 70/2023 Y LA LEY ÓMNIBUS: EL REDESCUBRIMIENTO DEL CONGRESO Y SUS FACULTADES DE CONTROL

Abg. Germán Marcelo Farina

I. Introducción

Desde la asunción del actual presidente Javier Milei, quien se presentó ante la sociedad como un “outsider” dispuesto a poner en discusión las formas tradicionales de la política, con una fuerte crítica hacia lo que podríamos denominar los “políticos de carrera”, en la Argentina se han instalado discusiones respecto al rol que deben cumplir diferentes áreas del estado, entre las cuales se encuentra el Congreso de la Nación.

Esto responde a que el gobierno que inició su gestión el 10 de diciembre de 2023 busca llevar adelante una serie de modificaciones en una cantidad de temas que resultan sorprendentes, tanto por la extensión como por la profundidad de las reformas.

Ahora bien, las herramientas elegidas para llevar adelante este plan fueron en primer lugar el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 y, seguidamente, el envío al Congreso de un extenso proyecto de ley, que por la variedad de puntos que trata ingresa en la cuestionada categoría de las llamadas “leyes ómnibus”¹.

Sin tener la intención de analizar o valorar las reformas propuestas, este cuadro de situación lo que ha despertado es una serie de interrogantes sobre el éxito que pueden llegar a tener en el Poder Legislativo tanto el decreto como el proyecto de ley, al tener el partido gobernante una baja representación dentro de las cámaras legislativas.

¹ Sobre la utilización de este tipo de leyes, ver GARAY, Alberto F., “Transparencia y técnica legislativa”, en Boletín Diario, Rubinzal-Culzoni, agosto 2022

Como consecuencia de esto, es que por fortuna tanto políticos como periodistas se han empezado a ocupar del rol que debe cumplir el Congreso Nacional para controlar la actividad del Poder Ejecutivo, algo que los que nos dedicamos al estudio del Derecho Constitucional celebramos, por lo que resulta oportuno recordar la importancia del control legislativo y las fallas con las que se ha ejercido en diversas ocasiones.

II. La separación de poderes en la constitución nacional

La forma de gobierno republicana adoptada por la Argentina en su Constitución Nacional, debe ser entendida como una forma de gobierno caracterizada por la elección popular de los gobernantes, la periodicidad de sus mandatos, la responsabilidad de los mandatarios y la publicidad de los actos de gobierno, a los que debemos agregar la separación de poderes.

Esta separación de poderes supone la existencia de un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo y un Poder Judicial que deben funcionar de manera independiente entre sí, es decir, sin que uno pueda influir o condicionar el desenvolvimiento del otro.

Pero esta independencia no significa un aislamiento total, ya que el texto constitucional ha previsto una serie de mecanismos de control recíprocos entre los diferentes poderes, con el fin de evitar que se produzcan abusos o violaciones a las normas por parte de los funcionarios.

En este sentido, y tomando solamente lo relativo al Poder Legislativo tenemos como formas de control:

a) sobre el Poder Ejecutivo: el juicio político, los pedidos de informe y las interpelaciones, entre otros.

b) sobre el Poder Judicial: el juicio político a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

d) sobre toda la Administración: los informes de la AGN.

Como se ve, surge con claridad que lo que busca el texto constitucional es evitar el ejercicio irresponsable por parte de uno solo de los poderes de las atribuciones dadas, ya que en todo momento debe o por lo menos, debería estar, sometido al permanente control por parte de los otros dos poderes.

A la luz de lo que está ocurriendo en la realidad, resulta fundamental que las funciones de control por parte del Poder Legislativo sean ejercidas correctamente, tanto en lo relativo a la tarea que debe desempeñar ante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, como en la sanción de un proyecto de ley.

Se menciona lo anterior teniendo en cuenta como a lo largo de los años parece que las mismas han ido perdiendo fuerza o, para ser más claro, los legisladores han ido perdiendo interés en ejercerlas, aunque ahora parecería que ahora muchos legisladores súbitamente descubrieron sus obligaciones como integrantes del Congreso, lo cual, repetimos, se debe aplaudir.

III. El rol del congreso dentro del diseño constitucional

Como consecuencia del sistema adoptado se contempló y organizó, normativamente, a un Poder Ejecutivo unipersonal, con ministros que sólo lo asisten y dependen de él, pero sin formar parte de tan protagónica y decisiva figura institucional.

Esto hace que deban existir mecanismos de control sobre las acciones del Presidente, ya que en la mayoría de los casos, se ven de manera constante los avances de éste sobre las facultades del Congreso, aunque también existen casos en el sentido contrario².

a) los pedidos de informes y las interpellaciones:

Respecto a los pedidos de informes a los ministros en los que se deben detallar y contestar todos los interrogantes que sobre un área podría consultar el Congreso, si bien como señala Quiroga Lavié no está previsto de manera expresa en la Constitución, podemos considerar que ahora se encuentra contenido en el artículo 100, alestablecer que el Jefe de Gabinete debe “*producir los informes y explicaciones verbales o escritos*” que se soliciten sobre el Poder Ejecutivo.

Así, es lógico que ese informe sea realizado por el titular del área respectiva, al ser el funcionario que la conoce en detalle, siendo enviado al Jefe de Gabinete de Ministros para luego ser enviado al Congreso.

En cambio, las llamadas interpellaciones ministeriales se encuentran previstas en el artículo 71 en estos términos: “*Cada una de las Cámaras puede hacer venir*

² RAMÍREZ CALVO, Ricardo “La alegada estabilidad de ciertos funcionarios políticos” en La Ley, 2016-A

a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes.”

Como surge de su lectura, el fin de la interpelación es que los miembros del Congreso escuchen las razones o motivos de los ministros para tomar determinadas decisiones, no para lograr o mantener la confianza del Poder Legislativo sobre el funcionario, ya que no estamos en un sistema parlamentario³.

Si las explicaciones no son satisfactorias, los legisladores podrían llegar a considerar que el ministro en cuestión no está desempeñando de manera correcta su función, dando lugar a otro de los mecanismos de control previstos como es el juicio político, algo que no ha ocurrido con los ministros ni con el Jefe de Gabinete.

Es dable señalar un debate que se ha dado en doctrina respecto al alcance que pueden llegar a tener las llamadas interpelaciones, ya que hay algunos que sostienen que las cámaras solamente pueden hacer ir a los ministros en aquellos asuntos que se vinculen directamente con las facultades de la cámara convocante, criterio que incluso tuvo recepción constitucional en la reforma de 1949, la cual disponía en el artículo 64 que *“cada una de las Cámaras puede solicitar al PE los informes que estime conveniente respecto a las cuestiones de competencia de dichas cámaras(...)”*, lo cual, siguiendo en el punto lo dicho por Zarza Mensaque⁴, resulta equivocado, ya que la facultad de interrogar debe ser amplia, pudiendo así ejercer correctamente el Congreso el control.

Igualmente, tal como lo sostiene Pablo Manili, este artículo debe ser diferenciado de lo previsto en los artículos 104 y 106, indicando la corte: que el 106 se encuentra directa y complementariamente relacionado con el 71, pues ambos se refieren a la presencia de un ministro en el recinto del Congreso, la diferencia estriba en que el primer supuesto informa bajo requerimiento, mientras que en el segundo es la facultad discrecional de concurrir a las sesiones y tomar parte en sus debates⁵.

³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, “Derecho Constitucional Argentino”, t. II, 2º ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009

⁴ ZARZA MENSAQUE, Alberto R., “El Congreso en la Argentina Finisecular”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1986, p. 373

⁵ MANILI, Pablo Luis, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales de derechos humanos”, 1º ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, t. II p. 14.

b) el juicio político:

El juicio político en Argentina es un mecanismo de control ejercido por el Congreso Nacional, cuyo fin es la destitución de un funcionario, que puede tener lugar por: el mal desempeño, la comisión de delitos en el ejercicio de las funciones y los crímenes comunes, estando a cargo del Poder Legislativo su desarrollo, correspondiendo a la Cámara de Diputados acusar y a la Cámara de Senadores juzgar al funcionario acusado.

En la Argentina, los funcionarios que pueden ser destituidos mediante este mecanismo de remoción son el Presidente, el Vicepresidente, el Jefe de Gabinete, ministros y los jueces de la Corte Suprema, a los que debemos agregar al Procurador General de la Nación y al Defensor General de la Nación de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27.148, aunque en el caso de éstos últimos, se ha cuestionado que por vía legislativa se hayan incorporado como pasibles del mecanismo mencionado, siendo que la Constitución Nacional en su artículo 53 no los menciona, existiendo inclusive un fallo que declaró la inconstitucionalidad de esta ampliación⁶.

Pese a la cantidad de funcionarios alcanzados por el juicio político, el mismo solamente ha sido utilizado para desplazar a miembros del Máximo Tribunal en 1946 y 2003, lo que demuestra que es un procedimiento poco habitual y que en contadas ocasiones ha logrado prosperar, ya que generalmente no se han alcanzado las mayorías requeridas tanto para la acusación en Diputados o bien para lograr la destitución en Senadores, a lo que se debe agregar que han existido casos en los que los magistrados optaron por renunciar a sus cargos (tal como fueron los supuestos de Julio Nazareno, Guillermo López y Adolfo Vázquez en el año 2003).

Además, vale destacar que la experiencia argentina ha demostrado que se ha utilizado como una forma de presionar a los ministros de la Corte Suprema, buscando de esta manera condicionar su trabajo y no como un verdadero mecanismo de control⁷, tal como fue pensado por el constituyente.

c) el Jefe de Gabinete y el Congreso

Más allá del acierto o no de su incorporación, la reforma de 1994 trajo esta figura con la intención de atenuar el presidencialismo, algo que claramente no ocurrió, tal como lo he sostenido anteriormente⁸.

⁶ Fallo "Será Justicia y otro c/EN y Otro s/Proceso de Conocimiento" dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 9, 19/10/2017

⁷ Ver GARCIA MANSILLA, Manuel José "El abuso del juicio político" en Diario La Nación, 03/01/2023

⁸ FARINA, Germán Marcelo, "El Jefe de Gabinete, la Reforma de 1994 y la realidad argentina" en Infobae 18/02/2023

Sin perjuicio de ello, en el diseño pensado por el constituyente en la última reforma, este funcionario debe servir de nexo entre el Ejecutivo y el Legislativo, ya que tiene la obligación de concurrir de manera alternada a cada una de las cámaras una vez por mes para presentar una memoria detallada sobre el estado del país, debiendo contestar las preguntas que le realizan los miembros de la cámara a la que le toca ir.

Su negativa a concurrir, si fuera reiterada, se traduciría en un incumplimiento de una obligación constitucional por parte de un funcionario, por lo que se podrían llegar a activar los mecanismos de remoción previstos para el Jefe de Gabinete, sea la moción de censura o el juicio político, lo que demuestra la diferencia que existe entre este mecanismo de control y las mal llamadas interpellaciones.

IV. Las fallas en el ejercicio de las facultades de control

Pese a lo dispuesto en el texto de la Constitución Nacional, la realidad muestra que muchos de los legisladores que no han tenido interés en controlar al resto de los poderes o, lo que es peor, se ha ejercido como mecanismo de presión para condicionar a los funcionarios.

a) pedido de informes e interpellaciones: la negativa que han tenido a veces ministros de diversos gobiernos a presentarse a las cámaras para ser interpellados o bien a remitir los informes exigidos, podría encuadrar en una mal desempeño, ya que están incumpliendo con una orden dada por uno de los poderes del Estado.

b) juicio político: la historia demuestra que ha sido utilizado con el único fin de atacar la independencia del Poder Judicial, ya que los únicos funcionarios que han sido destituidos por juicio político han sido jueces, tanto inferiores antes de la instauración del Jury de Enjuiciamiento en 1994, como ministros de la CSJN.

El desarrollo del país cuenta con un gran número de funcionarios que no actuaron de manera correcta y que, pudiendo ser removidos por juicio político, el mismo nunca se realizó, lo que sumó un granito más de arena a la desconfianza o descreimiento en las instituciones.

Para ilustrar esto, veamos el patético pedido de juicio político llevado adelante en el año 2023 en contra de integrantes de la Corte Suprema.

c) **el jefe de Gabinete:** pese a que el artículo 101 establece claramente una obligación a este funcionario, ha sido práctica habitual la inasistencia de diferentes Jefes de Gabinete a las cámaras, pero sin que esto se haya traducido en una moción de censura o un pedido de juicio político por mal desempeño.

d) **los DNU:** siendo quizás uno de los temas fundamentales y más criticados a la reforma de 1994 el Congreso tardó 12 años en sancionar la ley que debe reglamentar este instrumento previsto en el artículo 99 inc. 3.

Así, la falta de control por parte del Poder Legislativo respecto a lo que hace el Poder Ejecutivo, sin lugar a dudas queda demostrado en esta materia, en la que surge el total desinterés de ejercer una de las funciones constitucionales, todo esto a partir de la demora para sancionar la ley reglamentaria.

Esto además se ve agravado por el hecho de que la Ley N° 26.122, en vez de establecer mecanismos fuertes de contralor frente al ejercicio de una herramienta de naturaleza legislativa por parte del Ejecutivo, abrió la puerta para un abuso aún mayor al que se buscó limitar en la reforma de 1994.

Sobre ello, tal como lo sostiene Alejandro Pérez Hualde⁹, al momento de sancionar la mencionada ley, el Poder Legislativo cometió una serie de omisiones tales como: no se estableció una sanción al incumplimiento al plazo de los 10 días para el envío a la Comisión Bicameral Permanente del DNU ni se estableció la obligatoriedad del dictamen que debe elaborar la mencionada comisión.

Por otro lado, para el rechazo del DNU es necesario el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de ambas cámaras (art. 23), lo cual también resulta un error.

Es un error ya que se necesita el rechazo de ambas cámaras del Congreso para dejar sin efecto un DNU, lo que significa que con lograr bloquear a través de los mecanismos previstos en el derecho del congreso a una de las cámaras, el decreto continuará vigente.

La exigencia de que ambas cámaras deban rechazar de manera expresa el decreto de necesidad y urgencia, algo que se incluyó en la ley que el propio Congreso de la Nación sancionó para reglamentar al artículo 99 inc. 3 es a todas luces una decisión por parte del legislador de flexibilizar su rol de control.

En este punto, que el Congreso ejerza como debe su rol es fundamental frente al dictado del mencionado DNU N° 70/2023, ya que por la extensión del mismo,

⁹ PEREZ HUALDE, Alejandro, "El Dnu y su impacto en el régimen político", material elaborado para la cátedra de Derecho Administrativo II que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

no se puede pretender dejar correr al mismo, sin que el Poder Legislativo cumpla con el mandato constitucional.

V. Conclusión

Luego de este repaso, entiendo que el Congreso de la Nación, pese al mandato constitucional en materia de control de los otros de los poderes, en muchas ocasiones parecería no tener ningún tipo de interés en cumplir con ese rol, sea como consecuencia de las mayorías circunstanciales en cada una de las cámaras, como también por una decisión expresa como ha sido la sanción de una ley con las fallas como las mencionadas sobre la Ley N° 26.122. Además, lo cual es más grave aún, se han utilizado con el único propósito de condicionar o atacar a los integrantes de otro poder, concretamente, a los integrantes del Poder Judicial.

En una república, resulta fundamental el control que el Poder Legislativo debe ejercer, por lo que hay que exigirles a los legisladores que demuestren interés en el cumplimiento del rol que la sociedad les ha dado al momento de elegirlos, dentro de la separación de poderes establecida constitucionalmente, cuestión que reviste importancia para proteger la libertad de los individuos y que se ve, por ejemplo en los artículos 29 y 109¹⁰.

Por todo ello y ante la asunción de un nuevo gobierno, el rol del Congreso como ámbito de discusión y consenso, se ve revitalizado frente a una sociedad con un descreimiento cada vez mayor de las instituciones, por lo que los legisladores tienen frente a ellos el desafío de demostrar que pueden estar a la altura.

Este llamado, como se dijo al inicio del presente trabajo, se puede ver impulsado tanto por el foco puesto en los medios de comunicación como por la posición adoptada por algunos legisladores nacionales, aunque hay que reconocer que esto debería ser lo normal y no algo circunstancial.

En todo momento debemos exigir que el Congreso de la Nación ejerza su rol como poder de control respecto a la actuación del Poder Ejecutivo, para evitar el avance del Presidente sobre facultades que le son propias al órgano en que están representadas tanto las mayorías como las minorías políticas, demostrando ser por tanto la mayor expresión de la democracia.

¹⁰ BIANCHI, Alberto B., "La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado", *Cat-hedra Jurídica*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, , 2019, p. 302.

Por ello, es de esperar que se haya inaugurado una nueva etapa en la Argentina, en la que se revitalice la consideración social del Congreso y que ello haga crecer la confianza en los miembros de él.

Sólo la confianza en el sistema democrático y en las instituciones creadas por la Constitución Nacional nos hará crecer como país, por lo que el escrutinio social sobre los integrantes del Poder Legislativo debe ser constante tanto por parte de la sociedad en su conjunto, como por los medios de comunicación.

Ojalá que estas palabras no sean una mera expresión de deseo.

LA OBLIGACIÓN DE DAR DINERO EN EL D.N.U. 2023-70-APN-PTE. Y EN LA DOCTRINA JUDICIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La asunción de nuevas autoridades en este final del año 2023, generó la producción de diversos acontecimientos políticos-jurídicos que confluyen a la mesa del investigador, como es el dictado de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ en forma coetánea con el Decreto 70/2023, DNU-2023-70-APN-PTE de fecha 20 de diciembre del presente año.

En el organismo jurisdiccional, se estimó inadmisibile la queja interpuesta en función del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación², razón por la cual, el interés se desplaza al contenido de la sentencia dictada por la Cámara Nacional Civil, Sala C, el 27 de junio de 2022³, donde se debatía el modo de cancelar el precio de una hipoteca pactada en dólares.

Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el D.N.U. denominado “Bases para la reconstrucción de la Economía Argentina”, en el cual, se reformaron los artículos 765, 766, 958, 960, entre otros del Código Civil y Comercial Ley N° 26.994 que tienen una particular relevancia para el tema que será objeto de tratamiento.

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: CIV 83937/2017/2/RH2, “Recurso de hecho deducido por el codemandado Carlos Enrique Long en la causa Saud, Luis Ariel y otro c/ Argenwolf S.A. y otro s/ ejecución hipotecaria”, 14 diciembre 2023.

² El magistrado Ricardo Luis Lorenzetti, aclaró que “...cabe poner de relieve -a fin de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de la Corte Suprema- que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación de dicha norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida...” (conf. causa “Vidal”, Fallos: 344:3156, suscripta por los jueces Rosatti, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti).

³ Cámara Nacional Civil, Sala C, 83937/2017 “Saud, Luis Ariel y Otro c/ Argenwolf SA y Otro s/ Ejecución Hipotecaria”, 27 de junio de 2022.

La problemática planteada, en este momento, es trascendente frente a la inflación que supera los niveles estructurales o de razonabilidad, a partir de lo cual, el desafío se centra en el modo de frenar su escalada alcista. En este sentido, históricamente, se coincide en la imperiosa necesidad de bajar el déficit público y la emisión monetaria⁴, como en las medidas de política económica esenciales para lograr el propósito procurado.

Esta tarea es responsabilidad de quienes conducen el país, cuyas decisiones se plasman en normas jurídicas, las cuales deben ser meritadas por los analistas de las Ciencias Jurídicas, a los fines de considerar el alcance de las mismas, en este caso, para el ámbito de las obligaciones, en general y de los contratos, en particular.

Este desafío se llevará a cabo examinando, inicialmente, el contenido del fallo para determinar si fue correcto –desde nuestra óptica, por cierto- el encuadre dogmático-jurídico dado a la litis, para luego pasar a observar las modificaciones que introducidas por el Decreto 70/2023, DNU-2023-70-APN-PTE y, de este modo elaborar algunas conclusiones.

II. Análisis del fallo “Saud, Luis Ariel y otro...”

2.1. Contenido del pronunciamiento

El primer punto a tener en cuenta es la fecha de celebración del contrato, acaecido en fecha 02 de octubre de 2014. El mismo, conforme informa la sentencia, fue refinanciado en fecha 08 de noviembre de 2016, aseverándose que se mantuvo, en todos sus términos, las condiciones establecidas en el pacto original.

En el pacto original, recuerda la sentencia que, “en la cláusula tercera, se estableció que todos los importes serian abonados en dólares billetes estadounidenses, por ser la moneda pactada, siendo condición esencial de la operación. Las partes declararon haber examinado detallada y cuidadosamente la situación de los mercados involucrados, especialmente el inmobiliario y el financiero, y manifestaron

⁴ Ver Alferillo, Pascual E., Obligaciones de dar dinero. Inflación, ediciones La Rocca S.R.L., CABA, noviembre 2023, p. 86 y sig. (El Austral. Decreto 1096/1985), p. 117 y sig. (Pesos convertibles a dólar. Ley 23.928) y p. 130 (Desindexación. Ley 24.283). En esta etapa, el gobierno dictó paralelamente, la Ley 23.696 – Reforma del Estado – Emergencia Administrativa, B.O. 23 agosto 1989 N° 26702 y el Decreto D.N.U. PEN N° 2284/1991. Desregulación Económica. Reforma Fiscal. B.O. 1 noviembre 1991.

haber tenido en cuenta la posibilidad de fluctuaciones o modificaciones en dichos mercados, renunciando a la acción o teoría de la imprevisión, cualquiera fuere la evolución de la relación de cambio en la moneda argentina ante el dólar americano. Que para el caso que se prohibiere o restringiere la utilización de dicha moneda o el acceso al mercado de cambios, el comprador, a opción de los vendedores, debía abonar las sumas adeudadas en dólares billetes mediante transferencia bancaria o, bien también, a opción de los vendedores, mediante la compra con pesos de Bono Global o de cualquier otro título en dólares y la transferencia y venta de dichos instrumentos fuera de la República Argentina por Dólares Estadounidenses en una cantidad tal que, liquidados en un mercado del exterior y una vez deducidos los impuestos, costos, comisiones y gastos correspondientes, su producido en Dólares Estadounidenses sea igual a la cantidad de dicha moneda adeudada bajo el presente, o en el caso que existiera cualquier restricción o prohibición de lo establecido, procederían a la entrega a los vendedores de pesos en una cantidad tal que en la fecha de pago de que se trate, dichos pesos sean suficientes, una vez deducidos los impuestos, costos, comisiones y gastos que correspondan, para adquirir la totalidad de los Dólares Estadounidenses adeudados, según el tipo de cambio informado por Citibank N.A. Nueva York, Estados Unidos de América que desee efectuar adquisiciones de Dólares Estadounidenses con Pesos en la Ciudad de Nueva York o bien, mediante cualquier otro procedimiento existente en la República Argentina o en el Exterior, para la adquisición de dólares Estadounidenses”.

Esta larga cláusula permitió al Tribunal entender que “es apropiado señalar que, en materia contractual, su efecto vinculante determina que su contenido solo pueda ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé (cfr. Art. 959 del CCyCN.), de modo que los jueces no tienen facultades para modificar sus estipulaciones, excepto que sea a pedido de una de ellas cuando lo autoriza la ley o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (cfr. Art. 960 del CCyCN.).

Deben interpretarse y ejecutarse de buena fe, no solo según lo que se encuentre formalmente expresado en el contrato, sino también respecto de todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (cfr. Arts. 9, 729, 961 y 1061 del CCyCN.), sin perjuicio de las demás directivas particulares establecidas a partir del Art. 1061 del mismo ordenamiento sustantivo y las pautas previstas en el Título Preliminar en lo pertinente.

Por eso, las normas legales que rigen en estos asuntos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (cfr. Art. 962 del CCyCN.), y, si concurren disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, prevalece el orden que sigue: 1) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; 2) normas particulares del contrato; 3) normas supletorias de la ley especial; y 4) normas supletorias del código (cfr. Art. 963 del CCyCN.)”.

Como se colige, la sentencia aplicó, al caso, el contenido del Código Civil y Comercial. Verbigracia, los arts. 959, 960, 9, 729, 961, 962, 963 y 1061 del CCyCN.

A partir de este encuadre, el pronunciamiento ponderó “la esencialidad de la moneda extranjera para la cancelación de la obligación contraída conlleva entender, de manera indubitable, que la prestación debe ser mantenida en la especie pactada”, dado que el art. 765 del Cód. Civ. y Com., no es de orden público y, por consiguiente, debe reputarse disponible por la voluntad de las partes.

Por eso, las normas legales que rigen en estos asuntos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (cfr. Art. 962 del CCyCN.), y, si concurren disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, prevalece el orden que sigue: 1) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; 2) normas particulares del contrato; 3) normas supletorias de la ley especial; y 4) normas supletorias del código (cfr. Art. 963 del CCyCN.)”.

En otros términos, “el acuerdo celebrado por los litigantes, entonces, debe reputarse que la facultad que el ordenamiento legal confiere a los deudores de una obligación de dar moneda que no sea de curso legal ha quedado excluida del ámbito de las atribuciones de la parte deudora, por derivación, en función del principio de identidad del pago”.

Finalmente, destacar por ser hechos relevantes que se juzgó que: “establecido lo anterior, se aprecia que la instauración en el régimen cambiario con las particularidades establecidas por la autoridad de contralor en la Comunicación “A” 6869 con vigencia desde el 17 de enero de 2020, según la disposición del apartado 3.6 “Pagos de títulos de deuda con registro público en el país denominados en moneda extranjera y obligaciones en moneda extranjera entre residentes”, luego de disponerse la prohibición de acceso al mercado de cambios para el pago de deudas y otras obligaciones en moneda extranjera entre residentes concertadas a partir del 1° de septiembre de 2019, se establecieron diversas excepciones, entre

las cuales adquiriera relevancia la prevista en el pto. 3.6.2, donde se excluye de la prohibición a las obligaciones en moneda extranjera entre residentes instrumentadas mediante registros o escrituras públicos anterior al 30 de agosto de 2019.

En otros precedentes de esta sala, con referencia al régimen de la Comunicación “A” 6815 emitida por el BCRA, el Tribunal entendió que no podía desconocerse las indiscutibles limitaciones impuestas para limitar el acceso al mercado de cambios en condiciones de absoluta libertad, que luego, incluso, se profundizaron.

A pesar de esto, la adquisición de bonos soberanos en dólares, que cotizan en pesos y en dólares, no resultaba alcanzada por las restricciones cambiarias impuestas por la citada norma del BCRA”.

En función de las razones expuestas, finalmente se confirma la decisión apelada, que manda a practicar nueva liquidación con aplicación para el cálculo de la deuda, la cotización del dólar MEP.

2.2. *Algunas observaciones*

En fecha 02 de octubre de 2014, se celebró el contrato, cuando estaba vigente el Código Civil, ello viene a colación por la regulación de la transición de un régimen legal a otro, dada por el histórico art. 3 que reglamentaba en la parte *in fine* que “a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. Y, su continuador, el art. 7 del Cód. Civ. y Com., que mantiene el criterio agregándole que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

La dogmática de la transición, viene a colación, porque es claro el concepto que el contrato celebrado entre las partes, se integra con las normas supletorias contenidas en el código sustancial que se encuentre vigente. Por ello, si se aplican las nuevas normas supletorias dictadas a un convenio celebrado con el régimen derogado, se está haciendo una aplicación retroactiva de las mismas.

Al respecto se señalaba que el artículo “en la parte final impone que no son aplicables las nuevas leyes supletorias a los contratos en curso de ejecución. La explicación a esta determinación normativa se encuentra en que cuando se celebra un contrato, casi con seguridad, las partes no se prevén todas las soluciones posibles a los efectos o consecuencias emergentes del mismo y que se puedan ve-

rificar en el trámite de su ejecución, razón por la cual, las normas supletorias vigentes en ese momento, implícitamente, pasan a formar parte del contrato. A partir de allí, si las nuevas normas supletoria se aplican con relación a las leyes supletorias que rigen en el contrato celebrado durante la vigencia de la antigua ley, se estaría modificando el negocio jurídico original, razón por la cual su aplicación debe ser considerada retroactiva”⁵.

Por su parte, Moisset de Espanés, discriminaba, si una ley imperativa sustituye a otra imperativa se aplicará de inmediato a los contratos en curso de ejecución, sin que ello signifique retroactividad. Del mismo modo, si una ley imperativa sustituye a una ley supletoria se aplicará de inmediato, aunque entrañe una cierta retroactividad a las consecuencias posteriores del contrato en curso de ejecución por cuanto el orden público prevalece sobre el interés de las partes.⁶

Al momento de la celebración del contrato objeto del pleito, estaba vigente el Código Civil y la Ley 25.561, razón por la cual todas las normas supletorias sustantivas que regían en ese momento pasaron a formar parte del contenido obligatorio del pacto.

En función de ello, el modo de cancelarse el precio era el establecido, en primer lugar, en el contrato y por las normas supletoria del Código Civil, por ello, resulta llamativa la preocupación del fallo por analizar normas que no eran técnicamente aplicables porque el mismo tribunal expuso que no era de orden público que las hubiera transformado en apta para dirimir la *litis*.

La pretensión del deudor recurrente, de imponer el régimen de las normas contenida por los arts. 765 y 766 del Código Civil y Comercial, era, *ab initio*, inadmisibles. Desestimable *in limite* dado que era aplicable el Código Civil.

La solución inclusive era más simple, porque el art. 617 del Código Civil en-

⁵ Alferillo, Pascual E. Introducción al Derecho Civil, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales – Secretaría Académica, San Juan, Argentina, mayo 2000, p. 175.

⁶ Moisset de Espanés, Luis, La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil (Derecho transitorio), Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1976, p. 34. En función de ello observaba como innecesario el agregado realizado al art. 7 CCyC. Ver: Duvergier, “De léffect retroactive des lois”, disertación publicada en la Revue de Droit Français et Etranger, tomo II, pág. 1, edición de Joubert Librairie de la Cour de Casation. París, 1845, p. 1, citado por Areco, Juan Segundo Irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos – Tesis doctoral – (Editorial Guillermo Kraft Ltda. – Buenos Aires – 1948), p. 44; Tobías, José W., comentario art. 7 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 3ª edición actualizada y aumentada, Tomo I, Jorge Horacio Alterini (Director) – Ignacio E. Alterini (Coordinador), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 57 y sig.; Varizat, Andrés, comentario art. 7 en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, Garrido, L., Borda A., Alferillo, P.E. (Directores) Krieger W.F. (Coordinador), Tomo 1., Astrea Buenos Aires-Bogotá 2015, p. 8/9, entre otros.

tendía que la obligación de dar moneda que no sea de curso legal era una obligación de dar sumas de dinero. En cambio, el ya reformado art. 765 del Código Civil y Comercial trataba a la moneda sin curso legal en la República como una obligación de dar cantidades de cosas, es decir era una cosa, un bien material (art. 16 C.C.yC.), pero no dinero.

De igual modo, si se hubieren planteado otras defensas, debían ponderadas con la normativa supletoria, la doctrina autoral y jurisprudencia vigente a ese momento.

Otro detalle que el tribunal colegiado no tiene presente que la Ley 25.561 se encontraba vigente y mantenía la expresa prohibición que limitaba la autonomía de la voluntad contractual prevista en el art. 1197 Cód. Civil, cuando prohibía emplear métodos o mecanismos indexatorios expuestos o tácitos.

Esta ley, que no ha sido derogada por el D.N.U. 2023-70, es de orden público conforme lo estatuye su art. 19, con lo cual, el tribunal tenía la obligación de aplicarla de oficio.

Sin duda, el contenido del fallo deja muchos espacios grises para el debate relacionado con la normativa aplicable para dirimir el planteo litigioso que se potencia por el contexto social, económico y jurídico, de una comunidad que se caracteriza por una exacerbada dinámica de cambio ante los procesos inflacionarios recurrentes que padece.

La importancia de resaltar el examen de las normas transitorias aplicable a cada contrato, se actualiza porque a la fecha ya se inició una nueva etapa normativa que será objeto de análisis en los párrafos siguientes.

III. Alcance de las modificaciones de los arts. 765 y 766 del Código Civil y Comercial por el DNU-2023-70-APN-PTE

El art. 250 del DNU sustituye el contenido del art. 765 del Cód. Civ. y Com., reglamentando: “Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes”.

La primera apreciación surge de entender que cuando el deudor debe cierta cantidad de moneda está frente a una obligación de dar dinero. Ello trae a colación la existencia de apreciaciones diferenciales entre los términos “dinero” y “moneda” que a la fecha se ha dado por superado, razón por la cual se emplean ambos términos como sinónimos.⁷

Ello, implica que se abandonó la conceptualización como cantidad de cosas de las monedas sin curso legal en la República, retornando al régimen de la Ley 23.928.

La norma, mantiene la clasificación del dinero entre el que tiene curso legal en la República de aquel que no lo tiene. La necesaria interrogación para responder el alcance de las monedas sin curso legal, es conocer si las mismas deben tener curso legal en su país de origen o pueden ser monedas sin un Estado que la respalde.

La lógica y racional respuesta debe ser que la moneda sin curso legal a emplearse en la República debe tener amparo legal de un Estado o una comunidad de Estados.

En este punto, se debe precisar que la redacción original del Código Civil y Comercial, como el DNU 2023-70, hacen referencia a un **pluri-monetarismo** y no a un **bi-monetarismo**, dado que permite el empleo de cualquier moneda sin curso legal en el país con la sola limitación del art. 772 que sean “usada habitualmente en el tráfico”. No se limita a una sola moneda, como sería imponer únicamente al dólar como se reglamentó en la Ley 23.928 de convertibilidad en paridad con el peso.

Pero, la observación más crítica a la reforma, por su visión sesgada, esta que la conceptualización de dinero regulada, ha sido prevista exclusivamente para los contratos cuando en el segundo párrafo, limita la liberación del deudor con el pago a las cantidades de monedas pactadas.

Es dable recordar que las normas contenidas en el art 765 y 766, están inserta en el espacio reservado para el Derecho de las Obligaciones, cuya aplicación es para todas las relaciones jurídicas económicas, no exclusivamente para los contratos. Al solo efecto ilustrativo destacar, verbigracia, el art. 772 que no está limitado a la cuantificación del daño legal o extracontractual sino a cualquier deuda de valor.

La línea ideológica de la reforma es tan clara de potenciar a su máxima expresión la libertad contractual (*pacta sunt servanta*) que se ocupó, en la parte *in*

⁷ Ver Alferillo, Pascual E., Obligaciones de dar dinero. Inflación, ediciones La Rocca S.R.L., CABA, noviembre 2023, p. 23; Gurfinkel de Wendy, Lilian N., Depreciación monetaria. Revaluación de deudas dinerarias, prólogo de Trigo Represas, Félix A., Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 9, entre otros autores.

fine del artículo 765, de establecer que los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.

Ello es reiterado por el art. 252 del DNU 2023-70, cuando sustituye el contenido del art. 958 al reglamentar la libertad de contratación precisando que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva”.

En concreto, elimino del texto anterior el límite impuesto por “la moral y las buenas costumbres”, reiterando conceptos como que un contrato no puede ser contrario a la ley o ilícito o que ser contrario al orden público. De igual modo, reitera la supletoriedad de la norma contractual ya regulado en el art. 7 Cód. Civ. y Com., con excepción que sea imperativa.

En apariencia deja abierta el D.N.U. 2023-70, la posibilidad de suscribir un contrato inmoral y contrario a las buenas costumbres. Sin embargo, se debe recordar que el art. Primero del Cód. Civ. y Com., consagra que “los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Además, a los contratos, también están sujeto a cumplir con las reglas impuestas por el contenido de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos.

Y también, que “la moral” no está excluida del art. 10, como hipótesis de abuso del derecho.

En cuanto a la reforma introducida al art. 960 por el art. 253 del DNU 2023-70, relacionado con control judicial cuando establece que “no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley”, en realidad le amplió las facultades a los magistrados por cuanto antes tenía como límite que su actuación de oficio se autorizaba cuando “se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Pero, ahora no existe esa frontera legal y es deber de la magistratura actuar de oficio cuando se vulnera el orden público en un contrato cualquiera fuere su nivel.⁸

⁸ Alferillo, Pascual E., Introducción al Derecho Civil, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales – Secretaría Académica, San Juan, Argentina, mayo 2000, p. 148. El autor recuerda que “las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos,

Finalmente expresar que, sin lugar a hesitación, el capítulo preliminar del Código Civil y Comercial son normas imperativas y está comprometido el orden público, en particular, las contenidas en los arts. 9°. Principio de buena fe, 10. Abuso del derecho, 11. Abuso de posición dominante y 12. Orden público. Fraude a la ley.⁹

El artículo 251 del DNU que reformula el art. 766 del Cód. Civ. y Com., no amerita mayores comentarios, dado que, evidentemente, es una tautología del artículo precedente.

Al respecto, si se hubiere propuesto una concepción integral en la reforma y no direccionada únicamente a los contratos, el contenido normativo insertado en el art. 765, se debió ubicar en el marco del Derecho de los Contratos y dejar en el mismo, una fórmula general, para todas las relaciones jurídicas que defina a la moneda usable en la República.

En un análisis global previo a la reforma incorporada por el DNU 2023-70, se estimaba conveniente redactar el art. 766 de la siguiente forma: “Obligación del deudor. El deudor debe entregar **en pago** la cantidad correspondiente de la especie designada, cuando fuere, **expresamente pactado o fijado judicialmente**”.

De esta forma se ratificaba el principio de libertad para contratar, *pacta sunt servanda*, y se abría la posibilidad, ya dada en el 772 Cód. Civ. y Com., a la judicatura fijar valores monetarios en sus sentencias para dirimir conflictos no contractuales, en monedas sin curso legal en la Republica, pero de uso habitual en el tráfico económico.

A su vez, en el art. 772 se debería agregar en la parte *in fine* del primer párrafo: “...Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico, **en cuyo caso, se precisará el parámetro de equivalencia y su tasa de interés**”.

morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica, cuya existencia prima sobre todos los intereses individuales o sectoriales”. En igual sentido: Araux Castex, Manuel, La ley de orden público, Bs.As. - 1945, p. 170; Rivera, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil - Parte General I”, Abeledo Perrot - Buenos Aires - 1997, p. 99 y sgts.; Fueyo Laneri, Fernando, Interpretación y Juez, Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Iuris” - Santiago - Chile - 1976, p. 117, entre muchos otros.

⁹ Alferillo, Pascual E., “La buena fe como norma de orden público”, El Derecho, Buenos Aires, lunes 16 de noviembre de 2020, ISSN 1666-8987, N° 14.975, Año LVIII, ED 289.

IV. Conclusiones

Estas breves reflexiones que complementan y actualizan esfuerzos investigativos anteriores, tienen la peculiaridad de encontrarse, en un mismo momento, con dos hechos jurídicos trascendentes que se les ha dado notable publicidad, como es la sentencia de la CSJN desestimatoria de un recurso de queja que dejó firme el fallo de la segunda instancia donde se ordenaba a cumplir conforme a lo pactado el pago en dólares, en forma simultánea, con las modificaciones introducidas al Código Civil y Comercial por el DNU-2023-70-APN-PTE.

Del contenido de la sentencia dejada firma por la CSJN, se advirtió un serio problema de derecho transitorio que, en cada cambio de normativa, actualiza su debate respecto del alcance de las nuevas normas sancionadas.

Evidentemente, el fallo del tribunal a quo, omitió este detalle atendiendo que el contrato fue celebrado en vigencia del Código Civil, razón por la cual todas las normas supletorias que no habían sido modificadas por la voluntad de partes, tenían plena aplicación por estar integradas al contrato. Es decir, en este caso no se podía pretender aplicar en la ejecución del contrato normas del Código Civil y Comercial, sin pretender una aplicación retroactiva de la nueva normativa.

Esta situación jurídica especial debe ser tenida en cuenta, en esta época posterior, al dictado del DNU-2023-70-APN-PTE, por cuanto el mismo será aplicado para los contratos que se celebren a futuro, desde su entrada en vigencia (art. 5 CCyCN) y no tendrá efecto retroactivo sobre los celebrados precedentemente.

En cuanto al contenido reformado de los art. 765 y 766 se observa que hay un error metodológico notable, pues no se consideró que estos artículos se encuentran dentro del Libro Tercero – Derechos personales; Título I – Obligaciones en general y no en el Título II – Contratos en General.

Ello, para darle una redacción general que incluya el pluri-monetarismo reglado, para otras relaciones económicas no contractuales.

Finalmente, reflexionar sobre la no derogación de la prohibición de indexar contenida en el art. 7 y 10 de la Ley 23928 reformulados por el art. 4 de la Ley 25.561. La inquietud es si hubo olvido o su vigencia es una decisión política.

En respuesta a ello, se debe tener presente que cada uno de los intentos legislativos por frenar la espiral inflacionaria era acompañado por un sistema que trataba de impedir la cultura y los efectos de la inflación.

Así, el Decreto 1096/85, se componía de dos aspectos: la conversión del signo monetario (art. 4) y el desagio de las obligaciones dinerarias (art. 6)¹⁰. En cambio, en 1991 se dictaron en forma separada la Ley 23-928 (Pesos convertibles a dólar) y Ley 24.283 (Desindexación. Ley 24.283).¹¹

Traducido ello, a la situación actual, si se pretende seriamente frenar la inflación es ineludible, en nuestra cultura monetaria, prohibir los mecanismos indexatorios, lo cual justificaría la vigencia del art. 7 y 10 de la Ley 23.928 y 25.561.¹²

El nuevo sistema dado por el DNU 2023-70 permite un escape, contratando en moneda sin curso legal, pero de uso habitual en la República, como un mecanismo indexatorio o de actualización. Sobre esta idea, se induce a la economía nacional a cerrar los negocios en moneda extranjera como un modo de prevenir futuros avatares inflacionarios de la economía.

Para cerrar, vuelvo sobre la idea que la inflación no es problema exclusivo del derecho monetario, pues el ejemplo del pluri-monetarismo del Perú, al contrario de nuestra tradición legal nominalista fija en el art. 1234 la inexigibilidad de pago en moneda distinta cuando se pactó en moneda nacional. En el art. 1235 postula la “Teoría valorista”. Y, en el art. 1237 acepta que los negocios puedan concertarse en moneda extranjera no prohibidas por las leyes especiales, permitiendo que, salvo pacto en contrario, el pago pueda hacerse en moneda nacional.

En otras palabras, con el ejemplo del régimen del Perú queda demostrado que no existen dogmas monetaristas y menos juristas responsables del debacle inflacionario, sino que cuando se procura solucionar el problema complejo que presenta un proceso económico inflacionario grave, atacando solo una de las causas generadoras, como lo es la emisión monetaria, sin control de ningún tipo pero, se omiten los remedios radicales, profundos, estructurales, como incrementar la producción de bienes y servicios para generar divisas y, con los impuestos legíti-

¹⁰ Alferillo, Pascual E., Obligaciones de dar dinero. Inflación, ediciones La Rocca S.R.L., CABA, noviembre 2023, p. 91 y sig.

¹¹ Alferillo, Pascual E., Obligaciones de dar dinero. Inflación, ediciones La Rocca S.R.L., CABA, noviembre 2023, p. 117 y sig. y p. 130 y sig.

¹² Alferillo, Pascual E., Obligaciones de dar dinero. Inflación, ediciones La Rocca S.R.L., CABA, noviembre 2023, p. 207. En fecha 29 de noviembre de 2023, el Noveno Juzgado Civil de San Juan, en autos N° 183894 - “Olmos David Gustavo C/ Sindicato de Trabajadores de Correos y Telecomunicaciones de San Juan S/ Resolución De Contrato”, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928, modificados por el art. 4° de la ley 25.561, y el art. 5° del decreto 214/2002, al prohibir la indexación, por cuanto estimó que afectaba el derecho de propiedad del acreedor quién percibiría su crédito con una moneda depreciada en su poder adquisitivo que sería inferior al que tenía en la época en que se contrató con la demandada, imposibilitando de hecho el efecto (ex tunc) que exige nuestra ley de fondo frente a la resolución contractual.

mamente recaudados, solventar el gasto racional del Estado. Va de suyo que este remedio no podrá soslayar como solucionar la transición para incorporar la mano de obra desocupada al sistema productivo-laboral en un contexto de crisis de la naturaleza del trabajo humano sustituido por la máquina.

El reto para todos los argentinos no es fácil, por cuanto tiene la solución, un fuerte componente cultural y también moral, más allá de lo estrictamente técnico-económico.

**BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL
Y PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL
Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS
CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL EN LA CIENCIAS PENALES**

Ab. Mgter. Pablo Guido Peñasco

El estado liberal y su relación con las garantías constitucionales

I. Estado liberal: orígenes

Se inició con la Revolución Inglesa del año 1688, con la revolución Norte Americana del año 1776 y con la Revolución Francesa del año 1779 y tuvo su origen con motivo de la lucha por la libertad y la conquista de los derechos individuales “teniendo a la nación por substractum”¹ – Tuvo tal grado de consolidación el concepto de libertad política y económica, que causó alteración en las funciones del poder repercutiendo sobre estructuras básicas de formas de organización política. Logró exponer e implementar sus fines esenciales de protección de los derechos individuales y, por otro lado, sostener la división de poderes independientes e iguales. En consideración a las circunstancias históricas de sus orígenes, logró la reducción del poder a las funciones de policía y justicia, defensa del territorio, salubridad, seguridad interior y exterior. Marcó una gran diferencia con otras formas de estados al ponerle límites para intervenir en las actividades económicas e individuales. El estado liberal parte de una concepción individualista (Fayt).

¹ Fayt, Carlos S.: Derecho Político –Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 188

II. Principales notas del estado liberal

- 2.1.- Protección de derechos individuales, vida, libertad, propiedad privada. Se reducen las funciones del Estado a estas acciones y a la seguridad.
- 2.2.- Implementación de un sistema de garantías para proteger los derechos individuales que se reconocen como inviolables.
- 2.3.- El principio de División de Poderes, su separación, equilibrio funcional y de las atribuciones y ejercicio de potestades de gobierno es considerado como una garantía de la libertad.
- 2.4.- La legitimidad del Estado tiene sustento en el consentimiento del pueblo.
- 2.5.- La soberanía del poder radica en el pueblo o nación.
- 2.6.- El sufragio es un medio fundamental de manifestación de la representatividad de los gobernantes.
- 2.7.- El orden social es jerarquizado, desigual, basado en diferencias económicas.
- 2.8.- Toma vigencia un orden jurídico obligatorio general, tanto para gobernantes como para gobernados.
- 2.9.- Consagra el imperio de la ley, norma racionalmente válida.
- 2.10.- Se fundó en la relación individuo-Estado, razón por la cual sumó críticas relacionadas con: a.- No les dio importancia a los grupos sociales. B.- Limitó el poder a la tutela jurídica, policial y excluyó al poder con respecto a los fines propios del individuo según lo analizó el Dr. Fayt; por tal motivo, otro de los aspectos críticos es que: c.- Es vacío de contenido social, quedó “reducido a los límites de un aparato legal cuya base provenía de la Constitución...” y la mayor crítica sostiene que “se lo hacía servir a una finalidad económica que encubría, en los hechos de la vida, la negación de la libertad”.
- 2.11.- Otros autores sostienen que existen diversos modelos de Estado Liberal, sin embargo tienen en común la consagración de la persona como un ser intangible cuyas libertades conforman los derechos supremos al servicio de los cuales se encuentra el poder político, no obstante ello, con respecto a la relación con el derecho penal, todos conducen a la consagración de un sistema penal de garantías que antepone al individuo frente al poder punitivo, el derecho penal está al servicio de las minorías, concretamente, al servicio del imputado que es la minoría avasallada por la pretensión mayoritaria de criminalizarlo.²

² Silvestroni, Mariano H. Teoría Constitucional del Delito, 2da. Ed. Actualizada. Editores Del Puerto

III. Sus diferencias con el estado totalitario

- 3.1.- Siguiendo al Dr. Fayt, el estado totalitario surge como una reacción contra el liberalismo y la democracia.
- 3.2.- En el plano político se caracteriza por la amplificación de las funciones del estado a toda la vida individual y social.
- 3.3.- Se considera instrumentos de los designios del Jefe o Grupo Gobernante a la persona (individuo) y a la sociedad.
- 3.4.- Todos los poderes y facultades del estado se ejercen de modo centralizado por el líder o grupo gobernante.
- 3.5.- Se impone el régimen de partido único que a su vez funciona como agencia del estado.
- 3.6.- La soberanía radica en el órgano supremo.
- 3.7.- Las leyes son sustituidas por las decisiones supremas del Jefe o Grupo Gobernante.
- 3.8.- Para autorizar o legitimar la actividad de los órganos estatales, se implementa el ordenamiento jurídico.
- 3.9.- Se imponen autoritariamente los objetivos ideológicos del régimen.
- 3.10.- Los controles institucionales y controles sociales, son utilizados en función de los objetivos del gobernante.
- 3.11.- Las autoridades son puestas por encima de las leyes, lo que tiene importantes efectos expansivos del poder ejercido de modo omnipotente.

IV. Diferencias con el Estado Democrático Social

- 4.1.- Éste pretende o propone completar la democracia política con contenido de democracia económica y social.
- 4.2.- Procura mantener la libertad civil y política.
- 4.3.- Planificación económica desde lo racional y funcional.
- 4.4.- Vigencia de un régimen de derechos sociales.
- 4.5.- Establece sistemas de expresiones de la voluntad popular como formas semia directas de democracia política.

- 4.6.- Para lograr la plena realización de la personalidad humana, aumenta la intervención del poder político en las actividades sociales.
- 4.7.- Coexisten al menos dos o más partidos políticos, o sea que tiene regímenes de bipartidismo o pluripartidismo.
- 4.8.- Procura integrar los sindicatos al orden político.
- 4.9.- Se basa en la separación de poderes dentro del estado y separación funcional de órganos de gobierno.
- 4.10.- Admite el dominio de la ley y el imperio del derecho, especialmente en lo social.
- 4.11.- Procura suprimir las desigualdades económicas y sociales, el respeto de cada individuo a sí mismo.
- 4.12.- Lucha contra la explotación y privilegios, promoviendo la igualdad de oportunidades, el derecho a la vida, libertad y procura el logro de la felicidad de los individuos que a su vez contribuyan a la sociedad (Fayt).

V. División de poderes e importancia institucional

“La potestad de gobierno del estado –o soberanía, en cuanto es la más alta que corresponde a una persona jurídica en el ámbito estatal-, es única y general. Pero tiene límites por obra del mismo ordenamiento jurídico estatal: se trata, por tanto, de una autolimitación” que tiene eficacia real³. La potestad de gobierno del estado puede desarrollarse en variadas formas que se presentan como funciones, entre las que se encuentran la función legislativa, donde el Estado establece las normas del propio ordenamiento jurídico (leyes; normas jurídicas). La división de poderes en la organización jurídica del Estado, se presenta como una forma de distribución de facultades gubernamentales que permite mejorar el ejercicio de sus funciones. Al establecer los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con independencia de cada uno, determinación de sus funciones específicas y establecimiento de sus atribuciones en la Constitución Nacional y Constituciones Provinciales, se logra una organización jurídica de la nación mediante un estado cuyos representantes y representados, conocerán los derechos, deberes y facultades de cada uno. Se delimitan funciones y se transparentan los roles de cada uno.

³ Biscaretti di Ruffia, Paolo: Derecho Constitucional, p. 212. Obrante en material de estudios de la Academia Virtual de Derecho – Maestría de Derecho Procesal Penal, UNR

En todos los estados democráticos modernos se ha aceptado la teoría de la división de poderes, con un poder legislativo compuesto de una o dos Asambleas (con carácter representativo); el Poder Ejecutivo constituido por el Jefe de Estado, de Gobierno y por los diversos órganos administrativos subordinados; y el Poder Judicial formado por miembros de la Magistratura.

Como se sostenía, entre las ventajas que se presentan de la teoría de división de poderes, encontramos una tutela eficaz de los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas dictadas por el poder legislativo y una dirección clara respecto de la competencia de los órganos de cada uno de los tres poderes (*Buscarte di Ruffia*).

VI. Derecho Penal y estado

Ricardo Núñez prácticamente es uno de los autores argentinos de Derecho Penal que se ocupó en el siglo XX de tratar los efectos de la organización política del estado en esta rama del derecho, haciendo una distinción entre su finalidad liberal o autoritaria. Define al Derecho Penal Liberal como aquel que representa un sistema de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Excluye el castigo de las ideas y sentimientos porque corresponden al fuero privado de los individuos que, de conformidad con el art. 19 de la C.N., está exento de la autoridad de los magistrados. También destaca que el Derecho Penal Liberal no tiene un objetivo ético de dirección de las conciencias y voluntades.

En el plano de los principios, el Derecho Penal Liberal consagra la vigencia del principio de legalidad (*nullo crimen nula poena sine previa lege penal*), que significa que es nulo todo crimen o delito y nula toda pena si no existe previamente una ley penal que los establezca. Para el Derecho Penal Liberal que es el que se ajusta a las bases constitucionales de Argentina, la única fuente del Derecho Penal es la Ley que debe existir y tener vigencia previa al hecho del proceso o delito, de allí que el derecho penal “cumple una función de garantía para los gobernados frente a los gobernantes”. Se destaca el principio del debido proceso judicial como presupuesto de la condena.⁴

⁴ Núñez, Ricardo C.: *Manual de Derecho Penal Pare General*, quinta edición actualizada por Roberto E. Spinka, 2009 Lerner Editora S.R.L. Córdoba, p. 19.

Concluye el autor en que el Derecho Penal Argentino puede ser sustancial y procesalmente liberal conforme lo establecido por el art. 18 de la C.N.

Por otro lado, el derecho penal es autoritario si el objeto de la protección penal no son los intereses de los individuos, sino los deberes de éstos con el Estado, por ello, el estado totalitario para garantizar estos deberes con toda amplitud, prescinde del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*, por lo tanto, la ley no es la única fuente del derecho penal, sino que admite la ANA-LOGÍA para deducir los delitos y las penas. El derecho penal ya no es una garantía para los ciudadanos, sino que se transforma en una herramienta para la represión según los intereses de los gobernantes. Y por estos motivos surgen por interpretación y aplicación analógica, delitos contra la seguridad del Estado, o delitos contra la economía, raza, etc., a partir que el derecho penal autoritario producto del autoritarismo, le asigna a la represión fines éticos (ver Ricardo Núñez).

Carlos J. Lascano (h), amplió y profundizó los conceptos del Dr. Núñez, al sostener que el derecho penal producto de un estado autoritario admite los delitos y penas en el postulado del sano sentimiento popular como fue el caso del nacional socialismo alemán, o cuando se prioriza la represión conveniente para el gobernante, a la que se le asigna fines éticos, tal cual fue el caso del internacionalismo proletario y el humanismo socialista de las denominadas democracias populares de Europa Oriental, anterior a la caída del muro de Berlín; o la “doctrina de la seguridad nacional” aplicada por diversos gobiernos de facto latino americanos entre 1965 y 1985⁵. En el mismo camino se expresan la mayoría de los autores penalistas argentinos (ver Chiara Díaz, Grisetti, Obligado; Creus, Silvestroni, Romero Villanueva), sin embargo, desde otro punto se sostuvo que es absurdo pretender que los sistemas penales respeten el principio de legalidad, reserva, culpabilidad, humanidad e igualdad porque, estructuralmente, están armados para violarlos a todos. Lo que puede lograrse, afirma el autor, -y debe hacerse- es que la agencia judicial ponga en juego todo su poder en forma que haga descender hasta donde su poder se lo permita el número e intensidad de esas violaciones, operando como contradicción del mismo sistema penal y obteniendo de este modo una constante elevación de los niveles de realización operativa real de esos principios⁶. Sin embargo, el paso del tiempo desde esa afirmación que data del año 1989, permite sostener que en la República Argentina se ha determinado por medio de reiterados pronuncia-

⁵ Lascano, Carlos J.: Derecho Penal Parte General Libro de estudio. Ed. Advocatus, Córdoba 2005, p. 30

⁶ Zafaroni, R.E., En busca de las penas perdidas, Ediar, Bs. As. 1989, p. 242 y ss. Citado por Lascano.

mientos jurisdiccionales, que el derecho penal adoptado a partir de los art. 18 y 19 de la C.N. y de los artículos provenientes del bloque de Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía constitucional, es un derecho penal que responde a los postulados del estado liberal, democrático y constitucional de derecho, considerando al ser humano como centro, respetuoso de los derechos y dignidad del hombre y de las mujeres, que evita la arbitrariedad y el terrorismo punitivo, máxime considerando la reciente historia de la República Argentina a partir del establecimiento de la democracia desde el año 1983.

VII. Principios del estado liberal que se proyectan en el derecho penal argentino

Al limitar el autoritarismo, el Estado Liberal establece que el *ius puniendi*, tiene un límite fundamental impuesto al legislador por la Constitución Nacional, por medio del principio de reserva del artículo 19. Del principio de reserva se deriva el principio de exterioridad que significa que no puede ser designada como delito la conducta que no afecte bienes jurídicos de terceros.

También el principio de legalidad (artículo 18) condiciona el *ius puniendi* dentro de las limitaciones legales (*ley previa*) y del cumplimiento de determinados procedimientos de aplicación (debido proceso legal) y de ejecución de la pena (especificando qué finalidad debe tener algún tipo de pena y proscribiendo directamente otros tipos (corporales, muerte, penas pecuniarias confiscatorias - artículo 17 de la CN-)⁷.

Entre los principios penales que son fiel reflejo de esta concepción de estado, encontramos en materia penal los siguientes:

7.1.- Legalidad: sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización; así sólo tendrá potestad penal represiva el Poder Legislativo, y queda vedado al Ejecutivo y a los jueces determinar qué conductas son delito y cuáles son las penas correspondientes.

7.2.- Reserva: este principio está consagrado en el artículo 19 C.N., es la facultad de actuar del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción alguna.

⁷ De Casas, Day, Nazar: Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Depalma, Bs. As.

No sólo es una garantía frente a los poderes Ejecutivo y Judicial, sino también frente al legislador, que no podrá asignar una pena a una conducta permitida por el ordenamiento jurídico.

7.3.- Ley formal: La ley tiene que ser ley en sentido formal, y no doctrina o jurisprudencia, ni costumbre o principios generales. Debe ser escrita, pues es la única forma de conocerla con certeza; previa al hecho que se juzga, o sea, que se encuentre vigente en ese momento; estricta, es decir, la conducta debe ser descrita sin ambigüedades que entorpezcan el conocimiento por parte de los individuos como por los órganos de aplicación.

7.4.- Prohibición de aplicación de la ley penal por analogía: como consecuencia de lo expuesto, se prohíbe la analogía en Derecho Penal. Lo que no está regulado, no puede ser abarcado por una norma creada por el juez para el caso, aunque la extraiga de principios generales que se deduzcan del derecho positivo que se aplica.

7.5.- Subsidiariedad: surge dentro de la concepción de un programa de Derecho Penal mínimo que deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Es comprensible, dado que el Derecho Penal es la herramienta más fuerte con la que cuenta el Estado, y procurará utilizarla como ultima ratio.

7.6.- Lesividad: serán delitos aquellas acciones típicas, antijurídicas, culpables y punibles si lesionan bienes jurídicos, o si lo ponen en peligro.

7.7.- Acción-exterioridad: el Derecho Penal no puede castigar meras intenciones o pensamientos. Por tanto, para ser objeto de sanción, las conductas humanas deben haberse exteriorizado como lo tiene previsto el art. 19 C.N.

7.8.- Privacidad: en igual sentido el artículo 19 de la Constitución, al establecer que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, lo que implica que tiene relevancia el derecho a la privacidad, que es como una especie de coraza de protección frente al intervencionismo estatal en la esfera de vida de las personas que no afecten ni el orden ni la moral ni los derechos de terceros.

7.9.- Culpabilidad: nadie puede ser responsable penalmente más allá de la medida de su culpa, para ello debe existir ‘dolo’ o ‘culpa’, y por otro lado que dicha conducta le pueda ser ‘reprochada’ al sujeto. Nadie puede sufrir una pena si no ha sido culpable del delito por el que se lo castiga.

7.10.- Judicialidad: el Derecho Penal sólo puede ser aplicado por los jueces, a través de un proceso reglado, y sin él no se puede aplicar la pena.

7.11.- Non bis in idem: nadie puede ser juzgado ni condenado dos veces por el mismo hecho. (De Casas, Day, Nazar)

Los Tratados Internacionales y el Programa de Derecho Penal y Procesal

VIII. Principios contenidos en la Constitución Nacional y Bloque de Tratados de Derechos Humanos

Podemos afirmar que la Constitución contiene un “programa penal” pues en ella están las directrices básicas sobre cómo debe ser el sistema penal argentino, desde los principios generales (que indican cómo debe ser la política criminal, y que legitiman el poder punitivo del Estado), pasando por los derechos humanos (que son a la vez límites de dicho poder, e indicación de los bienes jurídicos que debe proteger), hasta incluso establecer preceptos que expresamente regulan el sistema penal, procesal penal y penitenciario. Este programa penal que tiene como base la Constitución Nacional, se ha profundizado y afianzado con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. El programa refleja con claridad la tendencia del sistema penal de Argentina en función de un estado liberal, democrático y constitucional de derecho.

Los principios generales de la Constitución son:

- Fines de “afianzar la justicia”, “promover el bienestar general” y “asegurar los beneficios de la libertad” del Preámbulo;
- la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículos 1 y 5);
- la igualdad ante la ley (artículo 16);
- los principios democráticos (artículos 36, 38 y 75, incisos 19 y 24), de soberanía popular y de iniciativa y consulta popular
- El Juicio por Jurados Populares para los delitos criminales (arts. 24, 72 inc. 25 y 118)

Los derechos humanos y el Derecho Penal:

Además de los principios anteriores, surgen los previstos en el bloque de tratados internacionales con jerarquía constitucional, que responden a principios rectores de protección de derechos individuales frente al Estado. Así, lo que en el

fondo hace el Derecho Penal es intentar proteger los derechos humanos: la vida, la integridad, la salud, la propiedad, etc., y los derechos humanos le marcan un límite al ius puniendi del Estado. Es la contracara de la moneda: por un lado, derechos humanos de las víctimas, por otro lado, los derechos humanos de las personas imputadas.

Preceptos constitucionales que expresamente regulan contenidos del sistema penal que impiden el avasallamiento de derechos fundamentales frente a un estado autoritario:

a) garantías penales: exigencia de ley previa (artículo 18 CN), irretroactividad de la ley penal más severa (artículo 18 CN), retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna (artículo 9 CADH), derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 25 CADH), prohibición de la injerencia en la vida privada (artículos 18 y 19 CN), prohibición de prisión por deudas (artículo 7.7 CADH), doble instancia (artículo 8.2.h CADH), derecho a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 9.3 PIDCP), juez natural (artículo 18 CN), principio de inocencia (artículo 8.2 CADH), derecho a un proceso regular (artículos 18 CN y 18 CADH), excepcionalidad de la prisión preventiva (artículo 9.3 PIDCP), prohibición de la detención arbitraria (artículos 18 CN, 7.3 CADH), derecho a no ser obligado a declarar contra sí (artículo 8.2.g CADH), derecho del procesado a estar separado de los condenados (artículo 5.4 CADH), derecho de niñas, niños y adolescentes a ser juzgados por tribunales especializados y a estar detenidos separadamente de los adultos (artículo 5.5 CADH), non bis in ídem (artículo 8.4 CADH), necesidad de la pena (artículo 37.b Convención de los derechos del niño), prohibición de la pena de muerte (artículo 4 CADH), humanidad de las penas (artículos 18 CN, 5.2 CADH), personalidad de las penas (artículo 5.3 CADH), readaptación social como fin de ejecución de las penas (artículo 5.6 CADH);

b) Por otro lado, existen normas de carácter prohibitivo excepcional o prohibitivo que se refieren a instituciones y que ejercen imperativos reguladores de la autoridad para impedir el avasallamiento de las garantías individuales. Son: la prohibición al presidente de la nación de dictar normas penales por medio de decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3), la imposibilidad de iniciativa legislativa popular en materia penal (artículo 39, último párrafo), la consagración de inmunidades (parlamentarias y para el Defensor del Pueblo) (artículos 68, 69 y 86), la prohibición para las provincias de dictar

Códigos Penales o establecer delitos (artículo 75, incisos 12 y 126), y para la Nación de dictar normas procesales que rijan en las provincias para delitos comunes (artículo 121);

c) Vale la pena destacar la existencia de los delitos constitucionales, que implican una defensa de derechos esenciales: Ellos son la compra y venta de personas (artículos 15 CN, 140 CP), sedición (artículos 22 y 127 CN, 229 y 230 CP), concesión de poderes tiránicos (artículos 29 CN, 227 CP), atentados contra el sistema democrático (artículos 36 CN, 226 CP), traición contra la Nación (artículos 119 CN y 214 CP), tortura (artículos 4 Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 144 ter, quater y quinto CP), y el genocidio (artículo 1 Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio).

IX. Operatividad de principios liberales en el derecho penal argentino

Por medio del dictado de numerosos pronunciamientos, a partir de la jurisprudencia de la C.S.J.N. y de tribunales nacionales y de provincias, se viene marcando el rumbo señalado que, en general responde a los lineamientos constitucionales expuestos. Entre distintos fallos de importancia, podemos destacar los siguientes:

9.1.- Tutela del Debido Proceso Legal y de la garantía de defensa en juicio:

La característica definitoria del concepto de acusación consiste en la imputación a una persona determinada de un hecho delictivo concreto y singular (voto del Dr. Carlos S. Fayt). La requisitoria de elevación a juicio es la acusación indispensable para garantizar el debido proceso legal (voto del Dr. Carlos S. Fayt). La exigencia de acusación, como forma substancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable. Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa, que prevén las leyes de procedimientos (voto del Dr. Carlos S. Fayt)⁸.

⁸ CSJN, 15/08/2002, 325:2005, "Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado", (Nazareno,

9.2.- Afianzamiento del sistema acusatorio con litigación adversarial y garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio:

Una adecuada defensa sólo será posible si el imputado sabe concretamente, de qué debe defenderse, en tanto es la descripción circunstanciada la que le permite negar todo o algunos de los elementos de la imputación, o bien incorporar otros, a fin de evitar o aminorar las posibles consecuencias jurídico-penales. Lesiona el derecho de defensa en juicio, la sentencia que condena en forma consecuente con una acusación ya viciada o bien por sí misma, sobre la base de un hecho indeterminado (voto del Dr. Fayt)⁹.

En materia criminal la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. El tribunal no puede condenar si el fiscal solicita la absolución del imputado.¹⁰

Sistema de enjuiciamiento acusatorio – Distinción y separación entre funciones de acusar y sentenciar: En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es el Estado, el que por sí mismo se encarga de la persecución penal (principio de oficialidad). Por tal razón el principio acusatorio sólo puede ser concebido en su acepción formal, es decir aquella según la cual se ponen en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción (voto del Dr. Carlos S. Fayt).

El principio acusatorio consiste en que juez y acusador no sean la misma persona; se trata del desdoblamiento formal del Estado en dos órganos específicos: uno que acusa y otro que decide (voto del Dr. Carlos S. Fayt).

Es la coexistencia del principio de oficialidad con el sistema acusatorio la que impide introducir una connotación dispositiva de la acción penal -principio acusatorio material-, pues ello implicaría desconocer que el ius puniendi no pertenece al Ministerio Público Fiscal sino al propio Estado del que también son expresión los jueces (voto del Dr. Carlos S. Fayt).

El principio acusatorio dispone disociar las funciones requirente y decisoria, que apareja la necesidad del acto de instancia por parte de otro órgano totalmente distinto al juez, pero en modo alguno implica concentrar esas atribuciones en

López y Vázquez; votos individuales Moliné O'Connor y Fayt; disidencias Belluscio y Bossert).

⁹ CSJN, 8/03/2005, "Arancibia Clavel, Enrique".

¹⁰ CSJN, 27/05/2004, 327:1621, "Laglaive, Silvia G. y otros s/ p.ss.aa. de homicidio calificado en grado de tentativa"; (Petracchi, Belluscio, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Fayt y Vázquez). En igual sentido: CSJN, 25/10/2005, "Name, Raúl A. y otro"; CSJN, 17/02/2004, 327:120, "Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo"; (Petracchi, Belluscio, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, disidencia Fayt y Vázquez).

otro funcionario, quedando la suerte del proceso sujeta a la discreción del acusador (voto del Dr. Carlos S. Fayt).¹¹

Debido proceso legal y sistema de enjuiciamiento acusatorio:

El respeto a la garantía de debido proceso, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso, consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (dictamen de la Procuración al que remitió la Corte).¹²

9.3.- Importancia de la calificación legal penal y debido proceso penal:

Para una adecuada descripción del hecho en la acusación, desde el punto de vista de la información del acusado, se requiere que las circunstancias del hecho que conducen a los elementos del tipo legal de la disposición penal pertinente estén dados como datos precisos, debiendo ser posible para el acusado llevar a cabo el proceso de subsunción que ha realizado el fiscal en el escrito de acusación, sólo así se asegura una defensa apropiada, teniendo la descripción del hecho en la acusación además de la delimitación del objeto del proceso, un valor de información propio (voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi)¹³.

9.4.- Garantías constitucionales.

Inviolabilidad del domicilio particular. Allanamiento de morada:

El art. 18 de la Constitución Nacional consagra “el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante, correlativo al principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público” (ver “Fiorentino” Fallos: 306:1752). Tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control

¹¹ CSJN, 15/08/2002, 325:2005, “Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado”, (Nazareno, López y Vázquez; votos individuales Moliné O'Connor y Fayt; disidencias Belluscio y Bossert).

¹² CSJN, 10/04/2003, 326:1149, “Verbeke, Víctor Julios/homicidio”, (mayoría Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, López y Maqueda; votos individuales Belluscio, Boggiano y Vázquez; disidencia Petracchi).

¹³ CSJN, 9/08/2001, 324:2133, “Navarro, Rolando Luis y otros s/homicidio culposo”, (Nazareno, Belluscio, Boggiano, López, Bossert, Vázquez; Moliné O'Connor y Petracchi)

ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (ver en análogo sentido “Torres”, disidencia del juez Petracchi, Fallos: 315:1043).

Si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquéllas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamentos, la intervención judicial carceraría de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (ver “Matte” Fallos: 325: 1845 y su cita). Una orden de registro domiciliario sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (ver “Yemal”, disidencia del juez Petracchi, considerando 5º y sus citas, Fallos: 321:510).¹⁴

9.5.- Garantía constitucional de duración razonable del proceso:

Cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la “secuela de juicio”, la duración del proceso por casi dos décadas viola ostensiblemente las garantías del plazo razonable del proceso y del derecho de defensa.

9.6.- Garantía constitucional de igualdad ante la ley:

La garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias.

La garantía de la igualdad no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).¹⁵

9.7.- Control de constitucionalidad de leyes y facultad de los órganos jurisdiccionales como limitador de facultades autoritarias del Estado y abuso de los poderes públicos:

¹⁴ CSJN, 31/8/2010, “Quaranta, José Carlos s/ inf ley 23. 737”, (Highton, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

¹⁵ CSJN, 3/12/2002, 325:3229, “Gregorchuk, Ricardo s/recurso”, (mayoría Nazareno, Moliné O’Connor, López; votos individuales Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano; disidencia Vázquez).

Resulta elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición a ella, constituyendo esa atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos (voto del Dr. Augusto César Belluccio)¹⁶.

9.8.- Garantía constitucional de JUEZ NATURAL, su alcance respecto a nuevas normas de competencia:

La cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a los procesos pendientes, excepto que ello significara perjudicar una mayor celeridad y eficiencia de las decisiones, lo que debe ser evitado (dictamen de la Procuración al que remitió la Corte).¹⁷

9.9.- Afianzamiento de la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio. Derecho al recurso mediante la ampliación de la casación:

Lo único que los jueces de casación no pueden valorar es aquello que surge directa y únicamente de la intermediación propia del juicio oral, es decir, que se trata de una limitación fáctica puesto que no es posible valorar lo que no se conoce. Para cumplir con una verdadera revisión de la sentencia condenatoria en la instancia casatoria no debe atenderse a una distinción meramente formal en el nomen iuris de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación invocados para la procedencia del recurso, sino que, por el contrario, deben analizarse los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación.

A partir de una interpretación integradora del art. 8.2 h de la Convención Americana de los Derechos Humanos y del art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación, debe concluirse que en nuestro derecho resulta aplicable la teoría del ago-

¹⁶ CSJN, 10/04/2003, 326:1106, “Banco Nación Argentinas/sumario por defraudación”, (mayoría Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López, Vázquez y Maqueda; disidencia Belluccio).

¹⁷ CSJN, 05/04/2005, “Fernández, Norberto Osvaldo y otra s/robo con armas”, (Petracchi, Belluccio, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco).

tamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento, lo cual produce como consecuencia el abandono de la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho.

El art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación debe interpretarse en el sentido de que habilita una revisión amplia de la sentencia condenatoria, todo lo extensa que sea posible conforme a las posibilidades de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación.

Mientras el Estado nacional argentino no cumpla con su obligación de sustituir el recurso de casación por un recurso ordinario que permita al tribunal superior un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo cual el recurso de casación debe interpretarse con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permita, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada (voto de la doctora Highton de Nolasco).

Un recurso de casación que sólo habilita la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político de unificar la interpretación de la ley, resulta violatorio del derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrado en el art. 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (voto del Dr. Fayt).¹⁸

9.9.- El nuevo sistema constitucional a partir de la reforma de 1994 y las garantías a partir de los Tratados de Derechos Humanos:

El actual artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (CN) reza: “La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las

¹⁸ CSJN, 20/09/2005, “Casal, Matías s/robo en grado de tentativa”, LL, 04/10/2005, p. 5; LL, 2005-E, p. 657; LL, 2005-F, p. 110; LL, 14/11/ 2005, p. 10; LL, 2005-F, p. 387. En igual sentido: CSJN, 25/10/2005, “Martínez Areca, Ernesto”; CSJN, 7/3/2006, “R., L.A.”.

condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellas reconocidos”.

En consecuencia, puede hablarse de un nuevo “sistema constitucional” integrado (“sincronizado”) por disposiciones de igual jerarquía “que abrevia en dos fuentes: la nacional y la internacional”. Aquéllas “no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan” formando un plexo¹⁹. Por lo tanto, ya muchos temas deberán ser tratados y abordados desde un punto de vista muy distinto a lo que era antes de la reforma constitucional de 1994 y, además, como se indicará a continuación, se deberán considerar los nuevos tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados posteriormente y que se refieren a temas de importantísima actualidad porque se ocupan de problemas de mucha vigencia.

Entre ellos encontramos la situación de las víctimas frente al derecho Penal y en el proceso penal, que deben ser consideradas a partir de distintas garantías o principios como la bilateralidad. En esta sintonía el Dr. Cafferta Nores sostiene: “... la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas” a las que se reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva, arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH)²⁰; luego de entender que el papel del derecho penal es el de sancionar el delito, distinguiéndolo de la función del derecho humanitario que es la de proteger y reparar a la víctima, han ido incluyendo, posteriormente, a la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito, a la que se le reconoce el derecho de procurar su castigo ante los tribunales penales (Cafferata Nores, obra citada).

Valga la pena destacar las garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado, como se indicó, la “bilateralidad” del sistema se manifiesta, principalmente, en la existencia de algunas garantías judiciales genéricas, comunes para la víctima y el acusado: ellas son las de “igualdad ante los tribunales”, “acceso a la justicia y defensa en juicio”, e “imparcialidad (e independencia) de los jueces” (Cafferata, ob. cit). Tal como se sostuvo, la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho

¹⁹ Cafferrata Nores, José I.: Proceso Penal y Derechos Humanos – CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas) y Editora Del Puerto. Buenos Aires, Argentina 2011.

²⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, caso 11.228.

a la justicia de las víctimas” (Comisión IDH, Informe n° 34/96, causa 11.228). Por ello, “el derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables” (Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004). Pero, según la Comisión IDH, “la obligación de investigar no se incumple solamente porque no exista una persona condenada en la causa o por la circunstancia de que, pese a los esfuerzos realizados, sea imposible la acreditación de los hechos. Sin embargo, para establecer en forma convincente y creíble que este resultado no ha sido producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales sin que el Estado busque efectivamente la verdad, éste debe demostrar que ha realizado una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial” (Informe 33/04, caso 11.634, del 11/03/2004, citados por el Dr. Cafferata Nores en Proceso Penal y Derechos Humanos).

También destacamos que el pleno ejercicio de acceso a la jurisdicción y de tutela judicial efectiva como garantías constitucionales que se proyectan bilateralmente hacia víctimas e imputados, comprende en favor de los ofendidos penalmente, el derecho a la reparación e indemnización por los delitos sufridos.

Finalmente, en cuanto al Derecho Procesal Penal y considerando los antecedentes expuestos precedentemente, el nuevo paradigma de PROCESO PENAL es el que se ajusta al sistema acusatorio cuyas bases han sido dadas por la jurisprudencia que destacamos y que son importantes repasar sintéticamente: la existencia de un órgano a cargo de la acusación (pública o privada según la naturaleza de los delitos), que se ocupe de ejercer la acción penal con todas sus implicancias, incluyendo las probatorias; con un Ministerio Público Fiscal activo por excelencia y el órgano jurisdiccional en posición pasiva (salvo en la audiencia preliminar), donde se marca la separación de las funciones de investigación a cargo del Fiscal y la función de juzgamiento a cargo del Tribunal o Juez; se respeta el contradictorio como método de conocimiento y desarrollo procesal; la investigación penal preparatoria a cargo del MPF con pleno respeto por las garantías constitucionales y las posibilidades de su control jurisdiccional; el desarrollo del juicio oral, público, contradictorio y continuo como eje central del proceso; la responsabilidad probatorio a cargo de la acusación; la oralidad y el método de audiencias orales como herramientas de resolución de los planteos que se presenten; intermediación, publicidad, identidad física del Juez; continuidad, celeridad, simplificación; de-

recho al recurso, doble instancia, doble conforme para ciertos casos, prisión preventiva como medida excepcional, principio de libertad durante el proceso; plazo razonable del mismo, entre otras notas destacadas.

Deben mencionarse los tratados internacionales que lograron jerarquía constitucional con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, que son los siguientes: aprobado por Ley 24556, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; mediante Ley 24584 – Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; mediante Ley 26378 – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; por Ley 27360 – Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Asimismo, consideramos de importancia destacar la vigencia de otros tratados internacionales a probados por leyes del Congreso de la Nación Argentina, que, si bien no lograron jerarquía constitucional, son instrumentos legales de trascendencia en razón de las materias que tratan y debido a la vigencia y aplicación práctica de los mismos. Nos referimos especialmente a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (Convención de Belem Do Pará, aprobada por ley 24.632) y a la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759) entre otros instrumentos internacionales de importancia.

X. Conclusiones

Con motivo de la vigencia de la C.N., se incorporaron principios penales fundamentales y característicos de origen liberal. La reforma constitucional del año 1994 profundizó y amplió la vigencia de dichos principios al incorporar el bloque de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Entre los principios a destacar, se encuentran los de legalidad, reserva, Ley formal; prohibición de la ley penal por analogía, subsidiariedad, lesividad, acción-exterioridad, privacidad, culpabilidad, judicialidad, non bis in ídem. Como consecuencia de este avance en el orden constitucional, la jurisprudencia de la C.S.J.N. ha dado plena operatividad tanto a éstos como a otros principios de origen liberal propios de un estado constitucional de derecho, que afianzaron los derechos individuales de las personas frente al posible ejercicio autoritario del estado que implicare abuso de

su autoridad, generando precedentes que significaron o funcionaron como vallas jurídicas ante iniciativas o actos administrativos o de funcionarios públicos de corte totalitario. Todo ello sumado al control de constitucionalidad que ejercen de modo independiente los poderes judiciales del país, viene a completar un marco de garantías que permiten sostener que en la República Argentina el derecho penal tiene claros matices propios de un estado respetuoso por la libertad como derecho fundamental e inviolable.

A pesar de contar con un plexo normativo de jerarquía, desde hace muchos años que subsisten grandes problemas en la administración de la justicia penal. Nos referimos concretamente a la necesidad de actualizar el Código Penal Argentino mediante una reforma que permita terminar con los grandes inconvenientes relacionados a su interpretación y aplicación en lo referente a su parte general y con respecto a su parte especial, lograr un cuerpo normativo integrador de los delitos actuales como de los contenidos en leyes especiales y de otras acciones que lesionan bienes jurídicos de gran valor. También es de esperar que se concrete la reforma procesal penal tanto a nivel federal como en aquellas provincias que aún no ajustaron sus legislaciones a un sistema procesal penal acusatorio como lo establecen los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional. Sin embargo, estas reformas que actualmente están en curso desde hace varios años en muchos lugares del país, no permitirán atender otros serios problemas referentes a la cuestión. Entre ellos una de las grandes materias pendientes se refiere a la REFORMA DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO en gran parte de sus ámbitos, tanto en plano legal como fáctico y administrativo. Es necesario implementar programas serios de readaptación social de las personas con penas privativas de libertad efectivas, que contemplen muy especialmente los fines previstos por la legislación sustancial (arts. 30 y siguientes del C.P.), concretamente con respecto a la reparación de los daños causados a víctimas de delitos. La gran mayoría de las personas condenadas no cumplen con estos fines legales vigentes debido a las condiciones edilicias y estructurales de las penitenciarías, entre otros factores. Es necesario implementar procedimientos y medidas para lograr los fines previstos por la C.N. y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con pautas de política criminal que a partir de estas normas y del respeto por las garantías constitucionales, ponderen la situación de las personas afectadas por los delitos y los fines e intereses de la sociedad en su conjunto. Tales pautas, se fortalecerán mediante la vigencia del juicio por jurados para hechos penales graves, en el orden

federal y jurisdicciones locales, porque ha de permitir mayor participación de los ciudadanos en el ejercicio de una de las funciones esenciales del estado: procurar impartir justicia en los casos concretos.

¿VIOLENCIA ESTÉTICA?

Dr. Rubén E. Figari

En el Juzgado de 1ra Instancia en lo Penal Contravencional y de Faltas n°15 de la CABA en autos “F.J.S.M. y otros sobre 91 - lesiones gravísimas y otros”, se resuelve homologar el acuerdo de avenimiento alcanzado por las partes, y en consecuencia, condenar a F.J.S.M., DNI XX.XXX.XXX, como autor penalmente responsable del delito de lesiones culposas de carácter gravísimas (cf. arts. 91 y 94 CP) y del delito de estafa (cf. art. 172 CP), ambos en concurso real, por el hecho ocurrido el 11 de diciembre de 2019, en el Centro Médico “XXX”, sito en la calle Billinghamurst xxxx de esta ciudad, a la pena de dos (2) años de prisión de ejecución en suspenso, sin costas (arts. 1, 5, 29, inc. 3, 40, 41, 54, 91, 94 y 247 segundo párrafo, CP; y arts. 279, 355 y 356 CPP y art. 5 ley 26.485).

Antes que nada, es menester aclarar que en este caso en el que la responsabilidad abarca a dos médicos – F.J.S.M. y C.A.C. dueño o a cargo del “Centro Médico XXX” – el acuerdo de avenimiento se ha realizado solamente con respecto a F.J.S.M., es decir que es parcial porque no comprende a C.A.C. a quien “el grado de conocimiento — de momento — sería el de sospecha cierta que justifican su dilucidación en un juicio oral y público”.

I. Hechos

Del requerimiento de elevación a juicio y el acuerdo de avenimiento, surge que a F.J.S.M. se le imputa “... haber obrado imprudentemente en su carácter de médico el día 11 de diciembre de 2019, en el Centro Médico ‘XXX’, sito en la calle Billinghamurst xxxx de esta ciudad, en oportunidad en que realizó una cirugía en el cuerpo de J.D., producto de la cual le provocó lesiones gravísimas e irreversibles, consis-

tentes en una encefalopatía hipoxia secundaria a paro cardiorrespiratorio, en virtud de la cual, la nombrada, ha perdido en forma permanente la movilidad de sus cuatro miembros, encontrándose dependiente de por vida de toda actividad de la vida cotidiana, vigil, inconsciente, siendo alimentada por sonda por yeyunostomía y ventilación espontánea por traqueotomía.- Ello, al someterla a una multiplicidad de cirugías -liposucción, recambio de prótesis mamarias, bichectomía y gluteoplastía-, excediendo lo estipulado en el consentimiento informado suscripto por la paciente y lo declarado en el contrato de locación convenido con clínica donde se realizó la intervención, siendo que, en ambos, se hace referencia a los tres primeros procedimientos, pero se descarta el correspondiente a la gluteoplastía-, omitiendo valorar los peligros de la intervención y asumiendo un riesgo para el cual el centro médico escogido no se encontraba acondicionado, a la vez que colocó a la paciente en una situación que podría haberse revertido de practicarse la intervención en un hospital o clínica con acceso al equipamiento correspondiente, al personal médico pertinente y a unidad de terapia intensiva, ello sumado al retraso registrado en la intervención de la paciente.

Asimismo, se atribuyó el haber efectuado el procedimiento antes descrito en el lugar, día y hora antes mencionado, excediendo los límites de su autorización, por cuanto no registra especialidad en la materia”.

El hecho fue calificado por la fiscalía como constitutivo de los delitos de lesiones culposas de carácter gravísimas, ejercicio ilegal de la medicina y usurpación de título, los que concurren en forma ideal entre sí, por las que deberá responder en carácter de coautor penalmente responsable (cfr. arts. 45, 54, 94 en función del art. 91, 208 y 247, CP).

II. Probanzas. Análisis

En cuanto a las probanzas se realiza una amplia recolección de prueba documental detalladas en el fallo rescatando, por su importancia rescato la historia clínica de J.D. aportada por la Clínica Bazterrica, Clínica Santa Catalina y Clínica Alcla y las declaraciones testimoniales de los doctores Guillermo Alejandro D.L, Eduardo Gabriel M** y Omar Ángel G**, e Informe Pericial efectuado por la Dirección de Medicina Forense del CMCABA entre tantas otras.

En primer término, se debe aclarar que de acuerdo a los informes de los médicos mencionados el estado prequirúrgico J.D no presentaba las condiciones adecuadas para semejante intervención quirúrgica, en realidad abarcaba cuatro.

En efecto, el Dr. Eduardo Gabriel M**, médico forense y médico anestesiólogo, con base en los exámenes prequirúrgicos de J.D., y con relación al riesgo asumido a la hora de llevar adelante las operaciones afirmó que “[d]esde ya, por sí mismos no son predictores de un desenlace como el ocurrido, pero hablan de una paciente portadora de una enfermedad sistémica y un riesgo de ASA 2, donde habría que determinar, si la prioridad habría sido el estudio clínico de la paciente o la operación estética. Quien decide si debe hacerse una estética, frente a estos antecedentes es el cirujano”.

Por su parte en su declaración testimonial el Dr. Guillermo Alejandro D.L sostuvo que “... la paciente no estaba en condiciones de ser sometida a dicha cirugía. Tenía una leucocitosis, consistente en glóbulos blancos elevados, indicador de un proceso infeccioso inflamatorio y, tenía elevada la FAN (fracción antinuclear), que es el indicador de un proceso autoinmune. Además, venía con cuadros de diarrea crónica, le tenían que hacer una videocolonoscopia para determinar a qué se debía. Hay unos análisis prequirúrgicos donde se puede observar la leucocitosis y el FAN aumentado. En base a ello, considero que no estaba en condiciones de ser operada, que no era el momento adecuado para someterla a una cirugía de las características de las que se sometió”.

En idéntico sentido, el Dr. Omar Ángel G**, médico especialista en cardiología y medicina legal, consideró que “J.D. se realizó una cirugía con fines estéticos. Llama la atención que en el presente caso se realizó un análisis de laboratorio prequirúrgico muy amplio, sin embargo, no aparece que se haya solicitado un coagulograma, que es uno de los estudios que se deben solicitar. El coagulograma es importante ya que sirve para descartar trastornos en la coagulación o en los mecanismos de coagulación del paciente, saber si el paciente presenta propensión al sangrado. Es una variable que se tiene que considerar durante la cirugía y el post operatorio. También llama la atención que la paciente J.D. tenía marcadores de un proceso inflamatorio. Puntualmente, una proteína C y factor antinuclear reactivos. También surge que la paciente tenía antecedentes de episodios diarreicos -diarrea crónica y refiere que tenía programado un estudio de videocolonoscopia. Dicho esto, y habida cuenta de que se trataba de una cirugía estética, las condiciones de la paciente no eran óptimas para una cirugía, sobre todo de las

dimensiones de la programada. Si uno realiza el análisis de los resultados de laboratorio pre quirúrgico, y considera que se trata de una cirugía estética y programada, y no terapéutica, arriba a la conclusión que podía ser diferida y programada hasta tanto tener un diagnóstico de certeza o presuntivo del estado de la paciente...Obviamente el cirujano, en base a lo contestado antes, no debió haberla operado”.

Basado en dichos antecedentes la Juez explicita que: “En definitiva, y aun cuando hubiera alguna discusión acerca de la imposibilidad de avanzar hacia las cirugías por los resultados del laboratorio de la víctima, lo cierto es que no puede haber dudas en que se trataba de una intervención estética, que no tenía urgencia ni se alegó que la tuviera. Asimismo, que los indicadores eran claros en cuanto a la necesidad de estudiar en profundidad el estado de salud de la paciente, lo cual ameritaba, cuanto menos, posponer la cirugía. Esa era sin lugar a dudas la conducta debida y obligatoria en las condiciones de J.D”.

Como un eslabón más de la cadena de errores llevados adelante por el acusado se advierte por parte de los peritos médicos – Dr. Guillermo Alejandro D.L, Dr. Eduardo Gabriel M**, Dra. Peretti – que el establecimiento donde se lleva a cabo la intervención quirúrgica a J.D. ha sido en una clínica ambulatoria que no contaba con terapia intensiva e instalaciones recomendadas para este tipo de cirugías, como ser laboratorio y servicio de hemoterapia, pues la transfusión de sangre aun cuando en algunos casos pudiera no hacerse, sí fue indicada en el caso de J.D. Las condiciones deficitarias alegadas se hallan probadas a partir del informe pericial de la Dirección de Medicina Forense, que deja en claro que la clínica XXX no contaba con una estructura con complejidad adecuada y por lo tanto la cirugía no se ajustó a las pautas de seguridad necesarias. La clínica XXX se trataba de un centro médico habilitado para cirugía menor o mayor que no superara las seis horas de recuperación, y éste no era el caso. En las conclusiones del informe se estableció que “... la multiplicidad de intervenciones programadas para un mismo acto, con previsión de transfundir glóbulos rojos daría un marco asistencial por fuera de los límites descriptos en la habilitación pertinente, según reglamentación, y de las posibilidades admisibles y por fuera de las normas de habilitación de la Clínica XXX”.

Otro yerro cometido por F.J.S.M, ya en el contexto de la intervención quirúrgica, es el detalle de la cantidad de lidocaína suministrada a la paciente – 4 frascos de lidocaína al 2%, que representan 1.600mg –. En efecto, un suministro

en exceso puede provocar un cuadro de toxicidad para el organismo de la paciente, y causar un episodio cardíaco que determine el desenlace lesivo. Es así que el Dr. Omar Ángel G** explicó detalladamente el efecto tóxico de la lidocaína suministrada en forma excesiva y cómo, sumado al sangrado importante y no registrado que tuvo J.D. durante la operación — constatado a partir de los análisis de sangre anterior y posterior a la intervención —, desencadenó el ataque cardíaco.

Obviamente para este tipo de intervención es necesario el consentimiento informado del paciente, en este caso de J.D. se excedió del mismo. El documento se obtuvo a partir del allanamiento realizado en la clínica XXX y se encuentra agregado como anexo a la denuncia. De allí se advierte que se le han realizado cuatro intervenciones quirúrgicas -liposucción, recambio de prótesis mamarias, bichectomía y gluteoplastía- pero sólo para las primeras tres J.D. había prestado su consentimiento en tanto se omitió toda referencia a la última.

Para coronar esta serie de “impericias” la Juez relata que la paciente luego de la intervención no fue monitoreada de manera presencial, pese a que era necesario. A la vez, las instalaciones de la clínica en la que se llevó a cabo la cirugía no eran adecuadas para el tratamiento de cualquier urgencia que se presentara. J.D. estaba acostada sobre una cama no apta para realizarle maniobras de reanimación, y que al momento en que eso fue necesario y urgente no se contaba con los instrumentos adecuados para hacerlo de la manera más eficaz y con la persona imprescindible, pues tuvo que pedirse a la anestesióloga que vuelva a la clínica. Ha quedado en claro que el monitoreo multiparamétrico no señalaba el ritmo cardíaco imperante al momento del evento cardiovascular.

De acuerdo al informe de la Dirección de Medicina Forense, la paciente se encontraba aislada en una “sala de recuperación” ajustada a un monitor multiparamétrico y al producirse la descompensación hemodinámica y al sonar la alarma del monitor se movilizó personal no médico y médico; es decir, en dicha sala de recuperación la paciente se encontraba sin ningún profesional que la monitoreara. Tanto los peritos de parte como los de oficio destacan que “...las medidas de reanimación iniciales fueron tardías, dada la evolución ulterior de la paciente, es decir, hacia una encefalopatía hipoxia /anóxica post paro” por lo que se deduce que no fue atendida a tiempo.

III. Análisis por parte de la magistrada. Crítica

Una vez puntualizados los hechos acontecidos en perjuicio de J.D. como así también el cúmulo de pruebas aportadas a la causa que respaldan lo acontecido se llega a una cuestión dilemática en la que se enmarca la decisión jurisdiccional. Pues, en principio la magistrada parece inclinarse en base a sus atestaciones, estar ante un actuar doloso y por ende no homologar el acuerdo de las partes, para finalmente decidirse por un panorama completamente distinto que no guarda razonabilidad con el comportamiento del acusado, y expedirse por una pena exigua ante el gravísimo daño ocasionado a la víctima y homologar el acuerdo sobre la base de lesiones gravísimas culposas (art. 91 y 94 del C.P.).

En efecto, así lo expresa: “Debe formar parte de los fundamentos de esta sentencia el explicitación de que la tarea de encuadre legal de los hechos me condujo por la senda de considerar como respuesta justa la decisión de rechazar el acuerdo en virtud de que resultaría o podría resultar aplicable una calificación legal que deje en claro la comisión de un actuar doloso por parte del imputado. Al estudiar el caso advertí que del cúmulo de riesgos generados y asumidos por el acusado resulta difícil imaginar que no se hubiera representado como improbable el resultado sucedido, o al menos, un desenlace dañoso para J.D. Me fue posible entonces deducir que el síndrome de riesgo que el acusado se representó se asemeja más al síndrome de riesgo típico del delito doloso que del delito imprudente, aunque también es cierto que el límite en casos como éste puede tornarse difuso, es decir, que —sin lugar a dudas— es una cuestión discutible”. -

Muta su primigenia apreciación poniendo en tela de juicio el hecho de que J.D. aceptó realizarse la cirugía previo a un consentimiento informado y eso le da pie para aseverar “...la razón de por la que nos hallamos analizando la conducta de F.J.S.M. como un obrar imprudente es porque partimos de la base de la exclusión del injusto por la concurrencia de una causa de justificación, concretamente, por la existencia de un consentimiento informado”.

La Ley 26.529 en su artículo 5° determina las pautas a seguirse en el consentimiento informado: Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los

beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Según las copias del consentimiento informado firmado por J.D. se le comunicaron los incs. b, c, d y e no así el a) que se refería al estado de salud en que se encontraba la paciente antes de la intervención, justamente el pre quirúrgico, es decir, si estaba en condiciones de ser sometida a las cuatro operaciones.

Si bien se está en presencia de un procedimiento quirúrgico no curativo sino estético – lo que determina que la persona concurre voluntariamente ante el médico – el hecho que la paciente haya sido informada de los riesgos que traía aparejada tal operación, mediante la firma del consentimiento informado, ello no implica un bill de indemnidad para el cirujano para eximirlo de toda responsabilidad ante cualquier contingencia adversa que sobrevenga en el curso de la operación o que provoque él mismo por acción o por omisión de sus obligaciones como médico cirujano. El paciente se entrega a la sapiencia que supone va desplegar sobre su cuerpo el galeno y ello debe ser tenido en cuenta para juzgar una supuesta mala praxis por parte de éste ante el no cumplimiento de los deberes referidos a su arte. Es más, el paciente está convencido que cualquier situación crítica que sobrevenga y que rebase los márgenes del consentimiento informado, va a ser solucionado de manera idónea por el profesional. La magistrada apela al denominado “consentimiento hipotético” argumento que proviene de la jurisprudencia civil alemana. En mi concepto no aplicable a este caso en particular.

En un determinado momento la cirugía se complica y pasa a ser de una naturaleza curativa en ocasión en que J.D. comenzó a descompensarse en virtud de los niveles altos de lidocaína que se le había suministrado a la paciente por lo que el acusado comenzó a aplicar maniobras para estabilizarla. Ya en este tramo funciona el estado de necesidad que margina el consentimiento informado pues de todas formas en el estado en el que se encontraba J.D. era imposible obtenerlo.

Es en este momento en que la juez manifiesta: “Ante esta plataforma, es fácil advertir los contornos difusos del caso que hacen igualmente probable tanto una imputación a título doloso, como también de una severa culpa con representación bajo la suposición de que F.J.S.M. actuó primero con el consentimiento hipotético de J.D. y, luego, presunto”.

Al momento de hacer la denuncia, la querrela solicitó que se investigara una posible comisión de los hechos a título de dolo o la aplicación de la figura prevista en el art. 84, CP bajo la consideración de que J.D. podría considerarse muerta. -

El fiscal del fuero nacional que intervino en las primeras medidas de investigación, postuló luego la incompetencia a favor de este fuero bajo el encuadre típico en el delito de lesiones culposas. Dicha calificación primigenia se sostuvo luego al culminar la investigación. La misma Juez considera que bajo el razonamiento jurídico que sigue a continuación, queda en evidencia que la cantidad de descuidos que rodearon la intervención quirúrgica practicada a J.D., tras un juicio oral y público, podrían haber determinado la existencia de un actuar que superó el actuar imprudente, ingresando en el plano de lo que la doctrina señala como un actuar doloso, cuando menos con dolo eventual.

El fundamento del dolo eventual está en el razonamiento que permite concluir en que los resultados cargados a ese título, si bien es cierto que no han sido queridos directamente, no se ha dejado tampoco de quererlos, puesto que no se han evitado; por eso dice Beling que no es necesario precisamente que el autor lo quiera sino que basta con que “no lo quiera”²¹.

Así también al dolo eventual se lo ha denominado dolo indeterminado o condicionado y se da cuando el autor acepta, asiente, toma a su cargo o desprecia las probables consecuencias del hecho que no quiere causar, pero sabe que muy probablemente puede ocasionar, es decir, hay una gran probabilidad – pero no certeza – de que ocurra el resultado disvalioso, pero el autor igualmente sigue adelante con su obra, aceptando o asumiendo o despreciando la posibilidad que pueda ocurrir. Desprecia la posibilidad de que el daño ocurra.²²

Habrà dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado. Esta posibilidad considerada por el agente como parte del plan distingue el dolo eventual de la imprudencia consiente. El mero deseo que la afectación no ocurre no excluye el dolo eventual, dado que en éste el sujeto no acepta el resultado sino la posibilidad de la producción del resultado.

²¹ FONTÁN BALESTRA, C., “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, 2º Ed., p. 262.

²² BASÍLICO, R., - VILLADA, J., “Derecho Penal Parte General (Libro de estudio)”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 225/226.

Se pone como ejemplo el famoso caso de los llamados “mendigos rusos”, éstos mutilaban niños para excitar la compasión, pero algunos niños morían como consecuencia de las mutilaciones. Por supuesto que de haberlo sabido no los hubiesen mutilado, pues muertos no les servían, o sea que ellos no aceptaban el resultado, pero mutilaban pese a saber que los niños podían morir, con lo cual aceptaban la posibilidad de producción del resultado.²³

Hecha esta digresión para ubicarse en lo que se está tratando a fin de entender el razonamiento primigenio de la Juez quien con énfasis afirma: “Existen buenas razones para así sostenerlo, pues dado que el imputado es cirujano bien podría afirmarse que se representó la posibilidad de un resultado lesivo como el efectivamente ocurrido y, aun así, con consentimiento o indiferencia ante esa posible producción, actuó de todos modos.

El cúmulo de comportamientos descuidados – que se reflejan en el estado actual e irreversible de la víctima – resulta difícil de sostener como una conducta cuyo resultado no fue representado”.

Si se toma en cuenta la secuencia de desaciertos cometidos por el acusado, esto es: el estado prequirúrgico de J.D. que en realidad le impedía someterse a las operaciones previstas, no obstante se llevó a cabo las cuatro intervenciones quirúrgicas; en una clínica que como se ha observado ut-supra no estaba en condiciones o equipada para realizar aquéllas; el exceso de lidocaína en el cuerpo de la víctima suministrado por el acusado; el seguimiento deficitario que tuvo J.D. en el posoperatorio, debido no sólo a la improvisación de F.J.S.M. sino al equipamiento defectuoso cuya necesidad quedó en evidencia; la ausencia de una especialidad por parte del médico. Esta sumatoria de inconveniencias llegan a sostener, como lo hace la magistrada, a que resulta difícil sostener que no conocía o no debía conocer el excesivo riesgo que ello conllevaba, circunstancia que alcanza para configurar un actuar doloso.

Siguiendo el hilo conductor del relato y al amparo de tales atestaciones bien podría concluirse que F.J.S.M. debió haberse representado o imaginado un resultado como el efectivamente ocurrido, y aun así asumiendo la posibilidad de que se concretara tal riesgo en un resultado lesivo decidió operar igualmente a J.D. Sobre el punto se ha dicho que “[s]i el autor sabe que no es improbable que se den todos sus elementos, y aun así actúa, ya realiza el tipo (dolosamente)”.

²³ ZAFFARONI, R., - ALAGIA, A., - SLOKAR, A., - “Manual de Derecho Penal (Parte General)”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, 2º Ed., p. 407

Luego de todo lo dicho me llama profundamente la atención que la misma persona – Juez – que afirmó todas las contingencias expuestas homologue un acuerdo donde se caratula la causa como lesiones gravísimas imprudentes (arts. 91 y 94 del C.P.), acuerdo al que llegaron los padres de la víctima y el fiscal. Imponiendo una pena escueta de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación también de dos años al acusado que encima no reside en el país sino en Bolivia fijando residencia en Carmela Cerruto XXX, Cochabamba, estar bajo la supervisión del Patronato de Liberados, realizar una entrega dineraria por un total de \$200.000 (pesos doscientos mil) a favor de Alcla -Clínica de Rehabilitación Integral, realizar el “Taller de Comportamiento Ciudadano” y la prohibición de ingreso al país. Además, en la parte decisoria se dispone la comunicación – una vez firme esta decisión – al Registro Nacional de Reincidencia, a la Policía Federal Argentina y a la Dirección Nacional de Migraciones, al Consulado General de Bolivia en Buenos Aires y dar intervención, mediante sistema informático EJE, al Patronato de Liberados de la CABA a efectos de que controle el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

Si bien el avenimiento es un instituto adecuado para cerrar un capítulo de un acontecimiento trágico, el magistrado está en condiciones de homologarlo o no y en este caso se decide por la alternativa positiva, cuando hay de por medio una persona que por culpa de un médico inescrupuloso y salteándose una serie de pasos indispensables en su materia, deja a la víctima en un estado vegetativo.

Yendo a otro aspecto el Ministerio Fiscal acusa a F.J.S.M por el delito de ejercicio ilegal de la medicina – art. 208 inc. 1° del C.P. – lo cual es descartado pues no registraba la especialidad de cirujano plástico-reparador cuando no se exige actualmente esa especialidad en el país y el acusado es médico cirujano recibido en la Universidad Mayor San Simón de Cochabamba, Bolivia y se encontraba registrado en Argentina bajo la matrícula de médico n° XXXXXX de fecha 29/12/2008 de acuerdo con lo informado por el Ministerio de la Salud, así como también surge del informe del Hospital Bernardino Rivadavia la validación del título realizada en fecha 23/12/2008.

Aunque la Dirección de Medicina Forense, indica específicamente que, si bien basta para realizar la intervención que se posea título habilitante de grado, “... la especialización es a los fines de anunciarse”. Concretamente se remarca que aquel profesional de la medicina que quiera anunciarse al público como especialista en cierta rama de la medicina, debe ser especialista y estar registrado como tal, de acuerdo con lo que establece la normativa legal y sus reglamentaciones.

Por otra parte, la Sociedad de Cirugía Plástica de Buenos Aires señaló que para “... ser cirujano general y luego 3 años de carrera de especialista, ya sea por Universidad habilitada (UBA, UCA, SALVADOR) o a través del sistema municipal de residencias médicas del GCBA. En nuestro país no existe una Ley de Especialidades que regule los procedimientos que puede realizar cada especialidad”.

Pero la Academia Nacional de Medicina recomendó que, como en toda especialidad médica, y concretamente la de cirugía plástica, el cirujano debe obtener la certificación profesional que otorgan las sociedades científicas, con el aval como garantía de idoneidad del consejo de certificación de la Academia de Medicina. F.J.S.M. sólo registraba, según el informe del Hospital Bernardino Rivadavia, un cargo de concurrente en el hospital en la especialidad en cirugía plástica y reparadora, pero ello no constituye un título de especialidad por sí mismo, pues en principio sólo se trata de una capacitación.

También se descarta la imputación hecha por el Fiscal de usurpación de títulos y honores – art. 247 inc. 1º del C.P. –. F.J.S.M. no puede ser considerado autor de este delito ya que el imputado completó sus estudios de grado en ciencias médicas en la República de Bolivia (médico cirujano) y se encontraba registrado en Argentina bajo la matrícula de médico. Contaba con la habilitación que el Estado otorga para realizar una intervención quirúrgica como la practicada a J.D. (título de médico cirujano y matrícula) y le resultaba suficiente dicha titulación. No requería ser especialista para realizar la intervención médica, le bastaba con ser médico y tener matrícula de acuerdo con las exigencias de la ley.

De modo que al suprimir los anteriores tipos penales imputados por el Fiscal, la Juez encuadra los hechos en el delito de estafa (art. 172 del C.P.) considerando que el acusado si bien estaba habilitado para realizar cirugías se ofertaba al público con el objeto de captar clientes como médico cirujano especialista en medicina plástica y reparadora, cuando él no registraba tal especialidad, lo que contraría el artículo 20 inc. 10 de la Ley 17.732 que establece: “Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:... inc. 10: anunciarse como especialista no estando registrado como tal en la Secretaría de Estado de Salud Pública...”.

Es decir, mediante el ardid de adjudicarse un falso título captaba los/as pacientes quienes depositaban su confianza en la idoneidad del acusado dándose los requisitos de ardid-engaño- y disposición patrimonial.

Si bien el Fiscal en su libelo acusatorio no hace mención de la violencia de género, la magistrada esboza unos párrafos sobre particular apelando a conceptos

vertidos por Wolf y Pineda²⁴ sobre lo que esta última denomina “Violencia estética” que deviene de la violencia sexista que impulsa a las mujeres en base a cánones patriarcales de belleza y que se traduce en la violencia por género que se advierte en el hecho de que mientras en las mujeres la belleza o su búsqueda es vista como un signo de feminidad, a los hombres no les es exigida y su búsqueda puede ser vista como una disminución de su virilidad. Todo ello impele a la búsqueda del perfeccionamiento de la belleza para escalar en el ámbito laboral, social, económico, etc.

IV. Conclusión

La decisión judicial del presente caso presenta algunos perfiles, a mi criterio, cuestionables, ya adelantados en el ítem anterior en lo que a su parte nuclear se refiere.

El avenimiento al que llegan las partes – defensor, fiscal, querellante e imputado – más allá de tratar de solucionar el entuerto sin que se ventile en un juicio oral, en mi concepto no debería haberse homologado – esto es una facultad que ostenta la magistrada – más que nada porque a lo largo del decisorio se va pronunciando en un sentido argumental completamente diferente al que luego arriba y las probanzas son contundentes.

En efecto, prolijamente detalla todos los medios de prueba que se han aportado a la causa que respaldan lo reconocido por F.J.S.M. en el sentido que todas las secuencias erróneas que tuvieron lugar en la intervención quirúrgica plástica de J.D. son atribuibles exclusivamente a la impericia y omisiones del acusado. El prequirúrgico que indicaba a todas luces que la paciente no presentaba las condiciones adecuadas para ser sometida a semejante operación – liposucción, recambio de prótesis mamarias, bichectomía y gluteoplastia –; establecimiento sanitario inadecuado y no calificado para realizarla, tal como lo expresan los diferentes peritos; exceso de lidocaína – cuatro frascos que contenían 1.600mg – en el tramo de operación que provoca el desenlace de un episodio cardíaco que desencadena una falla circulatoria ya que según uno de los peritos médicos cuando se excede el máximo permitido de la dosis, se llega a niveles tóxicos, y eso puede generar, inicialmente, fenómenos neurológicos como convulsiones, y

²⁴ WOLF N., “El mito de la belleza”, Ed. Emecé, Barcelona, 1991; PINEDA E., “Bellas para morir”, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2020.

finalmente toxicidad cardíaca, que puede afectar el sistema de excitación y conducción del corazón y la función contráctil del corazón, lo que deriva en un paro cardíaco en una paciente anémica; posteriormente ésta no fue alojada en el lugar adecuado encontrándose sola en la habitación conectada a un monitor multiparamétrico y cuando se produce su descompensación el perito señala que: "... las medidas de reanimación iniciales fueron tardías, dada la evolución ulterior de la paciente, es decir, hacia una encefalopatía hipoxia/anóxica post paro"; la cama en la que se encontraba no era apta para la reanimación al extremo de tener que depositar a la paciente en el piso para buscar una superficie dura donde se pudiera realizar la maniobra.

En definitiva J.D. resultó lesionada al punto tal de encontrarse en un estado psicofísico irreversible, imposibilitada para trabajar, hablar y valerse por sí misma de por vida, habiendo perdido la movilidad en sus cuatro miembros, con diagnóstico de encefalopatía hipoxia retardada, causada por un paro cardíaco. -

El hecho de haber obtenido por parte de J.D. el consentimiento informado con respecto a las intervenciones quirúrgicas acordadas no exime al facultativo o le da pie para actuar con semejante desprolijidad, si así se puede llamar. Es más, en principio la magistrada desliza el siguiente razonamiento: "Debe formar parte de los fundamentos de esta sentencia, la explicitación de que la tarea de encuadre legal de los hechos me condujo por la senda de considerar como respuesta justa la decisión de rechazar el acuerdo en virtud de que resultaría o podría resultar aplicable una calificación legal que deje en claro la comisión de un actuar doloso por parte del imputado. Al estudiar el caso advertí que del cúmulo de riesgos generados y asumidos por el acusado resulta difícil imaginar que no se hubiera representado como improbable el resultado sucedido, o al menos, un desenlace dañoso para J.D.". Es decir, que en algún tramo del decisorio pasó por su entendimiento rechazar el acuerdo pues ante las actitudes disvaliosas llevadas adelante en forma secuencial por el acusado la calificación legal rondaba más el delito doloso - eventual - que el delito imprudente, reconociendo que el límite es difuso y hasta discutible. Por ello, admite que bajo el razonamiento jurídico que sigue a continuación - en la resolución - queda en evidencia que la cantidad de descuidos que rodearon la intervención quirúrgica practicada a J.D., tras un juicio oral y público, podrían haber determinado la existencia de un accionar que superó el actuar imprudente, ingresando en el plano de lo que la doctrina señala como un actuar doloso, cuando menos con dolo eventual.

Y es así como yo lo veo, pues los detalles de los yerros cometidos por el acusado son sucesivos en el tiempo, es decir, que siempre llegó tarde para enmendarlos y no obstante ello siguió adelante pudiendo presumir el resultado dañoso al cual conducía indefectiblemente esa operación y desdeñando el acontecimiento siguió su curso. Acto prototípico que representa el dolo eventual.

Hasta ahí la magistrada lo veía de esa manera pues aseveraba que el cúmulo de comportamientos descuidados – que se reflejan en el estado actual e irreversible de la víctima – resulta difícil de sostener como una conducta cuyo resultado no fue representado.

¿Ante todo, lo dicho, me resulta difícil comprender cómo no ejerce el derecho de la no homologación del acuerdo al que habían llegado sin mayor esfuerzo las partes, aduciendo conocer el estado de la víctima, el dolor de sus padres y que el hecho de no homologar el acuerdo traería más congoja a los interesados? ¿De esa forma quería retribuir el daño causado con una condena y dar por finalizado el proceso en relación a F.J.S.M. en tanto éste residiera en Bolivia de donde era oriundo?

Se desechan las otras acusaciones tales como ejercicio ilegal de la medicina (art. 208 inc. 1º) y usurpación de títulos y honores (art. 247 párr. 1º). En el primer caso porque el acusado poseía el título de médico otorgado por la Universidad Mayor San Simón de Cochabamba, Bolivia y además se encontraba registrado en Argentina bajo la matrícula XXXX, lo cual se adecuaba a las reglas de práctica. Y en el segundo tampoco se daba el tipo porque no requería ser especialista para realizar la intervención médica, le bastaba con ser médico y tener matrícula de acuerdo con las exigencias de la ley. De modo que caratula su accionar como estafa (art. 172 del C.P.) pues se atribuía una falsa especialización en cirugía estética y restauradora – contrariando el art. 20, inc. 10º, ley 17.132 – captando bajo esa pátina a los incautos pacientes/as que depositaban su confianza de su vida en las manos de este improvisado.

Finalmente, cabe hacer una apreciación con respecto a la imposición de las reglas de conducta que rigen en este avenimiento durante el término de dos años de conformidad con la pena impuesta de dos años de prisión en suspenso sin costas: 1) fijar residencia en Carmela Cerruto XXX, Cochabamba, Bolivia; 2) estar bajo la supervisión del Patronato de Liberados; 3) realizar una entrega dineraria por un total de \$200.000 (pesos doscientos mil) a favor de Alcla -Clínica de Rehabilitación Integral-; 4) Realizar el “Taller de Comportamiento Ciudadano”; y

5) la prohibición de ingreso al país. Dar comunicación al Centro Nacional de Reincidencia, a la Policía Federal Argentina y a la Dirección Nacional de Migraciones, al Consulado General de Bolivia en Buenos Aires y dar intervención, mediante sistema informático EJE, al Patronato de Liberados de la CABA a efectos de que controle el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

¿Ahora bien, alguien cree seriamente que este individuo puede ser controlado de alguna manera para que no ejerza la profesión en Bolivia con el riesgo de provocar otros desmanes? ¿Por más que se comunique a la Dirección Nacional de Migraciones, al consulado general de Bolivia en Buenos Aires y dar intervención mediante el sistema informático Eje al Patronato de liberados de la CABA para que controle el cumplimiento de las reglas de conducta, se podrá cumplir con esto? Considero que es un mero formalismo sin mayor relevancia que no hace otra cosa que esconder la impunidad de F.J.S.M., y digo impunidad pues me resulta harto difícil de comprender cómo las partes llegan a un avenimiento concertando una pena módica ante un hecho plagado de irregularidades con las consecuencias ya mencionadas sobre J.D. y que la magistrada lo homologue.

Después de todo lo expuesto y de cómo se ha definido este caso no nos lamentemos por Silvina Luna y varias otras más.

EL CONTRATO DE OBRA Y EL DEBER DE SANEAMIENTO

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La convocatoria del Instituto Peruano de Derecho para celebrar el XX Congreso Nacional de Derecho Civil en conmemoración de los 40 años de vigencia del Código Civil, impuso el particular desafío de formular una adecuada selección del tema a desarrollar. En función de ello, se seleccionó para esta edición de la Revista Jurídica de Cuyo, luego de formular un estudio comparado, la relación existente entre el contrato de obra y el saneamiento por los vicios y defectos del opus, regulado en el Código Civil y Comercial argentino.

La importancia del tema, surge natural, dado que la celebración de contratos de obra sobre inmuebles o muebles, es muy cotidiano en la sociedad, razón por la cual se estima que el estudio de la evolución del tratamiento legislativo y doctrinario, permitirán construir un aporte para el perfeccionamiento de los institutos.

II. El contrato de locación de obra

2.1. En el Código Civil y Comercial argentino

El conocimiento del complejo entramado del régimen legal del contrato de obra, se inicia, en el contenido del artículo 1768 Cód. Civil y Comercial, relacionado con la actividad del profesional liberal, la cual se encuentra sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer.

Relacionado con ello, el artículo 773 describe que la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho.

En la siguiente norma se introduce, una clasificación de los servicios que se prestan conforme a la definición dada en el contrato respecto del bien que satisfecerá en interés del acreedor y la promesa que realiza quién presta el servicio. En ese sentido, el inc. a) describe una típica obligación de medio dado que no se garantiza el éxito de la prestación. En cambio, en el inc. b) y c) se compromete a un cierto resultado, con la diferencia que en el primero no se asegura que será eficaz y en el siguiente, sí.¹

La tipificación del contrato de obra, tiene un capítulo especial cuando se lo compara con la compra venta, en el artículo 1125, al reglar que “cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Si la parte que encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción substancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra”.

Más adelante, se encuentran regulados, en forma conjunta, en el artículo 1251, que “hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.

El artículo 1252 se relaciona con el inc. c) del artículo 774, cuando precisa que “se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega...”.

Como se colige, el Código Civil y Comercial regula una estrecha vinculación entre las obligaciones de resultado, el contrato de obra y la garantía de integridad de la prestación que satisface el interés del acreedor.

¹ Ver: Artículo 1252 Cód. Civ. y Com. Calificación del contrato. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral. Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados.

III. La obligación de saneamiento

3.1. Concepto

El Código Civil y Comercial, en la parte general de los contratos (tít. II del Libro Tercero “Derechos personales”) cuando trata sus efectos (cap. 9) en la Sección 4ª regula la “obligación de saneamiento”, sin precisar un concepto legal de la figura. Ello impone al investigador la necesidad de indagar sobre el significado del vocablo *saneamiento*, resultando que remite a la “acción y efecto de sanear”², entendiéndose que este vocablo tiene significados múltiples que son aplicables a la ciencia jurídica cuando se hace referencia a “reparar o remediar algo” o a “indemnizar al comprador por la evicción o por el vicio oculto de la cosa vendida”³. Sin duda, ambos significados compatibilizan con la normativa reguladora de la garantía de saneamiento prevista en el Código Civil y Comercial, conforme será expuesto *infra*.

Sánchez Herrero precisa que “sanear consiste en reparar o remediar la evicción o el vicio oculto que afectan al bien objeto de un contrato. En su versión más típica, la garantía la asume el enajenante de un bien a título oneroso y beneficia al adquirente”⁴.

Por su parte, Leiva Fernández indica que “la obligación de saneamiento es debida por todo transmitente de un bien, cualquiera sea la causa de la transmisión, un contrato u otro acto jurídico, siempre que sea a título oneroso e incluso en la división de bienes comunes, v.gr., en la división de condominio, división de sociedad conyugal o partición de herencia. Se responde tanto por la transmisión a título oneroso de cosas, como de bienes en sentido estricto... se trata de un supuesto de responsabilidad poscontractual de origen legal, de modo que opera cuando se han cumplido las prestaciones principales del contrato, de modo que salvo el supuesto que se trate de contratos en los que la prestación no se cumpla de inmediato —v.gr., pago diferido o en cuotas—, la mayoría de los casos será poscontractual”⁵.

² <http://dle.rae.es/?w=saneamiento>.

³ <http://dle.rae.es/?id=XCL17Zm>.

⁴ Sánchez Herrero, Andrés, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Andrés Sánchez Herrero (Director), Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016, t. IV “Contratos - Parte General”, p. 616.

⁵ Leiva Fernández, Luis, comentario al art. 1033 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Jorge H. Alterini (Director General), Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016, 2ª ed. actualizada y aumentada, t. V arts. 957 a 1122, p. 557. Ver: Barocelli, Sergio S., comentario art. 1033 y ss. en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, Garrido, Borda, AL-

Como se colige, el Código Civil y Comercial precisa un concepto sustancial restringido de la obligación de saneamiento, limitando su operatividad a garantizar al adquirente, por evicción y por los vicios ocultos, cuando se trata de una transferencia de bienes a título oneroso.

Nicolau, por su parte, estima que “empleando el criterio amplio de la palabra *sanear* la ‘obligación de saneamiento’ sería la obligación que tiene el transmitente de reparar el daño que sufre el adquirente si es vencido en el derecho por un tercero (evicción) o si la cosa transmitida tiene un vicio en su materialidad (redhibición). Desde esta perspectiva no puede comprenderse la obligación que tiene el adquirente de citar a juicio al transmitente para su defensa...”. Por ello, citando a Alterini, marca que “saneamiento es un término más abarcativo que comprende evicción y redhibición. Puede incluirse bajo la noción de saneamiento: a) la citación para defensa en juicio; b) la acción para que se baje el precio en caso de redhibición; c) la acción para pedir cumplimiento. El nuevo Código toma el concepto amplio, pero omite la citación para defensa en juicio que la remite al parágrafo de la Evicción (art. 1046)”⁶ (5).

Esta apreciación asimila en la figura del saneamiento, el derecho sustancial con el modo de cómo ejercer en un proceso judicial dicho derecho para reclamar la remediación de los daños, cuando se produce la perturbación del derecho sobre el bien recibido por un tercero o el mismo bien contenía un vicio que lo transformaba en impropio para su destino.

Ahora bien, en procura de precisar la ontología de la obligación de saneamiento contractual no se puede soslayar que en términos generales y como una derivación natural del liminar principio de la buena fe reglado en los arts. 9º, 961 y conc. del Cód. Civ. y Com., en el estado actual de evolución del derecho, sin lugar a hesitación se puede aseverar como principio general que en todo contrato oneroso existe implícito el deber de garantizar la integridad de la prestación dada a la otra parte, por cuanto existe vigente la premisa de no dañar que implica un deber de protección de los intereses de la contraparte, dado que los contratos no son herramientas jurídicas para la explotación de uno sobre otros sino de colaboración para la recíproca satisfacción de las necesidades entre los seres humanos en sociedad.

ferillo (Directores), Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá, 2015, t. 2, p. 292.

⁶ Nicolau, Noemí, “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 145. Cita online AR/doc.429/2015.

Al respecto Leiva Fernández, siguiendo las enseñanzas de Barbero, señalaba que “no cabe duda que la responsabilidad que surge en los actos a título oneroso por evicción o vicios redhibitorios se origina en una etapa posterior al cumplimiento de las prestaciones principales del contrato”⁷.

Gherzi, respecto del tema, previene que “la garantía de evicción y vicios redhibitorios es un elemento natural en la contratación, de allí que —sobre todo en la contratación por adhesión— sea importante lo atinente a su eliminación o limitación. Creemos que la renuncia o limitación de la responsabilidad objetiva por evicción y redhibición se debe ejercer en un contexto que implique mantener incólumes los principios jurídicos de la buena fe, el ejercicio regular de derechos, etc. y sobre todo la ecuación económica en el nivel que asegure la equivalencia de las contraprestaciones también con posterioridad a la ejecución contractual”⁸.

3.2. Disposiciones generales en el Código Civil y Comercial

En la dogmática argentina, el artículo 1033 determina los sujetos responsables, precisando que están obligados a cumplir con el deber de saneamiento: a) el transmitente de bienes a título oneroso; b) quien ha dividido bienes con otros; c) sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso.

En otras palabras, la garantía de saneamiento surge a partir de producida la transmisión del dominio de bienes a título oneroso, quedando de suyo, excluidos los gratuitos⁹.

Por su parte, en el artículo 1034 se limita su alcance al estipular que “el obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta Sección, sin perjuicio de las normas especiales”. Esta directiva es de suma importancia por cuanto excluye de la garantía postcontractual, a los defectos o vicios aparentes u ostensibles.

⁷ Leiva Fernández, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, LA LEY, 2002-D, 1336 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 1019; Barbero, D., “Sistema del derecho privado”, EJE, 1967, trad. Sentís Melendo, t. IV, p. 21.

⁸ Gherzi, Carlos A., “Responsabilidad civil por incumplimiento contractual”, en libro Contratos, (Ed. La Rocca, Buenos Aires, 189) p. 228, cita a Boffi Boggero, t. I, p. 100.

⁹ Ver. Artículo 1035. Adquisición a título gratuito. El adquirente a título gratuito puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores.

Para ambas hipótesis incluidas, se enumeró, en el artículo 1038, los casos en los que la supresión y la disminución de la responsabilidad por saneamiento se tienen por no convenidas: a) si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios; b) si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.

El acreedor de la obligación de saneamiento tiene derecho, regula el artículo 1039, a optar entre: a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057.

Por su parte, el acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños, conforme el artículo 1040, en los casos previstos en el artículo 1039, excepto: a) si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; b) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente; d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa. La exención de responsabilidad por daños prevista en los incisos a) y b) no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.

En cuanto a las excepciones enumeradas, se ha sostenido: “para que proceda el resarcimiento del daño, el inc. a) excluye al adquirente que conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios. Ello, en términos, es ajustado a derecho por cuanto el adquirente debe ser considerado de mala fe.

En este caso el transmitente para liberarse de responsabilidad únicamente debe acreditar que conocía que adquiriría un bien con problemas relacionados con su existencia y legitimidad del derecho receptado. No es requisito que acredite la intencionalidad de prevalerse de la situación reclamando un resarcimiento cuando sabía que adquiriría con defecto el bien. Por cierto, que juega en la definición del pleito la proporcionalidad del precio abonado y la promesa de garantía que se dé en función que el inc. b) del art. 1052 regula expresamente que, si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o de cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad. También se considera la ampliación convencional de la garantía que neutraliza la mala fe del adquirente, conforme el inc. a), si lo estipulan las partes con referencias a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido.

En el inc. b) del art. 1040 se relata la buena fe del enajenante cuando regla que no procederá el resarcimiento si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios. Evidentemente en esta norma se deslizó un equívoco conceptual severo y destruye la armonía del régimen, por cuanto agregaría un requisito que no contiene el art. 1033 del Cód. Civ. y Com., para la procedencia de la responsabilidad derivada de la garantía de saneamiento que es la condición de mala fe del transmitente.

Ello es erróneo, dado que la garantía de saneamiento a favor del adquirente siempre es operativa, haya buena o mala fe del transmitente. Es decir, conozca o no la posibilidad de que se le cuestione la existencia y la legitimidad del derecho transmitido al adquirente o el defecto de la cosa.

Establecer que el transmitente de buena fe no responderá por los daños que se ocasione por evicción o por los vicios redhibitorios de la cosa desmorona el sistema implementado, a excepción que se piense que esta clase de transmitente está obligado sólo a responder por las responsabilidades de saneamiento establecidas en el art. 1039 y no por los otros daños derivados de la evicción y de los defectos del bien. Este criterio se contradice con el principio reglado en el art. 1740 Cód. Civ. y Com., de reparación plena por lo cual debe ser descartado.

El inc. c) del art. 1040 Cód. Civ. y Com., no presenta mayores dificultades interpretativas, dado que convencionalmente se puede establecer en un contrato paritario que el adquirente asume el riesgo por evicción o por los defectos. Pero esta alternativa se complica cuando el pacto es con cláusulas predisuestas que pudieren ser tildadas de abusivas y, por ende, ser anuladas.

El inc. d) prevé que no se podrá reclamar los daños cuando la adquisición provenga de una subasta judicial o administrativa. En estos casos no se puede demandar precisamente al Estado que realiza la subasta, en razón de que se considera que es una transferencia originaria (naturaleza jurídica) que no tiene vinculación con los anteriores propietarios, de donde estos no podrán reivindicar ni cuestionar la legitimidad del derecho subastado.

El párrafo in fine del art. 1040, donde se estatuye la no invocabilidad de los incs. a) y b) cuando se tiene la condición profesional relacionada con el bien transferido, es una reiteración del criterio expuesto en el inc. b) del art. 1038 y que concuerda con el art. 1725, donde se regula el modo de valorar la conducta de las partes conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las partes¹⁰.

¹⁰ Alferillo, Pascual E., "Las disposiciones generales de la obligación de saneamiento", LA LEY

De ellas, en esta oportunidad se analizará el vínculo del contrato de obra con los vicios ocultos o redhibitorios.

IV. Estudio comparativo

La transcripción de las normas que integran los regímenes de los países seleccionados, facilita realizar un análisis comparativo de las mismas con el objeto visibilizar soluciones que sean un aporte efectivo para el perfeccionamiento institucional.

4.1. La relación del contrato de obra con la compra venta

El Código unificado argentino, es claro cuando, en el artículo 1135, encuadra a la compra venta al contrato de obra cuando el empresario o contratista se compromete a entregar la cosa producida por un precio. Ello, es trascendente porque disipa toda duda relacionada con la aplicación de las normas de del deber de saneamiento dado que existe una transferencia de propiedad.

En cambio, el Código Civil del Perú no tiene una norma tan precisa. La aplicación, de las normas de saneamiento tienen su esencial basamento en el artículo 1773, cuando determina como obligación que “los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto”. Castillo Freyre, comenta que “lo relevante en cuanto al contrato de obra es si el comitente deberá aportar dichos materiales directamente con el propósito de que el contratista proceda a elaborar la obra; si el comitente deberá entregar al contratista una cantidad de dinero suficiente para que dicho contratista pueda elaborar la obra adquiriendo por su cuenta los materiales respectivos; o, finalmente, si el contratista deberá adquirir –de su propio peculio- los materiales que resulten necesarios para la elaboración de la obra, teniendo derecho a reclamar la ulterior devolución de su valor al comitente. Como podrá apreciar el lector, en los tres casos anotados es el comitente quién, ya sea previa o posteriormente, sufraga los gastos de los materiales que fueren necesarios para la elaboración de la obra”¹¹

25/09/2017, 1, LA LEY 2017-E, 940, Cita: TR LALEY AR/DOC/2525/2017.

¹¹ Castillo Freyre, Mario, Tratado de los contratos típicos, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2021, p. 572.

Sin perjuicio de la aguda reflexión de Castillo Freyre, si el contratista aporta de su peculio los materiales y la mano de obra, sin duda que hace una transferencia de los primeros, quedando alcanzado por el artículo 1484 del Código Civil del Perú.

El punto de reflexión se presenta cuando el material es aportado por el comitente y el contratista es solo responsable de la obra. En este caso, *prima facie*, es alcanzado por los artículos 1524 y 1784 segundo párrafo del código peruano. Es decir, al saneamiento por el hecho propio cuando se disminuye el valor del bien.

4.2. La responsabilidad del contratista conforme el tipo de menoscabo producido y garantizado

4.2.1. La responsabilidad por vicio y defectos aparente

4.2.1.1. En el Código Civil y Comercial

Relacionado con el tema seleccionado, el artículo 1272 del Código Civil y Comercial, regula y aclara que “si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación.

Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista: a) queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes; b) responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes”.

En este punto siguiendo el significado dado por la RAE, se debe acordar que cuando se hace referencia al adjetivo “*ostensible*” se regula que el vicio o defecto, es claro, manifiesto y patente. Es decir, que surge a simple vista y que el comitente no necesita de la opinión de un experto que lo asesore.

Con el adjetivo “*aparente*” empleado, se debe adoptar su tercer significado: Que aparece y se muestra a la vista. En otros términos, es un vicio visible, manifiesto, patente, evidente.

Una hermenéutica armónica de estas normas se infiere que los vicios aparentes y los defectos ostensibles que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, forman parte del conjunto de hechos que componen la etapa de cumplimiento del contrato de obra, razón por la cual deben ser denunciados y reclamada su reparación dentro del plazo de garantía pactado o de uso coloquial, en función de la norma contractual.

Va de suyo que, si los vicios o defectos no son evidentes a simple vista, se descubrirán, en la etapa postcontractual y quedan dentro del deber de saneamiento.

Esta temática será ampliada en los párrafos siguientes en cuanto a los reclamos autorizados y el tiempo para efectuarlos.

4.2.2. La responsabilidad por vicios y defectos ocultos

En el Código Civil y Comercial

En la República Argentina, el derogado Código Civil, definía con claridad, en el artículo 2164, que “son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella, que, al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido o habría dado menos por ella”.

En cambio, el Código Civil y Comercial, comienza el tratamiento de la responsabilidad por los vicios ocultos, en el artículo 1051, precisando que se extiende a: “a) los defectos no comprendidos en las exclusiones del artículo 1053; b) los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor”.

En el artículo 1052 se permite la ampliación convencional de la garantía.¹²

¹² Artículo 1052. Ampliación convencional de la garantía. Se considera que un defecto es vicio redhibitorio: a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada.

Por su parte en el artículo 1053 se precisa que “la responsabilidad por defectos ocultos no comprende: a) los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega; b) los defectos del bien que no existían al tiempo de la adquisición. La prueba de su existencia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión”.

De la armonización de esta normativa se interpreta que, a *prima facie*, se le impone, en este estudio al comitente, el deber de hacer un examen adecuado de la obra para detectar los vicios y defectos que pudiere presentar. Sin duda ello, sería contradictorio si vicio es oculto, con la norma del artículo 1272, en particular, su inc. b) donde se mantiene la responsabilidad del prestador por los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en el artículo 1054 y concordante.

Para ser calificado como vicio o defecto oculto, es porque el mismo no puede ser advertido por un hombre común a simple vista. Por ello, el “examen adecuado” se debe entender alcanza ese nivel y no a uno exhaustivo, pormenorizado que casi llega a una pericia técnica.

Sin perjuicio de esta apreciación, interpretado sistemáticamente el artículo 1051, regula en términos generales, la responsabilidad por los vicios ocultos incluyendo en el inc. b) a los vicios redhibitorios, por lo cual se debe entender que estos para ser tales, debe tener la característica, de ser oculto o no ostensible, además de las otras descriptas.

A partir de ello, comienza la regulación de los plazos de caducidad que se han reglamentado para el ejercicio de la acción de responsabilidad que deben ser adecuadamente coordinadas con los plazos de prescripción.

En este punto advertimos al lector que se observa un tratamiento diferencial entre el daño al deber de saneamiento general reglado en la parte general de los contratos, con el específico previsto para el contrato de obra.

Así, en la regulación general, el artículo 1054, prescribe que “el adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al ga-

rante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos”.

A su vez, el artículo 1055 sistematiza que “la responsabilidad por defectos ocultos caduca: a) si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió; b) si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento. Estos plazos pueden ser aumentados convencionalmente. La prescripción de la acción está sujeta a lo dispuesto en el Libro Sexto”.

Estos plazos de caducidad deben ser adecuadamente coordinados con el plazo de prescripción anual de la acción de reclamo de daños **por los vicios redhibitorios prevista en el inc. a) del artículo 2564 del Código Civil y Comercial.**

En cuando al régimen específico del saneamiento en el contrato de obra, se entendió en estudios precedente, al coordinar estos plazos de caducidad y prescripción, se consideró que “el reclamo judicial contra el constructor que se da en el marco de la responsabilidad contractual, está regulado en el inc. c) del art. 2564 Código Civil y Comercial donde se autoriza al damnificado para reclamar dentro del año contra el constructor por la responsabilidad que le cabe por ruina total o parcial ya sea por los vicios de la construcción, del suelo o de la mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración fijando, como punto de partida del conteo del plazo de prescripción, el momento en que se produce la ruina”¹³.

En este punto es necesario resaltar, la diferencia de encuadre dado a la prescripción de los vicios redhibitorios (inc. a) como la responsabilidad del constructor por ruina de la obra (inc. c), dentro del plazo anual dado en el art. 2564 del Código Civil y Comercial.

Ello, se explicó expresando que “este plazo de prescripción debe ser adecuadamente coordinado con el contenido de los arts. 1273¹⁴ y 1274¹⁵ del Código Ley 26.994, en

¹³ Alferillo, Pascual E., “Prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-V, 15, Cita: TR LALEY AR/DOC/803/2015

¹⁴ Artículo 1273. Obra en ruina o impropia para su destino. El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque

cuanto describen los daños resarcibles en las obras de larga duración y la extensión de la responsabilidad y, con el art. 1275¹⁶, en el cual se especifica que para que sea reclamable la responsabilidad prevista en los artículos antes mencionados, el daño debe producirse dentro de los diez años de aceptada la obra. Este plazo decenal es un plazo de caducidad.

Para finalizar este apartado cabe consignar que el problema interpretativo se presenta cuando la obra no está destinada a una larga duración en cuyo caso el plazo de prescripción sería de un año, por cuanto no se observa que se haya fijado uno inferior para contemplar el caso dejándose un vacío legislativo que debe ser llenado.

En busca de una respuesta a esta inquietud se encuentran los arts. 1271¹⁷ y 1272¹⁸ que remiten al art. 1054 y concordante para dirimir la extensión¹⁹ y el plazo de esta responsabilidad postcontractual.

Así se prevé que el adquirente tiene la carga de denunciar al enajenante, en el plazo de sesenta [60] días, la existencia de los defectos ocultos. A partir de ello, podrá exigir el resarcimiento de los daños por los vicios no ostensibles, siempre que no hayan transcurrido el plazo de tres [3] años desde que la recibió si es inmueble y de seis meses si es mueble.

no sean provistos por el contratista.

¹⁵ Artículo 1274. Extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino. La responsabilidad prevista en el artículo 1273 se extiende concurrentemente: a) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual; b) a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista; c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes.

¹⁶ Artículo 1275. Plazo de caducidad. Para que sea aplicable la responsabilidad prevista en los artículos 1273 y 1274, el daño debe producirse dentro de los diez años de aceptada la obra.

¹⁷ Artículo 1271. Vicios o defectos y diferencias en la calidad. Las normas sobre vicios o defectos se aplican a las diferencias en la calidad de la obra.

¹⁸ Artículo 1272. Plazos de garantía. Si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación. Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista: a) queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes; b) responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes.

¹⁹ Ver. Artículo 1056. Régimen de las acciones. El acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato: a) si se trata de un vicio redhibitorio; b) si medió una ampliación convencional de la garantía.

Artículo 1057. Defecto subsanable. El adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta. Queda a salvo la reparación de daños.

Artículo 1058. Pérdida o deterioro de la cosa. Si la cosa perece total o parcialmente a causa de sus defectos, el garante soporta su pérdida

El art. 1055, remite en su parte in fine al Libro Sexto para reglar el plazo de prescripción de esta acción, razón por la cual entendemos que el plazo de prescripción sería, también, de un año a partir de que pone en conocimiento del responsable la existencia del vicio oculto, siempre que no haya pasado el tiempo de caducidad previsto²⁰.

La hipótesis de los artículos 1271 y 1272 quedan encuadradas en la primera parte de estas reflexiones sobre plazos de caducidad y prescripción, en cambio, la del artículo 1273 y 1274 es un régimen específico para daños extraordinarios derivados de un contrato de obra, acaecidos sobre inmuebles.

Como se colige, se debe tener presente que primero se debe realizar el encuadre en cuál de las responsabilidades del contratista queda incluido el menoscabo producido. Y, a partir de ello, verificar que son tres plazos a tener en cuenta a partir de la entrega de la obra: el de garantía, el previsto para denunciar el defecto y el de prescripción, Los dos primeros son de caducidad.

V. Conclusiones

El recorrer el régimen del Código Civil y en el Comercial de la República Argentina permite extraer algunas conclusiones:

1. El deber de saneamiento, en términos generales, responde, no solo, al deber de cumplir con la prestación comprometida por el contratista sino de garantizar al comitente, la identidad e integridad del opus, en el tiempo legal acordado ello.
2. La reglamentación del deber de saneamiento reconoce etapas y modalidades.
3. La que se presenta en el momento de la dación y recepción del pago, donde al comitente se le exige un deber de control no especializado, normal, del objeto de la obligación que satisface su interés.

Por cierto, en esta etapa, se podría reclamar la reparación o arreglo, de los vicios y defectos ostensible, los visibles a simple vista. Por eso es razonable que se conceda, cuando las circunstancias así lo indicaren, la facultad de resolver el contrato o la acción *cuanti minoris*, resarciendo por el menor valor de bien objeto de la prestación.

²⁰ Alferillo, Pascual E., "Prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-V, 15, Cita: TR LALEY AR/DOC/803/2015

4. La segunda etapa reconoce una reglamentación general y una especial para el contrato de obra.

4.1. En la general, se contempla el saneamiento de los vicios redhibitorios y de los defectos no ostensibles, los cuales aparecen con el tiempo. A posteriori del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato, razón por la cual se sostiene que son postcontractuales.

En esta hipótesis, razonablemente, no se podría sostener que se autoriza al comitente perjudicado a resolver el contrato dado que ya está cumplido, pero si al resarcimiento de los daños producidos por el accionar del contratista.

En esta etapa adquiere relevancia conocer acabadamente los plazos de caducidad establecidos por la ley para denunciar el vicio o defecto desde el momento que se hicieron visibles. Para luego computar el plazo de prescripción para iniciar el reclamo judicial.

4.2. En particular, para el régimen específico del contrato de obra, se ha reglamentado la hipótesis de saneamiento cuando se verifica la ruina total o parcial de las obras de larga duración sea por vicios en la construcción, del suelo o de la mala calidad de los materiales. Para esta alternativa se fija un plazo de garantía extraordinario y otro de prescripción más breve.

Cuando la ruina es, en una obra que no es de larga duración, se aplica el régimen general.

PLANES DE AHORRO PARA ADQUISICIÓN DE AUTOMOTORES CASOS PLANTEADOS EN LA JUSTICIA DE SAN JUAN

Ab. María Laura Fuentes Recio
Dr. Juan Carlos Pandiella Molina

I. Introducción

En primer lugar, agradecemos la generosa invitación, por parte del director de la presente publicación, a participar con colegas y amigos del Derecho, aportando este pequeño trabajo.

En el mismo, realizaremos un breve análisis de los distintos casos de los planes de ahorro para la adquisición de automotores que se han presentado en la jurisdicción de la Provincia de San Juan.

Como es de público conocimiento por todos los habitantes de este bendito país, en la Argentina estamos atravesando un nuevo periodo hiperinflacionario que todos los analistas lo llaman transitorio o extraordinario, pero los que ya tenemos algunos años de vida, sabemos que es algo común y ya casi normal este tipo de desajustes económicos financieros, como ejemplo de ello, basta recordar los monólogos del humorista Tato Bores, que son del siglo pasado (más de cincuenta años atrás) y andan circulando por las redes sociales, que tienen una vigencia impresionante.

Esta situación provoca que en ciertos contratos se produzca una cierta desproporción en las prestaciones que una de las partes debe cumplir.

La mayoría de los reclamos por los contratos de planes de ahorros para la adquisición de automotores consisten sintéticamente en el reajuste o reliquidación de las cuotas, explicando que suscribieron un plan de ahorros correspondiente a un automóvil determinado modelo, que luego del mes de mayo de 2018 ante la devaluación de la moneda de nuestro país, el valor móvil de la unidad sufrió un

aumento desproporcionado en relación a la inflación. Indicando que en enero del 2019 el monto de la cuota pura había aumentado casi un 100% el valor de la unidad cuando la inflación acumulada fue aproximadamente de un 65% (en ese año 2019). Por ello, reclaman el ajuste de la cuota, la restitución de las sumas indebidas, la devolución de lo abonado en concepto de honorarios, por no haber cumplido la administradora con el contrato de mandato que los vincula y por último daño moral y punitivo.

Pero también, hay otros supuestos que plantean el incumplimiento contractual por la no entrega del automóvil en la cuota pactada y en subsidio solicitan la resolución de contrato.

Por su parte, los accionados contestan generalmente que, los actores omiten en sus demandas expresar que optaron por un plan en el cual se prorratearon algunos gastos que los ahorristas suelen abonar en una cuota. Asimismo, resaltan que en los contratos ha quedado claro y sin lugar a dudas que el valor de las cuotas es en función del valor móvil del vehículo que pretenden adquirir. También sostienen que los accionantes no justifican con prueba documental cuales fueron sus ingresos en los períodos que mencionan, a lo que agregan que estos pudieron haber optado por discontinuar el plan, pero en su lugar, tomaron la decisión de mantenerlo aceptando, en muchos casos, la adjudicación del automóvil, por lo que, sostienen se aplica la teoría de los actos propios.

Agregan, que para este tipo de suscriptores es esencial que el resto de los integrantes del grupo continúe aportando las cuotas de acuerdo con el valor determinado, en función del precio actualizado del automotor tipo, dado que si así no lo hiciera no se reunirían los fondos suficientes como para continuar adquiriendo y adjudicando los automotores. Que en definitiva todas las condiciones que regulan estos contratos se encuentran previamente fiscalizadas y aprobadas por la Inspección General de Justicia y no pueden ser modificadas sin su autorización.

A todos estos planteos, en algunos casos se les dio el trámite ordinario y no el abreviado como establece la ley, pero al resolver el planteo aplican la ley de Defensa al consumidor, sosteniendo “No caben dudas que el contrato de círculo de ahorro, cuyo objeto es la adquisición de bienes registrales nuevos a título oneroso para su utilización con carácter de destino final, es un contrato de consumo, visto desde la Ley de Defensa al Consumidor, y por lo tanto aplicable su perspectiva tuitiva y pautas interpretativas en beneficio del consumidor (suscriptores), quedando la administradora, la concesionaria intermediaria y la empresa fabricante

articuladas en la cadena de comercialización propia de este tipo de negocios. Finalmente, no hay duda tampoco que estamos frente a un contrato con cláusulas predisuestas, donde el consumidor o adherente, solo puede aceptar todas las cláusulas y condiciones que impone la otra parte, quien claramente resulta ser la parte fuerte del contrato”.¹

Otros planteos solicitan la resolución contractual, como es el caso planteado ante el Noveno Juzgado Civil de San Juan, en AUTOS N° 176752 “CASTRO SERGIO EDUARDO C/ VOLKSWAGEN S.A DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS Y OTROS S/ Proceso Abreviado”.

En el caso, el actor solicita que se decrete la resolución del contrato por incumplimiento contractual con fecha retroactiva a mayo de 2018, que se determine que su deuda con Volkswagen es una deuda de naturaleza dineraria, como así también, solicita que los montos abonados en concepto de alicuota con posterioridad a mayo de 2018 sean actualizados conforme la tasa activa del Banco Nación, que se determine cuánto dinero adeuda para cancelar el automóvil, condene a los demandados al reintegro de cada suma cobrada en concepto de honorarios por administrar el plan en contra de sus intereses, todo ello más intereses a tasa activa y se los condene a abonar los daños morales y punitivos ocasionados, agregando, por último, que la condena a los demandados sea solidaria.

Explica que a finales del año 2017 contrató con las demandadas a los fines de suscribirse al plan de ahorro Grupo 4662, Orden 055, Concesionaria 01011, correspondiente a un automóvil marca Volkswagen, Modelo AMAROK 4x2 (AMASL). Que por ese medio se comprometió a pagar mes a mes el valor equivalente a dividir el valor móvil de la unidad por la cantidad de 84 cuotas, aclarando que el precio que la automotriz Volkswagen Argentina S.A. le pusiera unilateral y arbitrariamente al automotor sería tomado como base por la administradora del plan dividido en 84 cuotas, eso daría la cuota pura/alícuota. Continúa relatando que, en el mes de abril de 2018 resultó ser adjudicado, constituyendo una prenda sobre el mismo a favor de la Sociedad Administradora a los fines de garantizar el saldo restante del precio pendiente del automóvil. Por otro lado, resalta que en este tipo de contratos los ahorristas le otorgan a la Sociedad de Ahorro un mandato oneroso a los fines que ésta los integre a un grupo de personas que deseen adquirir un automóvil determinado y consiguientemente, una vez conformado

¹ Véase AUTOS N° 140981.-VELA MANUEL GERMAN C/ FIAT AUTO S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS Y OTROS S/ Cumplimiento de Contrato- Primer Juzgado Civil de San Juan.

dicho plan, la sociedad comienza a percibir, de cada ahorrista, las cuotas estipuladas, administrar los fondos, comprar los automotores y adjudicar los mismos. Asimismo, expresa que dicho mandato resulta irrevocable, limitando a los ahorristas su derecho a desligarse del sistema.

Posteriormente, enfatiza que, nunca se estableció con la demandada la forma en que se calcularía o actualizaría el valor móvil del rodado. Que a partir del mes de mayo de 2018 los aumentos se produjeron sin control y eso lo llevó a la situación gravosa de poder abonar la totalidad del monto de la alícuota que la accionada le requiere. Que dichos aumentos se pueden evidenciar de la compulsa de la documental, que allí se observa: que en el mes de mayo de 2018 el monto del valor móvil de la unidad era de \$640.010, en octubre el valor era de \$987.552, ahora bien, en mayo del 2019 el valor ascendía a \$1.269.423 y en octubre de \$1.591.480; que al observar el año 2020 en el mes de mayo el valor era de \$1.997.805, explicando que no puede seguir acreditando el valor del rodado por cuanto las boletas dejaron de llegar con la información detallada de los distintos rubros: Concluye que, en dos años el valor de la unidad móvil sufrió un aumento del 220%, cuando se sabe que la inflación acumulado en dicho período fue de menor al 80%. También alega, que ante estas circunstancias se evidencia una situación de abuso de la posición dominante prohibida por el art. 9 y 10 del Código Civil.

Advierte que, el monto por el cual la demandada compra el rodado es de \$604.900, que, si se compara con el monto que figura en su boleta del mismo mes, el valor es de 620.023, es decir, que la administradora compró el rodado por un valor menor y se lo cobra a uno mayor.

Sigue diciendo que a mediados del 2020 remitió Carta Documento a Volkswagen de Ahorro para fines determinados mediante la cual solicitaba información sobre el plan, valores de cuotas y rodados, entre otras cuestiones, misiva que nunca fue respondida.

A todo ello, agrega que frente a un pequeño retraso en la cuota de octubre y noviembre informó la mora a un estudio jurídico a los fines de iniciar la cobranza vía mail, donde se le informaba la deuda, sin decir a qué meses correspondía y tampoco enviando ningún cupón. Luego explica que, más allá de la conexidad evidente entre la administradora del plan y la automotriz, la suba arbitraria que ésta última le impuso al valor del rodado jamás podría dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión.

En consecuencia, solicita: 1) La resolución del contrato que lo une a la demandada, mayo de 2018, por incumplimiento exclusivo de su parte e invoca el art. 10 bis inc. c de la LDC., 2) Determinación del saldo de deuda y reintegro de suma abonada de más, 3) El reintegro total de los honorarios por administración que cobró la administradora desde el inicio del plan y hasta la fecha, 4) Indemnización de daño punitivo, 5) Indemnización por daño moral y 6) Responsabilidad solidaria de la terminal automotriz codemandada.

II. Planes de ahorro

Por nuestra parte, coincidiendo con gran parte de la doctrina, entendemos que el contrato de círculo de ahorro, el cual tiene por objeto principal la adquisición de automotores nuevos principalmente (bienes registrales) a título oneroso, es un contrato de consumo, visto desde la Ley de Defensa al Consumidor.

En consecuencia, le son aplicable su perspectiva tuitiva y pautas interpretativas en beneficio del consumidor, en este caso los suscriptores del plan de ahorro, quedando la administradora, la concesionaria intermediaria y la empresa fabricante en la cadena de comercialización propia de este tipo de negocios.

Por otra parte, sin hesitación alguna nos encontramos ante un contrato con cláusulas predisuestas, donde el consumidor o adherente, solo puede aceptar todas las cláusulas y condiciones que impone la otra parte, quien palmariamente resulta ser la parte fuerte del contrato.

También se ha dicho: “Los denominados “planes de ahorro previo para fines determinados” son contratos de consumo atípicos y complejos, mediante los cuales el fabricante de un bien (en el caso, automóviles) y la empresa administradora de los fondos crean un sistema de autofinanciación para la colocación de sus productos en el mercado. El otro partícipe de esa relación jurídica (el grupo de ahorristas) queda conformado mediante los contratos que la sociedad administradora suscribe con los consumidores de manera individual, reservándose las facultades de manejo y dirección del grupo, que no participa como sujeto del negocio sino como fondo dirigido por aquélla. En este contexto, el contrato debe ser interpretado conforme las pautas especiales que estipula la Ley de Defensa del Consumidor, cuando dispone que las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte se tendrán por

no convenidas; que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y, cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación, se estará a la que sea menos gravosa (arts. 3 y 37 inc. “b” de la ley 24.240).²

La estructura de los contratos de ahorro previo, sostiene Carestia, tiene como partícipes fundamentales, por un lado, a quienes componen la faz organizativa; esto es, el fabricante, el concesionario y la sociedad administradora, con distintas integraciones entre sí. Por el otro, están los suscriptores, destinados a la adquisición de los bienes, que tienen una relación individual con la organizadora, que se incorpora a una red integrada por los restantes actores.³

En esta línea, señala Lorenzetti, se entiende también que los sistemas de ahorro previo para fines determinados constituyen un esquema de contratos conexos, que tienen como fundamento la incorporación de un grupo de suscriptores o adherentes con la finalidad de adquirir determinados bienes o servicios mediante la intervención de la sociedad de ahorro y préstamo, en su calidad de administradora de los fondos. Vale decir, se trata de un sistema de contratos que tienen su propia tipicidad, causa y objeto, pero en los cuáles existe una operación económica superior que les da un sentido único.⁴

El enfoque jurídico no se sustenta en el contrato sino en la interacción de un grupo de ellos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un mero instrumento para la realización de negocios. Esta constatación permite establecer que existe una finalidad económica común (supracontractual) que da nacimiento y funcionamiento a una red contractual.

Dado que el negocio excede al contrato, pues se hace con varios de ellos, es posible vincularlos en sus consecuencias jurídicas, consagrándose así una excepción al efecto relativo de los contratos. Efectivamente, la relevancia principal de la conexidad frente a los terceros es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno pueden ser oponibles a los otros en virtud de esa “razón económica” - unitaria y compleja- que justificó la existencia de una “red

² CC0102 MP 161562 305-S S 01/12/2016 Juez MONTERISI (SD) Carátula: GONZÁLEZ, Elisa Samanta C/ CHEVROLET SA DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS Y Otro S/ Daños y Perjuicios por Incumplimiento contractual” B5025432 JUBA). (Art. 37 Ley 24.2409; Decreto 1798/94); en el mismo sentido arts. 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, 1122 Código Civil y Comercial de La Nación, aplicables como fuente de doctrina, considerándose la época de los hechos.

³ Carestia, Federico S., “El contrato de Ahorro Previo para la adquisición de automóviles y la protección del consumidor”, en La ley on line, Cita Online: AR/DOC/616/2018

⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Tratado de los Contratos”, Parte general, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 584, (argumento. 1073 del CCyC)

contractual” o “contratos conexos” (arts. 1021, 1022, 1073 del CCyC).⁵ En estos casos, si bien la administradora del plan de ahorro es una sociedad anónima distinta de la concesionaria y de la fábrica, resulta más que evidente, que las tres conforman un grupo económico con suficiente poder para convertirse en formador de precios.

Por su parte, la Inspección General de Justicia reconoce la existencia de estos conjuntos económico, como por ejemplo en el art. 6 del Anexo A de la Resolución General N° 8/2015, cuando establece que “*la responsabilidad de las entidades administradoras se extiende a las consecuencias de los actos de sus concesionarios, agentes o intermediarios como así también de los agentes de los fabricantes e importadores de los bienes a adjudicar con relación a la suscripción o ejecución del contrato o título aprobado*”.

En ese orden de ideas, es menester señalar, que el artículo 1.073 del CCyCN dice que “*hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074*”.

Por su parte, el art. 1.074 dispone que “*los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido*”.

El grupo económico integrado por la administradora, la fabricante y la concesionaria son formadoras de precios de los automóviles que comercializan y como tales si establecen un valor móvil del bien superior al valor del mercado y sin respetar las variables económicas, estarían abusando de su posición dominante o gestando una situación jurídica abusiva conforme lo dispuesto por el artículo 1.120 CCyC.⁶

A todo esto, debemos agregar, este conjunto de empresas tiene la formidable ventaja de tener asegurado que la salida regular de su producción o de sus stocks se producirá a los precios que el conjunto económico a través de la empresa terminal fije unilateralmente, ya que los contratos que por intermedio de la administradora se han suscripto son reajustables en relación con el incremento del precio de lista de los bienes.⁷

⁵ Lorenzetti, R.L., ob. cit., pág. 591.

⁶ ARTICULO 1120.- Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

⁷ Véase Peyrano, Guillermo F., “Ahorro y préstamo para fines determinados. La desviación de su finalidad y la protección del ahorrista” Cita online: AR/DOC/17471/2001.

De esta forma, entendemos, queda conformado el grupo empresario, el cual, asume una evidente posición dominante frente a los suscriptores, con las consecuentes desventajas en la negociación para estos últimos, quienes se ven constreñidos o forzados a la aceptación de las condiciones impuestas por imperio de las variables que el grupo evalúa como rentables para dicho grupo y sus componentes.

III. Teoría de la Imprevisión

Parte de la doctrina y jurisprudencia actual, en el caso del aumento de las cuotas de los planes de ahorro estaríamos ante el supuesto de la teoría de la imprevisión, regulada en el Artículo 1091 del CCyC, que dice: “ Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

Debemos tener en cuenta, recordando un poco las enseñanzas que transmitimos a nuestros alumnos en el dictado de la materia Derecho Privado III – Contratos, que hay ocasiones en que después de celebrado un contrato se produce una alteración profunda en las circunstancias (principalmente de orden económico) existente en el momento de la celebración (guerra, crisis económicas, etc.).

No es totalmente imposible cumplir, pero el cumplimiento se hace sumamente gravoso y quizás origine la ruina del deudor. Es de toda evidencia la justicia de reajustar las cláusulas del contrato y en ciertos casos considerarlo insubsistente; a esto el derecho moderno denomina teoría de la imprevisión.

Esta teoría, se puede decir que tiene su origen en la cláusula “**rebus sin stantibus**” del Derecho Romano; que significa que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistan las condiciones bajo las cuales se contrató y cuando ello no ocurre y se produce una transformación de tales circunstancias los jueces están autorizados a revisar el contrato.

Gran parte de la doctrina judicial y autoral sostiene que para la aplicación de esta teoría se deben reunir los siguientes requisitos:

1º) Que sean contratos bilaterales conmutativos o de contratos unilaterales, onerosos y conmutativos.

2º) Que se trate de contrato de ejecución diferida o continuada (compraventa a plazo, locación, etc.)

3º) Que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa. Es decir que produzca una alteración grave del equilibrio normal de las prestaciones.

4º) Que la alteración sea consecuencia de acontecimientos graves e imprevisibles. Debe tratarse de una “alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración”, es decir, un cambio imprevisible en las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

5º) Debe tratarse de acontecimientos de carácter general o social; la situación o acontecimiento de carácter personal no afectan el contrato a menos que constituya un caso de fuerza mayor que impida el cumplimiento. También debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte que es afectada. Al respecto, entendemos que este concepto se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el CCyC en relación al caso fortuito, en cuanto eximente de responsabilidad.

6º) Que el perjudicado no hubiese obrado con culpa o no estuviese en mora. Reunidos los requisitos antes enunciados, la parte perjudicada con la alteración de las prestaciones puede pedir la resolución del contrato, pero en los de ejecución continuada la resolución no alcanza a los efectos ya cumplidos. La jurisprudencia entiende que también puede pedir la modificación de las cláusulas que han devenido en injustas.

Pero el demandado por resolución puede impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Entendemos que en estos casos de los planes de ahorro se cumplen todos los requisitos enunciados anteriormente y resulta claramente de aplicación este instituto.

IV. Daño punitivo

Es menester recordar que, el origen de la institución, como se conoce en la actualidad se encuentra en el common law. En el derecho inglés, si bien los precedentes se remontan hasta el siglo XVIII, reviste particular importancia el leading case “Rookes c. Barbard”, donde se restringió su aplicación únicamente a los casos en que haya una disposición legal que los autorice, o se trate de sancionar una conducta vejatoria o arbitraria de un funcionario público, o cuando el autor del ilícito actuó sobre la previsión de que la ganancia que podía obtener con él sería mayor a la eventual indemnización a pagar al damnificado.⁸

Por otra parte, no existen dudas, que con la denominación actualmente conocida y su mayor progreso u avance de la institución emana del derecho estadounidense, en donde los daños punitivos se los conoce como “exemplary damages”, “non compensatory damages”, “agravates damages”, “penal damages” o “punitive damages”.

En este punto, siguiendo el pensamiento de Francesca Benatti, cabe hacer la salvedad, que en el *tort law* se diferencian los conceptos de *damage* y *damages*. El *damage* es la injerencia de un interés reconocido legalmente, mientras que los *damages* representan la suma otorgada (resarcimiento) por la violación de dicho interés. Por lo tanto, el concepto original no refiere precisamente a un tipo de daño (*damague*), sino más precisamente a una suma otorgada a título de resarcimiento (*damages award*), la cual presenta caracteres punitivos al no corresponder al daño efectivamente sufrido (*compensatory damages*).⁹

En Estados Unidos, no todos los estados miembros los aceptan, en algunos requieren para su imposición una expresa previsión legal, pero se admiten generalmente en los casos de daños lucrativos, o bien cuando el actor actúa con el propósito deliberado de dañar. Pero la aplicación de los “punitive damages” es excepcional en materia contractual.

En este país (Estados Unidos), desde mediados del siglo XVIII, se registran importantes precedentes judiciales, relativos a casos de especial gravedad en los que los tribunales aplicaban penas donde además de reparar el daño causado, se buscaba reprobado especialmente la grave conducta del causante del daño.

⁸ PICASSO, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Responsabilidad Civil y Seguros*(IV), p.5.

⁹ BENATTI, F. (2015). Incumplimiento del contrato y punitive damages. En C. E. Moreno More, *Estudios de la responsabilidad Civil* (págs. 283-301). Lima, Perú: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

Un caso por demás representativo de lo indicado en el párrafo anterior, es el “Grimshaw vs. Ford Motor Co.”¹⁰, tuvo tal importancia que fue llevado al cine, obteniendo numerosos premios, protagonizada por Gene Hackman, conocida en Latinoamérica con el título de “Acción Judicial”¹¹. Se trata de un siniestro protagonizado por el automóvil modelo Ford Pinto, producido por la firma demandada que al incendiarse provocó la muerte de su co-demandante (Lilly Gray) y severas quemaduras en el menor Richard Grimshaw que viajaba en su interior. Durante el juicio se comprobó que dicho vehículo tenía una grave deficiencia constructiva en la ubicación del tanque de combustible, que lo hacía propenso a explotar e incendiarse en caso de ser chocado desde atrás a una cierta velocidad, y con mayor facilidad si se encontraba activada la luz de giro a la izquierda, puesta a escasos centímetros de la boca del tanque de combustible, y el arco voltaico que se producía en el encendido y apagado de la luz de giro, hacía que los gases habitualmente emanados por el combustible entraran en combustión (valga la redundancia) y estallara el vehículo.

Lo más grave de este precedente, radica en que la fábrica tomó conocimiento de este “defecto” después de haber lanzado el producto al mercado, sin embargo, decidió no rescatar las miles de unidades vendidas por razones de economía, ya que su departamento contable había sacado las probabilidades cuantos eventos de este tipo podrían sucederse, y el costo que esto le implicaría a la empresa, le salía más económico pagar los supuestos reclamos que cambiar la línea de producción para salvar dicho defecto. Es decir, el análisis de expertos permitió concluir fácilmente que las probabilidades de siniestros y su reparación serían escasas en comparación con las ventas si el producto era puesto a la brevedad en el mercado.

En la sentencia se determinó que Grimshaw recibiera U\$S 2.841.000 por daños compensatorios y U\$S 3.500.000 en concepto de daños punitivos. Inicialmente le habían otorgado la suma de U\$s 125.000.000 por daño punitivo, pero tras la apelación, fue reducida a U\$S 3.500.000.

¹⁰ Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, “Grimshaw v. Ford Motor Co.”, 119, Cal. App. 3d, 757, 174, 29 de mayo de 1981 (en línea: <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm> [consulta: 2/7/2016])

¹¹ También se hizo una parodia del caso, en una escena de la película “Top Secret” escrita y dirigida por Mel Brooks, en donde un tanque de guerra apenas toca desde atrás a un modelo del auto, el mismo estalla.

En relación a la situación de este instituto en Argentina, como bien lo señala Chamatropulos¹², quien puso doctrinariamente el tema de los daños punitivos en el tapete fue Alfredo Kraut, en una publicación del año 1989, en el mismo, resalto la conveniencia de fijar en ciertos casos un plus sancionatorio además de la reparación integral, siguiendo el modelo de los daños punitivos en los Estados Unidos¹³, pero no se puede dejar de señalar que el primer trabajo doctrinario local que se ocupó in extenso de la temática fue el del representante de la escuela cordobesa, Ramón Daniel Pizarro, si bien se trató de unas pocas páginas dentro de una obra en homenaje a Félix Trigo Represas, tuvo la entidad necesaria como para provocar un gran revuelo en el mundo académico, generando distintas opiniones que incluso se plasmaron en varias publicaciones en diversos medios jurídicos.¹⁴

Las críticas que recibió la figura de los daños punitivos, a raíz de la publicación de Pizarro, se pueden resumir, señala Chamatropulos, en las siguientes:

1. La incompatibilidad de las multas civiles con nuestro sistema de responsabilidad civil.
2. La no existencia de penas privadas dentro del ordenamiento civil.
3. La violación de garantías constitucionales que implica la admisión de la figura.
4. La grave afectación de la economía de una comunidad que la aplicación de estas penas puede producir.
5. La inutilidad de los daños punitivos para cumplir con la finalidad preventiva del actual derecho de daños.
6. Las grandes dificultades prácticas que conlleva la aplicación de estas multas en la realidad.

Parte de la doctrina, reconoce, aunque con una naturaleza distinta, los antecedentes de esta figura en el derecho nacional, las sanciones conminatorias del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37¹⁵ y muchos otros códigos

¹² CHAMATROPULOS, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, tº II, p.256 y ss.

¹³ KRAUT, A. J. (1989). Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad ojetiva. Jurisprudencia Argentina, III (3), 909

¹⁴ Pizarro, R. D. (1997). Daños punitivos. En A. (. Kemelmajer de Carlucci, & C. A. Parellada, Derecho de daños, Segunda Parte (Homenaje a Félix Trigo Represas (págs. 287-337). Buenos Aires: La Rocca.

¹⁵ ARTÍCULO 37 CPCyCN.- Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico

procesales provinciales), y las astreintes previstas en el art. 666 del Código Civil de Vélez Sarsfield¹⁶.

En Latinoamérica, los daños punitivos como tales solo están regulados en el Argentina, no obstante existir figuras que se encuentran emparentadas con ellos en la legislación de nuestro continente.

Un buen repaso de los antecedentes legislativos los realiza en unos de sus trabajos Tagliani¹⁷, señalando que el primer intento de incorporación de los daños punitivos tuvo sus antecedentes en el art. 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1998 que bajo el nombre de “multa civil” establecía: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúe con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”. Una versión aggiornada producto de modificaciones en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, agregando que “la multa se destinara al Fondo de garantía para víctimas con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento. La multa solo podrá imponerse una vez por los mismos hechos. A tal fin, el Ministerio de Justicia centralizara en un registro especial la información sobre las multas que se impongan por los distintos tribunales del país, informe que deberán pedir los tribunales antes de resolver sobre su imposición.”

Sin perjuicio de las críticas que puedan formularse a la norma, tales como su amplitud, carencia de tope indemnizatorio y destino de la multa, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, por unanimidad, se consideró “plausible la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1587”¹⁸.

de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

¹⁶ ARTICULO 666 BIS Código Civil (ley 340).- Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

¹⁷ Tagliani, M. S. (2016). Los daños punitivos en el derecho argentino. Responsabilidad Civil y Seguros, X, 32.

¹⁸ XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones, Santa Fe, 23 al 25 de septiembre de 1999,

Más tarde, la ley 26.361 incorporó el instituto a la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) a través del art. 52 bis, que reza “Daño punitivo: Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Esta norma, única actualmente vigente en esta materia, fue objeto de numerosas y fundadas críticas. Así, en las conclusiones de la Comisión interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se propuso “Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales...”.

De una rápida lectura, sostiene Tagliani, se advierte que la única condición para la aplicación del mentado instituto es el incumplimiento de las obligaciones contractuales o las que legalmente pesan sobre el proveedor. De este modo, y como agudamente observa Picasso, la “gravedad del hecho” es tenida en cuenta únicamente para graduar la cuantía de la sanción, mas no como condición de su procedencia¹⁹. En igual sentido, con cita de Stiglitz y Colombres, Trigo Represas afirma que resulta “poco serio —y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación—, abrirle las puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito paracontractual”²⁰.

En el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, liminalmente, y a fin de culminar con los arduos debates generados en torno a las funciones de la responsabilidad civil —principalmente en orden a la función sancionatoria—, el Anteproyecto receptaba en el art. 1708 la función tripartita de ésta, es decir, “preventiva, resarcitoria y sancionatoria”.

Comisión 10: Derecho privado comparado

¹⁹ PICASSO, Sebastián, Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor, publicado en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123.

²⁰ COLOMBRES, Fernando Matías “Ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2008-E, 1165 y ss., n° 6; Rua, María Isabel, “El daño punitivo en la reforma de la ley de defensa del consumidor”, en diario La Ley del 31/07/2009.

Luego, proponía la reforma al art. 52 bis de la LDC y la expresa incorporación de las “sanciones pecuniarias disuasivas” al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1714: “Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

De este modo se planteaba reemplazar el “mero incumplimiento” por un “grave menosprecio” hacia los derechos de los demás como requisito para la aplicación del daño punitivo; eliminar la solidaridad pasiva; enumerar otras pautas a tener en cuenta por el juez al liquidar la sanción; suprimir topes y facultar al juez a eliminar excesos punitivos; incorporar otros destinatarios de la multa además del consumidor, entre otros.

A su turno, el art. 1715 agregaba: “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

En efecto, y a modo de síntesis, la situación proyectada era la siguiente²¹:

- Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa del consumidor que prevé el instituto.
- Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.
- Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.
- Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica.

²¹ Fundamentos del CCyC, Título V, punto 4) Sanción pecuniaria disuasiva, apartado 4.2) Nombre y campo de aplicación; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Breves reflexiones sobre los mal llamados “daños punitivos” en la jurisprudencia argentina y en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Estudios de Derecho Empresario, ISSN 2346-9404.

Sin embargo, la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación suprimió la incorporación de la sanción pecuniaria disuasiva, aunque mantuvo el art. 1715 sobre punición excesiva (desdoblado en los arts. 1714 y 1715). En este sentido, entendieron que su campo de aplicación se extendía más allá de la supresión mencionada pues allí quedaban comprendidas otras sanciones civiles como las conminatorias reguladas en el art. 804 y la especial contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240.

En este contexto, entendemos que al haberse suprimido la sanción pecuniaria disuasiva del Código también debería haberse eliminado la norma sobre punición excesiva ya que sólo tenía sentido a fin de evitar que la acumulación de distintas sanciones punitivas derivase en una suma excesiva e irrazonable. En la actualidad la norma carece de sentido ya que la facultad de morigeración de obligaciones excesivas que tienen los magistrados se encuentra contemplada en los arts. 771, 794, 1742 y concordantes del CCyC.²²

V. Distintas resoluciones de los Juzgados

En los AUTOS N° 176752 “Castro Sergio Eduardo C/ Volkswagen S.A De Ahorro Para Fines Determinados y Otros S/ Proceso Abreviado” del Noveno Juzgado Civil donde se solicitaba la resolución contractual se resolvió el rechazo de la resolución contractual por los siguientes fundamentos:

“...Resolución del contrato: En este pleito no se discutió la existencia de la relación contractual, ni su tipo, ni cuáles era las obligaciones pactadas, las que surgen de las condiciones generales y anexo traídos, que-

²² ARTÍCULO 771.- Facultades judiciales. Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.

ARTÍCULO 794.- Ejecución. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno. Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

ARTÍCULO 1742.- Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

dando fuera de toda discusión, por reconocimiento expreso de ambas partes, que entre ellas celebraron el contrato de adhesión al plan de ahorros. Ahora bien, conforme surge del escrito de demanda, el primer objeto peticionado es la resolución del contrato por incumplimiento contractual de la demandada, con fecha retroactiva a mayo del año 2018, conforme se desprende del Pto 1º) de fs. 11. Conforme a ello, es de suma importancia resaltar que “La consecuencia natural de la resolución de los contratos es que las cosas retornen al estado en que se hallaban al momento de la celebración de ellos, pues, en ese sentido, se considera que los efectos de la resolución declarada son análogos a los de la nulidad. La regla principal de la disolución es que opera retroactivamente, ex tunc”. (Fallo: 98162776 - Fecha: 14/11/2005 - Tribunal: CAMARA APEL CIV. Y COM 5A - Fuero: CIVIL Y COMERCIAL - COOPERATIVA DE VI-VIENDA, CONSUMO Y CRÉDITO HORIZONTE LTDA. C/ZARATE FELIX TELMO S/ORDINARIO) Ahora bien, tal como lo expresa el propio actor en su escrito de demanda en el año 2017 contrató con la demandada Volkswagen S.A. un plan de ahorro a los fines de la adquisición de un automóvil marca Volkswagen, modelo AMAROK 4X2 y en el mes de Abril de 2018, habiendo resultado adjudicatario de la unidad, se constituyó una prenda sobre el automóvil a favor de la Sociedad Administradora. Cabe destacar que la solicitud de adhesión fue suscripta en fecha 30/11/2017 y conforme surge de la prueba pericial contable obrante a fs.370/375, el actor resultó adjudicatario del automóvil, habiéndolo recibido de conformidad en fecha 18/04/2018, es decir, que habiendo abonado únicamente cinco cuotas, ya tenía en su poder el automóvil 0 km. Entonces, atendiendo a las pruebas aportadas en la causa, y de las propias expresiones del Sr. Castro en el escrito de demanda, se desprende que la accionada le hizo entrega mediante “adjudicación” de un automóvil Volkswagen 0 km a los cinco meses de la suscripción del contrato de ahorro, y en contraprestación, la actora debía seguir abonando las “cuotas mensuales” hasta la finalización del “plan de ahorro”. No existe prueba alguna del incumplimiento contractual de la demandada que ha invocado la accionante, surgiendo incluso de los términos de la propia demanda una evidente contradicción al aludir que el aumento de la alícuota es consecuencia de circunstancias im-

previsibles, y luego responsabilizar a las demandadas por la misma circunstancia. De esta forma la falta de prueba respecto al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la accionada, evidencia la inexistencia de dicho incumplimiento y por ende el principal argumento para el rechazo de dicha pretensión., Sin perjuicio de ello, debe resaltarse que, aún si estuviéramos frente a un supuesto de incumplimiento de Volkswagen, lo pretendido por la actora es la “resolución del contrato” el que, de admitirse, provocaría la disolución del acto jurídico “contrato de adhesión de plan de ahorro”, extinguiendo retroactivamente los efectos provenientes del acto, operaría ex-tunc (desde entonces) es decir retroactivamente a la fecha de celebración del acto: (Noviembre de 2017 y no a Mayo de 2018) como pretende la actora en su demanda y en consecuencia quedarían aniquilados los efectos desde entonces. Siendo así, el actor debería devolver a la demandada el automóvil adjudicado, pero 0 km como fue el que recibió, y a su vez la demandada debería devolver todo lo abonado al accionante, lo que claramente no es lo pretendido por el actor en su libelo de demanda. En el mismo sentido, resulta totalmente contradictorio lo peticionado por el actor, que por un lado solicita “resolución del contrato”, y por otro lado hace uso y goce del bien adjudicado sin haber propuesto la devolución de la unidad a la demandada. Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto y las consideraciones efectuadas, corresponde desestimar la acción de “Resolución contractual” interpuesta.

Por otra parte, en el Octavo Juzgado Civil en varios casos respecto a los planes de ahorro se resolvió lo siguiente:

“...Ahora bien, tal como lo expresa el propio actor en su escrito de demanda en el año 2017 contrató con la demandada, Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados, un plan de ahorro a los fines de la adquisición de un automóvil marca Volkswagen, modelo Take Up 3 puertas y en el mes de Agosto de 2018, habiendo resultado adjudicatario de la unidad, se constituyó una prenda sobre el automóvil a favor de la Sociedad Administradora.- En los contratos de ahorro previo para la adquisición de automotores, usualmente se conviene que el reajuste de las

cuotas de integración estará en directa relación con el incremento del precio de lista -denominado "valor móvil"-, del vehículo cuya adquisición se pretende (lo que tiene su fundamento en la circunstancia de que los grupos se forman de modo tal que la suma de las cuotas de cada período alcance para la adjudicación de por lo menos un bien a uno de los miembros del grupo en cada período).- Ahora bien, conforme Solicitud de Adhesión N° 00615362 firmada por el actor, en el apartado "Definiciones" establece: "Se denomina Valor Móvil al precio de venta al público sugerido por el fabricante de los bienes..." Por otro lado, reza: el Valor Móvil y Alícuota: La alícuota será determinada en razón del valor móvil **vigente a la fecha de emisión y será válido hasta la fecha del vencimiento** ... (ver Art. 4, ap. 1).-Es sabido, que la determinación del mentado valor móvil es uno de los factores que mayores problemas engendra en tiempos de crisis, más aún en economías como la argentina, inflacionarias y dependientes del valor de la moneda extranjera -dólar-, de hecho es básicamente, el tema traído a resolver en la presente causa. Pues en tiempos de desvalorización de la moneda como los actuales, dicho fenómeno se traslada al precio de los automotores, y por lógica consecuencia, ello se traduce en el aumento constante del valor de la alícuota. Aumentos que en nuestro medio comenzaron a verificarse en forma constante y abrupta luego de las sucesivas devaluaciones y sostenidos períodos inflacionarios que continúan al día de hoy, fenómenos agravados a partir de año 2020 con la declaración mundial de pandemia y las restricciones decretadas a nivel nacional (Dec.320/20 y siguientes).- Recordemos que la mayoría de los vehículos que se venden en la Argentina son de origen importado como también sus autopartes, por lo que el valor de los automóviles no resultó ajeno al aumento generalizado de precios que se produjo en el país.-Así, el aumento del tipo de cambio trasladado al valor de los vehículos tuvo un impacto directo sobre el valor móvil de los vehículos y, en consecuencia, sobre el monto de las cuotas de los planes de ahorro, sin perjuicio de que se trata de valores distintos en relación a la actualización en función del porcentaje de inflación. No siempre el valor del tipo de cambio de moneda extranjera sigue los mismos niveles de la inflación real de nuestro País. - Ahora bien, de la Solicitud, ya mencionada,

surge claramente que el valor de la unidad contratada (Volkswagen Take Up 3 puertas) era de \$198.148. Por otra parte, el actor acompañó constancias de pago (cupones) en los que se detalla en la parte superior derecha el valor móvil y luego en el margen izquierdo el primer ítem consignado resulta ser la "alícuota". Asimismo, conforme surge del contrato suscripto la Alícuota, "es el importe resultante de dividir el Valor Móvil por la cantidad de meses del plan que corresponda, y constituye la cuota pura de ahorro o amortización".- Atento ello, si la suma que aparece como alícuota en los cupones de pago resultare ser superior a la octogésima cuarta parte del valor móvil consignado, resultaría claro el exceso en que habría incurrido la demandada y en consecuencia, el incumplimiento contractual.-No obstante ello, conforme las constancias acompañadas por el propio actor, ello no se evidencia. A modo de ejemplo, a la luz del cupón de pago con fecha de vencimiento 11/10/2018 (fs. 34), el valor móvil era de \$432.613 y la alícuota de \$5150,15, por lo que si procedemos a dividir el valor móvil en 84, el resultado al que arribamos es el determinado en el cupón como "alícuota", eso mismo sucede con el cupón con fecha de vencimiento 11/07/19 de fs. 40, como así también con el de fecha 13/10/2020, que es el último de ellos acompañado, (ver fs. 50), allí se detalla un valor móvil de \$1.121.588 y una alícuota de \$13.352,24.- De esta forma no existiendo prueba del incumplimiento contractual aludido por la accionante, en tanto la diferencia del valor móvil con relación a la alícuota determinada es exactamente la que se determina conforme la operación matemática efectuada, no obstante la diferencia del valor al que puedan ofrecer el mismo bien las concesionarias por pago de contado efectivo con ciertas promociones o descuentos, lo que no puede ser considerado como valor móvil de la unidad, ya que el mismo como se ha expuesto es el que fija fábrica razón por la cual no se da la mentada diferencia de valores ni la lesión de los derechos del actor en términos contractuales.-En función de lo expuesto, resulta improcedente tanto la pretensión resolutoria por incumplimiento ante la inexistencia del mismo por parte del co-contratante, como también las demás pretensiones adicionales de revisión de las condiciones contractuales, mediante las cuales el actor pretende se determine una deuda dineraria

cuando expresamente el contrato establece una deuda de valor para la determinación de la alícuota, al valor móvil del vehículo mes a mes, circunstancia esta que tampoco permite admitir el reclamo de pagos efectuados demás o actualizaciones que no tengan como referencia el valor móvil de la unidad, por lo tanto la presente acción debe ser rechazada en todos sus partes, ...”

VI. Reflexiones finales

Por nuestra parte, consideramos que en estos casos se debería aplicar la teoría “del esfuerzo compartido”, que fue propuesta en otra etapa hiperinflacionaria de las tantas que hemos tenido, con la idea de mantener vivos los contratos y no provocar un freno en la economía local.

En los supuestos de los planes de ahorro para fines determinados que estamos comentando, sería por una parte la administradora del plan debe readecuar el contrato y reliquidar las cuotas que vencieron desde el mes de mayo de 2018, inclusive, tomando para ello el valor total que tenía el vehículo al momento suscribir el contrato de adhesión. Ese valor total deberá dividirse por la cantidad de cuotas del plan, es decir, ochenta y cuatro (84) y adicionarle el índice de precios al consumidor que publica el Instituto de Estadísticas y Censos (INDEC).

En el supuesto de detectarse que se abonó un valor superior por determinadas cuotas (posteriores a dicha fecha) y conforme la liquidación determinada previamente, ese dinero deberá imputarse a cuenta de cuotas futuras.

Por su parte, los ahorristas suscriptores de los planes, deberán pagar también gastos administrativos, seguros e impuestos conforme el normal curso de los acontecimientos.

En el supuesto, caso que el plan hubiera concluido y el ahorrista hubiera cancelado su precio, la administradora del plan deberá reintegrar los montos percibidos de más.

En relación a la aplicación a las administradoras de los planes de ahorro de las sanciones pecuniarias disuasivas (mal llamado daño punitivo a nuestro entender), consideramos que se reúnen todos los supuestos para que prosperen las mismas.

IDEAS PARA PENSAR LA JUSTICIA SEGÚN RAWLS DESDE LATINOAMÉRICA

Abg. Michel Giraud Billoud

I. Introducción

Este trabajo nace con la inquietud por responder a la pregunta ¿Qué es lo justo? Sin embargo, la intriga no queda sólo allí, sino que redobra la apuesta de reflexión e incursiona en preguntarse ¿Qué es lo justo para Latinoamérica? Esto se debe a que es necesario pensar la justicia para sociedades como las de nuestra región que viven con grandes desigualdades y problemas estructurales que traen severas consecuencias para el vivir cotidiano de cada latinoamericano. Situaciones tales como: problemas de acceso a los servicios básicos, dificultad para participar de manera regular en la educación formal, imposibilidad de mantener trabajos estables y rentables, la inseguridad o la alta tasa de corrupción de sus gobiernos.

Para lograr el cometido propuesto, inicio por analizar algunas de las diferentes reflexiones que han existido en torno a la justicia desde los albores del pensamiento filosófico hasta fines del siglo XIX. Con esto, pretendo reflejar las principales similitudes y diferencias que se mantuvieron con los siglos en torno a la tematización de la justicia en la filosofía. Posteriormente, me inclino por abordar los puntos más centrales de la icónica obra “Teoría de la Justicia” de John Rawls publicada en 1971. Ello se debe en parte, a que este libro constituye un hito de la segunda mitad del siglo pasado en el intento de reflexionar sobre la justicia en las sociedades occidentales contemporáneas luego de un proceso de olvido provocado por las tendencias positivistas que emergieron a principios de aquel siglo.

Por último, me adentro en el análisis de la teoría rawlsiana a la luz de la problematicidad que existe en Latinoamérica. Su razón no pretende en modo alguno restar valor a un autor de la escala de Rawls ni mucho menos, sino por el contra-

rio, proceder por medio de reflexiones críticas algunas de las categorías expuestas por el pensador norteamericano a la luz de la praxis constitucional y social latinoamericana. Buscando de tal manera, lograr -en la medida de lo posible- una vía de reinterpretación de la teoría de la justicia rawlsiana para un contexto local que tiene sus propias especificidades.

II. El análisis de la justicia en el pensamiento filosófico político tradicional

La justicia desde los inicios de los tiempos ha sido una de las mayores preocupaciones que ha tenido el ser humano. Con ello, no pretendo afirmar que tematizaciones como la vida después de la muerte, el ser o la propia existencia individual de cada uno sean temas secundarios. Sino que, por el contrario, analizar la justicia configura para el ser humano un tema que lo relaciona directamente con su cotidianidad y la relación con sus semejantes.

En efecto, la justicia desde sus inicios fue atendida desde la referencialidad de los seres humanos en sociedad. Es decir, sólo en la medida en que se viva en sociedad, se puede abordar la conceptualización de la justicia. Como explica Ruíz Rodríguez al referir a la teoría de la justicia, es fundamental y central en la filosofía del derecho, debido a que el hombre entre otras muchas expectativas, siempre busca vivir en justicia. Por lo tanto, pretende que haya justicia en la vida social y en todo lo que se relaciona con ella, a la que él no puede renunciar (Ruíz Rodríguez, 2009).

Si se parte del pensamiento griego clásico, se puede advertir ya en Anaximandro un antecedente de conceptualizar a la justicia. Escribía el pensador arcaico: *“Pero cualesquiera que sean las cosas de donde procede la génesis de las cosas que existen, en esas mismas tienen éstas que corromperse por necesidad; pues estas últimas tienen que cumplir la pena y sufrir la expiación que se deben recíprocamente por su injusticia, de acuerdo con los decretos del Tiempo”* (Diels, 1879). Se vislumbra el carácter que adquiriría lo justo en la medida de una injusticia cósmica previa que ha acaecido en el mundo. De manera, que esta injusticia vendría a ser remediada por la justicia.

Frente a esto, analistas del pensamiento de Anaximandro han afirmado que se pueden realizar una posible interpretación respecto a las sentencias de Anaximandro. En ella se asocia la injusticia a la existencia individual en sí misma, toda

vez que ésta correspondería a una separación desde la unidad de lo eterno y divino, una ruptura con el principio originario en el cual residen el orden y la justicia.

Inclusive al entrever la reflexión filosófica que realiza Anaximandro respecto a la justicia, se puede advertir la compleja idea de establecer que la justicia aparece de manera posterior a la injusticia. En ese sentido, Ávila Vázquez (2011) entiende que la sentencia de Anaximandro fue la encargada de fundar una interpretación metafísica de lo ente esencialmente pesimista frente a todo lo que existe, la cual atraviesa toda la tradición occidental.

Posteriormente, la justicia es trabajada por Platón en su obra *“La República”*. En esa obra, el filósofo estatuye a partir de un fundamental concepto: la función específica (también llamado principio de especialización) en la comunidad. Este principio, a juicio de Platón, implica someter a los ciudadanos que componen la polis a una estructuración piramidal, distinguiéndose claramente tres grupos. En la punta encontramos a la clase gobernante, cuya función es la de dirección política; luego, están los guerreros, encargados de proteger o salvaguardar la ciudad; por último, están los obreros y artesanos, cuyo papel es proveer de servicios y alimento, según sea requerido (Espinosa Aguilar, 2020).

De ello deviene que, el reconocimiento y categorización de las diferentes clases, funciones y virtudes preponderantes nos permite colegir que cada cual deberá cumplir un específico cometido, pero no cualquiera, sino aquél para el que su naturaleza esté mejor dotada. Consecuentemente, la justicia, en su dimensión social, consiste en *“hacer cada uno lo suyo”* y, en ningún caso, multiplicar sus actividades más allá de las que le correspondan (Ibídem). Entonces, la justicia se vería afectada en la medida que existan ciudadanos que no realizaren aquello que les es propio, es decir, esa tarea que les fue asignada. Por tanto, se aprecia en el pensamiento platónico una idea de justicia hilvanada a la función social de los pobladores de la polis.

Por su parte Aristóteles (2010), estudia el tema de la justicia principalmente en su obra *“Ética a Nicómaco”*. En este texto, el estagirita elabora su teoría de la virtud y la realización de la vida humana. En ese sentido, explica que la virtud es un hábito volitivo que consiste en un término medio relativo a nosotros, regulado por la recta razón en los términos de un hombre prudente. Se construye una idea en donde se parte en el equilibrio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto.

Aristóteles señala que la justicia es una de las virtudes, y la más perfecta por su carácter relacional dentro de la polis. La justicia representa la relación con el otro, y esto es lo más difícil de lograr. Así, entre todas las virtudes la justicia es la única referida al otro, y por ello es el presupuesto fundamental de la polis (Karmy, 2006). Por tanto, justo no es el que cumple con la ley; el justo aristotélico debe poseer necesariamente capacidad para el juicio recto; de aquí la estrecha relación con la *phrónesis* (Isler, 2009).

Al continuar este breve recorrido histórico por las concepciones de la justicia que han existido en el tiempo, el pensador que sigue es uno de los principales exponentes del medioevo, Tomas de Aquino. Para el aquinate la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho (Aquino, 1989). En la filosofía moral de Aristóteles y de Santo Tomás la justicia es una virtud, por eso el Aquinate añade el elemento de “hábito” a la definición romana que se encuentra en el Digesto romano. La virtud es una manera correcta de actuar del ser humano, es decir una manera estable de actuar que lo perfecciona en cuanto hombre (García Larrían, 2019). Lo que permite visualizar la continuación de pensamiento que mantuvo Aquino respecto de Aristóteles, en donde la idea de lo constante, el hábito, en definitiva, que implica la noción de práctica sostenida en el tiempo. Alguien no es justo por un acto en particular, sino que, es la reiteración de la comisión de actos justos lo que lo torna en una persona justa.

Ahora bien, del amplio abanico de pensadores que la historia del pensamiento en la modernidad ofrece, he seleccionado para bosquejar las principales líneas en torno a la justicia de Baruch Spinoza. El filósofo neerlandés Spinoza sostuvo entonces: “*Se dice justo aquel que tiene una voluntad constante de dar a cada uno lo suyo, e injusto, por el contrario, aquel que se esfuerza en hacer suyo lo que es de otro*” (Spinoza, 1986). De la misma manera que el pecado y la obediencia en sentido estricto, la justicia y la injusticia solo son concebibles para Spinoza dentro de los límites del Estado. En este, el derecho común es quien determina qué corresponde a cada uno (Raffin, 2012).

En efecto, de la lectura atenta de lo trabajado por Spinoza, se constatan ciertas líneas y matices que se mantienen durante el desarrollo filosófico de este pensador moderno respecto a sus antecesores medievales y antiguos. Así el mantener la idea de dar a cada lo suyo, se configura como lo justo, mientras que lo injusto sería lo contrario, esto permite afirmar que existe una persistencia o *connatus*, - en términos spinozanos- de señalar el carácter de justo en la distribución de lo que le corresponde a cada uno.

Es indudable que, así como descubrimos estas similitudes, también se avizoran las diferencias. En la época de Spinoza ocurre el fortalecimiento de los estados modernos, esto denota una variable que el neerlandés tuvo en cuenta al momento de especificar la conceptualización de la justicia. Según Spinoza, aunque partamos de la ineludible potencia del derecho natural, la justicia sólo es concebible en el Estado. Lo cual es comprensible si se piensa en la necesidad de fundamentar y dar sólidos argumentos en favor de la existencia de la constitución de los estados modernos.

En el siglo XIX, se puede destacar el planteo de la justicia que realizó Marx en un contexto atravesado por la Revolución Industrial, cuyo principal efecto fue la división en dos clases: burgueses y proletarios. Conforme a esto, explica Mora Alonso (2021) Marx, en la *Crítica del Programa de Gotha* -pero también en otros textos- incursiona en el concepto de justicia. El término “justicia” —como también el de “igualdad”— posee simplemente una acepción jurídica que da cuenta de la distribución económica en el modo de producción capitalista. Lo “justo”, entonces, sería un patrón inherente a cada modo de producción, un corolario legal que se adapta a las condiciones materiales vigentes. Para Marx no tiene mucho sentido apelar a un concepto de justicia que tenga como base la “igualdad de derechos” o “el reparto equitativo”, por cuanto son construcciones propias de la clase burguesa.

De manera que, -sigue el profesor en comentario- de la lectura conjunta de *La ideología alemana* y *el Manifiesto comunista*, Marx sostiene que conceptos como “justicia”, “ley” o “libertad” son meras “formas de conciencia”, que corresponden a los intereses de la clase dominante de una época. De manera que, no poseen una existencia propia, sino que se encuentran sujetos a las relaciones de producción e intercambio imperantes (Ibídem). La justicia sería el discurso legitimador de las relaciones materiales de producción.

La justicia pensada de esa manera, formaría parte de esa superestructura que conforma la sociedad industrial. La justicia como cuestión previa, más originaria y profunda que su mera aplicación técnica a través de dispositivos sociales, políticos o jurídicos, quedaría por fuera de toda métrica (Martin, 2019).

III. La justicia en la teoría rawlsiana

La teoría de la justicia que propone el profesor norteamericano, John Rawls ha significado ser una de los momentos más célebres para el análisis axiológico de lo justo en la segunda mitad del siglo XX. Esto se debió en parte a que se retornó al análisis intelectual de la justicia desde una perspectiva abandonada principalmente por el positivismo jurídico de principios del siglo XX.

La teoría de Rawls parte de la pregunta fundamental respecto a la posibilidad de encontrar principios de justicia universalmente obligatorios, los cuales podrían ser aceptados por todos y cada uno de los miembros de una sociedad determinada. Su idea principal consiste en que tales principios sólo pueden ser objetivamente obligatorios cuando fueran seleccionados por hombres que, orientados sólo por sus propios intereses, deciden libre y racionalmente, si éstos, puestos en un primitivo estado de igualdad -el estado original- tuviesen la tarea de determinar la estructura básica de la sociedad futura y todas sus normas fundamentales (Müller-Planterberg, 2012)

Rawls empieza su análisis de la justicia afirmando que su objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un superior nivel de abstracción la conocida teoría del contrato social tal como se encuentra, en Locke, Rousseau y Kant. Para lograrlo no se debe pensar en el contrato original como aquel que es necesario para ingresar en una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Los hombres habrán de decidir de antemano cómo regularán las pretensiones de unos y otros, y cuáles serán los principios fundamentales de su sociedad. De manera que, un grupo de personas tiene que decidir de una vez y para siempre lo que para ellas significará justo o injusto (Rawls, 1971, págs. 24-25).

Para escoger los principios de la justicia, Rawls recurre a la idea de que la elección se realiza tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un

acuerdo o de un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y la simetría de las relaciones entre las partes, esta situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supone capaces de un sentido de la justicia.

Esto explica para Rawls lo apropiado del nombre “justicia como imparcialidad”, este transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial que es justa. Al elaborar la concepción de la justicia como imparcialidad, una de las tareas principales es claramente la de determinar qué principios de justicia serían escogidos en la posición original (Ibídem, pág. 25 y 27).

La mejor manera de entender el sentido de la posición original, es la de verla como un conjunto de restricciones impuestas a favor de principios de justicia (Caballero J. F., 2006). Sendas restricciones que habilitarían a concertar las formas más justas de distribuciones de bienes para los miembros de la sociedad.

Rawls le otorga prioridad absoluta a la justicia y la entiende como la primera virtud de las instituciones sociales, por lo mismo en su planteamiento no les concede un valor mayor a las instituciones por presentarse ordenadas, estables o eficientes, lo fundamental será que ellas sean justas y en el caso de no serlo deberán atenerse a ser reformadas o invalidadas. Con ello deja claro que su punto de partida y el foco de la justicia es la estructura básica de la sociedad y en ello especialmente el modo en que las instituciones sociales distribuyen deberes y derechos al interior de la sociedad (Vidal Molina, 2009).

Se halla en Rawls un sentimiento de responsabilidad por lograr una organización social que pueda permitir a todos sus individuos el ejercicio libre de sus derechos. Rawls está en contra de una visión utilitarista de la justicia que considera que ésta pueda ser negociada o pactada contractualmente sin tener en cuenta al individuo (Flores Morales, 2017).

La teoría de Rawls -explica el profesor Massini Correas (2005)- radica esencialmente en la constitución ideal de una situación ficticia en la cual los sujetos autointeresados o egoístas racionales que se encuentren de tal manera condicionados que habrían de elegir de tal manera y de modo ecuánime los principios básicos de la organización social. Para ello hay que considerar que quienes conforman la sociedad son racionales, y se encuentran con un “velo de ignorancia” en donde desconocen sus aptitudes, capacidades, estrato social, riqueza entre otros.

La restricción del velo de ignorancia es precisamente un mecanismo que pretende modelar una razonabilidad según lo entiende Lomelí Gamboa (2023). En ese sentido, se puede pensar al velo de ignorancia como un supuesto trascendental en sentido kantiano, como horizonte de posibilidad, para que los sujetos puedan llevar a cabo la organización social en base a criterios de justicia.

Por lo que puede apreciarse con mediana claridad, que la propuesta teórica de la justicia en Rawls se enraíza en la tradición contractualista de la filosofía moderna, deja en segundo plano la búsqueda de la justicia como elemento fundante de la existencia del ser humano, es decir, en su estructura ontológica. El planteo de Rawls está centrado en el diseño de las instituciones de una sociedad. La justicia entendida como praxis vital de cada ser humano en su relación con el orden cósmico cede ante la construcción de una sociedad más justa y con mejor calidad de vida.

Ello no niega que claramente si la sociedad es organizada en base a criterios de justicia distributiva la calidad de vida de todos sus miembros mejora. Ahora, mi idea se centra en que la propuesta rawlsiana pone su énfasis en el plano netamente organizativo de la sociedad. El objeto primario de la justicia en Rawls es la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.

Pues en definitiva la propuesta de Rawls busca erradicar las diferencias que se darían en las sociedades bosquejadas por el liberalismo clásico. Y para ello, recurre a la idea de la posición original que le permita establecer un *status quo* de tal envergadura en donde todas las personas que se encuentran en esta posición puedan establecer principios lo suficientemente justos que permitan remediar cualquier situación una vez que se abandona la posición original.

El mismo Rawls sostiene que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad (Rawls, 1971, pág. 27).

En otras palabras, todos los bienes sociales primarios; libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases del respeto mutuo, han de ser distribui-

dos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos los bienes, redunde en beneficio de los menos aventajados (Bracho Fuentemayor, 2023). De esta manera, se colige que la propuesta de justicia de Rawls tiene como norte la posibilidad de asegurar derechos de los individuos, así como “atemperar” la desigualdad de distribución en la medida en que ello signifique un beneficio para los sectores más vulnerables.

Por otra parte, la “*Teoría de la Justicia*” de Rawls desde sus inicios ha presentado disímiles críticas y observaciones. Como destaca Gargarella a partir de estas críticas, Rawls había empezado una reelaboración teórica¹ recortando las pretensiones «universalistas» y los rasgos «metafísicos» de la teoría de la justicia, hasta el punto de convertirla en una «mera» doctrina política (Gargarella, 1999, pág. 191).

Dentro del espectro de críticas del mundo angloparlante destaco la realizada por John Finnis (2000) quien señala: “*mi teoría de la justicia, por ende, no se restringe (como la de Rawls) a las instituciones básicas de la sociedad [...]*”, para agregar párrafos seguidos: “*no se restringe (como la de Rawls) a las condiciones ideales de una sociedad en la que cada uno se conforma plenamente con las instituciones y los principios de justicia*”. Para el filósofo y jurista australiano las exigencias de la justicia, entonces, son las implicancias concretas de la exigencia básica de la razonabilidad práctica según la cual uno ha de favorecer y promover el bien común de sus propias comunidades.

Por lo que se puede entrever que las aspiraciones de Finnis son distintas al menos en lo inmediato del aporte teórico de Rawls. Su búsqueda se orienta en una optimización del vivir bien que tiene una sociedad y que implicaría cuanto menos poder asegurar el cumplimiento efectivo de la dignidad que todo ser humano merecería ser reconocida. Una indagación por concretizar esos bienes mayores a los que todo humano ansía por obtener.

IV. Reflexiones a la teoría rawlsiana desde Latinoamérica

En este apartado, pasaré a analizar la propuesta teórica de Rawls a partir de algunas variables necesarias de consideración que suponen la contextualización de la

¹ Cfr. Según Gargarella con «Justice as Fairness: Political not Metaphysical» y «The Domain of the Political and Overlapping Consensus».

misma desde Latinoamérica. Esto no pretende quitar mérito al hito de la teoría de la justicia del profesor de Harvard ni mucho menos, sino que lo que busca es realizar algunos someros aportes jurídicos y filosóficos en torno al objeto de estudio en referencia.

En efecto, como señala Landinez Guio (2020) el esfuerzo de Rawls está centrado en el diseño de un modelo político regido por principios e instituciones que aseguren el bienestar de una sociedad bien ordenada. No obstante, advierte este autor que emerge en la teoría de la justicia rawlsiana el problema de determinar a qué tipo de sociedad es aplicable. Es decir, genera el interrogante de si es razonable como marco conceptual para América Latina

Frente a ello, la propuesta rawlsiana promueve la incógnita de qué hacer ante una ley injusta que se sancione en un estado, por ejemplo, en algunos de los países latinoamericanos. Rawls ha señalado -siguiendo en parte la propuesta política de Locke²- que existen dos mecanismos para abatir una ley injusta: la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Se aprecia que para Rawls el no cumplimiento a la ley injusta se daría en dos situaciones límites: cuando afecta la libertad del individuo y la igualdad de oportunidades.

Sin embargo, la duda que se me presenta podría formularla en los siguientes términos: ¿Puede por sí sólo la desobediencia civil y la objeción de conciencia restar validez a una ley injusta por ejemplo? Frente a ello se hace patente lo afirmado por José Martí, filósofo cubano de principios del siglo XX, al decir: *“Viene el hombre natural, indignado y fuerte, y derriba la justicia acumulada en libros, porque no se la administra en acuerdo con las necesidades patentes del país”* (Martí, 2010). Con ello, el pensador cubano evidencia la importancia de poder conocer la realidad de cada país latinoamericano para poder desde allí generar los espacios idóneos para la administración de la justicia. De manera que, el sendero para rebatir una ley injusta podría ser en parte lo que especifica Rawls, pero ello no alcanza por sí sólo para lograr purgar su calidad de ley injusta. Eventualmente podría alcanzarse en la medida en que se administrara justicia -por parte del estado- conforme las necesidades de cada país. La imagen de justicia de libros que utiliza Martí pretende referenciar ese ideal de justicia en abstracto que termina deshumanizando cualquier planteo de lo justo concreto que dé respuesta a necesidades particulares.

² Cfr. “Dos tratados sobre el gobierno civil” de John Locke.

Pues, es válido pensar como señala Gargarella (2013) que cuando aceptamos el peculiar camino sugerido por Rawls para reflexionar sobre la justicia tenemos que determinar de modo muy preciso cómo vamos a construir esa «posición original» desde la que se van a definir los principios de justicia. Es decir, pensar el punto de partida desde donde inicia la elaboración el filósofo político norteamericano su teoría de la justicia. Pues en definitiva como desarrolla Ordoñez (2012) al analizar las críticas de Villoro, la posición originaria como punto de equilibrio desde donde se parte para alcanzar la justicia en la sociedad hipotética planteada por Rawls es inestable, puede presentarse un examen posterior o un evento alternativo a todos los escenarios discutidos que exija nuevas deliberaciones.

En países como los latinoamericanos se puede apreciar que muchas personas no satisfacen sus necesidades básicas a diario, muchas de ellas ni siquiera han terminado la educación obligatoria o no gozan de trabajos registrados, por decir algunos ejemplos. Por ello, el pretender asimilar la posición original a secas puede devenir en complejo e insatisfactorio. Pues es necesario analizar los factores que subyacen en la realidad concreta para poder comprender el punto de partida de la posición original.

Ahora bien, el fin buscado por Rawls es óptimo y cuanto menos valorable de ser tenido en cuenta. Es decir, poder asegurar que las personas más desfavorecidas puedan llegar a tener las mismas posibilidades que aquellas personas más favorecidas. De allí el recurrir a la idea de una posición original y un velo ignorancia para buscar cierta ecuanimidad en el planteo institucional -principalmente- es digno de considerar.

Sin embargo, sospecho que esa posición originaria en países como Latinoamérica no puede ser tan “neutral” o “homogeneizadora”, atendiendo a las vicisitudes estructurales que tienen por diferentes causas nuestros países. Desde una perspectiva del pluralismo ético se produce una fractura en la propuesta universalista de Rawls. Para esta posición ética se parte desde el respeto al otro y del reconocimiento a las distintas realidades o máscaras que piensan, sienten y se indignan cuando existe la pretensión de homogeneidad (Huanca-Arohuana, J. et Barria-Asenjo, N., 2022)

En consecuencia, la categoría de velo de ignorancia de Rawls podría ser reformulada -con el mayor de los respetos a este destacado jurista- en otros términos, que permitan conceptualizar la realidad que comento. Quizás propongo pensar en un “*velo de empatía*” en el cual los sujetos ya conocen las diferencias estructurales que existe en su posición originaria y frente a ello entienden la ne-

cesariedad de *reconocer* la dignidad de un otro para trabajar en mejorar la sociedad en la que aspiran a vivir. La búsqueda del bien común es el valor que se intentaría alcanzar y ello implicaría el necesario esfuerzo para poder pensar la acción justa de dar a cada uno lo suyo en términos donde la mayor cantidad de sujetos obtengan lo que le es merecido, en base, a la dignidad que todo ser humano ostenta.

Pensar el *velo de empatía* supondría entender que existe en la posición originaria un otro, un rostro, un prójimo, que me torna responsable de las decisiones que tomemos para mejorar nuestras sociedades que son desiguales en muchos sentidos, desde hace muchos años. El *velo de empatía* vendría a ser ese supuesto hipotético que deberíamos aspirar todas las personas de poder entender que lo que *yo* haga, la decisión que *yo* aspire a tomar va a afectar a un otro, y en ese reflexionar comprender la gran responsabilidad de vivir en democracia. Pues, en definitiva, pensar la justicia significa reconocer que todo hombre merece respeto por sí mismo (Spaemann, 2005).

Empatía es una palabra con una gran carga semántica en lo que refiere al plano relacional que tenemos todos los seres humanos. Cuando hablamos de empatía pensamos en esa posibilidad que tiene cada uno de nosotros en ponernos “en los zapatos del otro” y poder apreciar desde allí su sentir, sus elecciones y orientaciones. Batson define a la empatía como una “*respuesta emocional orientada hacia el otro, congruente con el bienestar de otra persona.*” (Fonseca, 2015).

Como se aprecia, existe ínsito en el término empatía la noción de reconocimiento del otro. Ya no se trata de ignorar al otro para lograr alcanzar la justicia. Por el contrario, se partiría de reconocer al otro para que se pueda construir una teoría de la justicia que sea auténticamente aplicable a las situaciones de Latinoamérica.

En este punto profundizaría en el concepto de *deseo de otro* de Emanuel Levinas. Ese deseo de otro nace en un ser al que no le falta nada, o más exactamente, nace más allá de lo que pueda faltarle o satisfacerlo. Ese *deseo del otro*, que es nuestra misma sociabilidad, no es una simple relación con el ser en el que, según las fórmulas de la metafísica tradicional, el otro se convierte en el Mismo. Expresa Levinas que la relación con el otro me vacía de mí mismo, y no deja de vaciarme, descubriéndome en tal modo con recursos siempre nuevos. El deseo se revela como bondad. La *epifanía del otro* es también rostro, es visitación. La epifanía del otro es vida. Su vida consiste en deshacer la forma en la cual todo ente, cuando entra en la inmanencia, o sea, cuando se expone como tema, ya se disimula. El

otro consiste en un desvestirse de la forma no obstante manifiesta. Su manifestación excede la inevitable parálisis de la manifestación. Es esto lo que expresa la fórmula el rostro habla. Hablar es apertura (Levinas, 2000)

En efecto, considerar al otro, no es una cuestión baladí sino por el contrario el punto de partida de cualquier bosquejo de una posición inicial. Es asumir un compromiso hacia con el otro que se me revela en su alteridad y en un compromiso con la búsqueda de la bondad. Enrique Dussel (2016) afirma que la pretensión de bondad -que debe existir en una sociedad- es crítica; es decir, se origina desde la situación, no del sistema moral vigente, sino desde sus víctimas. La pretensión de bondad crítica o ética³ tiene conciencia de que no puede ser perfecta, infalible, sin efecto negativo alguno de su praxis de liberación en el corto o largo plazo o de la institución creada dentro del nuevo orden. Por lo que, llegado el caso, necesitara de constantes revisiones posteriores. En ese sentido, entiendo que el acto de reconocimiento de un otro, podría ser acompañado de esta pretensión de bondad en el que se enlazan las subjetividades para la construcción de la justicia que se pretende.

La valoración positiva y el reconocimiento de la complejidad y conflictividad presente en la cotidianidad, nos permite autoconstituirmos a nosotros mismos en tanto sujetos históricos concretos (Rubenilli, 2020). El reconocimiento del otro constituye el prisma necesario para poder generar la distribución más justa de los recursos en tanto el otro se me refleja y me deja reflejarme en las carencias, virtudes y capacidades mutuas.

La revelación del otro se transfigura como praxis vital para la construcción de una sociedad más justa en donde la consideración de la circunstancia de vida de cada miembro sea el punto de inicio de la construcción de una sociedad que busca, anhela, el bien común. El reclamo de reconocimiento de cualidades tiende a ser valoradas como expresión de una particularidad que cuestiona la pretendida universalidad de un sistema o una totalidad hegemónica (Ramaglia, 2012).

Un importante aporte en torno a la cuestión del reconocimiento lo destacan Revuelta, B. y Hernández-Arencia, R., (2019) quienes explican el abordaje realizado por el alemán Axel Honneth. Para este filósofo el reconocimiento recíproco, verdadera esencia de la justicia para el autor, constituye un proceso de identidad y autoformación, uno que considera una identidad práctica para el su-

³ En el planteo dusseliano -y en particular en el libro "14 Tesis sobre ética"- la palabra moral supone las normas sociales vigentes de una sociedad actual. Mientras que ética equivaldría a una consideración crítica y liberatoria de esa moral vigente que genera opresión.

jeto a lo largo del tiempo. Es el medio por el cual formamos nuestro sentido del “yo” a través de los demás y nos autodefinimos.

Por lo que se estima que el planteo de Honneth está lejos de una teoría de la justicia que parte de supuestos de una individualidad ensimismada, por el contrario, implica un verdadero compromiso con el reconocimiento del otro. El otro es tierra fértil desde donde se puede sembrar la virtud de la justicia que humanice a cada ser humano y prometa superar las desigualdades que irritan un genuino sentir de justicia.

V. Reflexiones finales

Este trabajo se inició por analizar algunas de las principales reflexiones filosóficas que se habían realizado en torno a la idea de justicia desde la antigüedad hasta la primera parte del siglo XIX. Ello con el fin de poder esbozar un breve repaso por esas tendencias, pulsiones y aspiraciones que han existido en la filosofía por responder a una inquietante pregunta que todo ser humano ha tenido en todos los tiempos: ¿Qué es lo justo? La cual era redoblada por otra pregunta en este trabajo como: ¿Qué es lo justo para las sociedades de Latinoamérica?

Luego, analicé algunas de las principales categorías de la Teoría de la Justicia de Rawls. Ello con el fin de poder conocer su posición y algunos de sus comentaristas, atendiendo al valor y brillantez con el que el profesor de Harvard reintrodujo el análisis de la justicia en la filosofía del derecho del siglo pasado.

Para continuar adelante en un respetuoso ánimo de pensar posibles repercusiones de la aplicación de la teoría de la justicia en Latinoamérica. Y fue desde esa óptica que he concluido con meridiana robustez que los elementos que ofrece la teoría rawlsiana son válidos para iniciar un proceso de reflexión de la justicia, pero desde la realidad material de los países latinoamericanos.

En suma, si se quiere pensar lo justo para Latinoamérica, es necesario poder visualizar como necesario la consideración de las condiciones materiales de nuestras sociedades que constituyen el “*Arché*” de la posición original en el planteo hipotético de Rawls. En donde dicha línea de reflexión debe ser acompañada del reconocimiento del otro que se vuelve horizonte de reflexión y de acción al momento de establecer una idea de justicia realmente transparente con la dignidad de todas las personas.

Justamente en esa alteridad que me es revelada puedo comprender la responsabilidad que se ostenta al vivir en una sociedad democrática. Sólo en la medida en que se tengan presente algunos de estos elementos o en el mejor de los casos todos, se podría pensar verdaderamente de constituir una teoría de la justicia con los fines perseguidos por Rawls, pero para *Nuestra América*. Una teoría de la justicia que rescate la dignidad de todas las personas y las convierta en miembros de sociedades más equitativas.

Bibliografía

- Aquino, T. (1989). *Suma teológica*. Madrid: BAC.
- Aristoteles. (2010 a). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Gredos.
- Ávila Vázquez, M. O. (2011). En torno a la sentencia de Anamixandro. Dos interpretaciones sobre la justicia y la reparación. *Universitas Philosophica* 56, 61-83.
- Bracho Fuentemayor, P. L. (2023). La justicia desde la perspectiva liberal de Rawls y Nussbaum. *Cuestiones Políticas*, Vol. 41, N°76, 808-828.
- Caballero, J. F. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. *Voces y Contextos*, Otoño, núm. 2, año 1.
- Diels, H. A. (1879). *Doxographi Graeci*. Cambridge.
- Dussel, E. (2016). *14 tesis sobre Ética*. Madrid: Trotta.
- Espinosa Aguilar, M. (2020). Del estado al alma: reflexiones en torno a la justicia social e individual en el Libro IV de La República de Platón. *Revista de estudios histórico-jurídico* N° 42.
- Finnis, J. (2000). *La ley natural y los derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Flores Morales, J. A. (2017). John Rawls y la teoría de la justicia. *PHAINOMENON*, Vol. 16 N°2, 35-44.
- Fonseca, G. (2015). *De la empatía a la compasión: las respuestas compasivas como una alternativa a la empatía [Tesis de Grado]*. Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba. Disponible en https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/18493/TRABAJO_FINAL_FONSECA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- García Larrían, F. (2019). El contenido de la justicia en Santo Tomás de Aquino. *Sapientia* Vol. 75, Fasc. 245, 41-58.

- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la Justicia despues de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Gargarella, R. (2013). *Las teorías de la justicia: Un breve manual*. España: Paidós.
- Huanca-Arohuanca, J. et Barria-Asenjo, N. (2022). Replanteando el concepto de justicia como equidad y velo de ignorancia en John Rawls desde el pluralismo ético. *Desde el Sur, Vol. 14, N° 3*, 1-18.
- Isler, S. C. (2009). Alasdair Macintyre sobre la virtud y la justicia en Aristóteles. *Ars Boni et Aequi.*, 183-212.
- Karmy, B. R. (2006). Sobre la decisión en la prudencia de Aristóteles. Una introducción al problema de lo animal y lo humano. *A parte Rei*, 1-16.
- Landínez Guio, D. A. (2020). La teoría de la justicia de Rawls: una lectura democrática desde la participación política en América Latina. *Ánfora, vol. 27, núm. 49*, 219-241.
- Levinas, E. (2000). *La huella del otro*. México: Taurus.
- Lomelí Gamboa, S. (2023). Consideraciones críticas en torno a la posición original y el velo de ignorancia en la teoría de Jhon Rawls. *Estudio 147*, 55-76.
- Martí, J. (2010). *Nuestra America*. Centro de estudios Martianos.
- Martin, S. (2019). Karl Marx y el tiempo de la justicia. *Anacronismo e Irrupción, Volumen 8, N° 15*.
- Massini Correas, C. I. (2005). La justicia en Rawls. En C. I. Massini Correas, *Filosofía del Derecho: La Justicia* (págs. 149-188). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Mora Alonso, C. A. (2021). Sobre la idea de justicia en Marx. *Cuestiones de Filosofía N° 21*.
- Müller-Planterberg, U. (2012). Rawls global. *Polis [En línea]*, 2.
- Ordoñez, E. J. (2012). Acerca del contractualismo rawlsiano como fundamento para una teoría de la justicia propia de Latinoamérica: un análisis a la obra tardía de Luis Villoro. *Filosofía UIS, Volumen 11, Número 1*, 131-149.
- Raffin, M. (2012). El problema de la justicia en la filosofía de la primera modernidad: en torno de las elaboraciones de Spinoza, Leibniz y Kant. *Anacronismo e irrupción: Justicia en la Teoría Política Clásica y Moderna*, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

- Ramaglia, D. (2012). La cuestión del sujeto y la teoría del reconocimiento desde la perspectiva crítica de la filosofía latinoamericana. *Revista Pucara*, N.º 24, 25-38.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Revuelta, B. et Hernández-Arencibia, R. (2019). La teoría de Axel Honneth soLa teoría de Axel Honneth sobre justicia social, reconocimiento y experiencias del sujeto en las sociedades contemporáneas. *Cinta de moebio*, núm. 66,.
- Rubenilli, M. L. (2020). Las categorías de reconocimiento y dignidad en el pensamiento crítico latinoamericano. Homenaje a Ricardo Salas Astraín. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 25, núm. 88,, 103-114.
- Ruíz Rodríguez, V. (2009). *Filosofía del Derecho*. México: Instituto Electoral del Estado de Mexico.
- Spaemann, R. (2005). *Ética: Cuestiones Fundamentales*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra .
- Spinoza, B. (1986). *Tratado político*. Madrid: Alianza Editorial.
- Vega Pasquín, R. (2011). Apuntes sobre el pensamiento de Spinoza: el derecho natural. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 403-428.
- Vidal Molina, P. F. (2009). La teoría de la justicia social en Rawls ¿Suficiente para enfrentar las consecuencias del capitalismo? *Polis [En línea]*, 23, 1-20.
- Zambrano, P. (2004). Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls. *Revista Saij disponible http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dacf040074-za_mbrano-cons_tructivismo_etico_jus_ticia_procedimental.htm*.

CRISIS SOCIO ECONÓMICA DE ARGENTINA EL APOORTE DE LAS MARC

Abg. Myriam Inés Costilla

I. Crisis socio económica Argentina y la necesidad de reformas jurídicas

Desde la pandemia en nuestro país y el modo en que fue administrada dejó al desnudo un Estado en modo de gestión de los servicios vetusto. De más está recordar que el modelo de administración burocrática argentina es copia fiel del arquetipo internacional de lo que se denominó reforma de los años 50-60,-post guerras mundiales-, y que durante algunas décadas funcionó y no porque “fuera eficiente, sino porque solucionó los problemas básicos que la gente quería resolver: proporcionó seguridad contra el desempleo y en la vejez. Proporcionó estabilidad... Proporcionó un sentido básico de la justicia y la equidad (las burocracias como señaló Weber están diseñadas para tratar a todo el mundo igual. Proporcionó empleos. Y prestó servicios básicos, sobrios e igualitarios que la gente necesitaba y esperaba durante la era industrial: caminos, autopistas, cloacas, escuelas”,...¹ modelo creado para superar la coyuntura de las guerras, y que,-como toda “etapa”-, fue superada hace décadas por el primer mundo, exceptuando latitudes geográficas de América Latina, -como el caso de Argentina-, en que dicha estructura administrativa logró sobrevivir.

Lo que sucedió luego en nuestra historia es conocido por todos y la realidad actual expone un escenario económico-social muy complejo. A Diario leemos en los medios de prensa que las arcas del estado están vacías, no se promueven grandes paquetes de estímulo, severos cuestionamientos a los agentes de calificación crediticia y un gobierno que exige a los funcionarios gubernamentales que ajusten sus modos de gestionar.

¹ OSBORNE, David y GAEBLER, Tadr: *La reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona, 1994,494 págs. 42.

La crisis nos ubica hoy en estancamiento económico y un enorme colapso de la demanda de bienes y servicios, “shock de la oferta” está ubicada en tránsito a la etapa previa de cierre de fábricas o producción a capacidad reducida. Al mismo tiempo, “shock de la demanda” y consumo que decaen a un volumen catastrófico. El resultado directo es la pauperización de los ciudadanos, erosión de las instituciones y su constante pérdida de legitimación. La inflación ha generado una inestabilidad económica y social, demoledora de la clase media y somos protagonistas de cómo algunas empresas trasnacionales comenzaron a deslocalizar y retirarse, comenzando el regreso a sus países de origen como reacción a los problemas de inseguridad jurídica, corrupción, insuficiente desarrollo tecnológico y de infraestructura del país que antes los había atraído por sus bajos costos.

En medio de este panorama “el argentino” ha demostrado una vez más ser extraordinariamente resiliente ante las crisis profundas. En su ejercicio político de los derechos democráticos del sufragio universal ha permitido, tras décadas de rotación indefinida de nombres eternos que, surgieran liderazgos renovados, atentos, receptivos a los requerimientos de una sociedad convulsionada.

Indudablemente, el cambio político que han logrado los argentinos reubica un país que va rumbo a ser diferente y no hay marcha atrás. El mundo ha cambiado y reclama una disciplina que no ha venido sintonizado la Argentina, ni había comprendido y exige un nuevo modo de gestionar el Estado, sin pérdidas de tiempo, ni errores para poder subir al tren del progreso.

Por todo lo expresado, se hace indispensable poseer una legislación nacional adecuada a los nuevos tiempos y maneras de relacionarse interna y externamente. Se necesitan normas especiales y excepcionales para tiempos de profundo cambio en las relaciones sociales y las que sean necesarias para generar condiciones económicas de revitalización. Las normas deben contribuir a disminuir o anular las vulnerabilidades y a generar bienestar común. Podría enunciarse la necesidad de un nuevo derecho económico-social para un nuevo país que se reinserta en el contexto de un nuevo mundo globalizado, con todas sus perplejidades y complejidades.

En este contexto es fundamental el fortalecimiento de las instituciones, dotándoles de capacidad real para aplicar una normativa protectora y sancionadora del patrimonio económico, científico, cultural, medioambiental, que comprenda a toda clase de empresas en especial las pymes, con un sistema legal que tutele al espionaje de datos sensibles frente a intrusiones, así como articular mecanismos

públicos de control sobre capital de empresas estratégicas y vigilancia sobre inversores repudiados mundialmente, incluyendo la necesidad de blindar con regímenes legales eficientes la lucha contra el crimen organizado. El progreso y las reformas normativas a las que aludimos, requieren urgencia y flexibilidad acorde a la celeridad del mundo que vivimos que inexorablemente deberá contemplar el uso de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, -en particular el arbitraje y la mediación-, herramientas pacificadoras y fundamentales para coadyuvar a consolidar la tan esperada seguridad jurídica.

II. Aporte de las MARC. Proceso de Consolidación del Arbitraje y Mediación

Como referimos, hay un antes y después de la Pandemia, durante ese tiempo se generó un campo fértil para el progreso de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en Argentina. Rápidamente se desecharon prejuicios postulados por sectores conservadores dentro de la profesión abogadil, en la creencia absoluta que frente a un conflicto la única opción posible es recurrir a un tribunal jurisdiccional. La pandemia supo poner en crisis todo el sistema estadual y también puso en valor los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Cuando todo estaba estancado, detenido, parado, por medios virtuales funcionaron las MARC, se prestaron servicios ente la peor adversidad de la humanidad y hoy ante la peor de las crisis económicas de las que se tenga memoria sucede igual. Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos fueron un motor para que el Poder Judicial acelerara la adopción de las herramientas de la IA y la virtualidad inicio su camino sin retorno.

Si repasamos el origen, el derecho surgió de profundas crisis y sobredimensión del volumen de los conflictos, ante la necesidad de concretar la justicia, limitando la guerra, la venganza privada, la ley del Talión. Las codificaciones instituyeron procedimientos adversariales diseñados para que uno gane y el otro pierda, o en el que quizás todos pierdan, en donde el dialogo y la comunicación interpersonal no tenían cabida, en contrapartida surgieron los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos como herramientas superadoras tendientes a dar un paso evolutivo hacia un estadio histórico en el cual se contribuya al logro de una sociedad justa mucho más civilizada que la posible, que ofrezca alternativas en el camino de búsqueda de justicia, y que ello surja del propio justiciable,

sistema distinto al de la confrontación de dos partes en lucha y ante un tribunal jurisdiccional para que éste decida. Estudios antropológicos respaldan y confirman esta teoría. Las sociedades originarias, (aun hoy en algunas comunidades vernáculas), ante el hecho del conflicto ponen en práctica técnicas de negociación, mediación, conciliación y arbitraje. (Así, los estudios que integraron The Florence Access-to-justice Projet, que es una lectura casi obligatoria para los estudiosos del derecho) (en la década de los '70, bajo la dirección de M. Cappelletti: *Access to Justice*, M. Cappelletti editor general).

Según los antecedentes que se acaban de referenciar, finalmente en Argentina el Arbitraje y la Mediación lograron adquirir reconocimiento y aceptación a la par que el tradicional proceso judicial, -institutos especiales basados en reglamentaciones que establecen la forma en que las partes involucradas someten voluntariamente el conocimiento de sus disputas-. Por un lado, la función de los árbitros cuyos laudos, -decisión de un tercero imparcial e independiente-, presuponen necesariamente la observancia inexcusable de reglas esenciales del debido proceso constitucional, enmarcado dentro de un proceso formalmente simple capaz de asegurar audiencia, contradicción, igualdad y confidencialidad a las partes. Por otro lado, la Mediación ofreciendo, comunicación directa de las partes, neutralidad, igualdad, logro de una satisfactoria composición de intereses plasmado en un acuerdo de partes con ayuda del facilitador del dialogo y también confidencialidad de las actuaciones.

Careciendo los árbitros y mediadores de la *coercio* y la *executio*, con una autoridad limitada por sus reglamentaciones, ejerciendo la *notio* y la *juditio*, en el sentido del conocimiento y análisis del caso que presupone la existencia de una controversia, de derechos e intereses contrapuestos que se plantea en una discusión actual entre partes, más sin poseer la potestad para imponer *Coertio*, ni *Executio* (emplazar a las partes ni ejecutar por sí sus laudos o acuerdos), facultades que se conservan para los tribunales.

Ambos institutos de Resolución de conflictos con límites claramente establecidos en cuanto al respeto de los derechos fundamentales irrenunciables por las partes garantían de seguridad jurídica e igualdad de oportunidades, hoy se han impuesto en los tribunales como parte de la gestión de los procesos judiciales, así la conveniencia del Arbitraje y la Mediación ha quedado fuera de disenso.

Los buenos resultados obtenidos en etapas procesales prejudicial, judicial o extrajudicial, son cuantificables en el ámbito forense haciendo visible su impacto

en el desahogo del flujo del ingreso de causas en los tribunales, sumado a ello los elevados porcentajes de laudos y acuerdos, -muy apreciables para un sistema judicial abrumado de trabajo y con una necesidad imperiosa de modernización y alivio a sus obligaciones-, que en definitiva se traduce en el convencimiento de la utilidad de abordaje del conflicto con una mirada práctica, superadora y a futuro, hoy herramienta fundamental para superar la crisis.

Finalmente, no se deja pasar por alto que también la consolidación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, son consecuencia de un hecho negativo, la “insuficiencia”:

Primero, “insuficiencia” de eficiencia y eficacia del sistema judicial y crecimiento exponencial de la demanda de justicia, colapsada por la crisis económica y social.

Segundo, “insuficiencia” de acceso a justicia de sectores vulnerables que por medio del Arbitraje y Mediación podrían lograr soluciones a sus requerimientos de manera urgente.

Tercero “insuficiencia” de formación académica, formal y no formal, en la materia específica por parte de los exiliados de la justicia.

Cuarto, “insuficiencia” de apoyo Político del propio Poder Judicial que por su esencia conservadora demora en la promoción del uso de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Elaborando un giro positivo y retomando el pensamiento de Cossio, lo cierto es que el derecho es creación humana, es flexible, construible y a la vez deconstruible y siempre puede ser mejorado, dejando abierta la posibilidad de recuperación y reformulación.

III. Conclusión

A modo de conclusión se destaca que hay que propiciar un país democrático que crezca en todos los aspectos, junto a un nuevo modo de gestionar el Estado, plenamente conscientes que no se pueden permitir pérdidas de tiempo, improvisaciones, ni errores, siendo de carácter fundamental una reforma legal integral.

Evidentemente la profunda crisis económica social que se atraviesa, hace necesario buscar alternativas que respondan al requerimiento del justiciable, y se afirma que cualquiera sea la reforma legal que se construya deberá integrar los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

También destacamos que primero la Pandemia y ahora la profunda crisis económico social aceleró la consolidación del Arbitraje y la Mediación en Argentina, debido a que el antiguo y vetusto servicio de justicia primero entró en parálisis y luego en colapso por la exponencial cantidad de demandas promovidas por el justiciable, que consolidaron los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en las respuestas a una sociedad agitada, agobiada, dejando claramente demostrando un nivel de eficiencia cuya implementación quedó fuera de disenso.

Luego se asevera que a partir de una “insuficiencia” o “hecho negativo”, -en este caso la falta del Estado-, en medio de la crisis, se hace posible la consolidación del Arbitraje y la Mediación y que en toda sociedad existe la realidad del conflicto y es misión del Estado que dicho conflicto sea administrado de la forma mas rápida y eficaz posible debiendo la gestión judicial contemplar en sus etapas procesales las MARC como parte del logro de un futuro país económicamente desarrollado, jurídicamente seguro interna y externamente y socialmente en paz.

Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “El Juez, sus deberes y facultades”, Ed. Depalma. (1982)
- BERIZONCE, Roberto Omar; Recientes Tendencias en la posición del Juez. En Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal; el juez y la magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI). Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999
- BIDART CAMPOS “Tratado elemental de derecho constitucional argentino T II. Editorial Ediar, Bs. As. 1995.
- CALAMANDREI, Piero: “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, 3 tomos, Ed. E.J.E.A., 1962.
- CALAMANDREI, P.: “Elogio de los Jueces escrito por un Abogado”. Traducción de Santiago Sentís y de Isaac J. Medina. Prólogo de Diego Medina. Madrid, 1936.
- CALAMANDREI, Piero “La certeza del derecho y las responsabilidades de la doctrina”, en “Los Estudios de Derecho Procesal en Italia”, citada, p. 135. ISBN: 9789972626883. Ara Editores. Fecha edición: 2016.Santiago de Chile.

- CALDERON ASTETE Rodrigo, MARTINEZ MONTENEGRO Isnel : “Naturaleza y derecho. Pensar lo real más allá de la causalidad y la imputación”. Revista de la Facultad de Derecho - Rev. Fac. Der. no.49 Montevideo 2020 Epub 01-Nov-2020 -versión impresa ISSN 0797-8316 - versión On- line ISSN 2301-0665-
<http://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a13>
- CALSAMIGLIA Albert, JUSTICIA, EFICIENCIA Y DERECHO. <https://dialnet.uirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048059>
- CAPPELLETTI M. y GARTH B., “El acceso a la justicia”, ed. Col. Abog. La Plata, 1983, trad. Amara S., pp. 91 y ss. Vescovi E., o p. cit., pp. 25-34.
- CARNOTA, Walter: “Meditaciones sobre gestión judicial”, Revista la ley 1/10/2007. LL-2007-E-1376.
- http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- CONSTITUCION NACIONAL, Victor P. de Zavalía S.A. Bs. As. año 2000
- COSSIO, Carlos; “La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad”, 2ª ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 656.
- COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos de Derecho Procesal Civi”, Ed. Aniceto López - Ed. Depalma.
- COUTURE, Eduardo J.: “*Estudios del Derecho Procesal Civil*, Ed. Ediar 1949, Ed. Depalma 1979.
- COUTURE, E., *Los mandamientos del abogado*, Depalma, Bs. As., 1999
- CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del Derecho – Los jueces y los abogados*, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires 2000, I.S.B.N. 950-20-1246-1
- CHAYER, Hector Mario “El sistema judicial argentino y las tecnologías de la información” artículo publicado el 5/10/2000 en El Derecho, N° 10.104, año XXXVIII, Bs. As. y Revista Electrónica de Derecho informático (R.E.D.I.) N° 29, diciembre de 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 3 volúmenes. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
- DA SILVEIRA PABLO “Como ganar discusiones (o al menos como evitar perderlas” Ed. Taurus. Arg. 2004.
- DIAZ DE VIVAR, E. “Afianzar la justicia a través de una adecuada gestión judicial”, Revista El Derecho del 5/9/2007, n° 11.834, ED 224-721.

- FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce: "Getting to Yes", Boston, 1981, en castellano: "Sí...de Acuerdo. Como Negociar sin Ceder", Colombia, 1985, Editorial Norma.
- GORE, A. (1993): *Creating a Government That Works Better and Cost Less*. Washington DC, Government Printing Office.
- <https://dle.rae.es/> Diccionario de la lengua española.
- KAMINKER, Mario E. *Jurisprudencia Argentina*. "Algunas ideas sobre implementación de las reformas procesales. Hacia un ejemplo práctico". 1998. *Doctrina*. JA: 1998-I-661.
- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel "La congestión y la mora judicial: el juez ¿su único responsable?". *Revista Facultad de derecho y Ciencias Políticas* Vol. 38. N° 109 (2008) – Medellín Colombia. julio- diciembre 2008, ISSN 0120-3886
- LORENZETTI, RICARDO LUIS, "La pandemia y el Estado de Derecho" https://www.clarin.com/opinion/pandemia-derecho_0_Cn2vdqRV9.html – 27/03/2020
- MINTZBERG, Henry. "Diseño de Organizaciones eficientes". Editorial El Ateneo 2004 . ISBN: 950-02-3640-0.
- MORELLO, Augusto M. "Rasgos definitorios del moderno modelo de justicia. La importancia de la persona y sus garantías", *El Derecho* del 8/4/99, n° 9727).
- NINO, Carlos Santiago. "La constitución de la democracia deliberativa", ed. Grijalbo, Barcelona.
- OSBORNE, David y GAEBLER, Tedr: *La reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1994, 494 págs.
- OSSORIO y FLORIT, Manuel, CABANELLAS de las CUEVAS, Guillermo: "Diccionario de derecho" T- 1 y 2 Ed. Heliasta SRL ano 2007 - Bs. As. T.1 y 2
- RABBIBALDI CABANILLAS, Renato: "Dimensión filosófica de la labor interpretativa", *La Ley*, Buenos Aires, 17/10/08, pp. 1-4.
- SCHAFFROTH, Alfredo "El deber de obrar con prudencia" *J.A.* 1956 – I. - *Doctrina* p. 47.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. Conferencia de inauguración de la nueva sede del Colegio de Abogados de Mar del Plata en 1965, titulada "Humanización del proceso", que obra en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial EJE, p. 219.

¿QUIÉNES SOMOS EN REALIDAD “LOS TRIBUNALES”?

Abg. Ricardo Luis Abalo Ferer

De vez en cuando y en estos días, con mucha frecuencia; las críticas arrecian, y la judicatura aparece en la boca de todos, como un monstruo mitológico, culpable de las desgracias y tragedias de la sociedad.

La respuesta habitual, desde los tribunales, suele consistir en esgrimir gastadas “defensas”, (académicas o técnico jurídicas), más o menos legítimas, pero de comprobada inutilidad mediática.

Lo real y concreto, es que “el público”, percibe la “jurisdicción”, como una corporación elitista auto protegida, privilegiada y corrupta.

Y a la señora justicia -en términos lunfardos- como un “balurdo para la gilda”.

Por ello, como nunca, hoy el poder jurisdiccional, necesita reconstituir su fortaleza, su confianza pública y su prestigio que, como institución republicana gozó y mereció.

Volver a ser percibido por lo que siempre supo ser: garantía de progreso, y de toda posibilidad concreta de “Democracia Republicana”.

Desde el iluminismo racionalista del siglo XIX, y el advenimiento de las repúblicas que desalojaron el absolutismo monárquico; hasta fines del siglo pasado, el prestigio de los jueces y la confianza conferida por el cuerpo social, se sustentó en un fenómeno llamativo.

Digamos, que el sistema judicial se asemejaba bastante; en ese tiempo; a una especie de credo fiduciario laico.

En él, los magistrados solían fungir como sumos sacerdotes al servicio de una deidad abstracta; la “justicia”.

La liturgia cotidiana; (dirimir conflictos entre particulares “conforme a derecho”; y mantener la supremacía constitucional), bastaba para el sostenimiento del respeto y el prestigio institucional.

Pero también conocemos que ese “credo”, sufrió en lo que denominamos el “posmodernismo” (nuestra contemporaneidad) Una desacralización sin retorno.

La ultra tecnología mediática, ha convertido el mundo en un (todavía) caótico, y colosal parlamento o “ágora” virtual.

Todo indica que la realidad se dirige aceleradamente, hacia un modelo de democracia “electrónica” directa.

Un sustituto de la mediatez representativa de la actividad política modernista.

En alguna manera, la vieja “opinión pública”, dejó de ser la “vox populi”, para constituirse en una nueva “vox dei”.

Una deidad mediática que plebiscita en tiempo real toda la actividad jurídica y política de los sistemas estadales.

Los aprueba o los censura; y los ensalza o los derroca en tiempo real.

La noción de justicia abstracta, caducó en el razonamiento colectivo; mudó a “injusticia cotidiana”. Concreta.

Millones de opiniones contradictorias e instantáneas, son a diario, volcadas a gran velocidad, en los medios y redes cibernéticas, en escala gigantesca.

A veces son verdaderas y otras maliciosamente deformadas, para generar odio social. Una nueva forma de “río revuelto”.

Como sea, son suficientes para poner en tela de juicio el prestigio institucional en general, y el de los jueces en particular.

La confianza pública depositada en la jurisdicción, decae, se diluye.

Entonces, proclamados masivamente los defectos (a veces reales, y otras ficticios) de una judicatura, “debilitada y exhibida como decadente”; ese prestigio y esa confianza históricas, se desgastan, se deterioran y caen.

La credibilidad de la magistratura, es la más baja de la historia, a la par del desprestigio de las otras instituciones republicanas.

Por ello, hoy, y sin desconocer o desdeñar el esfuerzo que cada cual viene haciendo desde el puesto individual; los jueces tienen que esfor-

zarse como nunca en lograr el autorespeto, en lo técnico y en lo intelectual, así como en lo cultural.

Hay que trabajar como nunca en la actualización de las herramientas idóneas para adaptarse a los requerimientos contemporáneos de los “colectivos” socio estatales.

Es urgente recobrar el respeto de las comunidades, y el consecuente prestigio institucional.

Se hace imperativo impulsar una continua y “genuina” capacitación, y un estado de “sana” deliberación y autocrítica.

La permanencia en el viejo “confort” protocolar de “Los Tribunales”, causó un fracaso institucional de consecuencias necesariamente caóticas. Un avasallador progreso catalizado por la ciencia y la tecnología; que avanzó a ritmos acelerados y a escalas impensadas.

Creció un nuevo y posmoderno iluminismo enciclopedista virtual (internet), que otorga a las gentes una maravillosa injerencia en las actividades profesionales, que alguna vez fueron “misteriosas, esotéricas” o “elitistas”.

Ahora más que en cualquier otro tiempo, es imprescindible, potenciar los esfuerzos y habilidades individuales, con el aporte científico, y sanamente corporativo; para “afianzar la justicia”, promoviendo el acceso social a la misma, sin burdas exclusiones.

Conseguir que vuelva a ser entendida como el prestigioso punto de apoyo de la institucionalidad y la legalidad, que sustentó siempre la república y la democracia.

¿Qué y cómo se puede hacer?

Las viejas preguntas lógicas desde la filosofía y desde el pensamiento crítico; todavía arrojan respuestas vigentes. Estás aconsejan permanecer fieles a la virtud de la independencia jurisdiccional; que no lo es sólo respecto de los referentes de la militancia del poder de turno; sino también de los que lo hacen en la oposición.

Del mismo modo que aprendimos a serlo respecto de las partes en los juicios.

Hay que evitar los intentos de cooptaciones que acechan desde la política mal entendida.

Con esa firmeza ética anclada en la decencia ancestral, se pueden superar las presiones pecuniarias que provienen de los sectores partidarios y de las militancias ideológicas.

Solo así se verán justificadas las compensaciones económicas que percibe la magistratura, acordes con lo que -con orgullo- ponderamos como “nuestra dignidad jurisdiccional”.

Hay que convalidar ese merecimiento con el uso real del coraje necesario; para ser -de verdad- el último baluarte de protección de los más débiles y desposeídos de la sociedad. Hasta donde sé, hay por lo menos dos oficios que no se pueden dar el lujo de autoconsentirse el “miedo” frente al peligro: Los Toreros y los Jueces.

En el caso de los jueces, estamos ante el “muy difícil y peligroso” oficio, de practicar la siempre sana ética de la imparcialidad, y de ser fieles al derecho.

Este, (como sabemos) es imperfecto y “adolescente”, como lo es nuestra democracia.

Hay que tener en cuenta que cada “derogación” del estado de derecho que afrontó el país; implicó, (sin perjuicio de las tragedias de “lesa humanidad”) una “refundación” y un doloroso atraso involutivo en la cultura cívica de la “república”.

De la república, sí. Tal como la conocemos, o en cualquier forma que adquiera en un futuro más o menos cercano; de la mano de la ciencia y la tecnología, en el contexto de la evolución de nuestra cultura.

La opción por la decencia; claramente, es el único camino y herramienta válida para construir evolutivamente una vida política digna, justificada por el bien común.

Y con aptitud para lograr esa endeble armonía y paz social “concreta” que a veces nos atrevemos ostentosamente, a llamar “justicia”.

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 17 - NOVIEMBRE 2024

EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

La dinámica de los cambios sociales, económicos y políticos exigen estar en alerta constante para discernir cuál es el mejor camino para la empresa, en este caso, académica, que se tiene el deber de conducir.

Al respecto, no puede pasar desapercibido el fenómeno de la influencia de la ciencia, en la vida cotidiana, en general, y, en particular, en el derecho. A la par, tampoco puede evadirse la decisión de un estricto ajuste del gasto público que se refleja en la desfinanciación de las universidades públicas. Sin duda, ello impone reflexionar profundamente sobre el diseño educativo, particularmente en el entendimiento de que, en la vinculación entre la universidad y el modelo de país, deben hablar el mismo idioma.

La realidad marca un alto porcentaje de personas en estado de vulnerabilidad originado por la escasez no solo de recursos económicos, sino también de recursos culturales, que es mucho más grave, porque impide tener esperanza de vivir en un país mejor, acorde a la evolución de este tiempo del conocimiento o posmodernidad.

El dilema lo presentó Sarmiento cuando escribía su célebre obra, *La educación popular*, o en *Lecciones populares del derecho*. El autor pensaba que la educación debía ser para todos los habitantes de la república. Consecuentemente, los planes estatales cumplían un rol predominante en su concreción.

Pero nuevos criterios reformulan la universalidad del conocimiento en un proyecto de una sociedad “de los dos tercios” que impone el sacrificio de una parte para salvaguardar el remanente. O peor aún, con la idea de la sociedad 20:80, donde el veinte por ciento de la población acumula el ochenta por ciento del poder político y de la abundancia económica y, con ello, el acceso a los beneficios de la instrucción y cultura.

Sin duda, el desafío de recomponer la estructura educacional del Estado argentino no es fácil de superar, pero simplemente ajustar el financiamiento para obtener el cero déficit fiscal no es suficiente; es necesaria una adecuada y profunda discusión que pasa inicialmente por aceptar el control del gasto (todo gasto del dinero público debe ser auditado) y por aprovechar los beneficios de la técnica para dar educación para todos y definir qué país queremos (puramente agrícola, ganadero, industrializado, paraíso financiero, etc., o dejar que sea la reserva natural de otros países con mayor poder) para fijar la política educacional más adecuada.

Las generaciones venideras criticarán severamente nuestros desaciertos como sociedad o darán gracias por un legado que podemos dejarle con esfuerzo, claridad y, por sobre todas las cosas, con decencia en el manejo de los fondos públicos.

Estimo la conveniencia de quedarnos junto al pensamiento de Domingo F. Sarmiento, practicando *Las fuerzas morales* de José Ingenieros, para soñar con una república en la cual prime el esfuerzo educacional para lograr la excelencia.

Hay mucha y muy buena materia prima. Faltan diseñadores del porvenir desprendidos de toda mezquindad y con un solo interés: el de su patria.

DOCTRINA

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO IMPLICANCIAS REGISTRALES PARA LA PROVINCIA DE MENDOZA

Abg. Especialista Blanca Mangione

I. Introducción

En el presente trabajo, realizo un análisis valorativo de las normas que rigen la protección de la vivienda familiar a nivel nacional y, específicamente, en la provincia de Mendoza, y detallo las implicancias registrales que esta protección trae a la luz de la sanción de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) en el año 2015, uno de cuyos principales objetivos fue “constitucionalizar el derecho privado”. Para ello, me centraré en normas nacionales y locales, para luego analizar la Orden de Servicio N.º 396 del Registro Público y Archivo Judicial de la Provincia de Mendoza.

El objeto regulado es lo que antiguamente se denominaba “régimen del bien de familia”, partiendo de considerar el derecho a la vivienda como un derecho humano fundamental reconocido en varios tratados internacionales con jerarquía constitucional.

El cambio de denominación (‘bien de familia’ por tan solo el de ‘vivienda’) no es inocente, sino que responde a una exigencia (acceso y protección) en miras “a una sociedad multicultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio”, tal como se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto. Se entiende que la vivienda es un derecho fundamental de toda persona con independencia de la estructura familiar en la que se encuentre inserto. Por tal razón, la vivienda no se protege en conexión con las relaciones familiares, sino en virtud de que ella es un derecho humano, de todos¹.

¹ Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo I, 2a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2016, ISBN 978-987-3720-30-7, p. 411.

Así se explica que también la persona que vive sola y no tiene familia pueda ver protegido su derecho a habitar un lugar determinado. Explica la profesora Fabiana Carlucci que el cambio terminológico (“familia” por “vivienda”) “busca la tutela de la persona, independientemente de que ésta tenga que conformar una familia para proteger su vivienda”².

Esta interpretación adoptada por el CCCN se deriva del reconocimiento del derecho a la vivienda en instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional desde 1994 por su reconocimiento en tal sentido, y que por ende forman parte del bloque de constitucionalidad argentino. Incluso antes de su consagración en la Norma Fundamental, se hablaba de un “derecho humano a la vivienda adecuada”³.

II. La constitucionalización del derecho privado como objetivo de la reforma de 2015

Explica Alferillo que “con la sanción de la Constitución de 1949 se inicia la etapa del constitucionalismo social en nuestra dogmática, más allá de la resistencia opuesta por las interpretaciones liberales, que es irremediamente aceptada, a pesar de la total derogación de la reforma, en el art. 14 bis que elevó a rango constitucional los derechos sociales, gremiales y asistenciales de los trabajadores”⁴.

Ricardo Lorenzetti, en su rol de presidente de la Comisión de reforma del Código de Vélez (Decreto 191/2011), abordó aspectos de técnica jurídica que agilizaban la lectura del texto reformado. En esa ocasión, se refirió a la constitucionalización del derecho privado destacando el necesario diálogo de fuentes que debe preceder a las decisiones judiciales, si se pretende que estas tengan fundamento razonable⁵.

² Carlucci, Fabiana. Clase sobre protección de la Vivienda Familiar, en el marco de la Diplomatura en Derecho Registral Inmobiliario Aplicado, Universidad Nacional de Cuyo, 16/04/2020.

³ Gómez Zavaglia, Tristán. (2013). El derecho humano a una vivienda adecuada, Id SAJJ: DACF170395. <http://www.sajj.gob.a.r/tristan-gomez-zavaglia-derecho-humano-una-vivienda-adeuada-dacf170395-2013-03/123456789-0abc-defg5930-71fcanirtcod?&o=5&f=Total%7CFecha%7CEstado+de+Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%2FDerecho+constitucional%2Fderechos+y+garant%EDas+constitucionales%2Fderecho+a+l+a+vivienda+dign+a%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n+tem%Eltica%5B%2C1%5D%7CTipo+de+Documento%2FDoctrina&t=12>

⁴ Alferillo, Pascual. (2018). El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, (7). Cita: IJ-DXXXIV-709.

⁵ Lorenzetti, Ricardo. Introducción al Código Civil y Comercial, p. 4. <https://www.pensam>

El Código Civil Velezano solo mencionaba a la Carta Nacional en su artículo 3 (al indicar que la retroactividad establecida por ley en ningún caso podía afectar derechos amparados por garantías constitucionales) y en el artículo 2339 (al caracterizar a las cosas como bienes públicos del Estado nacional o provincial según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional).

Los artículos 1 y 2 del CCCN plasman claramente la necesidad de interpretar y aplicar el cuerpo normativo a la luz del derecho constitucional. Esta necesidad, a mi entender, siempre existió; viene dada por la supremacía constitucional del art. 31 de la Constitución Nacional. El legislador de 2015 consignó tal influencia a lo largo de todo el articulado y en relación con diversas materias (además de las dos ya contempladas en su momento por Vélez): los derechos de las comunidades indígenas (art. 3), el objeto de las asociaciones civiles (art. 168), el trato equitativo y no discriminatorio a los consumidores (art. 1.098), y en medidas cautelares adoptadas en ocasión de arbitraje (art. 1.655).

III. La protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación

3.1. La vivienda como objeto de protección

En primer lugar, me interesa aclarar si el derecho analizado (protección de la vivienda) es distinto del derecho constitucional a una vivienda digna. Así, coincido con Manili, quien afirma: “solo son distintos en cuanto al momento al que se refieren”. En tal sentido y en palabras del autor, el derecho de acceso a una vivienda digna “apunta a facilitar la consecución de una vivienda”, mientras que el régimen de protección de la vivienda “tiende a proteger la vivienda ya conseguida. Desde este punto de vista podemos afirmar que se trata de un mismo derecho que se protege en dos tramos temporales distintos: antes de acceder a una vivienda (derecho de acceso a la vivienda digna) y después de conseguida (protección del bien de familia)”⁶.

El derecho analizado está regulado en el Libro Primero (Parte General), título III (Bienes), capítulo 3 (Vivienda). Aclara el artículo 244⁷ que el objeto de pro-

ientocivil.co m.ar/system/files/2015/01/D octrina386.pdf

⁶ Manili, Pablo L. (19 de agosto de 2022). El derecho constitucional de acceder a una vivienda digna, MicroJuris Argentina. MJ-DOC-16748-AR | MJD16748.

⁷ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 410.

tección puede ser la totalidad o una parte del valor de un inmueble destinado a vivienda. Como explica el comentario a dicho artículo, y conforme la calidad de *humano* que se asigna al derecho, el fundamento no está en la protección de la familia, sino “en el derecho humano que toda persona tiene a la vivienda”⁸. Así, también, la vivienda unipersonal goza de esta protección, en consonancia con uno de los paradigmas que impulsó la reforma del CCCN: la “no discriminación”, otro valor que impregnó la reforma y que se vincula con la constitucionalización del derecho privado. En este sentido, el art. 246 del CCCN señala como beneficiarios de la afectación: “a. el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b. en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente”.

El único requisito que se exige es que el beneficiario habite el inmueble (art. 247, CCCN). Respecto a la habitación efectiva requerida, “no basta con que el titular o los beneficiarios habiten el inmueble al momento en que se solicita la afectación, sino también al momento de hacerla valer. (...) Recordamos que tal exigencia ya se encontraba plasmada en el art. 41 de la ley 14.394”⁹.

En la provincia de Mendoza, la Orden de Servicio 936 establece, en relación con la ocupación efectiva, que “el propio titular deberá manifestar en el documento registrable, por declaración jurada, que habita efectivamente el inmueble, de lo contrario se practicará una inscripción PROVISIONAL, por 180 días hasta tanto lo manifieste (art. 9 Ley 17801)”¹⁰.

Continúa el artículo 244 del CCCN ordenando que la afectación se inscriba “en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”¹¹. Más adelante ampliaremos lo concerniente a la mencionada “ley nacional” (Ley 14.394) y “reglas locales” (Leyes 8.236 y 8.339, y Orden de Servicio 396 de Mendoza), a las que hace referencia el artículo.

Tal como lo pregonaba el art. 34 de la Ley 14.394, el CCCN estipula que puede ser objeto de esta protección un solo inmueble, siempre que tenga “destino de vivienda”, es decir, el lugar que la persona ocupa habitualmente. Independientemente de que se trate de un inmueble urbano, rural, semiurbano o semirural, si

⁸ Ibid.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 416

¹⁰ Orden de Servicio 936 Mendoza, Boletín Registral, Registro Público y Archivo Judicial de la provincia de Mendoza, Julio/Agosto/Setiembre/octubre 2015, p. 6.

¹¹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 410.

se destina solo a vivienda o si tiene un destino mixto (en parte comercial y en parte vivienda), puede ser objeto de la protección¹².

La Orden de Servicio 396 habla del Caso especial de inmueble sometido a Propiedad Horizontal: podrá afectarse la unidad funcional más las unidades complementarias destinadas a servirla (art. 2.039 y art. 154 ley 8236). En los Reglamentos otorgados con fecha posterior al 1 de Agosto en los que se encuentren vinculadas la unidad funcional con las complementarias, podrá a opción del constituyente, recaer la afectación sobre la unidad funcional destinada solamente a vivienda o también sobre las complementarias¹³.

A su turno, el artículo 154 de la Ley 8.236 establece: “Se admitirá la constitución como bien de familia de un inmueble y de las unidades de uso complementario o accesorio ubicadas en el mismo edificio, siempre que estuviere destinado a vivienda del constituyente o su familia”¹⁴. Debemos entender que, en la provincia de Mendoza, conforme lo establece la Orden de Servicio 396, solo existe esta posibilidad en caso de unidades funcionales de PH (y no como existe en Buenos Aires, respecto de inmuebles linderos).

Como novedad, el CCCN introduce la posibilidad de afectar “una parte del valor del inmueble”. Ello implicaría que el inmueble “puede ejecutarse por la parte no afectada”¹⁵. En este sentido, la Orden de Servicio aclara que lo que no se puede afectar es un porcentaje del dominio (por ejemplo, la cuota parte de un condominio, o el “30%” del inmueble), ya que, si así se hiciera, la inscripción recibiría carácter provisional por 180 días¹⁶. Explica Fabiana Carlucci que tal posibilidad tiene origen en el derecho germano y su recepción en la provincia de Mendoza ha sido amplia, ya que se permite afectar tanto la totalidad del inmueble como una parte determinada (por ejemplo, una casa que se encuentre dentro de una finca, para lo cual no necesitaremos un plano, sino cumplir con el principio de especialidad en cuanto al objeto), un monto determinado o un porcentaje del

¹² Idem, p. 411.

¹³ Orden de Servicio 396, Mendoza, op. cit., p 6.

¹⁴ Vid. https://www.legislaturamendoza.gov.ar/busqueda/_lib/tmp/sc_pdf_2021012_7200641_659_pdfreport_ley.pdf

¹⁵ Flah y Aguilar, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 412.

¹⁶ Orden de Servicio 396, op. cit., Punto 2.5.3. “Afectación de la totalidad o parte de su valor: podrá afectarse la totalidad del inmueble cuyo destino sea vivienda, una parte determinada, un monto determinado o un porcentaje del valor del inmueble, no así un porcentaje de dominio. En caso de ingresar documento por el que se afectase un porcentaje de dominio se inscribirá en forma PROVISIONAL por 180 días hasta tanto se denuncie el monto o el porcentaje del valor del inmueble por el que se lo afecta”.

valor del inmueble¹⁷. El motivo por el cual no se permite la afectación de un porcentaje del dominio radica en que, luego de la subasta, el acreedor quedaría siendo condómino del deudor, lo cual desvirtuaría la figura.

En materia registral, importa sobremanera la prioridad temporal en la proyección, la cual solo es oponible frente a acreedores cuyas obligaciones sean de causa fuente posterior a la inscripción. Aquellos acreedores hipotecarios o embargantes que obtuvieran sus respectivos derechos con anterioridad a la afectación no se ven perjudicados, ya que ellos ostentan un mejor derecho en virtud de la prioridad temporal de la que gozan¹⁸.

3.2. Discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la inscripción protectoria

Ha debatido la doctrina sobre la naturaleza jurídica del acto de afectación del inmueble ante el Registro de la Propiedad Inmueble, acto que realiza el titular registral. La discusión rondaba, aún antes de la sanción del CCCN, en torno a si dicha inscripción era declarativa o constitutiva. La determinación de tal naturaleza jurídica es importante en tanto “incide en la determinación del momento de la producción de los efectos del régimen y, como consecuencia, en la oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe”¹⁹.

El origen de esta división en las posturas radica en el art. 35 de la Ley 14.394, el cual establece: “La constitución del ‘bien de familia’ produce efecto a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente”²⁰.

Así, la doctrina se dividió entre quienes (por un lado) sostenían el carácter constitutivo a partir de la letra fiel del art. 35 (Kemelmajer de Carlucci, Areal, Papaño). Esta corriente reconocía en dicho carácter “una excepción al sistema registral que en materia de constitución, transmisión y modificación de derechos reales es declarativa (art. 2º de la Ley 17.801 Nacional Registral)”²¹. Por otro lado, Guastavino, J. H. Alterini, Bossert, Fazio de Bello y N. B. Martínez, entre otros, argumentaron su postura “a partir de la diferencia entre:

¹⁷ Carlucci, op. cit.

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 412.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ley 14.394. Modificaciones al régimen de los menores y de la familia, InfoLEG, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-104999/103605/texto.htm>

²¹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 413.

- 1) 'constitución' (entre partes) e 'inscripción' (frente a terceros); y
- 2) los distintos modos de constitución: acta ante el Registro, escritura pública y testamento²².

Las XX Jornadas de Derecho Civil sentaron varios puntos respecto a la protección de la vivienda familiar, entre ellos, que

la registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2º, 20 y 22 de la Ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del CC). Se aplica, según los casos, el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados. En el supuesto de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de la rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo²³.

Posteriormente el CCCN plasmó dicha conclusión en el art. 244, párrafo 2.

En relación con los legitimados para realizar dicha afectación, el artículo 245 del CCCN establece que puede ser solicitada por el titular registral (siempre que sea capaz, como requisito de fondo), o por todos los cotitulares conjuntamente, en caso de que el inmueble esté en condominio. Si la afectación se dispone mediante un acto de última voluntad, "el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida". La Orden de Servicio de Mendoza está en consonancia con este artículo, al establecer en el punto 2.6.

Legitimados para afectar a vivienda (art. 245): El registrador calificará que afecte a vivienda el titular registral, y en caso de condominio, que concurren todos los condóminos, no siendo necesario que exista parentesco entre ellos. También podrá afectar el Juez cuando se hubiese dispuesto en los actos de última voluntad, en la resolución que atribuye la vivienda en los juicios de divorcio o en la que resuelve cuestiones vinculadas a la convivencia si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida²⁴.

²² Ibid.

²³ (2005). XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, en homenaje al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. Conclusiones Comisión n.º 4, Reales: Protección jurídica de la vivienda. De lege data. Punto 3º Registración del bien de familia: efectos. <http://www.derechociv.il.jur-soc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/92-2005-xx-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-buenos-aires>

²⁴ Orden de Servicio 396, Mendoza, op. cit.

El tema de la legitimación ha generado críticas en la doctrina. Por ejemplo, Ventura entiende que el art. 245 reviste un excesivo tecnicismo porque el titular del derecho registral no siempre es el titular del derecho real, por lo cual —a su entender— debería estar legitimado para afectar “cualquier titular de derecho real que se ejerza por la posesión y que tenga por objeto una vivienda habitable”²⁵. En este sentido, sería posible afectar a vivienda el inmueble sometido a derecho real de usufructo, para lo cual el nudo propietario debe contar con la voluntad del usufructuario (art. 156, Ley 8.236). Aporta Carlucci que, en el caso de que el titular del derecho real de usufructo pueda afectarlo a vivienda, su voluntad también debería completarse con la del nudo propietario²⁶.

Respecto al modo de constitución, son varias las vías en que puede realizarse, detallando el artículo:

La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. La tutela de la vivienda puede reconocer su origen por: acta registral; escritura pública; testamento; y vía judicial²⁷.

Cuando la afectación se realiza por acta, “no corresponde que el Registro exija ni informes, ni certificados antes de dar curso a la suscripción del acta. Sin embargo de requerirse por parte del Registro el informe de dominio del bien en cuestión el mismo debe ser con carácter de certificado y el consiguiente efecto de bloqueo”²⁸.

La afectación a través de escritura pública

se infiere implícitamente del art. 254 cuando alude a la intervención de profesionales a solicitud de los interesados a los efectos de la constitución de la tutela. De optarse por esta vía, deberán respetarse las normas contenidas en las Secciones 4^a (Instrumentos públicos) y 5^a (Escritura pública y acta) del Capítulo V (Actos jurídicos), contenido

²⁵ Ventura, citado por Carlucci, op. cit.

²⁶ Carlucci, op. cit.

²⁷ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 413.

²⁸ Cossari, citado en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 413.

en el Título IV (Hechos y actos jurídicos) del Libro Primero (Parte General)²⁹.

Respecto a la posibilidad de inscripción a través de actos de última voluntad, interesa analizar la novedad que trae el art 245 del CCCN, en comparación con el art. 44 de la Ley 14.394. Mientras la normativa exigía que la solicitud de la inscripción al juez proviniera de “la mayoría de los interesados”³⁰, el CCCN establece que basta con que el pedido provenga de “cualquiera de los beneficiarios”. Se entiende que, para ello, deberán cumplirse los requisitos legales dispuestos para las formas de los testamentos (art. 2473, CCCN, requisitos formales de los testamentos), testamento ológrafo (art. 2477, CCCN), testamento por acto público (art. 2479, CCCN) bajo pena de nulidad total (art. 2474, CCCN).³¹

La posibilidad de solicitar en juicio la constitución del régimen de protección de la vivienda también es una novedad del Código Civil y Comercial.

3.3. El instituto de la subrogación real como novedad

El art. 248 del CCCN establece como novedad, respecto del régimen anterior, la figura de la subrogación real: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”³².

El antiguo régimen del bien de familia, “al no contemplar la posibilidad de la subrogación real, dejaba sin respuesta situaciones tales como destrucción o incendio de la vivienda afectada cuando tales hechos acarrearán el pago del seguro, la expropiación del inmueble o tan solo la sustitución del inmueble por otro”³³.

La subrogación real es, al decir de Bonnecase,

²⁹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 414.

³⁰ “ARTICULO 44. – Cuando se hubiere dispuesto por testamento la constitución de un “bien de familia”, el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge o, en su defecto, de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo siempre que fuere procedente con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez”. (Ley 14.394. Modificaciones al régimen de los menores y de la familia, InfoLEG, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane_xos/100000-10499_9/103605/texact.htm)

³¹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 415.

³² Idem, p. 417.

³³ Ibid.

una institución jurídica, esencialmente relativa a un patrimonio considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, para el caso de enajenarse o de perderse uno de esos elementos, en trasladar, salvo los intereses de los terceros, de pleno derecho sobre el bien individualizado, adquirido en reemplazo, los derechos que grababan el bien salido del patrimonio³⁴.

La naturaleza jurídica del instituto radica, según Roca Sastre, en ser un “fenómeno de persistencia de una situación jurídica, a pesar del cambio o mutación o transformación de la cosa originariamente afectada, proyectándose intacta la situación jurídica sobre el elemento primordial que ha sustituido al elemento reemplazado o cambiado”³⁵.

Flah y Aguilar destacan el aspecto social de la subrogación real, señalando que, en caso de más de un beneficiario, su derecho a la vivienda “se vería avasallado, de no permitirse la subrogación real. Además, priorizar el interés de los acreedores por sobre la protección de la vivienda constituiría una solución disvaliosa y atentatoria del espíritu del CCyC fundado en principios constitucionales”³⁶.

3.4. La ejecución de la vivienda en contraposición a los derechos de los acreedores

Como bien señala el artículo 249 del CCCN, el efecto principal de la afectación radica en ser oponible a acreedores posteriores a su fecha de constitución, y, por ende, inoponible a acreedores de causa anterior. Estos acreedores no podrán embargar o ejecutar el inmueble.

Pero existen excepciones: obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble (lo que ya estaba previsto en el art 39 de la Ley 14.394); obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda (ya previsto en el art. 38 de la Ley 14.394); obligaciones alimentarias a cargo del titular

³⁴ Bonnacasse, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 417.

³⁵ Roca Sastre, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 417.

³⁶ Flah y Aguilar, op. cit., p. 418.

a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Con esto último, se eleva a las obligaciones alimentarias del titular registral a la condición de créditos oponibles al sistema de protección de la vivienda, en una ponderación entre el derecho a la vivienda y el derecho de personas en situación de vulnerabilidad. Señala la doctrina que “la causa fuente anterior a la afectación es condición para que se tutele, a través de la inoponibilidad, el derecho de propiedad de los acreedores”³⁷.

En cuanto a las obligaciones con garantía real sobre el inmueble, es importante destacar que

La hipoteca prevalecerá sobre el régimen de protección a la vivienda en el caso de que la constitución del gravamen hubiera contado con la conformidad del cónyuge o el conviviente (en este último caso, si la unión convivencial se encuentra inscrita). En caso de oposición de aquellos o si estos fueran incapaces o tuvieran capacidad restringida, se deberá contar con la debida autorización judicial, la que a su vez deberá ser mencionada en el acto constitutivo de la hipoteca, ya sea por transcripción o relación³⁸.

El artículo que analizamos trae también una serie de reglas en caso de ejecución del inmueble, reduciéndose a si existe o no el derecho a requerir la ejecución, y operando el mencionado principio de la subrogación real.

IV. Implicancias registrales del régimen

Más allá del régimen de fondo que regula este instituto, nos interesan sus implicancias registrales.

Bien señala el art. 253 del CCCN que “la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación”³⁹.

³⁷ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 419

³⁸ Idem, p. 420.

³⁹ Idem, p. 424.

El artículo 47 de la Ley 14.394 disponía algo similar, pero la nueva norma contempla también la “desafectación” al régimen. Este servicio de información gratuito refuerza el derecho humano a la vivienda.

Tanto dicho artículo como el referido al límite en materia de honorarios (254, CCCN) resalta “un marcado ‘rol social’ que es coherente con el paradigma que introduce el Código sobre protección de la vivienda”⁴⁰.

4.1. Desafectación y cancelación de la inscripción

El art. 255 del CCCN establece los presupuestos de procedencia de la desafectación y la cancelación de la inscripción:

“a. a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscrita se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente”.

El nuevo régimen suprime el límite que admitía el pedido, esto siempre y cuando “el interés familiar no resulte comprometido” (art. 49, inc. a, de la Ley 14.394).

“b. a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos”.

La norma reproduce en esencia al art. 49 de la Ley 14.394 en su inc. b, aunque varía en determinados puntos: 1) incluye la disconformidad del conviviente inscripto; 2) incluye a los beneficiarios con capacidad restringida; y 3) omite la referencia al “interés familiar” expresando que el interés al que debe atenderse el juez —en caso de existir causales que traben la decisión privada de la desafectación—

⁴⁰ Idem, p. 425.

es el de cada uno de los beneficiarios. Es decir, el interés es considerado aisladamente y no en función del ente familiar.

“c. a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior”.

La decisión para desafectar un inmueble en condominio debe provenir de la mayoría de los condóminos, computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, “lo cual equivale a decir que la mayoría que se requiere para desafectar es de valor. Se reproduce el art. 49, inc. c) de la ley 14.394, aunque con mayor precisión y técnica al incluir la palabra ‘indivisas’⁴¹.

“d. a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios”.

Cualquier interesado podría ser “los acreedores que se encuentran en condiciones de cubrir sus créditos con el producido de la ejecución del inmueble”⁴².

La procedencia “de oficio” implica “a instancia del propio Registro”.

“e. en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249”.

“En caso de que proceda la expropiación, la utilidad pública que ella conlleva determina la superioridad del bienestar común por sobre la protección del interés privado. No obstante, la tutela se hará efectiva a través de la subrogación real en los montos indemnizatorios”⁴³.

Cuando se plantea la reivindicación, es porque “el titular registral afectó el inmueble al régimen de tutela, pero en verdad carecía de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho real. De esta manera, la protección a la vivienda

⁴¹ Idem, p. 427.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

le es inoponible al verdadero dueño que inicia la acción reivindicatoria”⁴⁴. Para el caso de ejecución, como lo indica el art. 249, se tendrán en consideración los acreedores denunciados en ese artículo, y se entregará el remanente al expropiatario.

Por último, en relación con la regulación que el instituto recibe en la normativa nacional, el artículo 256 del CCCN establece que “las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales”, conteste —nuevamente— con el paradigma de “no discriminación” que impulsó la reforma del Código Civil en el año 2015, no haciendo diferencia en cuanto a la protección entre inmuebles rurales y urbanos. La única diferencia se aprecia respecto de la aplicabilidad de la tutela a inmuebles rurales, siempre que no excedan las unidades económicas.

Según Borda,

es natural que no se fije una superficie uniforme para todo el país, porque muy distinta es la unidad económica en la Patagonia y en la Pampa húmeda; muy distinta, también, en tierras con riego artificial y en tierras de secano. Aún dentro de las tierras con riego, la unidad puede variar según sea el destino más adecuado de la tierra, teniendo en cuenta su clima y demás características peculiares⁴⁵.

Lo que importa no es el valor del predio, sino “que el fundo ‘no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales’”, para evitar “la afectación de extensas tierras, quizá bajo el entendimiento de que ellas serían incompatibles con la ‘habitación efectiva’”⁴⁶.

V. Régimen protectorio de la vivienda en la provincia de Mendoza

La Ley nacional 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble está reglamentada en la provincia de Mendoza a través de la Ley 8.236, la cual reguló el régimen del bien de familia en los artículos 143 a 157. Esta ley del 2011 quedó desfasada de la

⁴⁴ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 427.

⁴⁵ Borda, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., p. 429.

⁴⁶ Ibid.

nueva regulación que trajo el Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, lo cual requirió una adecuación que se llevó a cabo a través de la Orden de Servicio 396 de septiembre del año 2015. De esta manera, todos los artículos de la Ley provincial 8.236 que contradecían la Orden de Servicio 396 quedaron tácitamente derogados por esta última.

5.1. La Orden de Servicio 396

Más allá del paralelo que se ha hecho en el análisis, a lo largo del presente trabajo, entre lo dispuesto por la normativa nacional y la Orden de Servicio 396 de la provincia de Mendoza, nos interesa resaltar algunos aspectos de esta última para cerrar el análisis.

La Orden de Servicio 396 de la provincia de Mendoza comienza haciendo una aclaración respecto a las reglas de calificación de los actos otorgados con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, dejando sentado que “el Registro Inmobiliario calificará los actos otorgados con anterioridad al 1ro de Agosto del 2.015 aplicando el Código Civil derogado, con excepción del supuesto del régimen de vivienda previsto en el apartado siguiente”⁴⁷, de manera que debe tenerse en cuenta la fecha de otorgamiento del acto (y no la de su ingreso al Registro) para calificar.

La excepción del supuesto de protección del régimen de la vivienda que refiere la norma es la siguiente: “En cuanto a la aplicación temporal, el nuevo régimen será aplicable a todos los títulos que se inscriban en el Registro Inmobiliario a partir del primero de agosto, sin importar la fecha de otorgamiento, ni la de ingreso del documento”. Este documento, como vimos anteriormente, al analizar el CCCN, puede tener origen judicial, notarial o surgir como acta administrativa de la afectación que se lleva a cabo ante la propia oficina del Registro.

Es de destacar que “los inmuebles sometidos al régimen de bien familia, bajo la vigencia de la ley 14.394 no necesitan de ningún tipo de adecuación al nuevo régimen el cual le será aplicable a partir de su entrada en vigencia”⁴⁸. Los inmuebles sometidos al régimen del bien de familia continúan con el régimen de protección de la vivienda.

⁴⁷ Orden de servicio 396, Mendoza, op. cit., p. 6.

⁴⁸ Ibid.

Respecto al carácter de la constitución, la norma afirma que “la registración del régimen de vivienda continúa teniendo carácter constitutivo”⁴⁹. A continuación, prevé la posibilidad de expedir certificado de bloqueo para la afectación a vivienda. Explica Carlucci que

si bien el Registro de la Propiedad inmueble es esencialmente declarativo, en materia de medidas cautelas y de afectación (a bien de familia en su momento y ahora) a vivienda: el Registro opera de manera constitutiva. (...) Al igual que en las sentencias constitutivas que permiten un efecto retroactivo -como las sentencias de divorcio al día de la notificación de la demanda, o la de adopción al día en que se otorgó la guarda- nos importa diferenciar los sistemas: el art 244 CCCN dice que debemos regirnos por las normas de prioridad de la ley 17.801 (prioridad directa y prioridad indirecta); por su parte la CSJN viene diciendo desde el año 1985 que la afectación a vivienda en este caso trabaja con la reserva de prioridad: el Registro expide un certificado y la afectación operada en el acta notarial tiene efecto retroactivo a la fecha de expedición del certificado. En casi todas las provincias que expiden certificados para bloqueo para afectación a vivienda, tendremos la siguiente situación: si el acta administrativa no se inscribe, si el oficio judicial no se inscribe, o si el acta notarial no se inscribe, no van a surtir efectos. En este sentido estaríamos ante una modalidad constitutiva. Pero en el caso de que se haya expedido un certificado de bloqueo para afectación a vivienda, el efecto va a ser retroactivo a la fecha de expedición del certificado⁵⁰.

5.2. Las reglas de la prioridad conforme el origen de la afectación

Conforme el punto 2.4 de la Orden de Servicio 396, existe una variedad de documentos registrables, en tanto “la afectación podrá realizarse por acta administrativa, escritura pública o documento judicial. En este último caso podrá ser por actos de última voluntad (sucesión), divorcio o conclusión de la convivencia (en

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Carlucci, op. cit.

caso de uniones convivenciales), de conformidad a los art. 245 C.C.C.N, art. 2 ley 17.801 y art. 2 ley 8.236⁵¹.

La prioridad dependerá, entonces, del origen de la afectación:

* **Afectación de origen judicial:** es netamente constitutivo, operando desde su toma de razón en el Registro.

Cabe aquí hacer una aclaración: la afectación será oponible a quienes pudieron tener conocimiento de que esto había operado con anterioridad, por ej: el abogado que actuó en la sucesión, en el juicio de divorcio o de terminación de una unión convivencial, y que está en conocimiento de que el juez ordenó la afectación a vivienda, para ese abogado esta afectación será oponible desde que el juez lo ordenó, independientemente de cuándo el Registro tomó razón de ella. Para todos los demás, será oponible desde la toma de razón en el Registro⁵².

* **Afectación de origen administrativa:** la prioridad operará desde la fecha de iniciación del trámite.

* **Afectación de origen notarial:** “en este caso, depende de si se ha expedido o no certificado. Es posible que la afectación se haga sin pedir certificado, en cuyo caso opera la prioridad directa. Si el escribano pidió certificado de bloqueo para afectación a vivienda y lo usó dentro del plazo previsto, la afectación tendrá en ese caso efecto retroactivo a la fecha de expedición del certificado⁵³”.

La novedad del régimen se aprecia claramente en relación con los beneficiarios, ya que, como vimos anteriormente, puede serlo una persona que no tenga familia; no se exige vínculo de parentesco entre los beneficiarios (ello en beneficio de las uniones convivenciales, aunque no tengan hijos), no hace falta —para la afectación— asentimiento conyugal ni del conviviente⁵⁴. Difiere en caso de transmisión o gravamen del inmueble, para lo cual

en el caso de constituyente casado se exigirá la conformidad y/o asentimiento del otro cónyuge. En el supuesto de constituyente que vive en unión convivencial inscripta se exigirá la conformidad y/o asentimiento del conviviente. De no existir se practicará una inscripción PROVISIONAL hasta tanto asienta el otro cónyuge o el conviviente respectivamente. La ausencia de la conformidad o asentimiento

⁵¹ Orden de Servicio 396, Mendoza, op. cit.

⁵² Carlucci, op. cit.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Orden de servicio 396, Mendoza, op. cit.

puede suplirse mediante autorización judicial⁵⁵. El guiño de la Orden de Servicio a las uniones convivenciales se aprecia también en la exhaustiva reglamentación que lleva a cabo en el punto 2.7.1, distinguiendo si la unión convivencial se encuentra inscrita en el registro Civil y/o existe documento público que la acredite, o que no se dé ninguno de esos casos.

Interesa, por último, destacar la regulación del Registro respecto a la posibilidad de que se opere la subrogación real del art. 248 del CCCN.

La Orden de Servicio establece que “el registrador calificará que la adquisición de la vivienda sustituta sea en forma simultánea o posterior a la transferencia de la vivienda afectada, por lo que DEVOLVERÁ aquellos documentos por los que se solicite sustituir la afectación a vivienda por un inmueble de titularidad anterior del interesado”⁵⁶.

La Ley 14.394 nada decía sobre la posibilidad de sustituir un inmueble afectado a vivienda por otro adquirido con posterioridad. Ello dio lugar a tres tesis. La tesis negatoria, para la cual la venta del inmueble exige la desafectación del bien de familia; la tesis afirmativa, según la cual algunos jueces hicieron lugar a la subrogación, pese al silencio de la ley; y una tesis intermedia, que sostiene la posibilidad de que opere la subrogación siempre que haya autorización judicial.

Con la consagración de esta posibilidad en el CCCN y la regulación de la Orden de Servicio, queda saldada cualquier discusión al respecto. “La subrogación refiere únicamente a una vivienda que se adquiere, no a una que ya tenía el beneficiario”⁵⁷.

VI. Conclusión

Como hemos visto, el régimen protectorio de la vivienda también ha sido impregnado por la constitucionalización del derecho privado que inició con la reforma constitucional de 1949 y se plasmó en el texto civil de fondo del año 2015. A partir de esta corriente, el derecho a la protección de la vivienda y las normas nacionales y provinciales (de fondo y procesales) que lo regulan deben ser interpretadas a la luz de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional actualmente vigentes.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Carlucci, op. cit.

Inicié el análisis diciendo que haría una valoración del plexo normativo aplicable a la materia en cuestión. Así, si bien hablar de “constitucionalización del derecho privado” es —a mi entender— una redundancia a la luz de la supremacía constitucional del art. 31, comprendo la intención del legislador como una expresión de deseo en relación con el fin buscado, y la celebro. Creo que la expresa mención en el art. 1 del CCCN de los tratados de derechos humanos en que la república sea parte facilita la protección de los derechos que regula el CCCN.

Por otro lado, pero en vinculación con lo anterior, destaco el paradigma de “no discriminación” que también marcó la reforma del CCCN y que se consignó en varios artículos y con relación a muy diversas materias —derecho de familia (art. 656), consumidores (art. 1098, 1101, inc. c), y concursos públicos (art. 1808)—.

La normativa mendocina establece directrices claras para los operados notariales y registrales, desglosando en detalle el proceder correspondiente para los variados casos que se derivan —por ejemplo— del reconocimiento de nuevos derechos a las uniones convivenciales.

Aunque celebro la llamada constitucionalización del derecho privado en general, estimo que, como suele suceder, quedará en manos de los jueces dirimir posibles conflictos relacionados (en el caso que tratamos) a medidas cautelares que ingresen al Registro, o a derechos de personas en situación de vulnerabilidad, temas que —a mi entender— son los que podrían suscitar mayor litigiosidad.

Bibliografía

- Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo I, 2a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2016, ISBN 978-987-3720-30-7.
- Lorenzetti, Ricardo. Introducción al Código Civil y Comercial. https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/D_octrina386.pdf.
- Manili, Pablo L. (19 de agosto de 2022). El derecho constitucional de acceder a una vivienda digna, *MicroJuris Argentina*. MJ-DOC-16748-AR | MJID16748.
- Alferillo, Pascual. (2018). El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, (7). Cita: IJ-DXXXIV-709.

- Carlucci, Fabiana. Clase sobre protección de la Vivienda Familiar, en el marco de la Diplomatura en Derecho Registral Inmobiliario Aplicado, Universidad Nacional de Cuyo, 16/04/2020.
- Gómez Zavaglia, Tristán. (2013). El derecho humano a una vivienda adecuada, Id SAIJ: DACF170395. <http://www.saij.gov.ar/tristan-gomez-zavaglia-derecho-humano-una-vivienda-adeuada-dacf170395-2013-03/123456789-0abc-defg5930-71fcanirtcod?&o=5&f=Total%7CFecha%7CEstado+de+Vi-gencia%5B%2C1%5D%7CTema%2FDerecho+constitucional%2Fderechos+y+garant%EDas+constitucional+es%2Fderecho+a+la+vivienda+digna%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n+tema%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo+de+Documento%2FDoctrina&t=12>
- Orden de Servicio 396, Mendoza, Boletín Registral, Registro Público y Archivo Judicial de la provincia de Mendoza, Julio/Agosto/Setiembre/Octubre 2015.
- https://www.legislaturamendoza.gov.ar/busqueda/_lib/tmp/sc_pdf_20210127200641_659_pdfreport_ley.pdf
- Ley 14.394. Modificaciones al régimen de los menores y de la familia, *InfoLEG*, Información Legislativa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/100000-104999/103605/texact.htm>
- (2005). XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, en homenaje al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. Conclusiones Comisión n.º 4, Reales: Protección jurídica de la vivienda. De lege data. Punto 3º Registración del bien de familia: efectos. <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/92-2005-xx-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-buenos-aires>

APLICABILIDAD DE LA TELEMEDICINA EN NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA VIGENTE

Abg. Prof. Francisco Alfredo de Jongh Sarmiento
Luinyith Albornoz
Fernando Lozada
Natalia Meza
Siloé Mendoza
Nathaniela Montilla
Karina Ramírez
Robert Varela
Angimar Zabaleta
Francisco Zapata

I. Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, se incluyen, por vez primera, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el entendido que todos los derechos aplicables a los adultos son extensivos a estos sujetos especiales de ley¹.

Tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) por parte del Estado venezolano en 1990, es tomada como ley nacional, por lo que asume el compromiso de garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional venezolano todos los derechos reconocidos en este instrumento jurídico internacional. En tal sentido, como lo plantea Peñaranda Quintero (2013: 53)² el artículo 4 de la Convención insta al Estado vene-

¹ De Jongh Sarmiento, Francisco Alfredo. (2018). Antecedentes de la doctrina de protección integral. <https://lopnaula.bl.ogspot.com/2018/08/tema-1-antecedentes-de-la-doctrina-de.html>

² Peñaranda Quintero, Héctor Ramón. (2013). Fundamentos del Derechos de la niñez y de la adoles-

zolano a adoptar, en la brevedad, las medidas administrativas y legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de los menores de edad. Es entonces que cuando se engloban los derechos humanos de los niños y adolescentes, se abarcan los mismos derechos humanos contemplados para los mayores de edad y, además, se incluyen todos los derechos contenidos en las convenciones internacionales, constituciones y leyes internas de los Estados parte. Esto trae como consecuencia que los derechos de la niñez y la adolescencia estén delimitados para lograr su desarrollo integral, no solo en lo relativo al libre desarrollo de la personalidad, sino también al desarrollo de índole sociofamiliar.

La Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela incorpora en su texto los derechos económicos, sociales y culturales. El artículo 75 dispone lo siguiente:

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Según lo plantea Freddy Zambrano (2006: 464)³, la protección que brinda el Estado a las familias en la toma de medidas necesarias asegura a sus integrantes el disfrute pleno de los derechos y garantías constitucionales, esto es: a) la protección integral de la maternidad y paternidad, sea cual fuere el estado civil de los padres; b) los servicios de planificación parental de planificación integral; c) vivienda digna; d) derecho a la salud; e) derecho al trabajo; f) un salario justo y

cencia. Segunda Edición. Maracaibo: Editorial de La Universidad del Zulia (Ediluz).

³ Zambrano, Freddy. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999. Comentada, tomo I, 2ª ed., Caracas, Editorial Atenea, C.A., 2006.

digno, y g) derecho a la educación y seguridad social. En este sentido, la carta magna consagra como norma el derecho que tienen los niños a vivir, ser criados y a desarrollarse en el seno de su familia de origen, en virtud de que la Declaración de los Derechos del Niño dispone que “para alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño necesita amor y comprensión; por lo que establece que, siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”.

Tal consagración legal concuerda con lo establecido en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, según el cual los Estados están obligados a velar por que el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, salvo determinación de las autoridades competentes, de conformidad con la ley, los procedimientos aplicables y del interés superior del niño. Sin embargo, de proceder la separación del niño de su seno parental, se respetará su derecho a mantener contacto directo y relaciones personales con sus padres de modo regular.

Por su parte, el artículo 78 constitucional recoge la concepción y doctrina que establece que los niños y adolescentes son sujetos de derecho, protegidos por la ley y las instituciones creadas con tal fin. Así lo consagra, en los siguientes términos:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

El fundamento de los derechos del niño y del adolescente no es otro que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los valores que giran en su entorno, y así lo reconoce el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 al disponer que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Dentro de la legislación venezolana, los derechos humanos son concebidos como manifestaciones de los valores sociales fundamentales que el Estado está obligado a respetar y resguardar, con independencia de ser o no reconocidos formalmente en leyes escritas. De acuerdo con el derecho internacional, sentencia Zambrano⁴ (2006: 79), los derechos humanos son, asimismo, prerrogativas que tiene la persona frente al Estado, todo ello con la finalidad de impedir que este interfiera en el libre ejercicio de ciertos derechos fundamentales, teniéndose como mecanismo para lograr la obtención de las necesidades básicas inherentes a todo ser humano.

Así, el artículo 2 del texto constitucional, al definir al Estado venezolano, defiende como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. Plantea la catedrática constitucionalista española Ángela Figueruelo Burrieza⁵ que:

Las Constituciones democráticas son el orden jurídico fundamental y fundamentador del Estado. En cuanto ordenamiento marco establecen los principios más relevantes de una sociedad abierta y bien ordenada. El constitucionalismo de la segunda postguerra mundial, al elevar la dignidad de la persona humana a la categoría de valor jurídico supremo de todo el ordenamiento, hizo derivar del mismo un extenso reconocimiento de los derechos humanos y una gran variedad de mecanismos de garantía. En el presente trabajo analizaremos el contenido esencial del artículo 39.4 de la CE, en cuanto obligación constitucional de promover (derecho social) que en el marco de la protección social, económica y jurídica de la familia prescribe que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Ha sido, pues, obligado analizar la normativa internacional al respecto y su protección en el derecho interno, gracias al art. 10.2 de la CE que obliga a que los derechos fundamentales y las libertades públicas sean interpretadas de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre dichas materias que ha ratificado España. **De la normativa internacional y del derecho español vigente cabe destacar que la titularidad de la protección le corres-**

⁴ Zambrano, op. cit.

⁵ Figueruelo Burrieza, Ángela. (2013). Garantías constitucionales de los derechos de los menores, Revista Europea de Derechos Fundamentales, (21), pp. 19–36. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4394532>

ponda al menor de edad siendo obligada la eliminación de cualquier discriminación que pueda sufrir. Para ello, es indispensable la actuación de los poderes públicos que en el nuevo paradigma de la protección constitucional de la infancia han de centrar sus objetivos en el “interés superior del niño” de cara a conseguir el libre desarrollo de su personalidad. (Énfasis y subrayado propio.)

El niño y adolescente, como sujeto de derecho, da pie y permite decir que es un ciudadano con todos los derechos, situación que constituye la base de la doctrina de protección integral. En tal sentido, el artículo 78 constitucional consagra los derechos de los niños, niñas y adolescentes y se declara, como ya se ha visto, que son sujetos plenos de derecho.

Ello implica, a tenor de lo indicado por Peñaranda⁶ (2013: 182), que los niños y adolescentes son titulares de todos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional, por el solo hecho de ser inherentes a la persona humana y, por tanto, son, de orden público, intransmisibles, irrenunciables, interdependientes e indivisibles.

Al ser sujetos de derecho, de acuerdo con lo ya visto en el artículo 78 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 10 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, están regidos por un sistema o doctrina de protección integral, conformada por una serie de principios, dentro de los cuales se destacan los siguientes, a efectos del derecho de acceso a la salud.

A. Principio del interés superior del niño y del adolescente

Principio de origen privado, tradicionalmente aplicado para la solución de conflictos en los que se encuentren involucrados intereses de niños y otros sujetos, en los ámbitos tanto judiciales como administrativos. Este principio, que se desprende del artículo 78 constitucional, se desarrolla en el artículo 8 de la Ley para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 8. Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes

El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

⁶ Peñaranda Quintero, op. cit.

Parágrafo Primero. Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo. En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Este interés superior del niño y del adolescente, de imperativo cumplimiento por parte del Estado, la familia y la sociedad, se aplica en concordancia con lo pautado en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, del cual se desprende que, en todas las medidas concernientes a los niños, las instituciones involucradas tendrán consideración primordial con el interés superior del niño.

No obstante, implica una serie de obligaciones o responsabilidades que se desprenden de su propio desarrollo integral. En tal sentido, cuando el sujeto especial de ley se incorpora a la vida sociopolítica del país, debe tener ya conciencia de que el ejercicio de sus derechos conlleva responsabilidades; la progresividad de los derechos y garantías le exigirá, asimismo, el cumplimiento de deberes. Esta consideración se desprende del encabezado del artículo 13 de la ley especial:

Artículo 13. Ejercicio progresivo de los derechos y garantías.

Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. **De la misma forma, se le exigirá el cumplimiento de sus deberes.** (Énfasis y subrayado propio.)

En consecuencia, cada derecho genera una responsabilidad. Sin embargo, el artículo 93 establece lo siguiente:

Artículo 93. Deberes de los niños, niñas y adolescentes.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen los siguientes deberes:

- a) Honrar a la patria y sus símbolos.
- b) Respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico y las órdenes legítimas que, en la esfera de sus atribuciones, dicten los órganos del poder público.
- c) Respetar los derechos y garantías de las demás personas.
- d) Honrar, respetar y obedecer a su padre, madre, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al ordenamiento jurídico.
- e) Ejercer y defender activamente sus derechos.
- f) Cumplir sus obligaciones en materia de educación.
- g) Respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y culturas.
- h) Conservar el medio ambiente.
- i) Cualquier otro deber que sea establecido en la ley.

B. Principio de prioridad absoluta

La prioridad absoluta que se desprende de la Constitución Nacional en su artículo 78 se despliega en el artículo 7 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Artículo 7. Prioridad Absoluta

El Estado, la familia y la sociedad deben asegurar, con Prioridad Absoluta, todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. La prioridad absoluta es imperativa para todos y comprende:

- a) Especial preferencia y atención de los niños, niñas y adolescentes en la formulación y ejecución de todas las políticas públicas.
- b) Asignación privilegiada y preferente, en el presupuesto, de los recursos públicos para las áreas relacionadas con los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y para las políticas y programas de protección integral de niños, niñas y adolescentes.

c) Precedencia de los niños, niñas y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos.

d) Primacía de los niños, niñas y adolescentes en la protección y socorro en cualquier circunstancia.

Cornielles, citado por Peñaranda⁷ (2013:193), al decir que los niños están primero, define la prioridad absoluta como el.

En conclusión, la prioridad absoluta rige la toma de decisiones públicas a favor de los niños y adolescentes, con el fin de asegurar la efectividad de las acciones del sector público y privado y, con ello, sus derechos personales y sociales, entendiéndose, en palabras de Sojo Bianco⁸ (2000: 16), que su desacato o incumplimiento será objeto de sanción por parte de los organismos competentes.

C. Principio de acceso a la información, a la inviolabilidad de la intimidad e imagen y de libertad informática

Por último, importante es incluir en este apartado el contenido y análisis de la libertad informática, como parte de los derechos humanos de tercera generación, el cual, junto con el derecho a la salud, a la paz, al medio ambiente, a la calidad de vida y a la protección del consumidor, tienen como finalidad propiciar las libertades del individuo en la era tecnológica.

Siguiendo la tesis de Peñaranda⁹ (2013:153), hay que distinguir el contenido de la privacidad y la intimidad, pues la primera es bastante amplia y abarca las facetas de la vida de una persona sin repercusión en la sociedad, en tanto que la intimidad presenta un carácter mucho más restringido y se circunscribe a la esfera reservada al hogar y la familia.

El derecho a la libertad informática surge como medio de control y protección de los datos privados e íntimos, sin que ello impida la aplicación de mecanismos judiciales como la del *habeas data*. Así, pues, comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la autodeterminación: Facultad de las personas para decidir acerca de la información de carácter personal o privada y las formas de publicidad, es decir, cómo, cuándo y quién la puede revelar.

⁷ Peñaranda Quintero, op. cit.

⁸ Sojo Bianco, Raúl. Breve análisis de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Caracas, Mobil.Libros, 2000.

⁹ Peñaranda Quintero, op. cit.

2. El derecho de información y acceso: Derecho que tiene toda persona de conocer y acceder a sus datos personales, sin importar dónde estén asentados.

3. El derecho de rectificación y cancelación: La facultad de exigir al responsable del tratamiento de sus datos personales la rectificación, actualización o cancelación de aquellos que resulten inexactos, incompletos, infamantes o irrelevantes.

4. El derecho a la indemnización por daños: Posibilidad legal para exigir el resarcimiento por los daños y perjuicios que ocasione el mal uso de los datos personales.

5. El derecho a garantías suficientes (*Habeas Data*): Posibilidad de recurrir a la tutela administrativa o judicial para lograr el ejercicio de la protección de sus datos personales.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, señala Peñaranda¹⁰ (2013: 183), establece cuatro categorías de derechos, los cuales son agrupados como derechos a la infancia reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, a saber, derecho de supervivencia, derecho al desarrollo, derecho a la protección y derecho a la participación. Estos grupos contienen derechos específicos para los niños y adolescentes, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a ser protegidos en caso de conmociones internas o externas, derecho a la educación, derecho a la recreación, a la cultura, a la intimidad y la vida privada, derecho a la opinión, a la libertad de expresión, entre otros. Empero, no debe olvidarse que, cuando se hace referencia al niño, al adolescente y a sus derechos, deben destacarse, asimismo, los deberes, pues, como se ha dicho, al ser sujetos plenos de derechos, son titulares de derechos y, consecuentemente, de obligaciones.

Estos grupos de derechos se desprenden de las áreas consagradas en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989), conformadas para su mejor manejo y comprensión¹¹.

a. Derechos a la supervivencia

Corresponden con el derecho de todo niño, sin distinción alguna, a crecer sano y a disfrutar de alimentación, vivienda y servicios médicos adecuados. Entre otros:

¹⁰ Peñaranda Quintero, op. cit.

¹¹ De Jongh Sarmiento, op. cit.

- Artículo 15. Derecho a la vida.
- Artículo 32. Derecho a la integridad personal.
- Artículo 37. Derecho a la libertad personal.
- Artículo 41. Derecho a la salud y a los servicios de salud.
- Artículo 43. Derecho a la información en materia de salud.
- Artículo 47. Derecho a ser vacunado.
- Artículo 48. Derecho a la atención médica de emergencia.

b. Derechos al desarrollo

Son los derechos para garantizar las condiciones de vida necesarias para un pleno desarrollo humano, que deben ser proporcionadas preferentemente en el marco de la familia, con la asistencia del Estado. Entre otros:

- Artículo 42. Responsabilidades de los padres, representantes o responsables en materia de salud.
- Artículo 46. Protección de la lactancia materna.
- Artículo 50. Salud sexual y reproductiva.
- Artículo 52. Derecho a la seguridad social.
- Artículo 65. Derecho al honor, reputación, propia imagen, vida privada e intimidad familiar.
- Artículo 66. Derecho a la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia.
- Artículo 75. Informaciones e imágenes prohibidas en medios dirigidos a niños y adolescentes.

c. Derechos a la protección

Corresponden a los derechos de todo niño a ser protegido contra la explotación y el maltrato. Entre otros:

- Artículo 33. Derecho a ser protegidos contra abuso y explotación sexual.
- Artículo 34. Servicios forenses.
- Artículo 92. Prevención.

d. Derechos a la participación

Son los derechos de las niñas y los niños a expresar lo que viven, piensan y sienten y a ser escuchados en los asuntos que afectan su vida, la de su familia y comunidad; conforman un marco para el ejercicio progresivo de la ciudadanía, en consonancia con el desarrollo de las capacidades de cada etapa de la vida del niño y del adolescente. Entre otros:

- Artículo 67. Derecho a la libertad de expresión, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución Nacional.

- Artículo 68. Derecho a la información.
- Artículo 70. Mensajes de los medios de comunicación acordes con necesidades de los niños y adolescentes.
- Artículo 79. Prohibiciones para la protección de los derechos de información y a un entorno sano.
- Artículo 80. Derecho a opinar y a ser oído.
- Artículo 81. Derecho a participar, de conformidad con el artículo 70 de la Constitución Nacional.

II. Telemedicina

A. Definición

La telemedicina surge en los años 70 con la imperiosa necesidad de fragmentar las barreras geográficas e incrementar el acceso a la atención médica. Este término fue acuñado con el significado de *curación a distancia* (Fernández y Oviedo, 2010)¹². Así, constituye una prestación de servicio a través de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) con el objetivo de cuidar la salud de la población y de la comunidad¹³. En esta línea, la telemedicina halla su significado en un contexto social, por lo que debe reconocerse que se trata de un proceso y no una tecnología¹⁴. Pese a las cuantiosas concepciones acerca del término, su naturaleza ha estado dada por un desarrollo exponencial de los beneficios para pacientes, profesionales y sistemas de salud.

B. Características

En esencia, la telemedicina catapulta la interrelación innovadora, pudiendo darse en forma de díadas, tríadas y comités, así como de forma asincrónica y sincrónica. Esta última puede tener lugar por medio de videollamadas, teléfono y medios asociados. La asincronía, por su parte, involucra el uso del *e-mail* o plataformas que permitan la evaluación de datos de carácter clínico. Tal es el caso de los exámenes de laboratorio.

¹² Fernández, A. y Oviedo, E. (2010). Salud electrónica en América Latina y el Caribe: Avances y desafíos. <https://repositorio.cepal.org/server/api/cor e/bitstream/ams/8268c282-72f9-4a49-8230-57955f9807bf/content>

¹³ World Health Organization (WHO). (2010). Telemedicine: Opportunities and Developments in Member States. Report on the second global survey on eHealth. WHO

¹⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2020). La telemedicina en América Latina: panorama y perspectivas.

En tal orden, constituye la ruptura del arquetipo involucrado en la clásica relación médico-paciente, pues, bajo el uso de esta herramienta, el encuentro debe prescindir del contacto físico característico de la práctica clínica. Su apogeo tuvo lugar durante la pandemia de COVID-19, pues constituyó, por medio de las teleconsultas, una evaluación segura y efectiva de casos sospechosos. De igual forma, instaura una guía en el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que se hallan en sitios distantes, lo que implica su potencial en el avance de la eficiencia y calidad de los servicios sanitarios, proporcionando su seguimiento y monitoreo. En suma, su aplicación es proporcional a la disposición de infraestructura tecnológica adecuada (conectividad y dispositivos) para el alcance de la coordinación y la continuidad de la atención de salud. Como elementos sustanciales también se encuentra su implicación en el desarrollo de competencias de los profesionales del área de la salud y las modalidades tales como la teleconsulta, el telediagnóstico, el telemonitoreo y la teleeducación.

C. Factibilidad y efectividad de la telemedicina

La implementación de la telemedicina en el área de pediatría en Venezuela tiene un gran potencial para mejorar el acceso a la atención médica en regiones remotas y optimizar el tiempo de los profesionales de salud. Venezuela es un país con desafíos geográficos y económicos; la telemedicina podría facilitar consultas pediátricas especializadas sin necesidad de desplazarse a grandes centros urbanos. Además, podría contribuir a una mejor gestión de enfermedades crónicas en niños y a la reducción de la mortalidad infantil.

Sería interesante explorar cómo la infraestructura tecnológica del país y las políticas de salud actuales podrían apoyar o limitar tal iniciativa, tomando en cuenta que, en el año 2016, médicos pertenecientes al postgrado de Medicina Interna del Hospital Universitario “Dr. Luis Razetti”, de la ciudad de Barcelona, estado Anzoátegui, realizaron un estudio para integrar la telemedicina al sistema epidemiológico de registro oncológico, cuya propuesta consistió en realizar un registro de nuevos ingresos y una plantilla de seguimiento, asignándole a la carpeta un número específico de paciente. Encontraron que, para realizar la propuesta, deben tener un equipo de técnicos especializados en el área de la informática a la disposición del Hospital Universitario “Dr. Luis Razetti”, para que garanticen un funcionamiento estable y la conservación de la información de los pacientes en el tiempo. En segunda instancia, se debe tomar en cuenta la cotización del equipo técnico y de los especialistas que se encargan del funcionamiento

del sistema, los cuales se reducen a los costos del mantenimiento que debe tomar en cuenta la institución. En tal sentido se observó que el sistema era una herramienta muy útil al momento del manejo de la información de los pacientes que acuden al servicio siendo capaces de catalogarlos según la clasificación internacional del cáncer, y de fácil manejo para el equipo médico. Concluyen haciendo una invitación para integrar a la medicina para aprovechar las herramientas que brinda el siglo XXI.

Los pediatras pueden utilizar la telemedicina para una amplia gama de aplicaciones. Las TIC tienen un gran potencial para abordar algunos de los desafíos que enfrenta Venezuela como país subdesarrollado. Serían particularmente beneficiosas al permitir el *acceso a la atención médica especializada* de niños en áreas rurales o de difícil acceso, los cuales podrían recibir consultas y diagnósticos de especialistas sin necesidad de viajar, además de la *reducción de gastos* asociados con el transporte y la estancia en hospitales para las familias. También optimiza el uso de recursos en las instituciones de salud, mejorando la *continuidad de la atención* al facilitar el seguimiento de pacientes con enfermedades crónicas o condiciones que requieren monitoreo constante. La telepráctica implica establecer vínculos entre los médicos y sus pacientes que pueden estar ubicados en un centro de cuidado infantil, preescolar, escuela o centro de detención juvenil dejando claro que no sustituye a la visita presencial, sino que la complementa. Por otro lado, permite la *optimización del tiempo*, ya que los profesionales de la salud pueden atender a más pacientes y gestionar mejor su tiempo, teniendo *respuestas rápidas en emergencias*. La telemedicina puede proporcionar acceso inmediato a especialistas, lo que puede ser crucial para salvar vidas. Incluso ofrece *educación y capacitación* al difundir investigaciones traslacionales desde el centro académico a los médicos de atención primaria, brindando oportunidades para la capacitación continua de los profesionales de salud y la educación de las familias sobre el cuidado infantil. Se facilita la promoción y el desarrollo a corto y mediano plazo, mejorando el acceso, calidad, eficacia y rentabilidad, y ayudando a comunidades desatendidas.

La telemedicina ha tenido un gran éxito, como lo demuestra el aumento exponencial del uso de esta tecnología en pediatría durante la última década. En nuestro país inició con el proyecto de Telemedicina de 1988, del estado de Carabobo¹⁵. Luego surgió el sistema de navegación neuroquirúrgica. Sin embargo,

¹⁵ González, J. y Rodríguez, A. (2019). Telemedicina en Venezuela: Un análisis de viabilidad y desafíos,

existen barreras para su uso, tanto personales como potenciales (proveedor y paciente), tecnológicas, legales, administrativas y de licencia, como lo es la *infraestructura tecnológica insuficiente*. La conectividad a internet en algunas regiones puede dificultar la implementación efectiva de la telemedicina. Los hospitales no están cableados y por ello no existe un buen sistema de intercambio de información intrahospitalaria, sumado a las precarias condiciones del sistema eléctrico nacional, además de los *costos iniciales de implementación*, ya que la instalación de equipos y sistemas necesarios para la telemedicina puede ser costosa y requerir una inversión significativa. El *pago inadecuado* de los servicios médicos junto con la *resistencia al cambio* en algunos profesionales de salud y pacientes debido a la falta de familiaridad o confianza constituyen otras limitaciones. Los *problemas de confidencialidad y seguridad* son un punto importante en cuanto a la transmisión, almacenamiento e intercambio de datos médicos sensibles a través de plataformas digitales, lo cual puede plantear riesgos de privacidad y seguridad. De ahí la importancia de ajustar la telemedicina al marco legal del país. Por último, una de las grandes limitaciones está orientada a la implementación de un buen *examen físico*. Aunque la telemedicina permite consultas virtuales, algunos diagnósticos y tratamientos requieren exámenes físicos que no se pueden realizar a distancia.

III. Pediatría y telemedicina

La mortalidad infantil es un indicador de inequidad que puede mejorar con la cobertura de programas de atención y telemedicina. s una herramienta útil tanto para el personal de atención de salud como para los pacientes, para el control de enfermedades crónicas como la obesidad, control posterior al egreso de la unidad de cuidado intensivo, postcirugía pediátrica, cuidado paliativo, enfermedades mentales, acceso a los servicios de salud de población proveniente de regiones apartadas, y para prevenir las visitas al servicio de urgencias,

Los métodos de comunicación se han expandido más allá de las llamadas telefónicas entre el paciente y el proveedor para incluir videoconferencias, con imágenes de alta resolución y la capacidad de monitorear remotamente a los pacientes a través de Internet. De esta manera, la teleconsulta y la teleasistencia permiten

el seguimiento de los pacientes pediátricos por grupos específicos (pacientes con enfermedades respiratorias, alérgicas, dermatológicas, cardiológicas, endocrinológicas, nefrológicas, etcétera), por medio de la valoración y el seguimiento de estos en sus entornos habituales (casas, colegio y localidad, control posterior al egreso de la unidad de cuidado intensivo, postcirugía pediátrica, cuidado paliativo, enfermedades mentales, cardiopatías congénitas, asma, diabetes).

Para Almino, Rodríguez, S. R., Barros, K. S. B., Fonteles y colaboradores, maximizar el potencial de la telemedicina como una herramienta en salud en investigaciones futuras debe centrarse en definir criterios de calidad de cada intervención, al igual que establecer protocolos estandarizados e incluir recomendaciones en las guías de práctica clínica. Representa una posibilidad ampliada de construcción de conocimiento y se destaca la necesidad de mayor inversión en esta tecnología. La telemedicina utiliza la videoconferencia o la conferencia web como integración sincrónica y en tiempo real de socios nacionales e intercambio internacional. Se han creado Grupos de Interés Especial para la Salud del Niño y del Adolescente, cuya misión es integrar profesionales de diversas instituciones nacionales e internacionales en discusiones sobre temas relevantes para la salud de los niños y adolescentes brasileños. El proyecto Teleped que se realizó de marzo a septiembre de 2012 en UFC Instalaciones Cariri, a través de conferencias telefónicas, determinó que el intercambio de conocimientos y experiencias permite mejorar la calidad de la anamnesis, examen físico, indicación de exámenes complementarios, formulaciones diagnósticas integrales. Es fundamental para el éxito de la participación remota y la calidad del audio y video para que los participantes se sientan realmente parte de la sesión.

Para Brigham en el Massachusetts General Hospital (2020), en las consultas pediátricas, a menudo está presente el niño o el adolescente, y un padre o un tutor. Esto también puede suceder con las consultas virtuales, donde, además del paciente, los cuidadores u otros adultos estén en la llamada. Se puede hacer un examen físico aún sin tocar a un paciente. Por ejemplo, se puede observar la forma en que respira mientras habla y se puede mirar su pecho y ver si se esfuerza más por respirar. Para los pacientes que están muy enfermos, las consultas virtuales pueden actuar como un chequeo inicial para averiguar quiénes realmente necesitan ser atendidos en persona, y cuál es el lugar más seguro para que sea visto después. A través del Patient Gateway (portal del paciente), se pueden asignar los cuestionarios que normalmente se llenan en un iPad o en papel en el consultorio

antes de ver a su proveedor médico. También se ha tenido pacientes que envían mensajes a través del Patient Gateway antes de las consultas virtuales para dar un aviso sobre los temas que discutir.

La telemedicina se ha posicionado como una herramienta de primera línea para salvar las barreras existentes en la atención. En el estudio de García, Arias Vivas y colaboradores, se utilizó Twitter por ser una red social extendida que dispone de un servicio de mensajería que permite la interacción directa con otros usuarios de forma rápida, privada y con un nivel bastante aceptable de calidad y seguridad. En los primeros 15 días del estado de alarma durante la pandemia COVID-19, se produjo un incremento exponencial en el número de seguidores y se realizaron la mayor parte de las consultas. Casi un tercio de los pacientes envió de forma espontánea archivos de imagen o video para completar la información clínica. Por lo tanto, el estudio sugiere que la telemedicina podría ser una prometedora alternativa para mejorar el acceso a la sanidad, reducir los tiempos de *triaje*, coordinar los recursos sanitarios disponibles e incluso realizar el seguimiento del paciente desde su domicilio evitando desplazamientos innecesarios.

De igual manera, **investigaciones como la del Centro de Diagnóstico Médico del Dr. Danilo**e debe considerar la telemedicina una herramienta útil no solo para la teleconsulta, sino también para la teleeducación, la telepráctica y la teleinvestigación.

Según Jiménez Alés, el primer trabajo reconocido sobre IA data de 1943, dos años después de que Isaac Asimov, en un relato corto sobre robots, enunciase las denominadas “tres leyes de la robótica”, entre las que se describen: una IA debe procurar minimizar el daño a un ser humano por acción u omisión; los datos en los que se basa deben ser representativos de la humanidad en su conjunto; debe contemplar los mismos principios éticos que la asistencia por seres humanos; una IA debe estar programada y regulada por seres humanos, quienes deben conocer qué datos y algoritmos han llevado a una decisión concreta; esa decisión no debe entrar en conflicto con la primera ley. Tomando en cuenta esto, la Asociación Española de Pediatría Brais Galdo y colaboradores indica que la inteligencia artificial (IA) está desempeñando un papel fundamental en el campo de la atención a la salud pediátrica. Dentro del marco de la “Medicina de las 7P” (Predictiva, Preventiva, Personalizada, Precisa, Participativa, Periférica y Poliprofesional), se han destacado diversas aplicaciones de la IA.

En la pediatría, algunos de los avances más relevantes están relacionados con la detección temprana de enfermedades y de autismo a partir de la información que se extrae de las imágenes de una resonancia magnética. Esta información es procesada por una *Deep Neural y Support Vector Machine*, que será la encargada de estimar si el paciente padecerá o no autismo. El modelo validado con 179 patrones determinó precisión ofrecida de 94% y sensibilidad de 95%.

Galdo, Pazos, Pardo y colaboradores plantean que la IA contribuye a la detección de ictericia neonatal mediante técnicas de procesamiento de imágenes y de aprendizaje automático. Otro hallazgo importante en recién nacidos es la investigación realizada por Jiménez Alés, referente a los intentos de categorizar síndromes extraños mediante morfometría geométrica basada en puntos de referencia. Existen herramientas automáticas de localización de dichos puntos de referencia. Con el estudio de la base de datos fotográficos de pacientes con síndrome de Treacher Collins (disostosis mandibulofacial) del Hospital Necker-Enfants Malades en París, se logró un proceso para crear modelos de anotación automática adaptados a rostros con anomalías congénitas, esencial para la investigación en dismorfología.

En el artículo escrito por Konstantia Zarkogianni y colaboradores, un ejemplo en la plataforma ENDORSE, que es un *software*, basado en IA, se evidencia cómo esta plataforma digital de control de peso ha conseguido mejorar algunos parámetros metabólicos y prácticas de orientación alimentaria. De igual manera, Fernández Ureña indica que el *software* BoneXpert proporciona una concordancia clínicamente suficiente con la evaluación manual de la edad ósea en niños de ambos sexos.

Debido a la gran potencia en el análisis visual de los algoritmos, existen muchas otras aplicaciones que están en desarrollo, desde el diagnóstico de discrasias sanguíneas como la leucemia, hasta el diagnóstico de los trastornos del espectro autista basado en imágenes de RMN del paciente.

Por otra parte, en la población adolescente, esto se utiliza en algunos centros hospitalarios de España para la prevención del suicidio a través del procesamiento de lenguaje natural. Una aplicación en el móvil del paciente, instalada con previa autorización del tutor responsable, analiza todo el texto que se escribe o consulta, y, en caso de detectar un indicador de riesgo potencial de suicidio (por ejemplo, búsquedas de portales web de métodos para cometer el suicidio, mensajes de alarma en redes sociales), la aplicación indica de forma automática a su especialista responsable, para así evitar una consecuencia grave en el paciente.

Estos estudios siempre deben llevarse a cabo tomando en cuenta la publicación del primer informe mundial sobre IA aplicada a la salud en 2021 según la OMS, donde se garantiza que seis principios son los que la IA utiliza en aras del interés público en todos los países con la finalidad de limitar los riesgos y aumentar al máximo las oportunidades que conlleva su utilización.

En el mismo orden de ideas, Tandem Healthcare Group plantea un algoritmo como una recomendación que deben tomar en cuenta todos los padres al momento de utilizar, en el caso, el Chat GPT. Aunado a esto, Gil Piquer, Mañes Jiménez y colaboradores, en su estudio, utilizaron gafas de realidad virtual para disminuir el dolor durante el procedimiento de toma de vía periférica. El estudio arrojó una severa disminución del dolor en el grupo experimental con respecto al grupo control.

Hulsen complementa esto con las actuales aplicaciones del metaverso en todas sus plataformas y aplicaciones. En el campo de la medicina se limitan a la formación, terapias y apoyo virtual, ya que influye en varios mecanismos cognitivos, como la experiencia de estar en un lugar, desarrollo de medicamentos, etc. Sin embargo, el futuro podría ser un hospital virtual, un laboratorio virtual.

IV. Ventajas y desventajas de la telemedicina pediátrica

La telemedicina se ha practicado desde hace ya varios años. Sin embargo, con la llegada de la pandemia del COVID-19 causada por el SARS-CoV-2, se generó un impulso en esta práctica, siendo para muchos profesionales un ensayo y error que posteriormente mejoraría hasta lo que vemos actualmente, aunque eso no niega los cabos sueltos que se deben asumir si se desean optimizar dichos servicios en pro de la población.

Se puede decir que, en rasgos generales, el avance de la telemedicina se debe a dos bases claves: avances tecnológicos (mejores dispositivos, IA, conexión a internet) y adaptabilidad (de instituciones, profesionales, pacientes y padres/cuidadores). A partir de ello, se evaluarán algunas de sus ventajas y desventajas de las cuales no es ajena la pediatría:

A. Avances tecnológicos

En parte, la telemedicina les debe su expansión a las nuevas tecnologías (Smartphone, Wi-fi, aplicaciones móviles, redes sociales, entre otros), siendo he-

rramientas que permiten incrementar los servicios y el acceso a la atención médica, especialmente en localidades aisladas e indefensas. La práctica médica también está siendo beneficiada por la llegada de la IA¹⁶, por ejemplo, en el diagnóstico temprano mediante el análisis de imágenes radiológicas, electrocardiografía, o medicina nuclear por IA, la implementación de asistentes virtuales o Chatbots, *softwares* de soporte que interactúan con los pacientes respondiendo a preguntas médicas comunes, lo que ayuda a los usuarios a realizar tareas, automatizarlas o aportar información. Tales prácticas son más comunes en países desarrollados, donde aún se siguen inspeccionando sus implicaciones morales y éticas relacionadas con la confidencialidad y seguridad de los datos suministrados por el paciente.

En los países subdesarrollados también practican estos y otros avances tecnológicos, aunque de manera más limitada, debido al alto costo de los equipos necesarios para implementarlos y al limitado acceso a internet (para el 2021 menos de la mitad de los hogares tenían servicio a internet)¹⁷, lo cual restringe el uso de la telemedicina en la región latinoamericana.

Se sabe que la brecha digital puede dificultar los servicios de la telemedicina, especialmente en quienes se ven en desventaja por su situación económica, clase social y edad. Respecto a esta última, en Venezuela se tiene el caso de los adultos mayores que quedan a cargo del cuidado de sus nietos, luego de que los padres de estos hayan migrado debido a la situación socioeconómica del país. Dichos adultos mayores, muchas veces, no cuentan con una óptima alfabetización digital (lo cual también es común en el caso de los padres de los pacientes y algunos profesionales de salud)¹⁸. Por todo lo anteriormente expuesto, intervenciones basadas en tecnología tienen limitada eficacia en ciertas poblaciones, lo cual limitaría la difusión de los programas de telemedicina.

B. Adaptabilidad a la telemedicina

En pro de la adaptabilidad a la telemedicina, la videollamada es lo más cercano a tener un contacto físico entre médico y paciente. También se han empleado fotografías, audios y videos; si estos son fiables y sin distorsiones, pueden ayudar bastante en la determinación de un diagnóstico y tratamiento a distancia.

¹⁶ Gallego-Colón, E. La inteligencia artificial como herramienta diagnóstica: ¿la nueva telemedicina?, Militar Sanidad, 156.

¹⁷ Reino Chérrez, G. R. (2023). La telemedicina como herramienta de control clínico de la Diabetes Mellitus Tipo 2 en Latinoamérica.

¹⁸ Gómez, D. N. R. y Doria, I. Y. (2023). Barreras de acceso a los servicios de salud de telemedicina en Colombia entre 2020-2023 según la literatura, Revista CIES Escolme, 14(2), pp. 257-269.

Otros profesionales prefieren utilizar la telemedicina como una extensión de su consulta presencial¹⁹, recurriendo a la consulta telefónica o digital, limitada a la revisión de exámenes de laboratorio y de imagenología, y darle al paciente una conclusión diagnóstica.

También el límite de la adaptabilidad de la telemedicina se verá enmarcado por el contexto médico que involucre al paciente. No todas las patologías son compatibles con la atención telemédica. Por ejemplo, las afecciones que requieren atención crónica, como asma, diabetes, afecciones genéticas, obesidad, afecciones cardíacas congénitas, epilepsia y trastornos de la salud mental, han demostrado ser compatibles con la telemedicina. En contraposición a ello, se puede plantear el caso de las reducidas teleconsultas de la especialidad de oftalmología aplicadas a pacientes pediátricos donde la valoración de estrabismo o la formulación de gafas requieren una cita presencial²⁰.

En términos generales, puede haber dudas en los pacientes y sus cuidadores en participar en encuentros con la telemedicina debido a actitudes personales hacia la tecnología, deseos de ver a un médico en persona, o la necesidad de un reembolso²¹. De igual forma, muchos médicos no reciben una retribución económica por sus teleconsultas (responder a las preguntas que le hacen los padres/cuidadores de los niños y adolescentes por WhatsApp, las llamadas nocturnas por una situación de salud, entre otros casos), debido a que varios de estos servicios se continúan viendo de manera informal, pero igualmente consumen el tiempo de su jornada, lo cual puede generar cierta aversión por parte del personal de salud hacia tales modalidades de consulta.

Otra desventaja de la telemedicina, y quizá la más importante, son las limitaciones para el examen físico, ya que, para llegar a un diagnóstico, el 60% de la información proviene de la anamnesis, mientras que el 40% restante corresponde al examen físico e incluso al lenguaje no verbal manifestado por el paciente y percibido por el médico cuando se está frente a frente, lo cual es fundamental para definir, en diferentes ocasiones, entre una conducta médica o quirúrgica, y para

¹⁹ Villalobos, J. y Calvanese, N. (2021). La relación médico-paciente en tiempos de COVID-19. ¿Un cambio de paradigma?, *Revista Médica de Chile*, 149, pp. 1070-1074. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v149n7/0717-6163-rmc-149-07-1070.pdf>

²⁰ Pariona Valer, E. B. (2021). Estrategia de gestión para mejorar los servicios de telemedicina en profesionales de salud del Hospital Regional Docente de Cajamarca 2020.

²¹ Shah, A. C. y Badawy, S. M. (2021). Telemedicine in pediatrics: systematic review of randomized controlled trials, *JMIR pediatrics and parenting*, 4(1), e22696.

determinar cuál será el mejor abordaje²². Esto es clave en pediatría, donde muchos de sus pacientes no pueden describir verbalmente qué les aqueja y el médico está en la responsabilidad de interpretar adecuadamente los signos apreciados durante el examen físico.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo sobre las principales ventajas y desventajas en la aplicabilidad de la telemedicina en distintas instancias y personas involucradas. Para ello, se realizó la revisión de 15 publicaciones sobre el tema. Algunos artículos son referentes a la experiencia en adultos. Sin embargo, lo citado en ellos se considera de relevancia para el área pediátrica en cuanto a servicios de salud a distancia.

Cuadro 1. Ventajas y desventajas de la telemedicina

| Instancia | Ventajas | Desventajas |
|------------------|---|---|
| Hospital | <ol style="list-style-type: none"> 1. Menos hacinamiento en los departamentos de emergencia. 2. Tiene el potencial de reducir los días de internación. 3. Evita los traslados al centro de salud, previniendo contagios. 4. Menos saturación de los centros de atención primaria. | <ol style="list-style-type: none"> 1. La falta de infraestructura tecnológica para garantizar servicios de telecomunicación tanto en los canales de comunicación como la infraestructura TI de las entidades de salud. |
| Médico | <ol style="list-style-type: none"> 1. Es un recurso innovador y eficiente en el aspecto educativo para los profesionales de la salud mediante las teleconferencias y teleconsultas que se pueden re- | <ol style="list-style-type: none"> 1. Poca disposición de los profesionales en el área de la salud. 2. Temas de conectividad y alfabetización digital en el personal de los servicios de |

²² Márquez, J. R. (2020). Teleconsulta en la pandemia por Coronavirus: desafíos para la telemedicina pos-COVID-19, Revista colombiana de Gastroenterología, 35, pp. 5-16.

| Instancia | Ventajas | Desventajas |
|-------------------------|---|--|
| | <p>alizar, en especial con expertos de otros países.</p> <p>2. La capacidad de capturar y almacenar imágenes estáticas o en movimiento del paciente, así como audio y texto, lo cual brinda una mayor información clínica que se refleja en la calidad de los diagnósticos.</p> <p>3. Disminuye el costo de transporte.</p> <p>4. Facilidad para un grupo de trabajo multidisciplinario.</p> <p>5. Beneficios en el control de enfermedades crónicas, control postegreso, la unidad de cuidado intensivo, la postcirugía pediátrica, el cuidado paliativo, las enfermedades mentales.</p> | <p>atención primaria.</p> <p>3. Los datos pueden no ser fiables y llevar a un error médico.</p> <p>4. Falta de examen físico durante la consulta médica.</p> |
| Estudiantes de medicina | <p>1. Favorece la teleeducación y contacto con especialistas de diversas partes del mundo.</p> | <p>1. Las destrezas al examen físico se encuentran en la esfera conativa, no en la cognoscitiva. Por más que se lea y se memorice, solo se aprende a hacer un examen físico adecuado haciéndolo y repitiéndolo innumerables veces en enfermos y sanos. Además, al inicio, el aprendizaje necesita la guía y la retroalimentación de un</p> |

| Instancia | Ventajas | Desventajas |
|---------------------|---|--|
| | | experto. Si los datos semi-ológicos no son fidedignos, habrá error diagnóstico casi siempre. |
| Paciente pediátrico | <ol style="list-style-type: none"> 1. Permite al paciente permanecer en su entorno. 2. Permite disminuir el tiempo de espera para las personas que necesitan ser atendidas, mejorando así la calidad de atención y la vida de las personas. 3. Transmisión de información sincrónica y asincrónica, facilitando la comunicación entre paciente y personal de salud. 4. La telemonitorización domiciliaria puede contribuir a un mejor seguimiento de los pacientes crónicos y a la vez fomentar su participación en el manejo de su enfermedad. | <ol style="list-style-type: none"> 1. La necesidad de colaboración del paciente, quien requiere unas herramientas y conocimientos básicos de manejo de estas nuevas tecnologías. 2. Riesgo de perder la confidencialidad y privacidad. 3. Cuando se trata de un paciente pediátrico que aún no tiene expresiones verbales o que no sabe describir qué siente o dónde, se empieza a dificultar el alcance de un correcto diagnóstico médico sin tener una valoración física. |
| Padres | <ol style="list-style-type: none"> 1. Menos dinero gastado por los padres en viajes; menos tiempo lejos del empleo. 2. Las consultas de telemedicina pueden dar como resultado una mayor satisfacción de los padres. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Se encontró mayor rechazo en el uso de la telemedicina como sustituto de una consulta presencial en los padres de familia. Es decir, solo aceptan el uso de la telemedicina para seguimiento de sus hijos con el médico tratante y las recetas que se puedan originar en el |

| Instancia | Ventajas | Desventajas |
|-----------|----------|--|
| | | tratamiento. 2. Alfabetización digital deficiente y falta de infraestructura tecnológica para realizar una consulta de telemedicina adecuada. |

La telemedicina es un campo de las ciencias de la salud que, como muchos otros, aún necesita evolucionar para así ir esclareciendo las áreas y circunstancias donde su uso resultará más conveniente, ya que, como lo indica Areste, (2022: 330-331) “la telemedicina puede ayudar y facilitar muchos procesos asistenciales en Pediatría, pero requerirá: recursos adecuados, preparación adecuada de los profesionales y el tiempo adecuado para poder generar cambios”.

Con motivo de contrastar todos los datos anteriores con la realidad venezolana, y en específico de la ciudad de Mérida, se decidió realizar una encuesta a los pediatras que hacen vida en el Instituto Autónomo Hospital Universitario de Los Andes (IAHULA), la cual constó con 22 ítems y, como escala de medición, se usó una *liker* con 5 opciones:

5. Muy de acuerdo.
4. De acuerdo.
3. Ni de acuerdo, ni en desacuerdo.
2. En desacuerdo.
1. Totalmente en desacuerdo.

La muestra para dicha encuesta constó de 30 especialistas de los 120 que trabajan en la institución.

Un 42,3% está de acuerdo con que la telemedicina mejora la accesibilidad a los servicios de atención de salud que prestan. Sin embargo, un 23,1% afirma estar en desacuerdo con esto y un 23,1% no está ni de acuerdo ni en desacuerdo.

Un 50% afirma estar en desacuerdo con que la telemedicina les ahorra el tiempo de viajar al consultorio para ver a sus pacientes.

Un 65,4% afirmó estar de acuerdo con que “fue sencillo utilizar el sistema de telemedicina. (En este caso: herramientas como WhatsApp, Telegram, Zoom, Google Meet, entre otras plataformas de su preferencia)”, y un 53,2% dice que les

es fácil usar dichas plataformas. Un 50% está de acuerdo con que, cuando cometen un error con el sistema de telemedicina, se puede solucionar rápido y fácilmente.

No obstante, hubo una interesante división de opiniones en cuanto a si la telemedicina es una forma aceptable de brindar cuidados de salud, ya que un 30,8% dice estar de acuerdo con esto, pero otro 30,8% está en desacuerdo con la afirmación, y solo un 19,2% tiene una opinión neutra. En cuanto a si volverían a utilizar el sistema de telemedicina, un 46,2% afirma estar de acuerdo, pero un 38,5% de los encuestados admitió estar en desacuerdo en cuanto a que, en la mayor parte de las teleconsultas, el diagnóstico y tratamiento hubieran sido similares a los brindados de forma presencial, apoyándose una vez más en que, si bien la telemedicina es herramienta valiosa, no es el sustituto para las actividades presenciales. Un 38,5% tuvo una postura neutral en cuanto a sentirse seguro al brindar un diagnóstico o un tratamiento en la mayor parte de las teleconsultas. Un 30,5% afirmó no estar de acuerdo con nada de lo anterior, lo cual se relaciona con que un 34,6% estuvo en desacuerdo con la opción de que “en la mayor parte de las teleconsultas, no tuve la necesidad de indicarle al paciente una consulta presencial”, por lo que se vuelve a mostrar que la presencialidad es esencial para cierto porcentaje de la población de prestadores de salud para poder dar diagnósticos certeros.

Un 34,6% admite estar muy de acuerdo en que la telemedicina afecta la relación médico-paciente negativamente. Un 30,8% está de acuerdo en que en la telemedicina hay riesgos para la privacidad de los pacientes, y un 23,1% está muy de acuerdo con esto, por lo cual los pacientes pueden ser objeto de robo de información sensible. Impactantemente un 46,2% dijo estar muy de acuerdo y un 42,3% dijo estar de acuerdo en que los datos obtenidos en telemedicina pueden no ser fiables y causar un error médico.

Particularmente unido a la realidad venezolana y merideña, un 76,9% está muy de acuerdo en que los problemas con la conexión a internet y los cortes del fluido eléctrico dificultan el acceso a la telemedicina en el Estado de Mérida.

Un 38,5% está en desacuerdo con que la telemedicina es una herramienta adecuada para la atención a emergencias, pero un 34,6% sí la considera pertinente para la atención primaria en salud. Un 57,2% está de acuerdo con que la telemedicina es una herramienta adecuada para monitorizar pacientes con enfermedades crónicas, pero un 42,3% ignora los aspectos legales asociados a la prestación de servicios de telemedicina en Venezuela.

Y es contrastante que un 53,8% está de acuerdo con que los padres y/o representantes de los niños y adolescentes utilizan la telemedicina de forma regular, pero solo un 26,9% está a favor del uso de la telemedicina como herramienta para realizar consultas y diagnósticos.

Cuestionario realizado a especialistas en pediatría

Preguntas:

- La telemedicina mejora la accesibilidad a los servicios de atención de salud que presto.
- La telemedicina me ahorra el tiempo de viajar a mi consultorio para ver a mis pacientes.
- Fue sencillo utilizar el sistema de telemedicina. (En este caso: herramientas como WhatsApp, Telegram, Zoom, Google Meet, entre otras plataformas de su preferencia).
- Fue fácil aprender a usar el sistema de telemedicina. (En este caso: herramientas como WhatsApp, Telegram, Zoom, Google Meet, entre otras plataformas de su preferencia).
- Puedo comunicarme fácilmente con el paciente utilizando el sistema de telemedicina. (En este caso: herramientas como WhatsApp, Telegram, Zoom, Google Meet, entre otras plataformas de su preferencia).
- Cuando cometí un error con el sistema de telemedicina, pude solucionarlo rápido y fácilmente (p. ej., cámara desactivada, error del sistema y falla en el audio).
- La telemedicina es una forma aceptable de brindar cuidados de salud.
- Volvería a utilizar el sistema de telemedicina.
- Siento que pude resolver las necesidades de atención de salud de mis pacientes utilizando el sistema de telemedicina.
- En la mayor parte de las teleconsultas, mi diagnóstico y tratamiento hubieran sido similares a los brindados de forma presencial.
- Me sentí seguro al brindar un diagnóstico y/o un tratamiento en la mayor parte de las teleconsultas.
- En la mayor parte de las teleconsultas, no tuve la necesidad de indicarle al paciente una consulta presencial
- La telemedicina afecta la relación médico-paciente negativamente.

- La telemedicina tiene riesgos para la mantener la privacidad de los pacientes.
- En telemedicina los datos pueden no ser fiables y causar un error médico
- Los problemas con la conexión a internet y los cortes del fluido eléctrico dificultan el acceso a la telemedicina en el estado Mérida.
- La telemedicina es una herramienta adecuada para la atención primaria en salud.
- La telemedicina es una herramienta adecuada para la atención a emergencias.
- La telemedicina es una herramienta adecuada para monitorizar pacientes con enfermedades crónicas.
- Estoy informado sobre todos los aspectos legales asociados a la prestación de servicios de telemedicina en Venezuela.
- Los padres y/o representantes de los niños y adolescentes utilizan la telemedicina de forma regular.
- Estoy a favor de la telemedicina como herramienta para realizar consultas y diagnósticos.

V. Análisis comparado de telemedicina pediátrica

La telemedicina, como se dijo previamente, es la prestación de servicios de atención de la salud, donde la distancia es un factor crítico²³, por parte de todos los profesionales de la salud que utilizan TIC para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación, y para la formación continuada, todo en aras de avanzar en la salud de los individuos y sus comunidades.

Esta manera de ejercer la medicina a distancia ha sido la solución a muchos problemas de salud desde hace años, pero ha venido ganando terreno en la era postpandemia. Con anterioridad al COVID-19, un médico podía atender una llamada y dar indicaciones mientras se llegaba a la consulta, algo visto muchas veces en el ámbito pediátrico. Pero durante la pandemia se llegó a evidenciar dicha práctica de manera muy regular, motivada a resolver los problemas de salud que acontecían en la población y que no podían ser atendidos de manera presencial

²³ Vid. paho.org/ish/images/docs/covid-19-teleconsultas-es.pdf?ua=1

debido a las rigurosas medidas empleadas para frenar la propagación del virus en nuestro país.

En América Latina y el Caribe, existen unos 200 millones de personas viviendo en la pobreza; de ellas, 47 millones no llegan a un dólar estadounidense al día para sobrevivir, y otros 74 millones sobreviven con menos de 2 dólares diarios, lo cual las hace muy vulnerables a contraer ETD, considerando su relación con el saneamiento básico inadecuado y el acceso escaso al agua potable. Para el 2012, el 12% de la población de América vivía en zonas marginadas sin posibilidad de acceso a aguas inocuas y el 25% no contaba con los servicios de saneamiento básico adecuado. Esas carencias contribuyen a que sean responsables de un 8,8% de la carga global de las enfermedades infecciosas desatendidas²⁴.

A pesar de que las tecnologías relacionadas con las ETD no se consideran rentables, este escenario está cambiando lentamente con una mayor participación de algunos gobiernos para ayudar en la investigación de ETD²⁵, pues la telemedicina o el uso de las TIC para brindar servicios de salud tiene un enorme potencial para transformar la oferta de servicios médicos superando las distancias geográficas, facilitando el acceso a la atención sanitaria especializada y mejorando la eficiencia operativa²⁶.

Esto sucede con el seguimiento de pacientes con Diabetes Mellitus Tipo II, donde la telemedicina se ha convertido en una herramienta que permite el control clínico de la enfermedad, especialmente en aquellos con adherencia inadecuada al tratamiento. Estudios han demostrado que la implementación de soluciones digitales, el uso de la teleconsulta y la teleasistencia han mejorado el monitoreo y el control de la diabetes permitiendo un manejo adecuado de la enfermedad y mejorando los niveles de glucemia²⁷.

En el caso de Estados Unidos, plantean Lee, Menon y Freed (2008: 331-336) que “la escasez de especialistas y subespecialistas es una realidad en el mundo, existiendo pacientes con enfermedades crónicas y enfermedades raras que no disponen de atención oportuna cercana a su sitio de residencia, y a veces sólo están disponibles en otros estados e incluso otros países”.

²⁴ OPS. (2016). Enfermedades infecciosas desatendidas en las Américas: Historias de éxito e innovación para llegar a los más necesitados.

²⁵ Vid. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jconrel.2021.09.020>

²⁶ Zundel, K. M. (1996). Telemedicine: history, applications, and impact on librarianship, *Bulletin of the Medical Library Association*, 84(1), 71.

²⁷ Reino Chérrez, op. cit.

En Europa, más específicamente en España, la pandemia obligó a usar esta herramienta en salud de manera abrupta para sustituir las consultas tradicionales por consultas mediante WhatsApp, Zoom u otras aplicaciones para evitar la propagación del virus, dándole prioridad a la presencialidad solo para emergencias y el tratamiento de personas con COVID-19, dejando para la contemporaneidad un sistema para el progreso de la telemedicina bastante compacto y con buen soporte. Actualmente, la suma de los esfuerzos está dirigida a regular la práctica médica mediante telecomunicaciones, porque la legislación española no regula de forma específica la prestación de asistencia sanitaria a distancia. Se deberá respetar lo dispuesto de forma general en las normas que regulan el ejercicio profesional de la medicina, esto es, los principios básicos de la relación médico-paciente y los derechos de autonomía, información y confidencialidad de los pacientes.

En Latinoamérica es complejo hacer un estudio en sus países acerca de la inversión y la eficiencia de la telemedicina como un conjunto debido a que cada una de estas naciones ha hecho esfuerzos en distintos grados para brindar a su población acceso a la salud. Por ejemplo, en Bolivia existen muchas precariedades en infraestructura, bajas condiciones de higiene y seguridad y bajas coberturas de seguros en salud ya sea público o privado. En el caso de Argentina, su deficiencia se centra en la mala distribución geográfica de sus profesionales, ya que la mayoría de estos se encuentran en las principales ciudades del país, dejando a la población rural desfavorecida. Por último, en Colombia, la problemática radica en que, a pesar de tener un plan obligatorio de salud (POS), la demanda es mucho mayor a la oferta. Tales diversas situaciones no permiten un desarrollo óptimo del sector salud en ninguno de los países, por lo que ya hay pequeños esfuerzos, principalmente en Argentina y Colombia, en promover la telemedicina en algunos hospitales, como el Hospital Italiano y el Hospital Austral (Argentina) y el Hospital Odontológico (Colombia), en los que se ha comenzado una digitalización de sus prácticas para romper barreras geográficas, económicas y sociales. Es por ello por lo que la telemedicina podría venir a salvar las distancias entre los médicos, la infraestructura hospitalaria y los pacientes basándose en los siguientes pilares: acceso de pacientes a la mejor atención disponible, igualdad en la atención médica, calidad en cada decisión de tratamiento e información para una sociedad más saludable. Tal situación no sucede en Bolivia, ya que no hay iniciativas ni de parte del Estado ni del sector privado.

En otro sentido, debemos acotar que, tal como se contempla en el artículo 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, “el estado tiene la obligación de llevar a cabo todo lo necesario para hacer que se cumplan nuestros derechos”, tal como lo es el derecho a la salud. Debido a lo antes expuesto, el Estado debe ser garante de impulsar y financiar políticas adecuadas para lograr una mayor cobertura y efectividad en la atención de pacientes pediátricos. Asimismo, el artículo 15, *ejusdem*, afirma que “todos los niños y adolescentes tienen derecho a la vida” y a la salud para mejorar su calidad de vida.

Es por esto por lo que la telemedicina es de suma importancia, pues permite romper las barreras geográficas que existen entre los niños de las comunidades más alejadas y desfavorecidas y los centros de salud de las ciudades. En la misma ley antes citada, el artículo 41 expone que “todos los niños y adolescentes tienen derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental”, por lo que, inclusive las consultas y terapias psicológicas a distancia, toman vital importancia.

Por último, el artículo 48 de la LOPPNA expresa que “todos los niños y adolescentes tienen derecho a recibir atención médica de emergencia” y una atención inmediata, pues, si a un niño o adolescente no se le atiende de manera rápida y oportuna, se corre el riesgo de agravamiento de su patología, lo que conlleva a hospitalización y a efectos superiores en la sociedad, tales como retraso en la escolaridad, mayor inversión de recursos por parte del Estado en hospitalizaciones de sus ciudadanos y retraso en la economía familiar.

En Venezuela, pues, se hace fundamental la telemedicina para intentar apalar la crisis del sector sanitario debido a la falta recursos económicos para el sector, el deterioro de la infraestructura sanitaria, hospitales, clínicas, consultorios, laboratorios, entre otros, la migración del personal de salud, la dependencia de ayuda internacional y de financiamiento externo y de ONG y los riesgos de brotes de enfermedades infecciosas. Esto quedó bastante marcado durante la pandemia del COVID-19, momento en el que la telemedicina fue piedra angular de las consultas en población pediátrica, disminuyendo la tasa de ingresos en los hospitales y los controles periódicos de salud infantil, fisioterapia, terapia y nutrición en niños.

Referencias

- Almino, M. A. F. B.; Rodrigues, S. R.; Barros, K. S. B.; Fonteles, A. S.; Alencar, L. B. L.; Lima, L. L. y Jorge, M. S. B. (2014). , *Revista Brasileira De Educación Médica*, 38(3), pp. 397-402. <https://doi.org/10.1590/S0100-55022014000300015>
- Areste, M. E. (2022). Nuevos modelos asistenciales en pediatría. Reflexiones éticas desde el final de una pandemia, *Pediatría Integral*, 26(6), pp. 330-331.
- Barbosa Ardila, S. D.; Dávila Ruales, A.; Alvis García, H. L.; Ramos Rodríguez, N. I.; Hernández Rincón, E. H. y de la Hoz Valle, J. A. (2023). , *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, 34, e2474. Epub (01 de diciembre de 2023). Recuperado el 17 de abril de 2024, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2307-21132023000100045&lng=es&tlng=es.
- Chueke, D. (2023). , *Telehealth and Medicine Today*, 8(3), pp. 406-410.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2020). *La telemedicina en América Latina: panorama y perspectivas*.
- Concepción Montesdeoca, J. (2022). *Trabajo de investigación sobre la telemedicina impartida en el Centro de Salud de Tejina, San Cristóbal de La Laguna*
- De Jongh Sarmiento, F. (2018). . <https://lopnnaula.blogspot.com/2018/08/tema-1-antecedentes-de-la-doctrina-de.html>
- Fernández, A. y Oviedo, E. (2010). . <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/8268c282-72f9-4a49-8230-57955f9807bf/content>
- Fernández Ureña, S. (2023). , *Canarias Pediátrica*, 47(2), pp. 121-127.
- Figueruelo Burrieza, Á. (2013). , *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (21), pp. 19-36.
- Galdo, B.; Pazos, C.; Pardo, J.; Solard, A.; Llamas, D.; Fernández-Blanco, E. y Pazos, A. (2024). Inteligencia artificial en pediatría: actualidad y retos, *Canales de Pediatría*, 100(3), pp. 195-201. DOI: 10.1016/j.anpedi.2024.02.006
- Gallego-Colón, E. *Militar Sanidad*, 156.
- García Ron, A.; Arias Vivas, E.; Martínez del Río, C.; González Toboso, R. M.; Forrester Zapata, D.; Fernández García, P., et al. (2022). *Revista Pediátrica Atención Primaria* publicación oficial de la asociación española de pediatría, 24, pp. 23-9. 003_RPAP_17_58_Telemedicina_COVID_Twitter.pdf

- Gil Piquer, R.; Mañes Jiménez, Y.; España Marí, M.; Peris Peris, A.; Solanes Donet, P.; García Lledó, N. y Pons Fernández, N. (2024). , *Anales de Pediatría*, 100(5), pp. 25-33. DOI: 10.1016/j.angepedi.2023.10.008
- Gómez, D. N. R. y Doria, I. Y. (2023). *Revista CIES Escolme*, (2), pp. 257-269.
- González, J. y Rodríguez, A. (2019). *Revista Venezolana de Salud Pública*, 2019.
- Hulsén, T. (2024). , *Advances in Laboratory Medicine / Avances en Medicina de Laboratorio*. 10.1515/almed-2024-0004.
- Ibáñez Arévalo, A. Y. (2023). *Percepción de los estudiantes de Medicina que realizaron la rotación práctica de pediatría en consulta de telemedicina sobre el cumplimiento de la competencia: realiza examen físico completo, valoración antropométrica y clasificación nutricional*.
- Jiménez Alés, R. (2023). , *Rev. Pediatr. Aten. Primaria*, 25, pp. 205-10.
- Joshi, G.; Quadir, S. S. y Yadav, K. S. (2021). *J Control Release* [Internet], 339, pp. 51-74. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jconrel.2021.09.020>
- Lee, J. M.; Davis, M. M.; Menon, R. K. y Freed, G. L. (2008). , *J Pediatr.*, 152, pp. 331-336. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_nlinks&p id=S1690-311020200003 0009100001&lng=en
- Márquez, J. R. (2020). , *Revista colombiana de Gastroenterología*, 35, pp. 5-16.
- Massachusetts General Hospital. (2020). *Importancia de la telemedicina en atención médica pediátrica*. Recuperado de: La importancia de la telemedicina en la atención médica pediátrica (massgeneral.org).
- Monroy Morán, C. A.; Robelly Fajardo, D. E. y Magallanes Borbor, J. (2020). *Diseño e implementación de una solución multiplataforma para la gestión de información en las consultas vía telemedicina* (Doctoral dissertation).
- OMS. (2021). *Ethics and governance of artificial intelligence for health*. Recuperado de *La OMS publica el primer informe mundial sobre inteligencia artificial (IA) aplicada a la salud y seis principios rectores relativos a su concepción y utilización* (who.int)
- Organización Panamericana de la Salud. (2020). [Internet]. <https://www.paho.org/ish/images/docs/covid-19-te leconsultas-e s.pdf?ua=1>
- Pariona Valer, E. B. (2021). *Estrategia de gestión para mejorar los servicios de telemedicina en profesionales de salud del Hospital Regional Docente de Cajamarca 2020*

- Peñaranda Quintero, H. R. *Fundamentos del Derechos de la niñez y de la adolescencia* 2da. ed., Maracaibo, Editorial de La Universidad del Zulia (Ediluz), 2013.
- Ramírez Quiroz, M. J.; Vergara Dávila, N. E. y Morales Acosta, A. D. (2020). Telemedicina para la Atención Primaria en Salud: una visión integral, en *Libro Diálogo de saberes desde Ciencias Económicas, Administrativas y Contables Vol. 4*, pp. 193-217.
- Reino Chérrez, G. R. (2023). *La telemedicina como herramienta de control clínico de la Diabetes Mellitus Tipo 2 en Latinoamérica*.
- Ruíz Pérez, G. C. (2022). *Nivel de satisfacción de la atención brindada por telemedicina y adherencia al tratamiento de anemia en niños menores de 5 años atendidos en el Centro de Salud San Francisco entre los años 2020-2021*.
- Sánchez-Trujillo, Lara Herrero, M.; Santos, J. y Gómez, C. (2022). , *Revista de Investigación y Educación en Ciencias de la Salud (RIECS)*, 7, pp. 9-15. 10.37536/RIECS.2022.7.2.318.
- Shah, A. C. y Badawy, S. M. (2021). , *JMIR pediatrics and parenting*, 4(1), e22696.
- Sojo Bianco, R. *Breve análisis de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Caracas, Mobil.Libros, 2000.
- Talamilla P., M.; Vargas V., I.; Cisternas P., I.; Viscaíno S., M.; Auat-Cheein, F.; Délano R., P. y Maass O., J. C. (2022). , *Revista de Otorrinolaringología y Cirugía de Cabeza y Cuello*, 82(2), pp. 244-257. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-48162022000200244>
- Tandem Healthcare Group. (2024). <https://tandemhealthcaregroup.com/proyectos/proy02136/guias-practica-clinica/ORDESA-Guia-retos-IA.pdf>
- Villalobos, J. y Calvanese, N. (2021). *Revista Médica de Chile*, 149, pp. 1070-1074. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v149n7/0717-6163-rmc-149-07-1070.pdf>
- World Health Organization (WHO). (2010). *Telemedicine: Opportunities and Developments in Member States. Report on the second global survey on eHealth*. WHO.
- Zambrano, F. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999. Comentada* tomo I, 2ª ed., Caracas, Editorial Atenea, C.A., 2006.
- Zarkogianni, Konstantia; Chatzidaki, Evi; Polychronaki, Nektaria; Kalafatis, Eleftherios; Nicolaidis, Nicolas; Voutetakis, Antonis; Chiotti, Vassiliki; Kitani,

Rosa; Mitsis, Kostas; Perakis, Konstantinos; Athanasiou, Maria; Antonopoulou, Danae; Pervanidou, Panagiota; Kanaka-Gantenbein, Christina y Nikita, Konstantina. (2023). The ENDORSE Feasibility Study: Exploring the Use of M-Health, *Artificial Intelligence and Serious Games for the Management of Childhood Obesity*, *Nutrients*, 15. 10.3390/nu15061451.

- Zundel, K. M. (1996) , *Bulletin of the Medical Library Association*, 84(1), 71.

LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA UNA COMPARACIÓN SISTEMÁTICA A LUZ DE LO ESTABLECIDO POR LOS DECRETOS 777 DE 1992 Y 092 DE 2017

Magíster Nicolás Enrique Guzmán Cartagena

I. Introducción

El artículo 355¹ prohíbe a las ramas del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin embargo, y de manera excepcional, se le otorga la facilidad al gobierno en sus distintos niveles, llámese nacional, departamental, distrital y/o municipal, para que, con recursos de los respectivos presupuestos, se puedan celebrar contratos con las ESAL de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Territoriales de Desarrollo (Congreso de la República, 1991).

El constitucional artículo aludido fue reglamentado inicialmente por el Decreto 777 de 1992, época en la cual no estaba en vigencia la Ley 80 de 1993², de modo que la contratación estatal colombiana se regía por el Decreto 222 de 1983. Así, solo se contemplaban tres modalidades de selección de contratista, los cuales eran: (i) la licitación pública, (ii) el concurso de mérito y (iii) la contratación directa.

Con el fin de mitigar la corrupción evidenciada, el presidente Juan Manuel Santos manifestó que “ese régimen especial estaba fuera de control pues era la herramienta predilecta de los corruptos para esquilmar al Estado”, y añadió que “[las] fundaciones creadas o manipuladas por personas corruptas eran y son usadas para contratar y robar los recursos públicos”. Al mismo tiempo, sostuvo que

¹ Constitución Política de Colombia.

² Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

“también se usaban para financiar supuestas actividades de beneficencia, cuando en realidad era para otros fines”. En ese escenario, tales afirmaciones y otras razones motivaron la supresión del ordenamiento jurídico el Decreto 777 de 1992 y la expedición del Decreto 092 de 2017, con el cual se pretendió detener de inmediato los abusos en la contratación directa con estas entidades sin ánimo de lucro, que han provocado la pérdida y desvío de billones de pesos anuales destinados a la población, especialmente a la más vulnerable.

En el desarrollo de las siguientes líneas, se hará un análisis de los decretos antes mencionados, de modo que se tratará de medir el grado de transparencia que la nueva norma introdujo a la práctica contractual del Estado con las ESAL, en desarrollo del artículo 355 Superior.

De manera inicial, el tiempo mínimo de existencia con que debía contar la entidad por contratar según el D. 777 de 1992 era de seis (6) meses, para efectos de la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica. Por el contrario, el D. 092 de 2017 no hace alusión a tal requisito y, en ese caso, se puede permitir que la ESAL se cree solo para la celebración del contrato. En tal sentido, se infiere que el requisito estaría incluido en la solicitud de demostrar experiencia para acreditar idoneidad, pero, al no existir un período mínimo que garantice su preexistencia con fines diferentes a la celebración del contrato, *quedaría a potestad de la entidad estatal requerir un tiempo mínimo de experiencia que puede reducirse a solo días de anterioridad a la celebración del contrato, con lo que no se estaría violando normatividad alguna.*

En relación con la duración de la entidad y el término para la ejecución del contrato, el artículo 13 del Decreto 777 establecía que dicho plazo no podría ser inferior al vencimiento del contrato más un año adicional. Sin embargo, el Decreto 092 no menciona este requisito, permitiendo la creación de entidades exclusivamente para la celebración del contrato, las cuales pueden disolverse y/o liquidarse una vez ejecutado. Tal situación genera un alto riesgo de posibles reclamaciones por daños y perjuicios causados por la entidad después del plazo de ejecución del contrato, pero relacionados con el mismo negocio jurídico.

Acorde a lo anterior, el D. 777/92³ contempla, entre otros aspectos, que:

La ejecución y cumplimiento del objeto del contrato se verificarán a través de un interventor, que podrá ser funcionario del Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital o municipal designado por la institución contratante.

³ Léase el art. 6, D. 777/92.

También se podrá contratar directamente la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas y de reconocida idoneidad en la materia objeto del contrato. Estos gastos, que no podrán exceder del cinco por ciento (5%) del valor del contrato, se imputarán al mismo.

En todo contrato se determinarán las funciones que corresponden al interventor, entre las cuales estará la de exigir el cumplimiento del objeto del contrato y solicitarle al contratista la información y los documentos que considere necesarios en relación con el desarrollo del mismo.

Por su parte, el Decreto 092 de 2017 no hace mención alguna sobre la interventoría. Sin embargo, el artículo octavo de la norma en comento establece que “la contratación a que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”. Por consiguiente, le es aplicable lo consagrado en el numeral primero del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 83 y subsiguientes de la Ley 1474 de 2011.

En cuanto a las garantías contractuales, el artículo quinto del D. 777 contempla que

el Contratista se obligará a constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía será determinada en cada caso por la entidad contratante, de modo que dichas garantías podrán consistir en fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria de tal manera que cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales, podrán aceptarse otras garantías reales o personales, que a juicio de la entidad pública contratante garanticen el manejo adecuado de los recursos.

A su vez, el Decreto 092 de 2017 no hace mención alguna sobre la forma de constitución de garantías para participar en el proceso competitivo o para ejecutar el contrato. No obstante, el artículo 8 de la norma en comento, que trata sobre la aplicación de normas generales del sistema de contratación pública, reza que “la contratación a que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”. Por ende, le es aplicable lo consagrado en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.3.1.1. y subsiguientes del Decreto 1082 de 2015.

II. Coexistencia de varias formas contractuales (1. Contrato de apoyo o aporte. 2. Contrato de asociación. 3. Interadministrativo)

Con el Decreto 092 de 2017, se reglamentó no solo la contratación de convenios de colaboración⁴, sino que además reguló los convenios de asociación⁵, restringió notablemente el objeto de los convenios de colaboración y se fortaleció la acreditación de la reconocida idoneidad Colombia Compra Eficiente.

1. Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas sin ánimo de lucro, con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública, para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo.

2. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro. Se pueden celebrar, además de los fines anteriores, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales y, además, para la creación de personas jurídicas. A la luz del inciso 2 del citado artículo 96, se deben determinar los aportes tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

3. Los contratos o convenios interadministrativos son los celebrados entre establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Al respecto, el artículo 4 del Decreto 777 de 1992 postulaba que, para celebrar este tipo de contrato o convenio, se requería autorización expresa del representante legal de la nación o de la entidad territorial correspondiente, según sea del caso, o de las autoridades que actúen como delegatarias de sus funciones en materia contractual.

III. Colombia Compra Eficiente

A través del Decreto 4170 de 2011, se crea la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Efi-

⁴ Art. 355, párr. 2, CN.

⁵ Art. 96, Ley 489/1998.

ciente—, como una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

El artículo 2 de la mencionada norma la eleva a ente rector en materia de contratación pública, fijándole como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

Así mismo, en el inciso primero de la parte considerativa, se expresa que su creación tiene base en la necesidad de generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvan de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado y genere mayor transparencia en las compras y la contratación pública.

IV. Entidades sin ánimo de lucro de uso más frecuente

Entre las organizaciones de esta categoría, se incluyen fundaciones, asociaciones, corporaciones, entidades del sector solidario, veedurías ciudadanas, así como entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro con sede en el exterior que desarrollen actividades permanentes en Colombia⁶.

Urge el interrogante de cómo contratar en desarrollo a lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política del 91, para lo cual la Agencia Nacional de Contratación precisa lo siguiente:

El artículo 355 de la Constitución autoriza al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público previstas en los planes de desarrollo del respectivo gobierno. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017 que entró a regir el 1 de junio de 2017 y Colombia Compra Eficiente publicó la guía para

⁶ Véase: Guía práctica sobre entidades sin ánimo de lucro y el sector solidario de la Cámara de Comercio de Bogotá.

la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

El modelo de contratación descrito en el Decreto 092 de 2017 es un tipo de contratación especial que busca, en el marco del art. 355 Superior, determinar la idoneidad de las entidades privadas sin ánimo de lucro. Puede afirmarse que tiene como uno de sus fines principales cubrir la necesidad de acabar con los auxilios parlamentarios, sin afectar el apoyo que el Estado puede darles a tales entidades en el marco de las actividades en las que prevalece la solidaridad humana, estableciendo a su vez un requisito indispensable para operar: que dichas actividades hayan sido incluidas en los planes de desarrollo de los respectivos entes territoriales.

En el mismo orden, la Agencia Nacional de Contratación, en aplicación al Decreto 092 de 2017, señala que las entidades sin ánimo de lucro pueden contratar con el Estado y beneficiarse de las ayudas que la norma le permite, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- Las actividades deben estar previstas en los planes de desarrollo.
- La entidad sin ánimo de lucro debe cumplir con el reconocimiento de idoneidad de acuerdo con lo descrito en el Artículo 3 del Decreto 092 de 2017.
- La entidad sin ánimo de lucro debe contar con mecanismos de verificación del destino de los recursos entregados para el Estado para el efecto.
- El objeto del contrato no debe ser para compra bienes o servicios o ejecutar obras.
- Se debe garantizar que en el mercado no se ofrece lo requerido.
- Si se ofrece en el mercado el producto a contratar, la entidad sin ánimo de lucro debe ofrecer ventajas y beneficios en términos de eficiencia, eficacia y economía y manejo del riesgo.

Ahora, en cuanto a las diferencias y la reglamentación de la contratación de las ESAL con entidades estatales, es importante hacer una revisión de lo reglamentado en el Decreto 777 de 1992, en el cual se distinguen las siguientes condiciones para contratar con el estado:

- Contar con reconocimiento de idoneidad, esto es: “la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato”.

- Estar constituida con seis meses de antelación a la celebración del contrato.
- El término de duración de las ESAL no podrá ser inferior al término del contrato y un año más.

IV. Sobre el significado de idoneidad

A la luz del Decreto 777 de 1992, la nación, los departamentos, distritos y municipios podían celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, pero no precisaba el alcance del término “reconocida idoneidad”, por lo que, con el Decreto 1403 de 1992, se introdujo una modificación aclarando que “se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato”.

Pero, a pesar de expresar que la idoneidad estaba íntimamente relacionada con la experiencia y con resultados satisfactorios encaminados a la acreditación de la capacidad técnica y administrativa, no se fijaron parámetros para determinarla, dejando al arbitrio de las entidades estatales la forma de requerirlos.

A su vez, el Decreto 092 de 2017, en su artículo tercero, indica que la entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia en el objeto por contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del proceso de contratación que adelantará la entidad estatal del gobierno nacional, departamental, distrital y municipal. La entidad estatal debe definir en los documentos del proceso las características que tiene que acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para tal efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente—, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

Por su parte, el máximo órgano rector en contratación estatal pone a disposición en su plataforma la *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*, fijando unos lineamientos para determinar la idoneidad. Sin embargo, queda a arbitrio de la entidad estatal la definición de los requisitos mínimos que acreditar en cada uno de los criterios de verificación.

V. A modo de conclusión

Podemos resaltar la nueva forma de contratación estatal. En ese sentido, la nación, los departamentos, los municipios y/o distritos se deben ceñir a las orientaciones de esta. De tal forma, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, junto con el Departamento Nacional de Planeación, ha dispuesto las directrices y guías de Colombia Compra Eficiente con el fin de establecer una serie de requisitos y mecanismos mínimos y para contrarrestar el constante desvío de dineros públicos, como se venía percibiendo con la normativa anterior. Así, pues, la Corte Constitucional⁷ manifestó que

las cuotas presupuestales que cada uno de los congresistas recibían eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas. Empero, bien pronto, prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa. La perversión aludida se valió del expediente de crear un sinnúmero de corporaciones o fundaciones privadas hacia las cuales se desviaron los recursos. Proliferaron, entonces, las actividades dignas de estímulo, las consiguientes instituciones y por ende las leyes de auxilios como mecanismo apropiado para conceder favores y obtener a cambio la conservación o el aumento de clientelas políticas.

Y continúa diciendo que

⁷ C. Cons., Sent. C 372, ago. 25/1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales.

Como punto de partida en esta sentencia, el gobierno tuvo la idea de darle vida al Decreto 092 de 2017 por medio del cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, la que busca evitar a toda costa el desfaldo del erario. Del mismo modo lo manifiesta el doctor Cesar Eduardo Pérez

Pone un freno, y establece que no será sujeta a concurso con otras entidades de la misma categoría, cuando el aporte en dineros, sean superiores a 30% del valor total del convenio, lo que básicamente reduce el abuso de los principios de selección objetiva, debido a que, al ver comprometido parte de su patrimonio, se genera un interés de desarrollar en debida forma el objetivo para el que se celebra el Convenio de Asociación.

Del mismo modo, se actualiza la forma de elegir a la entidad a la que se destinarán los recursos mediante un proceso previamente establecido por la Ley 80 de 1993 y demás normas concernientes a la contratación estatal.

En efecto, una de las novedades más importante es la mencionada en líneas previas toda vez que para ser adjudicado con un contrato de esta naturaleza debe reunir ciertas condiciones.

Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstas en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, cuyo objeto sea exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o inde-

fensión, derechos de las minorías, derecho a la educación, a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.

Esta modalidad requiere autorización expresa del Representante Legal de cada entidad; esta función no es delegable.

Cabe decir que esta modificación introducida es pertinente y necesaria, ya que con ella se garantizan los principios de imparcialidad y se fortalece la selección objetiva, pero no resulta suficiente, dado que aún se permite la contratación directa en procesos que bien pueden hacerse bajo procesos licitatorios o bien llamados por la norma actual como “competitivos”. De igual forma, la norma debe ser más rigurosa en cuanto al establecimiento de requisitos que brinden transparencia al proceso de selección, tales como una preexistencia que permita corroborar que la ESAL tuvo su génesis para fines altruistas o para el beneficio común o general y no solo para la celebración del contrato.

Bibliografía

- Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). *bibliotecadigital.ccb.org.co*. https://bibliotecadigital.ccb.org.co/se_rver/api/cor_e/bitstreams/31c4c966-26b0-45dd-9fd7-1b8467d8d89b/content
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). <https://www.colombiacompra.gov.co/>. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/como-contratar-en-desarrollo-del-articulo-355-de-la-constitucion-politica-y-del-decreto-092>

- Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*, Bogotá.
- Corte Constitucional, C-372 de 1994. (1994). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-372-94.htm>
- Gaitán Sánchez, Oscar Manuel. (2014). *Guía práctica de las entidades sin ánimo de lucro y del sector solidario*, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Ley 489 de 1998 (diciembre, 29), “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”.
- Mitos y verdades del Decreto 092 de 2017, Colombia Compra Eficiente. (2017). <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto092-de-2017>.
- Muñoz, M. (2018). *Modificaciones al régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia*, (Trabajo de grado Especialización en Derecho Administrativo), Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Pérez, César. (2017). <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/cesar-eduardo-perez-400524/convenios-de-asociacion-a-seleccion-objetiva-2573943>.

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR EL DAÑO MORAL DE LOS DAMNIFICADOS INDIRECTOS EN CASO DE MUERTE Y GRAN DISCAPACIDAD

Magister Aldo Gustavo Mantineo

I. Introducción

El avance doctrinario y jurisprudencial en nuestra materia, en busca de no dejar perjuicios injustamente sufridos sin la debida reparación, ha significado, entre otras modificaciones, el cambio del concepto de antijuridicidad, mutando de la concepción formal a la material, la incorporación de nuevos factores de atribución objetivos, la reducción en las responsabilidades especiales de las eximentes de responsabilidad y, fundamentalmente, la incorporación de los intereses legítimos y simples como asiento del daño sufrido directa o indirectamente por las personas y su patrimonio, llegando incluso a incluir los intereses colectivos como objeto de protección del derecho de daños. Así, se ha producido un significativo cambio a favor de las víctimas en forma directa y se refleja el universo de legitimados activos con derecho a acción judicial para la obtención de medidas preventivas y reparatorias de los perjuicios experimentados.

De igual forma, la preeminencia de los factores objetivos de atribución en la nueva legislación por sobre la culpa facilitan la concreción de la finalidad perseguida en la nueva corriente de la responsabilidad civil y acrecientan las chances de que nuevos sujetos sean obligados a reponer el estado indemnidad previo a las acciones u omisiones dañosas.

Antes del abordaje del objeto de la presente tesis, debe aclararse que, si bien se tratarán aspectos básicos y necesarios para su fundamentación, tales como la legitimación en general y la concepción y evolución del daño resarcible como presupuesto de la responsabilidad, deteniéndonos especialmente en el daño moral (consecuencias extrapatrimoniales), se hará de forma sintética. Se dará paso al

estudio de las novedades que sobre esta materia nos trae el Código Civil y Comercial vigente en relación con la anterior normativa, centrándonos especialmente en la legitimación activa para reclamar las consecuencias extrapatrimoniales en caso de muerte o gran incapacidad de la víctima directa del daño.

Ingresando entonces a la cuestión central de este trabajo y como adelanto de su justificación, podemos decir que, al igual que el derogado artículo 1078 del CC, el actual artículo 1741 del CCyCom legitima a los damnificados directos, es decir, a quienes sufren las consecuencias dañosas del acontecimiento lesivo de manera inmediata, para accionar por el tradicional daño moral que ahora recibe el nombre de “consecuencias no patrimoniales”. Pero, a diferencia de aquel, amplía los pretensores o damnificados indirectos con derecho a acción ante la muerte y gran incapacidad del damnificado directo. Pasa de la vieja fórmula “herederos forzosos” que tanto debates trajo aparejado en nuestra doctrina y jurisprudencia respecto a si debía utilizarse en sentido estricto y vinculado al derecho sucesorio o como una referencia dirigida a limitar en los casos de daños la cantidad de pretensores, interpretada como la vocación hereditaria necesaria en abstracto, a la utilización de una terminología más laxa que permite la incorporación de nuevos legitimados activos al mencionar expresamente que ellos son los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible. No olvidemos que esta legitimación se extiende, además, a los sujetos que, cumpliendo dichos requisitos, se ven afectados por una gran incapacidad o grave incapacidad, según el anteproyecto de reforma del plexo normativo, ampliándose con ello el universo de probables damnificados indirectos en el aspecto espiritual o moral.

Respecto a los primeros, no existen dudas sobre el justo derecho a ser indemnizados en caso de muerte del familiar cercano, pero, en relación con los convivientes, se abren nuevos interrogantes, especialmente por la fórmula adoptada para limitar el número de legitimados. Al disponer “que convivan con el recibiendo un trato familiar ostensible”, posibilita distintas interpretaciones sobre su alcance, como así también respecto a la concreción del valor justicia que en cada caso pueda significar tal solución, ya que, por ejemplo, pueden existir personas que, sin convivir con la víctima, sufran indudablemente un daño espiritual ante el deceso de ella (hermanos) o que se encuentren imposibilitadas por distintas razones por demás atendibles, como podría ser por motivos laborales o de estudios, residan en distintas unidades habitacionales e incluso en diferentes ciudades.

Sin duda alguna, más allá del cuestionamiento que puedan efectuarle a la decisión del legislador al adoptar la fórmula del artículo 1741 del CCyCom, esta ha significado una solución normativa para situaciones que durante muchos años han dividido a nuestra jurisprudencia y provocado un sinnúmero de planteos de inconstitucionalidad que tenían por finalidad abrir el corsé que aparejaba la terminología empleada por el art. 1078 del Código Civil.

Aun así y sin perjuicio del progreso legislativo mencionado, según mi criterio, se hace necesario el planteo y análisis de la nueva normativa, con el fin de determinar si ha sido lo suficientemente amplia como para no dejar víctimas de daños injustamente sufridos sin la correspondiente indemnización o, por el contrario, si su generosidad es de tal magnitud como para provocar el reclamo de sujetos que, abusando de la laxitud de la fórmula legal, persigan enriquecerse ante la desgracia de la víctima directa del daño. La respuesta a tales interrogantes constituyen el objeto central de la tesis.

Capítulo I. El proceso de cambio del derecho de daños y la legitimación activa

Sección I

Los nuevos paradigmas del derecho de daño y la legitimación civil

Como fue aclarado precedentemente, la finalidad del presente trabajo es centrarnos en el estado actual de la legitimación activa para reclamar el daño extrapatrimonial producido a los llamados damnificados indirectos ante la muerte o gran incapacidad de la víctima.

Sin embargo y aunque parezca en esta instancia hasta tedioso y reiterativo, calificativos que se agradecen a la ya instalada noción de la responsabilidad civil como remedio jurídico para la prevención y eventualmente la reparación de los perjuicios injustamente experimentado por las personas en sus derechos subjetivos, intereses simples no prohibidos e incluso intereses colectivos, es necesario efectuar una revisión sobre los cambios fundamentales que se han producido en nuestra materia con la sanción y puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y la incidencias que estas modificaciones han surtido sobre la legitimación activa.

Sobre el último aspecto —legitimación activa—, como adelanto se puede decir que, según mi criterio, se han concretado por vía normativa cambios radi-

cales y superadores en los distintos ejes del derecho de daños, los que, de una u otra forma, inciden positivamente en el área. Ensancha sus fronteras en relación con la anterior legislación y obliga a un replanteo sobre su concepción sustancial, la cual tradicionalmente era, en el campo de la responsabilidad civil, el derecho a la acción judicial resarcitoria en virtud de la titularidad del derecho subjetivo vulnerado por la conducta dañosa y antijurídica del autor. Se distingue incluso la fuente de dicho daño (contractual o extracontractual) al momento de facultar el derecho a reclamar determinados perjuicios (arts. 522 y 1078 ss. y cc. del CC).

Justamente en cuanto a la causa de la obligación resarcitoria, nuestro legislador ha receptado la postura jurisprudencial y doctrinaria que reclamaba la unificación de las dos órbitas causales de perjuicios a las personas y sus patrimonios (contractual y extracontractual). Establece con minuciosidad, por ejemplo, conjuntamente con la enunciación del principio *alterum non laderum* contenida en el artículo 1716 del CCyCom, la causa contractual como generadora del deber de resarcir el perjuicio causado con el incumplimiento obligacional, al decir que “la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme a las disposiciones de este Código”, equiparándose en el enunciado a ambas órbitas de la responsabilidad civil.

Así, salvando algunas particularidades que se mantienen de la anterior legislación, ha quedado unificado y aclarado que los daños resarcibles pueden tener su fuente en relaciones contractuales o cuasi contractuales preexistentes entre autor y víctima o también ser originados por hechos ilícitos que configuren una fuente del deber de indemnizar a los damnificados.

Puede mencionarse también como novedad la incorporación de la función preventiva de la responsabilidad a la par e incluso metodológicamente regulada —en forma intencional— con anticipación a la función resarcitoria. Advierte, no solo al mundo jurídico, sino a la sociedad toda, que la finalidad del derecho de daños no es exclusivamente la reacción ante un acontecimiento lesivo, sino primordialmente evitar que ellos sucedan o aminorar su impacto en los sujetos que puedan verse afectados por tales conductas, provengan estas de un incumplimiento obligacional o de la violación del deber de no dañar a otros (*alterum non laderum*) (art. 1716, CCyCom).

Justamente en tal finalidad axiológicamente superior a la resarcitoria y punitiva de la responsabilidad civil encontramos un primer avance ampliatorio de la legitimación activa para ejercer la acción judicial pertinente en busca de evitar el

inminente perjuicio, menguar sus efectos o hacerlo cesar en cuando se trate de un daño con impacto sucesivo en el tiempo.

Así, el artículo 1712 del CCyCom faculta para interponer la petición procesal pertinente a cualquier persona, e incluso, como veremos seguidamente, a grupos de personas (acción de clase o colectiva) que tenga un interés razonable en la prevención del daño. Se agrega, además, que no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución de responsabilidad para que el juez ordene las medidas necesarias para obtener la finalidad de la acción preventiva, sin que sea necesaria la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo en cabeza de quien invoca la protección jurisdiccional ante un perjuicio inminente o que, encontrándose en curso de producción, requiera la intervención del Estado para hacerlo cesar en su perjudiciabilidad. Basta que quien peticona tenga un interés simple, aunque razonable, a criterio del juez, para cumplir con el objetivo preventivo de daños futuros o actuales que requieren su extinción. Más adelante, se amplían conceptualmente las diferencias existentes entre derecho subjetivo e intereses legítimos o simples. Por el momento alcanza con decir que ellas radican en la protección o reconocimiento que el derecho positivo otorga a las personas para ser acreedor de su tutela legal.

Alberto Bueres explica que

la legitimación activa para interponer la acción preventiva es muy amplia por lo que basta la acreditación de un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712). La doctrina ha dicho que no abarca a todos los damnificados indirectos sino solo a los directos –sea que sufrieron o pueden sufrir un daño- respecto de los cuales se presume su interés para deducir la pretensión de prevención. Para los damnificados indirectos únicamente si demuestran su interés, aun sumariamente. También se ha entendido que ese interés puede o no ser individual, tal como se desprende también del artículo 14 que comprende a los derechos colectivos¹.

De igual forma y a medida que se avanza en la metodología utilizada por el codificador, ingresando al estudio de los presupuestos clásicos de la responsabi-

¹ Alberto J. Bueres, *Alberto J. Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 100.

lidad civil y su relación con la legitimación activa en general, podemos afirmar que la legislación vigente definitivamente ha incorporado las propuestas que desde hace más de una década la prestigiosa doctrina y jurisprudencia nacional, en consonancia con la tendencia progresista de la Corte Internacional de Derechos Humanos, venía volcando en numerosos trabajos y pronunciamientos en pro de lograr la concreción del axioma fundamental de evitar y resarcir los daños injustamente sufridos. Se expresaban a favor de la protección de damnificados que *de lege ferenda* no estaban incluidos entre los titulares de las acciones preventivas o resarcitorias.

Una de las más importantes modificaciones que efectúa el nuevo plexo normativo se advierte respecto al concepto de antijuridicidad. Se habría superado la concepción formal y restringida regulada por el art. 1066 del Código Civil, la que requería, para calificar de ilícito a un acto voluntario, la existencia de una norma expresa que lo tipificara como tal, adoptándose la acepción material y amplia de antijuridicidad, la que califica de antijurídica a toda acción u omisión que causa a otro un daño y que no está justificada por las razones que el propio Código Civil y Comercial determina (arts. 1717, 1718, ss. y cc.).

En ese sentido, nos referimos a que una acción es antijurídica cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Es una conducta ya sea comisiva u omisiva que provoca un resultado dañoso).

La antijuridicidad en la noción extensa de su noción genera la idea de una contradicción con el ordenamiento jurídico, en el cual están comprendidos las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y la regla del orden natural, por lo tanto, están incluidos los ataques al orden público, los principios generales del derecho, la buena fe, las buenas costumbres y el ejercicio abusivo de los derechos. De esta manera, la antijuridicidad se manifiesta en la violación del *alterum non laedere*, que constituye un principio general del derecho de daños, ya que es la prohibición de causar perjuicios es un principio jurídico general, resultando por ello deducible, por consiguiente, que es antijurídico dañar a otro sin causa de justificación².

Si bien el cambio de noción de este presupuesto no influye directamente sobre la legitimación activa, ampliando sí y en forma clara el universo de posibles obligados a la reparación del daño (legitimación pasiva), al calificar toda acción u omisión en el cumplimiento de las obligaciones contractuales o derivadas de la

² Bueres, op. cit., p. 133.

ley como contrarias al ordenamiento jurídico, extiende también de manera indirecta el número de potenciales sujetos con derecho a accionar ante tales conductas, ya que se otorga derecho a acción a quienes sufran daños, aunque el hecho lesivo no se encuentre tipificado expresamente en una norma jurídica objetiva.

Similar situación encontramos en relación con la causalidad del daño y especialmente con los factores de atribución de responsabilidad.

Habiéndose aclarado que, para que surja la obligación de resarcir, es necesario que el hecho antijurídico sea la causa adecuada del perjuicio (acción u omisión dañosa o incumplimiento obligacional), nuestro Código Civil y Comercial se encargó de definir y regular los factores de atribución, separándolos en subjetivos (culpa y dolo) y objetivos (aquellos que prescinden de la culpabilidad del autor). Además de esta cuestión metodológica, en donde se advierte de manera palmaria la incidencia de la doctrina moderna del derecho de daños, también se da la incorporación o extensión de factores de atribución objetivos en relación con los previstos en la anterior legislación. Tal es el caso de las actividades riesgosas o peligrosas, sea que por su naturaleza o por la forma en que se llevan a cabo son proclives a generar daños a otros, debiendo responder quienes las realizan, se sirven u obtienen un beneficio de ellas.

Así se incorpora, junto al factor objetivo de atribución “riesgo creado”, común a las cosas y actividades, el factor de atribución “riesgo provecho o riesgo beneficio”, el cual había encontrado en la doctrina nacional tradicional distintos reparos, haciendo responsables no solo a quienes causen, con el desarrollo de la actividad peligrosa, los perjuicios, sino también a quienes obtienen ganancias o beneficios con ellas.

Respecto a la autoría del daño, es un presupuesto cuestionado en su calidad de necesario o esencial para la configuración de la responsabilidad por parte de la doctrina, el plexo normativo vigente. Establece los supuestos de responsabilidad por autoría anónima de integrantes de un grupo y por actividades peligrosas de grupos, haciendo responsables solidarios a todos los integrantes salvo que demuestren no haber contribuido a la producción del daño en el primer supuesto y que no integraban el grupo peligroso en el segundo caso. En cierta forma acepta la posición diluyente de la necesidad de la imputación concreta del hecho dañoso a personas determinadas previamente por las víctimas, poniéndolas a resguardo del esfuerzo probatorio que en la mayoría de los casos resultaba una tarea de difícil, sino imposible, concreción.

Por último y en forma intencional, se analiza a continuación el requisito central del deber de reparar, es decir, el daño resarcible y la forma en que, con la sola concepción actual, se ensancha y, según mi criterio, se modifica el concepto de la legitimación activa para accionar, al incluir en forma expresa a los intereses simples o no prohibidos por el ordenamiento jurídico, como así también a los intereses de incidencia colectiva o grupal, como asiento de los acontecimientos perjudiciales de las personas o sus patrimonios. De esta manera se otorga entidad procesal a sujetos que, previamente a tal cambio, veían imposibilitado el derecho a la acción resarcitoria por no ser titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos expresamente establecido en el régimen legal positivo. Ese era el caso, por ejemplo, de los concubinos o convivientes antes de la reforma contenida en el Libro II, Título III, del CCyCom.

Capítulo II. El daño resarcible como presupuesto de la responsabilidad en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial argentino

Sección I

Importancia del daño dentro de la responsabilidad civil

En este contexto, el daño ha ganado un lugar de privilegio en el estudio de la teoría de la responsabilidad civil, al punto tal que han sido aceptada en forma general las denominaciones como sinónimos, tales como “teoría del daño”, “teoría de la reparación del daño” o simplemente “derecho de daños”.

La cuestión en torno al daño ha sido considerada desde siempre por casi la totalidad de la doctrina como un tema fundamental y un elemento necesario y primario para la existencia de la obligación de responder.

Sección II

Noción y concepto de daño

El diccionario de la Real Academia Española indica como significado del término “daño” la acción de dañar, siendo esta según la misma fuente: “Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Maltratar o echar a perder algo”. Etimológicamente, el vocablo proviene de la voz latina, “*damnum*”, que significa “deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas, valores morales o sociales de alguien” (CTR, p. 410)³.

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, t. II, 11ra edición, CDMX,

Todos los autores que han estudiado el fenómeno jurídico de la responsabilidad civil han definido de una u otra forma al daño. Por lo general, se ha dicho que el daño es el detrimento, lesión, menoscabo o perjuicio, modificando un estado o situación desfavorablemente. Así, por ejemplo, se ha expresado que el daño constituye un perjuicio, pérdida o menoscabo que recae sobre bienes jurídicos de una persona; debe ser de alguna manera susceptible de resarcimiento. De ahí que el concepto de daño tiene base fáctica⁴.

Siguiendo a Santos Briz y a Alberto Bueres, el daño es una lesión a intereses jurídicos, patrimoniales o extrapatrimoniales, ya que el interés es el núcleo de la tutela jurídica. De allí que resarcir o reparar es recomponer el bien, restablecer la aptitud que tiene para satisfacer una necesidad (interés) o suprimir los efectos perjudiciales de la acción dañosa.⁵

Trigo Represas y López Mesa lo conceptualizaban diciendo que el daño es todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona en sus bienes patrimoniales o económicos —daño material— y, en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones íntimas o en general a los llamados derechos de la personalidad o personalísimos —daño moral o extrapatrimonial—⁶.

El antiguo Código Civil no definía el daño resarcible. Ello ocasionó que no hubiera uniformidad para conceptualizar el daño, tanto en doctrina y jurisprudencia. El art. 1.067 del CC expresaba: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar”. Como sostenía Orgaz, si no hay daño alguno, resulta superfluo indagar la existencia o no de los otros presupuestos. Recién con la ocurrencia del daño se activa el mecanismo de la reparación civil y cobra sentido el estudio de los otros elementos de la teoría de la responsabilidad civil. Sin daño, sin la modificación disvaliosa de un estado actual de la persona y sus cosas, no hay acción resarcitoria, sin perjuicio de las medidas procesales adecuadas para cumplir la

Porrúa, p. 881, citado en Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. Tratado de la responsabilidad civil, tomo I, Buenos Aires, La Ley, p. 410.

⁴ Highton, Elena I. Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en el caso de lesiones a las personas desde la óptica de los jueces (Justicia Nacional Civil), Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito-II.

⁵ En igual sentido, Stiglitz, Gabriel. “Daño resarcible”, en Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 227. Este autor señala que “el daño recae precisamente, como menoscabo, sobre esos mismos intereses que constituyen el objeto de la tutela jurídica. Vale decir que el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica y siempre es un interés humano lo que el derecho tutela, el daño vulnera (De Cupis)” (p. 216).

⁶ *Ibid.*, pp. 412-413.

función de prevención del daño o paralización del que se está produciendo, función que la doctrina moderna resalta como integrante de la finalidad del derecho de daños o de la responsabilidad civil y que, como fue visto, ha sido definitivamente incorporada por los artículos 1710, 1711, ss. del CCyCom.

Sobre tal aspecto, no es contradictorio afirmar que últimamente la función preventiva de la responsabilidad civil ha ido ganando espacio, siendo su misión no solo la tradicional de reparar o resarcir el daño consumado, sino también la de evitar o hacer cesar cualquier menoscabo injusto. Sigue siendo el daño, en este caso, al tratar de evitarlo o hacer cesar sus efectos, quien sigue preocupando al derecho.

Por ello es que nuestro CCyCom ha incorporado la función preventiva (arts. 1710, ss. y cc.) y que, en relación con la legitimación activa para el ejercicio de dicha acción, adoptó un criterio amplio que faculta a todos aquellos que presenten un interés razonable a criterio del juez para evitar, menguar o hacer cesar los efectos del daño, tarea que, aun antes de la sanción de la novel legislación, se ejercía a través de instrumentos eficaces, tales como acción de amparo, medidas autosatisfactivas, etc.

El artículo 1068 de nuestro Código Civil expresaba: “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión o indirectamente, por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. Siguiendo a Mosset Iturraspe, es ese “mal hecho a su persona”, considerada como un ser único e integral, lo que se trata en el presente trabajo, aunque, claro está, este mal tenga efectos sobre el patrimonio en forma directa (daño emergente, lucro cesante o pérdida de chance) o indirecta, en tanto es necesaria su cuantificación para los fines indemnizatorios (daño moral).

A su vez, el artículo 1078 del CC agregaba, como integrante del daño, al agravio moral ocasionado a la víctima. En la materia contractual, el artículo 511 del CC nos señalaba que el deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla. El art. 522 de dicho plexo normativo reformado por la Ley 17.711 introduce el agravio moral en la órbita contractual como integrante del daño resarcible, en su discutida fórmula de “el Juez podrá”, lo que en la práctica dejaba a criterio del magistrado la reparación o no del daño moral de la parte perjudicada por la frustración o el incumplimiento del contrato.

Vale agregar que habitualmente la doctrina y la jurisprudencia han utilizado, como sinónimos del vocablo “daño”, los términos “perjuicio”, “detrimento”, “pérdida”, “menoscabo” o “lesión”. En general, cuando cotidianamente se utiliza la palabra “daño” (“me hice daño”, “se dañó tal o cual cosa”, “me causaron un daño”, etc.), se le da un sentido dirigido a la acción de romper algo o herir a alguien. Implica un hecho del mundo físico o exterior que, como consecuencia directa o indirecta, causa un menoscabo o detrimento en un estado de las cosas o las personas. Es decir, hay una transformación entre una situación preexistente al hecho y la posterior que resulta negativa o desfavorable a quien lo sufre en su persona o patrimonio.

Este dato de la realidad ha sido, desde la antigüedad, objeto de estudio y de regulación legal, para evitarlo, sancionarlo y dar, en su caso, una reparación a quien lo sufre. La necesidad de regulación viene de la búsqueda de justicia y equilibrio, vulnerada por el accionar dañoso. Son el respeto a los derechos naturales del hombre y la tranquilidad social los que reclaman una respuesta ante un daño.

Tales daños pueden ser causados por factores naturales (terremotos, inundaciones, etc.) o por la acción del hombre, en forma directa o indirecta, a través, por ejemplo, de las cosas de que se sirve para desarrollar su actividad, para su protección u obtención de ganancias, y, en todos los casos, pueden serlo, además, mediante un acto positivo o por su “no actuar” u omisión. Los ocasionados por causas naturales no darán lugar —en principio— a acción alguna en busca de su reparación o resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad civil. El derecho positivo los ubicaba más bien como causales de exclusión de responsabilidad (casos fortuitos o fuerza mayor). Respecto a estos últimos supuestos, el CCyCom estableció que, aun ante caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento, el deudor igual sería responsable en determinadas situaciones (art. 1733) relacionadas con la asunción del riesgo, disposiciones legales que así lo indicasen o estado de mora en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor.

En síntesis y a modo de aproximación, podemos decir que tradicionalmente se ha conceptualizado al daño como *todo menoscabo o detrimento que experimenta una persona como ser integral en forma directa o en las cosas que integran su patrimonio*. Ahora bien, como ha sido adelantado, no todo daño sufrido por las personas a un derecho o interés y que afecta a su persona o patrimonio es resarcible. Para que adopte tal carácter, nuestro Código actual señala en el artículo 1739 los requisitos para la procedencia de la acción. Así dice: “Para la procedencia

de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y exista una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

Como vimos en el apartado precedente, el Código Civil no contenía una disposición similar a la del artículo 1739 del CCyCom, pero la doctrina señalaba, en base a la legislación positiva, ciertos requisitos que hacían que el daño en sentido lato fuese merecedor de una reparación civil.

El art. 1737 brinda un concepto de daño: “Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. La definición, podemos advertir, influye ya sobre la legitimación activa para accionar por la prevención o reparación de un daño, receptando la postura doctrinaria y jurisprudencial moderna que incluía no solo a los derechos subjetivos lesionados, sino también a los intereses legítimos y a los intereses simples no prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Completando la conceptualización del daño, el art. 1738 enumera los aspectos o rubros que incluye la indemnización:

Indemnización La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Con este método, el legislador ha confirmado el doble aspecto del daño y la necesidad de su configuración para la procedencia de la acción resarcitoria. Por un lado, el sentido ontológico y físico del daño como lesión o afección a un derecho o intereses no prohibido por el derecho positivo y, además, agrega, el concepto de daño como consecuencia palpable que afecta bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de las personas. Así surge que el daño es la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, pero que la indemnización requiere que esa lesión a un interés haya provocado consecuencias nocivas.

Al decir de Bueres, “el menoscabo, la pérdida y/o el deterioro- ya sea patrimonial o extrapatrimonial adquieren relevancia jurídica cuando son considerados por el derecho, e que aplicará frente a ellos consecuencias jurídicas”⁷.

Pizarro explica el concepto integral de daño de la siguiente forma: “En tal caso, el daño resarcible o indemnizable ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés individual o colectivo no reprobado por el ordenamiento jurídico (daño en sentido amplio), sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre ésta y aquél hay una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último. [...] Ambos componentes (lesión a un interés no ilegítimo más consecuencia perjudicial) tienen que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure”⁸.

Sección III

Requisitos del daño resarcible

El nuevo Código prescribe literalmente los requisitos que el daño debe reunir para ser considerado como resarcible a la luz de las normas y principios de la responsabilidad civil.

Así, en el artículo 1739 expresa: “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

1- Personal: directo o indirecto

Este requisito del daño, relacionado con su personalidad, exige que el sujeto haya experimentado el perjuicio *iure proprio*. En otras palabras, la lesión debe haber recaído sobre un interés propio, sea patrimonial o moral. Explica Bueres: “Claro está, entonces que nadie podrá reclamar para sí una indemnización como consecuencia de un daño sufrido por otro, ya que este principio de la personalidad del daño exige que los reclamantes hayan sido afectados en sus propios intereses”⁹.

Ahora bien, el daño personal puede experimentarse de dos formas: directa (inmediata) o indirecta (mediata), determinando las categorías de damnificados directos o indirectos según el caso. El damnificado directo es sobre quien recae inmediatamente la acción nocible, y el indirecto es aquella persona que sufre de

⁷ Bueres, op. cit., p. 435.

⁸ Pizarro, op. cit.

⁹ Bueres, op. cit., p. 464.

“rebote” o “*par ricochet*”, según el término acuñado por los franceses, como consecuencia de un daño ocasionado por otra persona.

Para que se configure un daño indirecto, siguiendo en parte los elementos señalados por Brebbia¹⁰, debe existir: a) un daño causado a una persona, b) un tercero que sufra un daño propio o personal como consecuencia del ilícito que afectó a la víctima inmediata, y c) un vínculo entre ambos damnificados. Para el autor citado, el vínculo debe ser legal (parentesco) o contractual. Nosotros entendemos que también puede surgir de simples intereses no contrarios al derecho que unan a ambos damnificados, como sería el caso de los convivientes.

Que el daño sea personal del damnificado indirecto significa que el daño experimentado por él debe surgir de la lesión a un derecho o interés suyo, merecedor de tutela jurídica. Afirma Zavala de González: “Dicho principio de personalidad del daño se aplica con abstracción de la clase de perjudicado: también los indirectos sufren menoscabos propios, aunque se vinculen con la agresión contra otra persona”¹¹.

2- Cierto

Este requisito era exigible unánimemente por la doctrina para que el daño sea reparable. Significa que el daño debe ser real y efectivo, existente, no imaginado, consistente, y que pueda ser probado, aunque su magnitud pueda ser eventualmente indeterminada.

El daño debe ser existente y no meramente hipotético, eventual o conjetural. Como ya ha sido dicho anteriormente, debe constituir una modificación en el plano fáctico, cambiando una situación existente, debe constituir un verdadero suceso, que provoca (o provocará) la privación efectiva de un bien.

Que el daño debe ser cierto significa que *efectivamente* se haya causado o que, según el orden natural de las cosas, *efectivamente* se produzca en el futuro, sea sobre las personas directamente o sobre su patrimonio, comprendiendo sus derechos y facultades. De este concepto se desprende que, si bien no basta el simple peligro o la amenaza de que ocurra un perjuicio a los fines resarcitorios, tampoco se puede exigir una certidumbre absoluta, sino relativa.

Lo importante es destacar que el intérprete, por lo general el juez, deberá de-

¹⁰ Brebbia, Roberto H. El damnificado indirecto (Socio damnificado por la muerte de otro socio), Buenos Aires, La Ley, 1990-D, 202, 337.

¹¹ Zavala de González, Matilde. (4 de julio de 2007). Daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos, DJ, 678. Fallo comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBuenosAires) ~ 2007/05/16 ~ L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro.

terminar, en el caso concreto, si, conforme a las reglas de la experiencia, el daño aún no configurado normalmente ocurrirá, desechando los reclamos basados en hipótesis de improbable o poco probable realización. Se requiere una probabilidad y se rechaza la mera posibilidad.

3- Actual o futuro

De lo expuesto surge que el daño —resarcible— puede haberse producido al momento de ejercer la acción resarcitoria (actual), que es lo que ordinariamente ocurre, o que aún no haya terminado de consolidarse en tal instancia y sus efectos continúen durante el proceso incluyéndose a aquel que verosíblemente, siguiendo un curso previsible y esperable conforme a lo que la experiencia indica, se concretará luego de dictada la sentencia (daño futuro). El daño producido o actual es, entonces, para la mayoría de la doctrina, el que se verifica antes de dictada la sentencia judicial de reparación (diferenciando el que se intenta evitar, aún no ocurrido, con las medidas y consecuentes sentencias de carácter preventivas). El daño futuro, también resarcible, no es sinónimo de daño incierto. En primer lugar, cabe advertir que, cuando se habla de pasado, presente o futuro, se hace necesaria la instalación de un hito o corte en el tiempo para referenciar dichos momentos. La doctrina mayoritaria entiende que la marca temporal está configurada por la sentencia judicial. Son entonces los perjuicios que se materializarán *muy probablemente* luego de la resolución judicial, ya que su ocurrencia es objetivamente previsible conforme a las circunstancias del caso concreto y las reglas ordinarias de la experiencia.

Ahora bien, tomando estos daños futuros, pueden diferenciarse los que son prolongación temporal de los actuales (tratamientos médicos futuros, necesidad de contratar una empleada doméstica de por vida debido a la incapacidad sobreviniente permanente, cambios de prótesis después de un tiempo, etc.) y los que son independientes de los perjuicios actuales, pero que ocurrirán muy probablemente en el futuro, pudiendo incluso afectar a futuras generaciones de la víctima (ingesta de alimentos contaminados o fármacos con efectos secundarios nocivos, daño ambiental, etc.).

4- Subsistencia

Aunque parte de la doctrina y evidentemente nuestro codificador los ubica como requisitos independientes, la subsistencia del daño hace a la certidumbre del perjuicio, al menos desde la óptica del daño resarcible o jurídico.

Que sea subsistente significa que debe existir, aunque sea futuro, al momento de su reparación por el responsable, sea mediante una sentencia judicial o sin la intervención del aparato estatal encargado de administrar justicia. Es decir, no debe haber sido reparado o resarcido por quien lo causó, sea con el hecho propio o por atribución de los factores objetivos previstos en la legislación positiva.

Enseñaba el maestro Trigo Repesas que debía distinguirse la situación de la desaparición del daño por reparación efectuada por el damnificado, un tercero o la desaparición por circunstancias ajenas a la acción resarcitoria del obligado, de la desaparición del perjuicio por el cumplimiento del pago indemnizatorio por parte de este último, concluyendo que “consideramos que se puede admitir como requisito del daño patrimonial indemnizable el de su subsistencia o actualidad, siempre que se interprete por daño subsistente al que no hubiese sido resarcido por el propio responsable”¹².

Para algunos autores la subsistencia no debería ser un requisito del daño, ya que es el efecto jurídico y no una exigencia previa¹³.

Sección IV

La pérdida de chance como rubro indemnizable según el CCyCom

La pérdida de chance como daño indemnizable forma parte de las ventajas o pérdidas cuya producción no dependería exclusivamente del comportamiento del otro sujeto, por estar sometidas a un riesgo que genera posibilidades a favor y en contra.

El grado de incertidumbre no es óbice para la resarcibilidad del daño, en función de que, si bien no era absolutamente cierto un futuro favorable si no hubiese mediado en el mundo exterior la acción u omisión del agente, ello era probable según las reglas de la experiencia y las circunstancias del caso. En cambio, esta acción u omisión colaboró para que, con seguridad, en el futuro no se pueda obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

Definitivamente nuestro codificador decidió incluir este rubro expresamente entre los que son merecedores de indemnización al regularlo primero como un apartado de los requisitos del daño resarcible en el artículo 1739 en cuanto expresa: “La pérdida de chances indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.” Así, le da entidad normativa a un rubro que venía siendo reconocido por

¹² Trigo Repesas y López Mesa, op. cit., p. 444.

¹³ Zabala de González, Resarcimiento de daños, t. 4, Buenos Aires, Hammurabi, p. 138.

nuestra doctrina y jurisprudencia. Al incluirlo dentro de los requisitos exigibles del daño, estipula, además, exigencias específicas para su procedencia, las que guardan íntima conexión con el requisito de certeza analizado anteriormente.

Sin perjuicio de lo expuesto respecto a dichos requisitos especiales, se prevé un supuesto particular en el que la razonabilidad y la relación con el hecho generador del daño se presumen como existentes. Así, el artículo 1745 referente a la indemnización en caso de muerte y el contenido establece, en el inciso c, como resarcible, la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

Como ejemplos de los supuestos generales, pueden citarse los casos del abogado que, actuando por el actor, permite con su inactividad que caduque un proceso o que, patrocinando al demandado, no presenta una prueba fundamental para la defensa de su cliente. En ambos casos el juicio es perdido. En estos no puede asegurarse que el caso se hubiese ganado si el abogado actuaba diligentemente, pero sí que su negligencia incidió para que se perdiera.

Por ello no se indemniza la totalidad del beneficio no obtenido o la pérdida sufrida, sino la parte que a criterio del juez le corresponde como resultado al accionar del agente, ya que no es posible asegurar el resultado de un proceso, aunque evidentemente el incumplimiento culposo del profesional ha incidido, objetivamente, para que sea negativo.

Capítulo III. Legitimación activa y el daño resarcible

Sección I

Precisiones conceptuales

En cuanto al concepto de legitimación activa, se sostiene que se la puede resumir como la aptitud para demandar. Asimismo, existen dos tipos de legitimación activa. Por un lado, la del derecho sustancial, que implica la titularidad del derecho que se cuestiona, y, por otro, la referida al proceso (personería jurídica), la cual consiste en la capacidad para realizar personalmente o por medio de representantes actos procesales válidos. Por consiguiente, quien pretenda instar una acción judicial deberá cumplir con ambos tipos de legitimación. A su vez, en materia de legitimación activa, se presentan distintos supuestos, como los damnifi-

cados directos y los damnificados indirectos, los cuales analizaremos más adelante.

Este requisito o presupuesto está vinculado al sujeto y también al bien sobre el que recae el perjuicio, es decir, al “asiento del daño”, sean derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples no reprobados por el ordenamiento jurídico en su integralidad.

El derecho protege a la persona y a su esfera de intereses y el daño es la afectación de esta esfera de intereses humanos. Los intereses, enseña Stiglitz¹⁴, facultan al hombre a actuar en el marco del orden social y jurídico para satisfacer sus necesidades a través del goce de bienes espirituales o económicos, aptos y necesarios para el desarrollo de la persona humana (ser integral) y el daño es el perjuicio a esta facultad de actuar en procura de satisfacción de necesidades.

Con la concepción del daño resarcible que surgía de la interpretación de los artículos 1068, 1069, ss. y cc. del CC, se generó una discusión doctrinaria y jurisprudencial, la cual ha sido clausurada definitivamente con la definición amplia del artículo 1737 del CPCyCom. La que la postura restrictiva y tradicional entendía que solo podían ser objeto o asiento del daño resarcible los derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, fuesen estos patrimoniales o extrapatrimoniales, dejando sin derecho a acción a los que, aun sufriendo daños evidentes, el ordenamiento jurídico positivo no le concedía el acceso a la justicia mediante una acción indemnizatoria. La tesis tradicional (Trigo Represas, Adorno, Llambías, etc.) entendía que la reparabilidad del daño necesariamente exige como presupuesto que el perjuicio recaiga sobre un interés legítimo o derecho subjetivo del damnificado. Definen a los intereses legítimos como aquel reconocido y protegido por el derecho positivo.

El derecho subjetivo debe ser entendido como los intereses que preceden a la ley objetiva (tengo derecho a tal o cual cosa) y a los que, dada su relevancia personal y social, el derecho positivo los dota de una coraza (acción) que permite su reclamo y defensa¹⁵.

En consecuencia, los intereses simples o, de hecho, los que son intereses simples que, aunque no son contrarios al derecho en su conjunto, tampoco gozan de

¹⁴ Stiglitz, op. cit., p. 216: “El Derecho de daños es el instrumento de la tutela jurídica brindada a todo interés humano, que en sí está munido de la prerrogativa de ser disfrutado sin sufrir injustos menoscabos”.

¹⁵ Villegas, Ángel Esteban. Elementos para una introducción al derecho, Córdoba, Lexis Nexis, 2002, p. 233.

la protección legal ni son reconocidos por la ley mediante una acción específica debían carecer de protección desde la responsabilidad civil. En caso de ser agraviados, los daños debían ser soportados por sus titulares, quienes, en la mayoría de los casos, son pretensores a la categoría de damnificados indirectos. Desde tal posición, no tenían acción para reclamar, por ejemplo, la concubina o el concubino de la persona fallecida en un hecho dañoso, el guardador de un menor fallecido, etc.

La tesis moderna, recepcionada por una importante porción de nuestra jurisprudencia¹⁶ y doctrina (Stigltiz, Mosset Iturraspe, Zannoni, Bueres, etc.), entendían que los daños causados a intereses simples, no ilegítimos, podían ser resarcibles, siempre que importasen un menoscabo a intereses ciertos y estables. Esta corriente amplia nació en Francia en torno a los supuestos de concubinas que pretenden un resarcimiento por daños contra el responsable de la muerte de su compañero, y ha sido extendida a otras situaciones de hecho (intereses difusos o colectivos), siempre que no violen el orden jurídico.

Los partidarios sostenían que la Constitución Nacional, en su artículo 19, sienta el principio general de que todo lo que no está prohibido por ley está permitido también por ley, de lo que se deriva que todo ejercicio de un interés no prohibido es ejercido conforme a derecho. Por ende, su menoscabo debe ser calificado como daño jurídico, aun cuando dicho interés no goce de una tutela específica y expresa.

En síntesis, sería reparable el daño a todo interés no ilegítimo, cierto y estable.

Si bien se comparte esta postura amplia, era menester precisar que el carácter negativo de “interés no ilegítimo” no solo puede provenir de una expresa prohibición legal, sino también, y tal como lo marca el propio artículo 19 del texto Constitucional, de resultar contrario (su existencia y ejercicio) al orden y a la moral pública, como así también a las buenas costumbres y al espíritu de la legislación (art. 14 del Código Civil).

Dichas barreras pueden resumirse a la consideración de los intereses simples por parte de la responsabilidad civil, como no contrarios al orden público,

¹⁶ CNCiv. En pleno 4 de abril de 1995, F. M.C. c/ El Puente Sat., La ley, 1995-C-642; C. Nac. Esp. CC, sala II, 14 de septiembre de 1984, “Lobos Velazco c/ Ruzzene” JA 1985-I-573 y La ley, 1986 -A-647. Recientemente la 2da. Cámara Civ. y Comercial de Mar del Plata, sala II, 23 de noviembre de 2004, en la causa “RSE c/ Bustos Esteban p/ D. y P.”, resolvió a favor del reclamo por daño patrimonial y daño moral de la concubina de una persona fallecida en un accidente de tránsito. Ver trabajo de Silvia Tanzi y Ethel Humphreys, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, IV(XI), p. 27/37.

entendiendo por tal al conjunto de normas y principios que rigen con carácter obligatorio en un país en tiempo determinado, fundados en intereses superiores y que se establecen para proteger y garantizar el pleno desarrollo individual, familiar y de la sociedad en su conjunto. No se trata de un concepto ético, sino jurídico. Debe reconocerse que nuestra legislación, al igual que el resto, se inspira en intereses superiores, sociales y generales, que permiten una vida en comunidad y se erigen como valla a situaciones inadmisibles por resultar contrarias a dichos principios.

Como ejemplos de intereses simples que no merecían ni pueden actualmente ser considerados como resarcibles, está el del proxeneta que pretenda reclamar las ganancias caídas por lesiones inferidas a una prostituta a su cargo; los reclamos entre “socios” de venta de CD piratas por incumplimiento; el reclamo de un usuario de Internet por propaganda engañosa en venta de pornografía virtual, etc. La ilegitimidad del interés es clara por resultar contrario a la ley o a la moral o buenas costumbres, por lo que son intereses ilegítimos.

Como fue adelantado, la fórmula contenida en el artículo 1737 sobre daño resarcible, la cual incluye no solo a los derechos subjetivos, sino a los intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico que tengan por objeto a las personas, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, ha resuelto a favor de la postura moderna y últimamente mayoritaria de la cuestión sobre el asiento del daño, dando paso a una redefinición del concepto clásico de legitimación en el sentido sustancial del término.

No puede actualmente limitarse el acceso a la acción resarcitoria solo a los damnificados directos o indirectos que sean afectados por el acontecimiento lesivo en sus derechos o intereses tipificados por el derecho positivo, sino que claramente se debe reconocer tal facultad a todos aquellos que vean menoscabados intereses simples, con la única condición de no ser estos contrarios al ordenamiento jurídico en su integralidad, abriendo paso a un universo de eventuales pretensores activos, lo cual, y específicamente en lo que respecta al daño moral o extrapatrimonial, permite reconocer con justa razón a víctimas que de manera indirecta, pero no por ello ajena, veían afectada su integridad o dignidad personal.

Capítulo IV. Legitimación activa y el daño resarcible

Sección I

El daño moral o consecuencias no patrimoniales del daño

1- Concepto y contenido

Nuestro nuevo Código ha mantenido la clasificación bipartita de los daños resarcibles, distinguiendo las consecuencias patrimoniales y la extrapatrimoniales, incluyendo en estas últimas las secuelas que para algunos autores debían configurar nuevas categorías de daños, tales como el daño a la persona, al proyecto de vida, a la salud, el daño estético, el daño biológico, etc., siempre que no repercutan o tengan incidencia en la faz material o ganancial de la víctima, en cuyo caso estaríamos frente a un daño patrimonial. Sin perjuicio de ello y a los efectos de lograr una comprensión del tema que se aborda en este trabajo, conviene efectuar una revisión del concepto e integración del rubro, partiendo desde la evolución legislativa que ha tenido en el derecho positivo argentino, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado.

Inicialmente el Código Velezano fue absolutamente de avanzada en este tema, ya que el artículo 1078 admitía el reclamo por agravio moral siempre que se tratase la causa de un hecho que también tuviese el carácter de delito penal, generando con ello un arduo debate respecto a los daños espirituales que proviniesen de conductas no censuradas y tipificadas por el régimen sancionatorio, como así también respecto a los perjuicios derivados de incumplimientos contractuales.

Con la sanción de la reforma de 1968 (Ley 17.711), la discusión se vio superada, ya que, al modificarse el artículo 1078 eliminando el requisito de tipicidad penal del hecho y a la par estos supuestos, se reconoció el daño moral aun cuando el acontecimiento lesivo no entrañaba un delito de derecho criminal (anterior redacción del art. 1078, CC). También se otorgó expresamente acción para reclamar el agravio moral sufrido a los damnificados directos o indirectos (limitados) de un hecho ilícito, aun cuando no configure un delito penal (art. 1078 modificado por la Ley 17.711).

Además con la redacción del art. 522 del CC (órbita contractual), se reconoció la acción a los contratantes para reclamar el perjuicio moral producido por el incumplimiento obligacional, aunque, en tal caso, la prueba y la concesión judicial sería más estricta que en materia extracontractual, ya que, para un sector de la doctrina y jurisprudencia, la inclusión en el artículo de la fórmula “el juez podrá”

implicaba una discrecionalidad concedida al juzgador en cada caso concreto, dotando de excepcional la reparabilidad del agravio moral en la materia¹⁷.

Para otra corriente, en cambio, con Ramón Pizarro a la cabeza¹⁸, cuando el juez, luego de indagar en las circunstancias particulares del caso cuál es su función, debía resarcir al encontrar probado el agravio moral en materia contractual, debía actuar con absoluta libertad de criterio, pero sin caer en la arbitrariedad. Dar al juez la facultad absolutamente discrecional y subjetiva podría derivar en injusticias tales como indemnizar integralmente (daño patrimonial y moral) a una víctima atropellada por un colectivo que resulta con un brazo fracturado y negar la indemnización por daño moral a otra que, en virtud del contrato de transporte, viajaba en la misma unidad y tuvo por el mismo hecho idénticas lesiones que la anterior.

Actualmente y tal como fue explicado en los puntos anteriores y será profundizado en el eje central de la presente tesis, no existen dudas de que estos serán indemnizables cuando deriven del incumplimiento de obligaciones preexistentes cuando provengan de un hecho ilícito civil, como así también se ha ampliado el universo de posibles legitimados activos al modificar la vieja fórmula del artículo 1078 del CC por una que deja abierta la posibilidad a nuevos damnificados indirectos que en muchos casos habían sido reconocidos por nuestra jurisprudencia nacional.

En relación con el alcance del daño moral como rubro indemnizable y su concepto, la doctrina, previamente a la sanción del actual Código Civil y Comercial, había intentado su reducción al llamado dolor espiritual, generando nuevas categorías de daños personales.

Algunos autores eran partidarios de reservar el concepto tradicional y dotar de autonomía conceptual y resarcitoria a “nuevos daños” tales como el “proyecto de vida”, “daño psicológico”, etc.¹⁹, o incluir en un concepto más amplio de “daño a la persona” al daño moral junto con estos “nuevos daños”²⁰.

¹⁷ Borda, Guillermo. La reforma de 1968 al Código Civil, 132, p. 200; Bustamante Alsina. Teoría general de la responsabilidad civil, 8va ed., 571 y 572; Llambias, Belluscio, etc. y numerosos fallos jurisprudenciales tales como CNCiv. y Com., sala B, 8 de septiembre de 1993 “Ciucci Luis c/ Garage Cnel. Brandsen SRL p/ D y P”, El Derecho, 157-225; CNFed. Civ. y Com., sala III, 20 de septiembre de 1994, “Ferreira, Vicente c/ Shenker Argentina S. A.”, LL, 1994-E-446.

¹⁸ Pizarro, Ramón Daniel. Daño moral, Buenos Aires, Hammurabi, p. 194. En igual sentido, Trigo Represas, Stiglitz, Mosset Itrurraspe, etc., y frondosa jurisprudencia.

¹⁹ Fernández Sessarego, Carlos. “El daño al proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, RCyS, 1999-1324.

²⁰ Mosset Itrurraspe, Jorge. (1992). Daño Moral. N. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial.

Lo cierto es que actualmente no se discute la existencia del agravio moral como daño resarcible y las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales trasuntan por el contenido y la legitimación para su reclamo.

2- Distintas opiniones doctrinarias sobre el concepto del daño moral

En relación con el primer aspecto, existe una corriente doctrinaria que sostiene que la noción de daño moral debe alcanzarse por exclusión de todo daño que no tenga contenido patrimonial. Estos autores prefieren utilizar el nombre de daño extrapatrimonial por resultar más amplia y, reitero, señalan que son los que no entrañan, por sí, una pérdida económica o disminución en el patrimonio.

Se les criticaba que arribaban por negación al contenido del agravio moral, no diciendo lo que el daño moral es, sino lo que no es, negando prácticamente su importancia y ubicándolo a la sombra del daño material. Señalaba Pizarro que “esto no condice con la realidad. El daño moral tiene un contenido propio que puede y debe ser precisado en términos positivos, objetivo que no se alcanza con el razonamiento de esta corriente”²¹.

Esta postura parte de que el patrimonio de las personas, y no ellas en sí mismas, es un bien jurídicamente protegido para definir “por descarte” al daño moral. Es la perspectiva en la que me enrolo, ya que el daño moral tiene un contenido propio y no está atado a la existencia de otros daños, lo cual se ve reforzado por la posibilidad de que exista aún en casos en que no se han experimentado daños patrimoniales.

Otra posición tomaba al daño moral por la índole extrapatrimonial del derecho lesionado, conceptualizándolo como aquel agravio que lesiona un derecho extrapatrimonial. Así como el daño material lesiona un derecho patrimonial, el daño moral implica una lesión a un derecho extrapatrimonial.

La principal crítica que se le hace a esta doctrina sostenida, entre otros, por Mazeaud-Tunc, Acuña Anzonera, etc., es que no es exacto que la lesión a un derecho extrapatrimonial arroje necesariamente un daño de esa índole, ya que un menoscabo a un derecho extrapatrimonial podría, y de hecho así sucede generalmente, generar un agravio a un derecho patrimonial (por ejemplo, lesiones que generan un daño al derecho de la integridad psicofísica, lo cual repercute en la capacidad productiva del damnificado).

Daño a la Persona. Daño Moral. Noción, Revista de Derecho Privado y Comunitario, (1), pp. 13 y 14.

²¹ Pizarro, op. cit., p. 37.

Una tercera postura, variante de la anterior, definía al daño moral como la lesión a los derechos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica. Así, por ejemplo, Trigo Represas señalaba que el daño moral es la especie de daño mediante la cual se viola alguno de los derechos personalísimos, es decir, los derechos subjetivos que protegen como bien jurídico a las facultades o presupuestos de la personalidad, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o el derecho de privacidad (art. 1071 bis), la libertad individual, la integridad física, etc., es decir, a las “afecciones legítimas”²².

La principal crítica que recibía esta posición era que tenía en cuenta solo la índole del derecho lesionado y no la repercusión de la acción en la subjetividad de la persona. Además, debería efectuarse un catálogo indefinido de derechos subjetivos de la personalidad, corriendo el riesgo siempre de dejar fuera derechos importantes, tales como el de la “tranquilidad familiar”, a “desplegar una vida sexual plena”, “derechos políticos”, etc.

En otra corriente de opinión, en la que encontrábamos autores de renombre como Zannoni y Bueres, entienden —aunque con matices— que el daño moral consistía en una lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, entendiendo por intereses el presupuesto del derecho que lo protege. Tal posición sostiene que un mismo derecho (por ejemplo, el derecho a la integridad psicofísica) puede tener como presupuestos intereses de diversas índoles, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, y es este último el que debe tenerse en mira a la hora de concebir el concepto de daño moral. Señalaban que las angustias, el dolor, las humillaciones no son el daño moral en sí, sino posibles consecuencias de aquel, resarcibles cuando menoscaban una facultad de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades que los intereses no patrimoniales representan, reconociendo a las víctimas por el derecho positivo.

Una primera cuestión por definir era si dichos intereses son solo los que reconoce el derecho como legítimos o basta un interés simple. También hay discrepancias sobre el alcance de los intereses extrapatrimoniales, ya que algunos autores le otorgan un carácter amplio y comprensivo incluso de una especie de daño extrapatrimonial de las personas jurídicas (Zannoni), mientras que, para otro sector, con Bueres a la cabeza, solo lo extendían hasta los límites de la “espiritualidad de la persona humana”. Se señalaba también como desencuentro interno de la posición el alcance o forma de medir el daño moral, dado que para

²² Trigo Represas y López Mesa, op. cit., pp. 478/79.

algunas cobra relevancia la actividad dañosa, siendo el alcance del daño moral la otra cara de la moneda, mientras que para otros hay que atender a la medida concreta en que el interés fue conculcado.

Para la posición, esbozada primariamente por Orgaz²³, quien entendía por daño moral a aquel que se identifica con la consecuencia o resultado de índole no patrimonial de la acción antijurídica, traducida en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales —vida, integridad física o moral, honor, libertad— y seguida por autores de la talla de Pizarro, Zavala de González, etc., el daño moral debe atender fundamentalmente no al derecho o interés lesionado, sino a las consecuencias disvaliosas o resultados perjudiciales que afectan a la persona en su espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de querer o sentir, traducido en un modo de estar y ser de la persona que ha sido modificado desfavorablemente como consecuencia del accionar lesivo.

En igual sentido, Stiglitz señalaba que el daño moral es toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona atribuible a otra²⁴, integrando el concepto con la lesión a un interés, ya que su definición de daño resarcible se basa en esta noción, pero, además, y a los fines de una mejor caracterización del agravio moral, señala que la definición debe ir acompañada de las consecuencias o resultados de la acción.

Señala con razón Galdos que esta primera posición adoptada por Pizarro y varios autores, sustentada en las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984 y receptada por la mayoría de la jurisprudencia nacional, fue parcialmente modificada (para mí, completada) por Pizarro en su obra *Daño moral* cuando precisa que es “una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”, con lo que se habría enrolado, aunque con mayor precisión, en la misma postura de Bueres y Zannoni. Para mi modo de analizar la definición de Pizarro y tal como él mismo lo explica, la “consecuencia o resultado disvalioso” de la acción es lo que determina al daño moral como concepto de daño resarcible, aunque no debe perderse de vista que dicha consecuencia debe derivar de la lesión a un interés no patrimonial.

²³ Orgaz. “El daño resarcible”, pp. 223, 242, citado por Galdos, Jorge Mario. (febrero de 2005). Daño a la persona, Rev. De Responsabilidad civil y seguros, año VII II, p. 14.

²⁴ Stiglitz, op. cit., p. 242.

Con este concepto se supera también la acepción restringida de daño moral identificado con el dolor o sufrimiento que ha llevado a autores foráneos y nacionales a pretender una categoría autónoma de daño extrapatrimonial (daño al proyecto de vida, daño a la persona, etc.).

Los autores señalan que, al identificar el agravio moral con el sufrimiento y dolor, quedarían fuera de la categoría de daño moral resarcible los agravios que sufra, por ejemplo, una persona que queda en estado de vida vegetativo, ya que se duda sobre su capacidad de sentir. La ausencia de sensibilidad o de entendimiento del dolor no excluye su existencia, ya que estas son manifestaciones del daño moral, pero no el daño moral como consecuencia de una acción disvaliosa que afecta el espíritu. La sola pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de encontrarse en una situación anímica deseable significa daño moral resarcible²⁵.

De esta forma, integran el concepto de daño moral la alteración disvaliosa de la seguridad personal que comprende la vida misma, de las afecciones legítimas, entre las que ubica a todos los sentimientos positivos (fundamentalmente el amor) y a los bienes de goce, a los que señala como aquellos que tiene un valor de afección respecto a la persona, independientemente de su valor patrimonial (inmueble familiar, animales domésticos, etc.).

Pizarro define al daño extrapatrimonial o moral como

la minoración en la subjetividad de la persona humana, derivada de la lesión a un interés no patrimonial (individual o colectivo). O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial²⁶.

En síntesis, la acepción del daño moral señalada oportunamente por Pizarro y la jurisprudencia mayoritaria es la que comparto, sin perjuicio de entender que, con el ensanchamiento del concepto de incapacidad sobreviniente, con la inclusión de daños que, a mi modo de ver, son consecuencias disvaliosas por detrimento a un interés no patrimonial (o patrimonial “muy” indirecto para quienes sostienen la inclusión de estos en el daño patrimonial), tales como disminución de poder tener la misma vida de relación que antes del siniestro, el daño biológico,

²⁵ Pizarro, op. cit., p. 84.

²⁶ Ibid.

etc., el campo del daño moral parece perder terreno ante esta especie de caja de Pandora que implica la incapacidad sobreviniente en sentido amplio.

Capítulo V. Legitimación activa y el daño moral en el Código Civil (doctrina y jurisprudencia)

Sección I

Legitimación activa directa

En el derecho comparado existen dos grandes corrientes: por un lado, los ordenamientos que reconocen con amplitud el derecho del damnificado directo para reclamar por el agravio moral —Francia, Chile, Perú (incluye también el daño al proyecto de vida), Venezuela, etc.— y los que limitan el reconocimiento del daño moral solo a los casos en que expresamente se prevea por ley su reparación (Alemania, Austria, etc.). Nuestro derecho, por su parte, en la antigua redacción del art. 1078, solo otorgaba acción a la víctima directa, cuando el hecho lesivo constituía un delito de derecho criminal.

Posteriormente y con la reforma introducida por la Ley 17.711, el artículo 1078 y, en concordancia, el 522 otorgaban acción a todo damnificado en un derecho o interés legítimo (doctrina restrictiva) o un interés simple no prohibido legalmente (tesis amplia) con consecuencias no patrimoniales en las personas a causa de un ilícito civil o por incumplimiento contractual, aunque ello no implicara un delito penal.

Como se puede apreciar, se trata de una discusión que está directamente relacionada con el objeto de este trabajo, motivo por el cual creemos oportuno efectuar un repaso del alcance protectorio del derecho de daños que ha tenido en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Sección II

La cuestión del interés conculcado

Como preludeo del debate sobre la legitimación activa para el reclamo del daño moral y estando íntimamente vinculada con ella, conviene hacer una breve referencia a las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales anteriores a la sanción de nuevo Código Civil Comercial y Minas, relativas a los intereses en juego en materia de agravio moral, siendo que para algunos autores bastaba el menoscabo de un interés simple o de hecho para que surgiera la obligación del agente dañador de repararlo, mientras que para otro sector debía tratarse del detrimento de intereses legítimos o derechos subjetivos.

Para esta última postura (Orgaz, Trigo Represas, etc. y jurisprudencia mayoritaria), el daño moral debía significar el menoscabo de un interés legítimo (protegido expresamente por el derecho positivo) o a un derecho subjetivo no patrimonial, siendo restrictivos en reconocer un daño moral resarcible cuando se lesionaban intereses simples o de hecho no prohibidos por la ley, aunque pueda en el caso concreto existir un real menoscabo espiritual.

El fundamento de esta posición, amparada por la estrictez de los artículos 522 y 1078 del Código Civil, radicaba en que, como consecuencia de una acción ilícita, podían existir un sinnúmero de personas que se sintieran afectadas en su espíritu y tranquilidad, o sentir dolor como resultado del acto lesivo, pero el derecho no puede contemplar una indefinida cantidad de intereses de hecho que serían afectados en forma refleja sin caer en un resultado insostenible para el responsable y a los elementales principios de derecho. Basaban su postura en el artículo 1068 como limitación a la legitimación amplia concedida por el artículo 1079 y, en especial, referente al daño moral, la estrictez regulatoria que emana del artículo 1078, que solo daba derecho a reclamar el agravio moral a la víctima directa del hecho lesivo y, en caso de muerte, excepcionalmente, a los herederos forzosos de la víctima (sin perjuicio de variada interpretación que estos autores efectúan del carácter y sentido que el legislador ha dado en el caso concreto del daño moral indirecto a los términos “herederos forzosos”).

Según la postura, no se negaba que pudiesen existir personas afectadas en sus sentimientos o tranquilidad espiritual como consecuencia del siniestro o incumplimiento contractual (novia, amigos, hermanos, ante la muerte o lesión importante proferida a la víctima, padres por la incapacidad definitiva de su hijo, etc.), pero entendían que no era justo admitir indefinidamente damnificados de “rebote”, ya que ello llevaría a extremos insospechados (p. ej., el reclamo de un vecino por la muerte de una persona con la que tenía muy buena relación, pérdida con la que ha sufrido). Si se aceptaba lo contrario, se estaría avalando la conocida y temida “catarata de juicios”, máxime cuando la apreciación de la prueba del perjuicio dependerá de la subjetividad con que se analice el caso, y no de parámetros objetivos.

De ello se deriva que solo es indemnizable el daño moral a aquellas personas que detentan un interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico positivo, lesionado por el hecho dañoso.

Para otra postura, con una visión más amplia y moderna, entre los que encontrábamos a Pizarro, Zannoni, Zavala de González, etc., existía daño moral reparable cuando se lesionan derechos subjetivos, intereses legales o simples intereses, siempre que no fuesen contrarios al ordenamiento jurídico en su integralidad. Señalaban que, si bien dichos intereses no habían logrado trascender al punto de que la legislación positiva les otorgase “carta expresa de protección”, no puede negarse su existencia y licitud (no prohibido por ley), por lo que su lesión puede acarrear consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.

En general, planteaban que el derecho debe interpretarse siguiendo no solo la letra de la norma, sino, especialmente, considerando los principios generales contenidos principalmente en la Constitución de un país, la realidad concreta de una sociedad, los valores (especialmente el de justicia), es decir, mediante una interpretación sistemática e integral del ordenamiento jurídico. Explicaban los exponentes de esta doctrina que, evidentemente y por imperativo legal, en materia de daño moral, la cuestión de la legitimación es más estricta, especialmente por lo dispuesto por el artículo 1078 del CC, que establece que, si del hecho ilícito no sobreviene la muerte de la víctima, la acción para su reclamo solo competirá al damnificado directo y, excepcionalmente, al esposo y padres de la mujer víctima de injurias (art. 1080), pero no importaba negar legitimación a quienes detentaban un interés simple no ilegítimo afectado directamente por el perjuicio.

En relación con los damnificados indirectos, para esta posición la limitación impuesta por el carácter de herederos forzosos de la víctima implicaba la protección a un Estado de derecho que demarca una vinculación afectiva con ella y, a la vez, un interés legítimo de afección.

Como será analizado en el punto siguiente, aun con el corsé normativo que imponía el art. 1078 del CC, el cual establecía una fórmula rígida respecto a los legitimados indirectos limitándolos a los herederos forzosos, por distintos caminos la jurisprudencia y doctrina trató de superar esta frontera y así, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, sala II, concedió el daño moral reclamado por la concubina de la víctima, quien detenta un interés simple.

La jurisprudencia, además, en algunos fallos aislados, había otorgado indemnización por daño moral cuando la víctima sobrevive, atendiendo a las particularidades del caso. Así, se ha otorgado indemnización al esposo por las lesiones sufridas por su cónyuge, aunque este resultase ileso, ya que ella integra el círculo

íntimo afectivo de aquel²⁷; o a la madre de un menor con gran discapacidad por una mala praxis médica (cuadro de oligofrenia)²⁸ o por el nacimiento de un bebe discapacitado a raíz también de una mala praxis médica.²⁹

Sección III

Los legitimados indirectos para reclamar el daño moral ante la muerte de la víctima

Como ha sido dicho en este trabajo, la ley solo habilitaba, para reclamar en caso de muerte de la víctima directa, a los herederos forzosos del difunto. Existían, en nuestro país, dos posturas diferenciadas en cuanto al alcance de la fórmula “herederos forzosos de la víctima”. Por un lado, se encontraban autores como Borda, Belluscio, Cichero, Mosset Iturraspe y jurisprudencia apoyada en el criterio anterior de la Corte Federal³⁰ y de la Corte Suprema de Bs. As.³¹, que entendían que no podía dársele a la fórmula otra acepción que la que otorgaba el art. 3592 del CC. En tal sentido expresaban que, según las normas del derecho sucesorio, existía un orden de exclusión que la doctrina no podía soslayar. Así, el pariente más próximo en orden sucesorio al momento de la muerte de la víctima excluye al más remoto. De lo contrario, el legislador hubiese manifestado que, en caso de muerte, están legitimados los ascendientes, descendientes en línea recta y el cónyuge. De esta forma, sostenían, se guardaría coherencia con el sistema restrictivo que ha impuesto el art. 1078 y 1080 en materia de legitimación activa para el reclamo del daño moral.

En la otra corriente, aceptada por la CSJN en el *leading case* “Frida Gómez Orue de Gaete y otra. C/ Pcia. De Bs. As.”³², por la SCJMendoza³³, la SCJBs. As., modificando su postura anterior³⁴ y distintos tribunales de apelaciones y grado del país, apoyada doctrinariamente por autores como Pizarro, Zavala de González, Kemelmajer de Carlucci, Trigo Represas, Bueres, Alterini, etc., entendía que,

²⁷ CNCiv., sala F., 19 de febrero de 1976, “Quadri Martín c/ Ivanoff Ivan”, La Ley, 154-508.

²⁸ CNCiv., sala C, 28 de octubre de 1996, “Torres de carballo Azucena c/ Instituto Antártida S. A.”, JA 1987, IV, 369.

²⁹ CNCiv., sala C, 17 de septiembre de 1998, “Llanos Enrique Marcelo y otros c/ Clínica Independencia Cía S. A. s/ Daños y Perjuicios”.

³⁰ CSJN 26 de agosto de 1975, “Noya Alfonso c/ Pcia de Bs. As.”, JA, 1976, 132.

³¹ SCBA, 18 de junio de 1991, “Monzón, Carlos”, LL, 1991-D-289.

³² CSJN en el fallo “Frida Gómez Orue de Gaete y otra. C/ Pcia. De Bs. As.”, LL 1994-C-546, con disidencia de los doctores barra, Belluscio, Levene y Boggiano.

³³ SCJMza. 2 de octubre de 2002, sal Ira. “Álvarez Quintana Manuel y ots. C/ Rojas Dalmiro”, JA, 2003-I-fasc. 11, p. 85.

³⁴ SCJ Bs. As. Ac. 82356 1 de abril de 2004, “Ojeda Mirta Yolanda c/ Pcia. de Bs. As. p/ D. y P.” (inédito).

si bien la fórmula “herederos forzosos” fue utilizada por el legislador para limitar la legitimación activa en caso de muerte de la víctima, ello no implicaba automáticamente aplicar las normas sucesorias al derecho de daño, ya que quienes reclamaban lo hacían en función de un dolor, sufrimiento, afección legítima, menoscabo espiritual, truncamiento del proyecto de vida en común, etc., propios, derivados del fallecimiento de un familiar cercano y no por el daño moral sufrido por este.

En otros términos, el reclamo no se efectuaba *iure hereditatis*, sino *iure proprio* y por ello son herederos forzosos, a los términos del art. 1078 del Código Civil, todos aquellos que, al momento de la muerte, potencialmente revestían dicho carácter, aunque en el caso concreto y en el plano sucesorio fuesen desplazados por parientes de grado más cercano.

Señalaban estos autores que ello no significaba abrir la puerta a una catarata de damnificados y pretensiones, sino reconocer un daño propio de carácter extrapatrimonial, cuyo alcance de resarcimiento en definitiva podrá evaluar el juez con amplio margen discrecional, especialmente cuando concurren en la pretensión parientes con grado más próximos que otros (padres con abuelos por la muerte de un niño, esposa y ascendientes por la muerte del cónyuge de aquella, etc.).

En tal orden de ideas, se preguntaban: ¿qué pasaría si, cobrada la indemnización por un heredero declarado, apareciese otro de grado más próximo? Es prácticamente impensable (salvo casos muy excepcionales) que un padre que pierde a un hijo en un evento traumático no sufra un daño moral por la sola razón de que existen a su vez un cónyuge o hijos del muerto. Es reconocido en psicología que la pérdida de un hijo es “el mayor sufrimiento que un hombre puede experimentar”, ya que, de común, estos están destinados a sobrevivir a los padres.

Por otra parte, como lúcidamente lo señalaba Pizarro en la obra citada, si se traslada la cuestión al plano del derecho internacional, puede darse el caso de tener que determinar el orden sucesorio según una ley extranjera (domicilio de la persona al tiempo de su fallecimiento o de la situación de los bienes inmuebles, según se adopte la tesis de la unidad sucesoria (art. 3283 y 3612 del CC o art. 10 del CC, Tratados de Montevideo de 1889 y 1940), con lo cual la cuestión de la legitimación para el reclamo de la indemnización civil quedaría sujeta también a dicha ley, potenciando las dificultades y, en algunos casos, las injusticias.

Sección IV

Los legitimados indirectos en particular

1- Legitimación de los hijos

La legitimación de los hijos de la víctima no puede ser discutida, ya que, aun para quienes sostenían una interpretación restrictiva del art. 1078 del CC, ocupan grado preferente en el orden sucesorio, excluyendo a los ascendientes y al cónyuge.

Sin embargo, el debate se ha centrado en otro aspecto, relacionado con el quantum de la indemnización. Están quienes sostienen que, cuando el progenitor es de avanzada edad, cuya muerte natural puede estimarse cercana, el daño moral de los hijos es menor y, consecuentemente, también la indemnización³⁵.

La doctrina y jurisprudencia dominante con Pizarro, Zavala González y otros prestigiosos autores entienden con razón que la pérdida de un padre en situaciones traumáticas origina un inmenso dolor que no guarda relación con la edad o condición física de la víctima al tiempo del fallecimiento, por lo que no correspondería efectuar diferencias al respecto. Sí resulta importante, al momento de fijar el monto indemnizatorio, la edad de los hijos, si convivían, el efecto que en el hogar ha causado el deceso del progenitor, si lo sobrevive el otro padre y las circunstancias en que se produjo la muerte, ya que todos estos elementos servirán para evaluar el impacto que tiene, en el espíritu y, para quienes lo incluyen en el daño moral, en la psiquis del actor, la muerte de un ser tan próximo.

2- Legitimación activa del cónyuge

En relación con el cónyuge supérstite, quien, recordemos, se encuentra plenamente legitimado para reclamar por el daño patrimonial que le ocasiona la pérdida del otro esposo (art. 1084 y 1085 del CC), la jurisprudencia y doctrina anterior al nuevo Código aceptaban mayoritariamente la legitimación para que estos puedan reclamar el daño moral que les causa la pérdida de su cónyuge³⁶.

Como es sabido, en nuestro derecho, el matrimonio era la unión de un hombre y una mujer (art. 166, inc. 5, 172, ss. y cc. del CC) con las formalidades y requisitos establecidos por la ley y con el fin de formar un vínculo permanente y ser cabeza de una familia. Desde el derecho canónico, la unión de un hombre y

³⁵ CNEsp. Civ. y Com., sala II, 8 de junio de 1984, "Domínguez de Álvarez Antonia c/ Pacino Juan", LL 1985-A-328.

³⁶ Trib. Sup. de Córdoba, sala Laboral, 16 de diciembre de 1986, "Juncos José c/ Sapyc SRL", LLC, 1987-471; CNCiv., sala D, 26 de febrero de 1982, "Crespi, Enrique c/ Romero Juan C", ED 101-567; Cám. Apel. Juni, 27 de febrero de 1981, "De Federico Juan y otros c/ Carena, Remo p/ D. y P.", DJBA, 121-6.

una mujer en matrimonio implica un sacramento entre ellos y con Dios, resultando por ello inviolable e indisoluble por el hombre, salvo casos excepcionales de dispensa.

En general se entiende que, cuando dos personas deciden unir sus vidas en una comunidad, compartiendo proyectos, descendencia, alegrías, penas, etc., lo hacen con carácter permanente y basado en fuertes lazos afectivos que los impulsan a formar una familia. La pérdida traumática del compañero elegido implica de por sí la frustración de este proyecto común y provoca, por lo general, un gran vacío y dolor en el otro cónyuge. El derecho no puede permanecer indiferente ante semejante menoscabo a un interés legítimamente protegido y, por ello, el reconocimiento del agravio moral del cónyuge ha sido recepcionado, interpretación amplia mediante del término “heredero forzoso”, por la jurisprudencia nacional y doctrina.

Así se ha dicho:

Tratándose del fallecimiento del esposo como consecuencia de un accidente de tránsito, para su viuda conviviente luego de largos años de matrimonio, cuando los hijos se encuentran alejados del hogar por haber constituido los propios, la naturaleza de este daño predica la certeza de su existencia, sin que sea necesaria otra precisión y no requiriéndose prueba específica alguna, ya que debe tenerse por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica –daño in re ipsa- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluye la posibilidad del daño moral³⁷.

Quedaban excluidas del concepto de matrimonio las uniones de hecho, las realizadas entre homosexuales y los casos de matrimonios celebrados en el extranjero, los cuales, por regla, se reputan válidos si se cumplen los recaudos exigidos por la ley de su celebración (art. 159 del CC) y no eran reconocidos como tal por nuestro derecho cuando se hayan celebrado existiendo impedimento de parentesco —consanguinidad y afinidad (art. 160 y cc. con los inc. 1, 2, 3 y 4, art. 166 del CC), subsistencia de matrimonio anterior o haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges anteriores (incs. 6 y 7 respectivamente del art. 166 del CC)—. Se trataba de una norma de orden público internacional que impide, por ende, aceptar la unión como matrimonio en nuestro país, no reconociéndose ningún derecho que emane del instituto matrimonial.

³⁷ Cam. Civil de San Martín, sala II, 7 de mayo de 1998, “Cabral P y otra c/ Almafuerte Emp. Transp. s/ Daños y Perjuicios”, Revista de Derecho de Daños, Accidentes de Tránsito, T-III, p. 386.

Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en estos casos, no existía matrimonio, ni se es heredero forzoso en concreto ni potencialmente y, por ende, tampoco son legitimados activos para el reclamo del daño moral. Como veremos en el punto siguiente, si bien se había empezado a discutir la justicia de tal postura desde hace tiempo, recientemente, con la nueva concepción de matrimonio e incluso de uniones convivenciales, no puede ponerse en duda la legitimación de los integrantes de una pareja de mismo sexo.

Resultaba indistinto, en cambio, con el fin de otorgar legitimación, la edad de los esposos, los años de matrimonio, las desavenencias comunes, etc., aunque todos estos factores serán importantes a la hora de definir el monto indemnizatorio.

No tienen legitimación activa quienes se hayan divorciado vincularmente (arts. 205, 217 y 3574 *in fine*), al igual que el cónyuge declarado judicialmente culpable de la separación personal por alguna de las causales del art. 202 del CC (adulterio, injurias graves, abandono voluntario y malicioso, etc.), el que dio causa a la separación de hecho sin voluntad de unirse por más de dos años (art. 204) y ambos cónyuges cuando se hubiesen separado personalmente de común acuerdo (art. 205).

Sí conserva vocación hereditaria y, por ende, legitimación activa para reclamar por daño moral derivado del fallecimiento del cónyuge, el esposo enfermo separado por la causal del art. 203 (alteración mental, alcoholismo o drogadicción que provoquen trastornos de conducta que tornen imposible la vida en común o la del cónyuge enfermo con sus hijos), los cónyuges inocentes de la separación por causal subjetiva o por separación por más de dos años.

En todos los casos pierden la vocación hereditaria y consecuentemente la legitimación activa como damnificados indirectos los cónyuges separados que incurrir en injurias graves contra el otro o viviere en concubinato (art. 3574 del CC).

Respecto de los separados de hecho, al mantener el vínculo matrimonial y no encontrarse separados por sentencia judicial, por interpretación *contrario sensu* del art. 3574, mantiene la vocación hereditaria y, por ende, la legitimación activa indirecta. Sin embargo, si bien se hallan habilitados para reclamar, ello no significa que el daño moral le sea reconocido en concreto, ya que, si la demandada prueba la separación de hecho de los cónyuges, que ha sido prolongada, que no existía un contacto ameno entre ellos, en síntesis, que no había un lazo afectivo

que los siguiera vinculando (la realidad indica que por lo general se da todo lo contrario), no puede hablarse de un daño moral al reclamante desde que no existe ningún interés espiritual conculcado con la muerte del cónyuge separado y, por ello, la demanda debería ser rechazada.

Análoga situación sucede con los cónyuges que, sin estar separados de hecho, se comprueba que entre ellos no existía realmente una comunidad de afectos debido, por ejemplo, a malos tratos físicos y psíquicos permanentes, infidelidades reiteradas, etc. En estos casos, si bien probablemente se reconozca una indemnización, el quantum se verá limitado por las particularidades concretas del caso.

Por el contrario, existen agravantes del daño moral del cónyuge que el juez deberá ponderar al momento de fijar una indemnización, como los años de casado que tenían, la existencia de hijos menores a cargo y la dificultad del esposo o esposa para afrontar su crianza, la edad de los cónyuges, etc. Parece lógico evaluar de distinta forma el daño moral de quien pierde a su compañero de toda una vida o quien, por su edad avanzada, difícilmente pueda superar el trauma de semejante pérdida³⁸.

Finalizando así lo relativo a la legitimación activa del cónyuge supérstite, a continuación, ingresaré al tema de los pretendidos legitimados indirectos de *lege ferenda*, cuando mediaba la muerte de la víctima y que no eran —ni en concreto ni en abstracto— herederos forzosos de este. A modo de introducción, si bien parte de la doctrina y jurisprudencia propician su reconocimiento, la rigidez de nuestro sistema normativo, en especial del art. 1078 del CC, hacía prevalecer la idea de que debían acreditar su condición de herederos en el caso concreto, siendo superada tal posición por la avanzada de aquellos juzgados que, siguiendo el caso Frida Gómez Orue, entendían que no era necesaria tal prueba, siendo suficiente que en abstracto pudiesen ser herederos del difunto.

3- Legitimación de los padres y otros ascendientes

Tal como ha sido expresado anteriormente, en forma previa a la sanción de la nueva legislación en la materia, la que excluyó la fórmula “herederos forzosos”, la jurisprudencia mayoritaria aceptó la tesis amplia de la legitimación. Así, el Tribunal de Apelación de Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., en forma lacónica se expresó:

³⁸ Zavala de González. Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 2b, apart. 75 a, p. 339. En igual sentido, Pizarro, op. cit., pp. 242/243.

En cuanto a la legitimación para reclamar daño moral, la Corte Suprema Nacional ha sostenido que “corresponde asignar una interpretación amplia a la mención herederos forzosos que hace el art. 1078 del Código Civil, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios potenciales, aunque de hecho, pudieren quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, siendo la cuestión íntimamente vinculada a la decisión previa relativa a la naturaleza del derecho que funda el reclamo por daño moral, es decir si se ejerce iure proprio o iure hereditatis, es indudable que la pretensión se ejerce iure proprio. Es que no se trata del daño moral sufrido por la víctima, sino del padecido por sus herederos a causa de la muerte de aquella. El artículo citado al hablar lacónicamente de herederos forzosos, utiliza una forma para individualizar genéricamente a un grupo de legitimados, pero guardó silencio acerca de una posible preferencia de acuerdo al orden sucesorio”³⁹.

La jurisprudencia ha sido prácticamente unánime, a partir del fallo de la Corte Federal del 5 de agosto de 1986 “Santa Coloma Luis y otros c/ Ferrocarriles Argentinos p/ D. y P.”⁴⁰, en aceptar la legitimación activa de los padres para reclamar daño moral por la muerte de los hijos, aun existiendo descendencia de este. En ese fallo y distintos de máximos tribunales de provincia, se ha sentado la doctrina de que no corresponde hacer distinción respecto a la edad del hijo fallecido o de los padres reclamantes, ni respecto al origen de la filiación, para admitir la existencia del daño, bastando en principio la acreditación del vínculo y del deceso de la víctima para admitir la legitimación.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza lapidariamente ha expresado: “La muerte de un hijo, a no dudar, provoca el mayor de los daños morales que un ser humano pueda sufrir, aunque en algún caso no produzca ningún daño material”⁴¹. La doctrina, por su parte, ha sostenido: “La vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor; la continuación de sus vidas más allá de las propias y esperan recibir de ellos buena parte del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida”⁴².

³⁹ Cám. Apel. De Concepción del Uruguay, sala Civ. Com., 3 de julio de 1997, BDPJER, sum. 4500609, “Ledesma Elisa c/ Superior Gobierno de Provincia de Entre Ríos y otros”.

⁴⁰ CSJN, 5 de agosto de 1986, “Santa Coloma Luis F y otros c/ Ferrocarriles Argentinos p/ D. y P.”, JA 1986-IV-624; ED, 120-651.

⁴¹ SCJM, sala I, 16 de marzo de 1995, causa 56.021 “Petroquímica Cuyo S.A.I.C. en j: Appendino Osvaldo c/ Petroquímica Cuyo S.A.I.C. p/ Ordinario s/ Inconstitucionalidad”, LS, 254-187; Daño a la persona en la jurisprudencia de la sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, p. 43.

⁴² Mosset Iturraspe, op. cit., p. 137.

Respecto a la prueba, rige una presunción *iure tantum* a partir de la acreditación del vínculo y de la muerte del hijo sobre la existencia del perjuicio moral. Se ha sostenido que, siendo en el orden natural de las cosas que la muerte de un hijo ha de herir las afecciones de los padres, siendo un dolor incomparable, la existencia del daño moral debe tenerse por demostrado *in re ipsa*, debiendo acreditarse la acción antijurídica y la titularidad de los actores⁴³.

En relación con otros ascendientes, tales como los abuelos, la doctrina y jurisprudencia admitieron mayoritariamente la legitimación activa de estos⁴⁴, especialmente a partir del fallo “Frida A Gómez Orue de Gaete c/ Provincia de Buenos Aires p/ D. y P.”⁴⁵, aún en casos de supervivencia de los padres de la víctima. Incluso se ha reconocido la legitimación para reclamar daño moral a los abuelos por el fallecimiento de un nieto por nacer⁴⁶.

En relación con otros descendientes para reclamar el daño moral por la muerte de la víctima (abuelo y bisabuelo), en principio y tal como ha sido interpretado el art. 1078 del CC, correspondería admitir su legitimación, especialmente cuando se encuentran en grado virtual próximo, como el caso de los nietos del difunto, aun cuando concretamente queden excluidos por sus padres en el orden sucesorio.

Idénticas consideraciones que las efectuadas al tratar la legitimación de los abuelos para reclamar por la muerte de los nietos corresponden hacer en el presente apartado. En estos casos, la doctrina y jurisprudencia son menos proclives para admitir tal legitimación. Enrolándonos en la postura más amplia respecto a la interpretación de los términos “herederos forzosos” utilizada por nuestro legislador, los nietos potencialmente concurren en su calidad de descendiente del muerto en tal carácter, por lo que, aun existiendo hijos de la víctima que en materia sucesoria los desplacen, en la órbita de la responsabilidad civil y específicamente en el tema que nos ocupa, serían legitimados activos⁴⁷.

⁴³ SCJBA, Ac. 27.280, 13 de mayo de 1980; Cam. Primera de Apel. Civ. Y Com de San Isidro, sala I, 7 de mayo de 1998, causas acumuladas “Iriosola c/ rojas s/ Daños y Perjuicios”, “Bouhet c/ Rojas s/ Daños y Perjuicios” y “Ferrero de Torres c/ Rojas s/ Daños y Perjuicios”.

⁴⁴ Pizarro, op. cit., p. 238.

⁴⁵ CSJN, 9 de diciembre de 2003, “Frida A Gómez Orue de Gaete y otra c/ Pcia. de Bs. As. s/ Daños y Perjuicios”, LL, 1994-C-546, con disidencia de los Dres. Barra, Belluscio, Levene hijo y Boggiano; en igual sentido CNCiv., en pleno 28 de febrero 1994, “Ruiz Nicanor y otro c/ Russo Pascual”, JA, 1994-II-678.

⁴⁶ Cám. 4ª Apel. Civ. Com. y Minas, 7 de agosto de 1997, causa 22.921, “Villalobos Mirta y Miguel Barreiro c/ Rubén Alfaro p/ D. y P.”, Rev. De Derecho de Daños, Accidentes de Tránsito, T-II, p. 399.

⁴⁷ Pizarro, op. cit., p. 235.

En conclusión, la doctrina y jurisprudencia de nuestro país había interpretado la fórmula “herederos forzosos” en un sentido amplio, como aquellos que, en abstracto, potencialmente, podrían concurrir en tal carácter a la sucesión de la víctima del evento dañoso, siendo por ello legitimados para reclamar el daño moral *iure proprio* los ascendientes, descendientes y cónyuge del muerto.

Ahora bien, la pregunta y tal vez el problema más importante se presentaba respecto a otras personas que, sin revestir tal carácter, habían merecido la atención de los especialistas en responsabilidad civil, de legisladores, jueces e incluso de legos, a quienes les cuesta comprender que, ante un hecho tan traumático como la pérdida de un ser querido, el dolor experimentado, las secuelas en el espíritu, etc., queden sin reparación alguna por cuestiones de “política legislativa”. Han sido variados los caminos que se han buscado para sortear esta valla que el art. 1078 imponía. Por ejemplo, se recurrió a nuevas categorías de daños (daño a la persona⁴⁸, daño psicológico o duelo patológico⁴⁹, daño al proyecto de vida⁵⁰, etc.) o directamente se declaró la inconstitucional al mentado art. 1078 por conculcar derechos de índole superior, como el de protección a la familia, igualdad ante la ley, etc.⁵¹

También se ha interpretado que el art. 1078 señala una suerte de presunción a favor de los herederos forzosos, pero no descarta la posibilidad de que quienes no lo son aleguen y prueben el perjuicio moral⁵², y están quienes directamente señalaban la necesidad de una urgente reforma legislativa para incluir a estos “nuevos legitimados”⁵³

Sin embargo, hasta la fecha, la doctrina y jurisprudencia dominante se negaba a incorporar, *de lege ferenda*, nuevos legitimados para reclamar el daño extrapatrimonial (cualquiera sea la denominación o clasificación que se haga) fuera de los límites que impone el art. 1078 del CC⁵⁴.

⁴⁸ Mosset Iturraspe. El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1, “Daños a la persona”, p. 13. En igual sentido Lorenzetti.

⁴⁹ Iribarne, Héctor Pedro. De los daños a las personas, Buenos Aires, 1995, p. 464.

⁵⁰ Fernández Sessarego. (1992). Daño moral y daño al proyecto de vida, Revista de Derecho Privado y Comunitario, (1), “Daño a la persona”, p. 44.

⁵¹ Zabala de González, op. cit. En igual sentido, doctrina del fallo de la Cámara 2ª Civ. Y Com. de Mar del Plata, sala II, 23 de noviembre de 2004, “R, S. E. c/ Bustos Esteban y A. A. C/ Bustos Esteban y otra p/ D. y P.”, RC y S 2004-XI-27, con voto preopinante del Dr. Oteriño

⁵² Gandolla, Julia. (1999). Daño moral por muerte del concubino, Revista de Derecho de Daños, (6), “Daño moral”, p. 225.

⁵³ Pizarro, op. cit., p. 243.

⁵⁴ SCBA Ac. 82245, 1 de abril de 2001, “A. J. c/ Palavecino, Oscar s/ Daños y Perjuicios”, por unanimidad al sostener que el hermano no es heredero forzoso y por lo que no está investido de derecho

Esta es la posición mayoritariamente aceptada⁵⁵, con aisladas excepciones (*leading case* “Santa Coloma de la Cam. De Apelaciones Civ. Y Com Federal”, aunque ello no fue resuelto por la CSJN por no integrar el recurso y fallos citados, nota 124).

Sección V

Los supuestos controvertidos

1- Legitimación de los hermanos de la víctima

En sentido amplio sobre la reparación a los hermanos por el daño moral producido aun en caso de sobrevida de la víctima directa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *leading case* “Loayza Tamayo”, reconoció su legitimación y les otorgó una indemnización (U\$S 3.000) a cada uno de ellos⁵⁶. Dicho precedente internacional resuelto para el 27 de noviembre de 1998 trató de una detención ilegítima de años de una profesora universitaria peruana por parte del Estado peruano, al sindicarla como integrante de una guerrilla. Devuelta su libertad y arribado el caso a la Corte Interamericana, esta resolvió a favor de la víctima directa, reparando en dinero y otras formas (restitución a los cargos académicos que detentaba al tiempo de la detención, públicas disculpas, etc.) los perjuicios sufridos, pero, además, reconoció el rubro “daño al proyecto de vida” a la perjudicada directa y el daño material y moral a los damnificados indirectos (hija, padres y hermanos) por los agravios derivados de dicha detención ilegal.

Respecto a los hermanos, al igual que con los padres, la Corte consideró:

aplicable la presunción de que sufrieron moralmente por la suerte de la víctima, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de un hijo (...). Las anteriores consideraciones son aplicables a los hermanos de la víctima, que, como miembros de una familia integrada, no podían ser indiferentes a las graves aflicciones de la señora Loayza Tamayo, y esta presunción no ha sido desvirtuada por el Estado. Es pertinente, en consecuencia, de-

de petitionar el daño moral ante la muerte de la víctima —art. 1078 del CC—. En igual sentido, Suprema Corte de Mendoza cuando sostuvo que el hermano no es heredero legítimo ni siquiera en abstracto” (SCJMza., sala I, 2/1002, “AQM c/ Rojas Dalmiro s/ rec. Extraord.”, RRCyS, 2003-169).

⁵⁵ Idem cita 124. Además, Superior Tribunal de Jujuy, 13/ de noviembre de 2000, “Cabezas Silvia c/ Waidatt, Darío s/ Rec. de inconstitucionalidad”, LLNOA, 2001-610; reciente fallo con nota del Dr. Jorge Mayo y voto del Dr. Galdos de la C. Civ. y Com., Azul, sala II, 17 de diciembre de 2004, “G.J.D. y otra c/ Ibarra Manuel y otros”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año VII-Nro. III, La Ley, p. 41.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 1998, caso “Loayza Tamayo c/ Estado del Perú”, con voto del doctor Roux Rengifo, Revista de responsabilidad Civil y Seguros, 1999-1324.

signar a los hermanos de la víctima como beneficiarios de la indemnización a que se hizo referencia en el punto resolutivo sexto de la sentencia de fondo. La Corte estima equitativo conceder a cada uno de ellos una indemnización de US\$ 3.000,00 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño moral.

Sin perjuicio de la importancia de este fallo y otros dictados por dicho organismo internacional, vale aclarar que, tal como ha sido expresado anteriormente, la legislación peruana (CC de 1984, art. 1984) admite la indemnización del daño moral no solo a la víctima, sino también a sus familiares. A partir del fallo “Fontevicchia c/ Estado Argentino”, incorporado por sendas resoluciones de la CSJN, dictadas en el año 2017, los pronunciamientos de la CIDH tienen injerencia en nuestra jurisprudencia, pero no pueden significar una instancia jurisdiccional por encima de lo que el Máximo Tribunal Nacional resuelve en sus sentencias; ello sin desatender una loable vinculación y coordinación entre ambos organismos con el fin de aunar criterios.

Es decir, según el fallo antes mencionado⁵⁷ y su interpretación por la CSJN, la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede constituirse en una última etapa ordinaria o extraordinaria de decisiones con alcance directo en el derecho interno, preservando de esta forma el sistema de justicia federal de orden constitucional interno por sobre las decisiones de dicho tribunal.

Lo cierto es que, en nuestro país, con la vigencia del artículo 1078, no era factible arribar a la conclusión de legitimar a los hermanos por el reclamo del daño moral derivado del fallecimiento de la víctima, sin la declaración de inconstitucionalidad de este último. Tal es el razonamiento al que arriba el Dr. Galdos, quien señala que la jurisprudencia uniformemente entiende que “solo la víctima tiene derecho a ser resarcida por daño extra patrimonial y en caso de muerte ese derecho recae en los herederos forzosos, carácter que no revisten los hermanos (art. 1078 en concordancia con art. 3567 del Código Civil)”.

Sin perjuicio de lo expuesto y más recientemente, hubieron pronunciamientos que, declarando la inconstitucionalidad del artículo 1078 del CC, hicieron lugar, con las limitaciones que establecía, al reclamo de hermanos de las víctimas fallecidas. Así, por ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala h, en la causa “Martín Jorge Eduardo y otros c/ Parucci Carlos Aníbal y otros s/

⁵⁷ Resolución Nro. 4015/17, 6 de diciembre de 2017, CSJN.

daños y perjuicios”, resumiendo los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales favorables a la legitimación de los hermanos bajo ciertas circunstancias particulares ante el deceso de la víctima dijo: “I. Cabe recordar que, tal como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho de las víctimas de daños no justificados a obtener una reparación integral tiene status constitucional, con asiento en el art. 19 de nuestra Carta Magna”⁵⁸.

Al respecto, señala Pizarro que el derecho a la reparación integral que consagra la Constitución Nacional tiene por objeto ubicar al damnificado en una situación equivalente a aquella en la que se encontraría en caso de no haberse producido el daño injustamente sufrido. Como todos los derechos, puede estar sometido a reglamentación, pero —por imperio del art. 28 de la Constitución Nacional— esta debe ser razonable: no debe degradar en su esencia el derecho a la reparación integral, ni la igualdad ante la ley, ni puede estar sustentada en discriminaciones arbitrarias.

Sentado ello, señalo que resulta evidente que el art. 1078 del Código Civil, al restringir (en principio) a los herederos forzosos la legitimación para reclamar la reparación del daño moral en caso de fallecimiento de la víctima, veda la reparación de daños derivados de la lesión de ciertos intereses que bien pueden ser (como en el caso) lícitos y serios. A su vez, la norma genera un desigual tratamiento de quienes han sufrido daños patrimoniales y extrapatrimoniales, dado que, en el primer caso, la legitimación es amplísima en función de lo establecido por el art. 1079 del Código Civil.

Cabe preguntarse entonces si esta exclusión de ciertas víctimas (en el caso, los hermanos de la de las víctimas directas del hecho) encuentra una justificación razonable que le permita sortear la prueba de constitucionalidad en confronte con el derecho a la reparación integral que, según ya lo señalé, dimana del art. 19 de la Constitución Nacional.

La razón que suele proporcionarse para fundar la referida restricción a la legitimación activa en materia de daño moral extracontractual estriba en evitar la existencia de una “catarata de damnificados”, constituida por familiares lejanos, amigos, socios, colegas, etc., de la víctima directa (vid. por todos Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, 1992, p.241). A mi entender, el argumento es pueril y no resiste el menor análisis. En primer lugar, porque el hecho de afirmar que todo el que haya sufrido un daño extrapatrimonial debe

⁵⁸ CSJN, Fallos 321:487 y 327:3753 (r.f:MJJ3125).

tener derecho a reclamar su reparación no es equivalente a avalar la indemnización de daños ficticios, irrisorios, o cuya relación causal con el hecho generador es más bien difusa.

No debe confundirse la cuestión de la legitimación para reclamar la reparación de un daño con otra enteramente distinta, como lo es que el perjuicio invocado debe ser cierto y no meramente hipotético o conjetural, y debe ser imputable al hecho generador según los parámetros de la causalidad adecuada. Los reclamos superfluos o infundados no tendrían mejor suerte si, por hipótesis, la legitimación para reclamar la reparación del daño moral estuviera equiparada a la del perjuicio patrimonial, pues, aun en ese caso, los jueces contarían con toda esa otra serie de herramientas para cerrar el grifo de la tan temida catarata.

De hecho, el derecho comparado muestra la existencia de numerosos ordenamientos que no conocen la cortapisa de nuestro art. 1078, y en ninguno de esos países se ha producido la profusión de demandas por daño moral que el mencionado artículo vendría a resguardar. Al igual que sucede en Argentina con el daño patrimonial, los magistrados de aquellas latitudes no requieren de una norma que restrinja la legitimación en materia de daño moral para rechazar los reclamos no justificados; les basta con constatar que no existe un daño cierto, o bien que no media relación causal entre la afección cuya existencia se afirma y el hecho generador de la responsabilidad.

En definitiva, la justificación que suele mencionarse como sustento de la solución que consagra el art. 1078 del Código Civil carece de asidero suficiente, y, por lo tanto, no se presenta como un fundamento válido para soslayar el derecho constitucional de las víctimas de daños extrapatrimoniales a ser íntegramente resarcidas. Como lo señalan Boragina y Meza, la restricción a la legitimación activa que consagra el mencionado artículo es contraria al principio *alterum non laedere* consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional desde una doble vertiente: a) de un lado, porque para este principio es indiferente la naturaleza patrimonial o extra patrimonial del interés lesionado para considerarlo jurídicamente 'daño' y, por consiguiente, para habilitar la congrua indemnización; b) y, de otro, porque la letra del art. 1078 privilegia la situación del responsable por encima de los damnificados, jaqueando el derecho de estos últimos a la reparación integral del daño sufrido, a pesar del reconocimiento constitucional de esta posibilidad⁵⁹.

⁵⁹ Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A. (diciembre de 2007). Inconstitucionalidad del artículo 1078 del

A esta violación del art. 19 de la Constitución Nacional cabe agregar que también se vulnera el art. 16 de esa carta magna, en la medida en que la norma en examen discrimina sin ningún motivo válido a quienes sufren daño moral respecto de quienes experimentan un menoscabo de naturaleza pecuniaria, cuya legitimación es plena a tenor de lo establecido en el art. 1079 del Código Civil.⁶⁰ Como bien dice Echevesti, los mencionados arts. 1078 y 1079, en orden a la extensión de las legitimaciones que reconocen, expresan una valoración superior de los daños materiales frente a los espirituales, lo que resulta inadmisibles⁶¹. Por lo demás, es profusa la jurisprudencia nacional que viene declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en diversas situaciones, entre las cuales se encuentra —muy particularmente— la que se presenta en el caso referenciado, en el que la aplicación de la mencionada norma llevaría a denegar la reparación del agravio moral de los hermanos de la víctima fatal de un accidente, pese al evidente dolor que le acarrea el fallecimiento de un familiar tan cercano, con quien se ha crecido y compartido una importantísima parte de la vida.

En este sentido, la Suprema Corte de Mendoza entendió —frente al recurso contra una sentencia que, por aplicación del art. 1078 del Código Civil, había negado legitimación a una persona para reclamar el daño moral sufrido como consecuencia de la muerte de su hermana— que “la aplicación del art. 1078 del Código Civil, arriba a una solución por demás injusta, reñida con normas constitucionales como son el art. 19 y 75, inc. 22 de la C.N. y desconoce además la jerarquía constitucional del derecho a obtener una reparación íntegra del daño”. Además de recordar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que ya he hecho referencia, el tribunal señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen derecho a la reparación del daño extrapatrimonial todas las personas vinculadas a la víctima directamente por un parentesco cercano, incluyendo a los padres, hermanos y abuelos (Corte IDH, 18 de septiembre de 2003, “Bulacio c/ Argentina”). Por ello, la Corte mendocina concluyó que la restricción a la legitimación activa que consagra el art. 1078 del Cód-

Código Civil, RCyS, p. 44.

⁶⁰ Zavala de González, Matilde, comentario al art. 1078 en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I (coord.). Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3A, p. 180.

⁶¹ Echevesti, Carlos A. (15 de agosto de 2007). Una sentencia inscripta en quadrata monumentale, JA, p. 58.

digo Civil es contraria a la mencionada convención —además de al art. 19 de la Constitución Nacional—, y declaró su invalidez constitucional⁶².

En esta misma línea, la Sala J de la Cámara Nacional Civil y Comercial ha entendido que

el art. 1078 del Código Civil en tanto limita el reclamo por daño moral al damnificado directo -en el caso, excluyendo al padrastro y a los hermanos de la víctima -, es inconstitucional, pues, se vulnera el principio de igualdad, en tanto se discrimina injustificadamente a los “herederos forzosos” de los restantes damnificados, violentando el derecho a obtener una reparación integral del daño por parte de los accionantes, así como también lesiona el principio de protección integral de la familia al no permitir que se repare el inconmensurable dolor producido⁶³.

Igual tesis adoptó la Sala F de esta cámara, que decidió:

El art. 1078 del Código Civil resulta inconstitucional por violentar el principio de igualdad ante la ley, ya que discrimina entre damnificados a los fines de concederles legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral que les ha provocado el hecho que funda la obligación de indemnizar, máxime considerando la amplitud que establece el art. 1079 del cita cuerpo normativo respecto de la reparación material (del voto del Dr. Zannoni)⁶⁴.

Asimismo, se ha sostenido que “el segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil, en la medida que impide el resarcimiento del daño moral sufrido por la hermana única y conviviente de la víctima con motivo del fallecimiento de ésta en un hecho ilícito, resulta inconstitucional y violatorio de las disposiciones contenidas en los arts. 14 bis, 16, 18, 19, 33 y 15 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional”⁶⁵.

Adicionalmente, cabe señalar que la limitación a la legitimación activa para reclamar el daño moral que trae el art. 1078 del Código Civil tampoco es compatible con diversos tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional⁶⁶. En

⁶² SC Mendoza, sala I, 7 de septiembre de 2010, “Zonca, Roberto A. c/ C. R. R. y Coop. de Seguros”.

⁶³ CNCiv., sala J, 12 de abril de 2012, “Soria, María Ester c/ Gatti, Santiago s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/14044/2012.

⁶⁴ CNCiv., sala F, “Contreras Mamani, Gregorio c/ Muñoz, Cristian s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/3342/2009.

⁶⁵ Del voto en disidencia parcial de la Dra. Pérez Pardo, CNCiv., sala L, 7 de septiembre de 2008, “Soto, Ana María c/ Metrovías S. A. s/ daños y perjuicios” AR/JUR/10174/2008.

⁶⁶ SC Buenos Aires, 16 de mayo de 2007, “L. A. C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, cit., voto del Dr. De Lázari.

particular, diversas normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho a una reparación integral del daño. Así, su art. 5, inc. 1, establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y su art. 63, inc. 1, dispone que, cuando hubiere violación de los derechos garantizados por la convención, procede “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Debe subrayarse, sobre el punto, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es muy amplia al admitir la reparación del daño moral, y reconoce legitimación activa incluso a quienes sin ser ascendientes, descendientes o cónyuges de la víctima directa han experimentado un daño moral grave, como ocurre con la concubina. Forzoso es, entonces, coincidir con Pizarro cuando señala que la limitación que en la materia consagra el art. 1078 del Código Civil deviene hoy en muchos casos (en todos, diría yo) inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que surge de las pautas supranacionales (Pizarro, *op. cit.*, p.377).

Debido a ello, considero que no es posible negar a los hermanos el derecho a que les sea reconocido el requerimiento del daño moral que sufrieron por el fallecimiento de quien ha sido un compañero de vida.

2- Legitimación de los concubinos o convivientes

Si la legitimación de los hermanos se encontraba hasta la sanción del Código Civil y Comercial discutida y aún lo está cuando no conviven con la víctima, respecto a los concubinos, quienes no son ni parientes y mucho menos herederos de la víctima, la cuestión pareciera ser más clara en el sentido negativo. Sin embargo, como a continuación veremos, no son pocas las voces autorizadas que propiciaban —declaración de inconstitucionalidad de por medio del art. 1078 del CC— el reconocimiento de la legitimación activa por daño moral a los concubinos de la víctima.

Normativamente (*lege lata*), estos sujetos estaban excluidos de la legitimación apuntada *ut supra*, al no revestir el carácter de herederos forzosos establecidos como únicos sujetos legitimados por el art. 1078 del CC. Zabala de González expresaba: “A nuestro juicio el sistema normativo es inequívoco: únicamente los herederos forzosos pueden accionar por daño moral que, además, entonces se presume. (art.1078 del C.C.)”⁶⁷.

⁶⁷ Zabala de González, Matilde. Daño existencial por muerte de un concubino, Rev. Responsabilidad civil y seguros, VII(XI), p. 33.

A *contrario sensu*, los proyectos de reforma del CC señalaban que tendrían legitimación todos aquellos que demuestren una vinculación afectiva con el fallecido y la convivencia con él al momento del hecho dañador, con lo cual los concubinos serían legítimos aspirantes a la reparación del agravio moral (sentimental, existencial, etc.).

El concubinato como institución reconoce una larga trayectoria y tradición en nuestro país, especialmente en zonas rurales o poco pobladas, donde estas uniones eran —y aún lo son— no solo aceptadas socialmente, sino también absolutamente comunes. Sin embargo, en las ciudades la realidad era otra y el “vivir en pareja” no era bien visto. Señala Gandolla que “el concubinato estuvo al margen del espectro normativo, ignorado y rechazado (...). No puede negarse que ha habido una condena social a las parejas no constituidas legalmente”⁶⁸. Actualmente es irrefutable que el concubinato es una realidad instalada socialmente que ocupa una porción amplia en las estadísticas, juntamente con las familias que se conforman a partir de un matrimonio como base (familia conyugal).

De esta forma, puede definirse al concubinato como la unión de hecho entre un hombre y una mujer (concepción clásica), con notas características de convivencia, fidelidad y permanencia, semejantes a un matrimonio.

En el orden de reconocimiento de derechos a los concubinos, podemos mencionar: el derecho a indemnizaciones por infortunios laborales que causen fallecimiento del concubino; indemnización por desaparición forzada como consecuencia del accionar de fuerzas armadas el marco de la Ley 24.411; beneficios previsionales en caso de fallecimiento de la pareja, llegando incluso a excluir o compartir el beneficio, según el caso, con el cónyuge sobreviviente en caso de existir aún el vínculo matrimonial; aceptación de beneficiario indirecto en la obra social del concubino; antecedente necesario para adquirir derecho sucesorio en matrimonio *in extremis* (art. 3573, CC); facultad de continuar con las locaciones cuando fallece el concubino locatario (art. 9, Ley 23.091), etc.

Hasta no hace muchos años atrás se ha negado por nuestros tribunales⁶⁹ la legitimación activa de los concubinos inclusive para el reclamo de los daños patrimoniales experimentados a partir de la muerte de la víctima (“valor vida”, lucro cesante, pérdida de chance o privación de prestaciones alimentarias son los distintos rubros que luego han sido reconocidos).

⁶⁸ Gandolla, op. cit., p. 219.

⁶⁹ SCJBA, doctrina de la mayoría, 27 de diciembre de 1988, 133-795.

El principal argumento esgrimido por los partidarios de esta posición radica en que el vínculo que une a los concubinos no es jurídico, sino “de facto”, no siendo apto para constituirse en fuente de derechos que la ley otorga a quienes se encuadran en un instituto (matrimonio) normativamente reconocido⁷⁰.

Trigo Represas, siguiendo a Orgaz, señala que hubiese sido preferible, al modificarse el art. 1078 del CC, que se hubiese dejado expresamente regulado que, para la viabilidad del daño moral, el damnificado debe serlo en sentido jurídico, no correspondiendo, por tanto, la acción a toda persona que mantenga con la víctima inmediata una simple situación de hecho: hijos de crianza, novio o novia, concubina, etc., sino solo a las personas unidas con aquella por algún vínculo legal o jurídico, que autorice a considerar como propio el daño a la lesión o ataque inferido a la víctima directa. Esta vinculación estaría dada por el parentesco⁷¹.

La doctrina contraria, expresada por prestigiosos autores⁷² y por nuestra Corte Federal⁷³ en forma parcial, ya que en su mayoría no se expidió sobre el fondo de la cuestión planteada, rechazando el recurso *in limine*, señala que la violación del deber de no dañar a otro es lo que genera la obligación de reparar el daño causado. Es decir, el concepto de daño jurídico, salvo restricciones particulares queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por ley.

Antes de la reforma del Código Civil, la jurisprudencia mayoritaria aceptaba la legitimación de los concubinos para reclamar y obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales o patrimoniales que el fallecimiento del concubino/a les produce, apoyando tal tesis en la amplitud de la letra del art. 1079 del CC que otorga “a toda persona” que hubiese sufrido un perjuicio derecho a reclamar su reparación, probándose el concubinato y el aporte que la víctima efectuaba a la comunidad de vida⁷⁴.

En cuanto al daño moral, gran parte de la doctrina postula *de lege ferenda* la admisión de la legitimación de los concubinos por muerte de su compañero, reclamando una modificación del art. 1078 (Pizarro, Zavala González, Stiglitz, De

⁷⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída. (1979). Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito, JA, III, p. 6.

⁷¹ Trigo Represas y López Mesa, op. cit., p. 534.

⁷² Stiglitz, Gabriel. El derecho de daños en su cabal función (legitimación de la concubina), La Ley, 1992-B-171, p. 70.; Zavala de González, op. cit., p. 35, etc.

⁷³ CSJN, doctrina de la minoría, 22 de diciembre de 1993, 157-581.

⁷⁴ SCJBA, doctrina de la mayoría, 12 de noviembre de 1991, La Ley, 1992-B-171.

Lorenzo, Tanzi, Humphreys, etc.). Conforme a la actual redacción de la norma mencionada, ningún autor admite la legitimación activa de los concubinos, sin mediar previamente una declaración de inconstitucionalidad de dicha norma⁷⁵.

Nuestra jurisprudencia, por su parte y de manera casi invariable, había negado la legitimación activa a los concubinos para el reclamo del daño moral. Así se ha sostenido: “El concubino carece de legitimación para reclamar el daño moral por muerte de su concubina en virtud de lo que establece el art. 1078 del C. Civil”⁷⁶. “La concubina no posee legitimación para reclamar el resarcimiento del daño moral provocado por la muerte del concubino, pues el art. 1078 del Código Civil sólo otorga acción a los herederos forzosos”⁷⁷. “No es descalificable el rechazo de la indemnización del daño moral reclamada por el concubino de una persona fallecida, ya que tal indemnización es privativa de los herederos forzosos según el art. 1078 del C. Civil cuya constitucionalidad no fue atacada por el recurrente”⁷⁸.

Para esta doctrina negatoria, no existe desigualdad alguna frente a la ley, ya que, para que exista, debe recaer sobre situaciones y circunstancias iguales. Es claro que no es la misma situación jurídica la de los esposos que las de los concubinos, por lo que derivar de una analogía no jurídica de ambas circunstancias que requieren igual tratamiento por la ley resulta ilógico.

También se señala que no se vulnera ninguna garantía o tutela constitucional de la familia, ya que la cuestión de legitimación es individual, a cada uno de los herederos forzosos y no al grupo familiar.

En otra corriente y en un ejemplar fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Com. de Mar del Plata, Sala II, con voto preopinante del Dr. Oteríño (23 de noviembre de 2004), que ha sido ya referenciado en este trabajo, se declaró la inconstitucionalidad del art. 1.078 del CC, concediéndose indemnización por daño extrapatrimonial a la concubina por \$30.000, además del daño patrimonial (valor vida) por \$24.000. Entre los argumentos que el fallo expuso para admitir la pretensión de la concubina, revocando la decisión de primera instancia y tam-

⁷⁵ “No hay armonización posible entre el art. 1078 y los principios que emanan de la Constitución si se desea acoger la pretensión resarcitoria de un concubino por el daño moral sufrido a raíz de muerte de su compañero, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquél y a pedido de parte, tanto porque el ejercicio de la acción atañe a intereses disponibles, como para posibilitar la defensa del adversario” (Zavala de González, op. cit., p. 33).

⁷⁶ CNCiv., sala G, 1 de marzo de 2000, La Ley, 2000-D, p. 818.

⁷⁷ CN Fed. Civ. y Com., sala III, 31 de agosto de 1999, Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, 2000-579; SCJBA, 15 de diciembre de 1998, RCyS, 1999-704 Y DJBA, 156-891.

⁷⁸ SCJN, 14 de abril de 2004, “E R c del Rivero Edgardo y otro”, La Ley.

bién para declarar la inconstitucionalidad de la norma restrictiva del art. 1078 — esgrimidos también por la doctrina que apoya la inconstitucionalidad o modificación del art. 1078 del CC⁷⁹—, fueron principalmente:

a) En el caso concreto se trataba de una relación estable, prolongada en el tiempo, con grandes chances de prolongación futura, lo cual se traducía no solo en la convivencia de los concubinos, sino también en haber tenido un hijo en común y criarlo junto con los del matrimonio anterior de la víctima, conformando una familia.

b) Existe un paulatino reconocimiento de legitimación de los concubinos para reclamar el daño patrimonial, además de beneficios previsionales, sociales y otros admitidos por el derecho positivo y la jurisprudencia, con lo cual este vínculo “de facto” cada vez es más legítimo.

c) Resulta injusto y genera una desigualdad ante la ley reconocer e incluso presumir el daño moral del cónyuge y negárselo a quien ha estado unido en forma estable por lazos afectivos con la víctima, solo por no mediar la institución matrimonial (art. 16, CN).

d) El rechazo de la pretensión se asemeja más a una condena por no haberse casado que a una adecuada respuesta en orden al derecho de daños (arts. 18 y 19, CN).

e) La limitación del art. 1078 en el caso de los concubinos es contraria al principio de reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto.

f) La finalidad de la ley de evitar una “catarata de damnificados” en caso de fallecimiento de la víctima no puede llegar al extremo de desconocer el notorio y explicable dolor de quien ha visto zozobrar su patrimonio espiritual.

g) Se trata de intereses no prohibidos por ley (no el estado concubinal en sí, sino el que emerge de la privación del afecto del compañero de vida).

h) Existiendo un nexo causal entre el obrar ilícito y demostrado, y la existencia de un menoscabo espiritual, negar el resarcimiento de dicho agravio atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que comprende a la originada en una unión de hecho, es decir, de la unión que, sin estar constituida legalmente, funciona como tal⁸⁰.

⁷⁹ Zavala de González, op. cit., p. 41., Gandolla, op. cit., p. 219; Galdos. (febrero de 2005). Daño a la persona, Rev. De Responsabilidad civil y seguros, VII(II), p. 15.

⁸⁰ Bossert y Zannoni. Manual de derecho de familia, 2, pp. 5 y ss.; voz “Familia” en Enciclopedia Jurid. Omeba XI, p. 978.

En un fallo que puede ubicarse como una transición entre la normativa de ambas regulaciones (CC y el actual C. Civil y Comercial), la Corte de Justicia de San Juan resolvió a favor de la concubina, declarando la inconstitucionalidad del reformado art. 1078 del CC. Así dijo:

Corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078, 2º párrafo del Código Civil, en vistas a reconocer legitimación al concubino para reclamar el daño moral a consecuencia de la muerte de su pareja. Ello, por cuanto: **a)** se ha de equiparar la situación del concubino con la del esposo, teniendo en cuenta que en la causa quedó establecido que la víctima del accidente y el reclamante mantuvieron relación de concubinato que -a la fecha del fallecimiento- superaba los veinte años de antigüedad, lo que permite suponer que la muerte de la pareja genera la misma afección espiritual que en el caso de los esposos; **b)** los cambios sociales producidos desde la vigencia de la ley 17.711 (1968) y, específicamente, la ampliación y flexibilización del concepto “familia” tornan arbitraria la distinción entre una familia “matrimonial” y la que se constituye a partir de la convivencia; **c)** que en la especie, el concubinato no se superpone con una anterior relación de matrimonio con ligamen subsistente, por lo que tampoco hay riesgo de que se superpongan los reclamos; y **d)** en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente sancionado, se legalizan las “uniones convivenciales” (Libro Segundo, Título III) y, específicamente, se otorga legitimación respecto de las “consecuencias no patrimoniales” del daño a “quienes convivían con aquél (el fallecido) recibiendo trato familiar ostensible” (art. 1741). Pueden ubicarse precedentes jurisprudenciales que han otorgado indemnización por daño psicológico cuando se han generado a partir del mismo, gastos terapéuticos y/o incapacidad sobreviniente⁸¹.

“Si hay un daño injusto debe ser reparado, cualquiera sea su intensidad”⁸².

En síntesis, puede afirmarse que, aun en forma previa a la sanción del CCyCom., la jurisprudencia de avanzada, en nuestro país y en contra de la opinión mayoritaria que consideraban carentes de legitimación para reclamar el daño moral a los concubinos en caso de muerte del compañero o compañera, estableciendo ciertos requisitos, comenzó a otorgar legitimación para accionar por el agravio espiritual a los convivientes, especialmente a través de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, siendo esta la doctrina receptada por el artículo 1741 del CCyCom.

⁸¹ CNCiv., sala J, dic. 11/97, con nota Agoglia, Boragina, Meza, en LL 2/9/98, pag.6.

⁸² Zavala de González, obra citada p. 47.

Sección VI

Otros supuesto controvertidos de legitimados indirectos en el derecho argentino

Tal como ha sido expresado en este trabajo, la doctrina y jurisprudencia dominante en nuestro país ha interpretado la fórmula “herederos forzosos” en un sentido amplio, como aquellos que, en abstracto, potencialmente podrían concurrir en tal carácter a la sucesión de la víctima del evento dañoso, siendo por ello legitimados para reclamar el daño moral *iure proprio* los ascendientes, descendientes y cónyuge del muerto. Este tema se encuentra, podría decirse, superado y admitido por los tribunales y doctrina argentina.

Ahora bien, junto con los hermanos convivientes y concubinos, existen otras personas que, sin revestir tal carácter, han merecido la atención de los especialistas en responsabilidad civil, de legisladores, jueces e incluso de legos. Los supuestos más recurrentes eran los hijos de crianza, los hijos de familias ensambladas, los hermanos que no convivían con las víctimas, etc.

También se cuestionaba y en general se negaba legitimación incluso a los herederos forzosos en los casos en que la víctima directa del daño padecía a consecuencia del hecho lesivo una incapacidad permanente y de gran entidad que obligaba a su círculo más íntimo a prestarle atención y cuidados personales cotidianamente, irrogando en estas personas no solo un detrimento patrimonial, sino también y especialmente un innegable estado de angustia y sufrimiento espiritual, trastocando negativamente su propio proyecto de vida, como, por ejemplo, el de los padres o cónyuges de damnificados que quedaban en estado de coma prolongado, con cuadros de cuadriplejía, pérdidas de miembros, etc.

En el presente trabajo, se analizarán los supuestos que se presentan con mayor habitualidad en la práctica judicial y en la discusión doctrinaria, sin desconocer que existen otros que, sin tener estas características, seguramente en un futuro no muy lejano, suscitarán la atención de nuestra doctrina y jurisprudencia (matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, concubinato homosexual, etc.).

Capítulo VI. La legitimación activa para reclamar las consecuencias no patrimoniales en el Código Civil y Comercial

Sección I

Precisiones conceptuales. Recapitulación

Ingresando por fin al tema central de este trabajo, resulta aún necesario aclarar que, para el firmante, el concepto de daño resarcible en el nuevo Código tiene un doble aspecto: por un lado, la entidad ontológica del perjuicio traducida en la lesión en sí misma a un derecho subjetivo, interés legítimo o un interés simple no prohibido por el ordenamiento jurídico en su integridad, y, por el otro, como requisito de su resarcibilidad, que dicha lesión repercuta consecuentemente y en forma negativa sobre las personas, su patrimonio o intereses de alcance individual o colectivos.

Se confirma, además, y siempre teniendo como ejes los principios de reparación plena del daño y el de protección de las víctimas de perjuicios no justificados por las causales expresamente previstas en el ordenamiento positivo, que todo menoscabo que tenga los requisitos descritos en el párrafo anterior y mencionados, según mi criterio, de manera enunciativa y no taxativa por el artículo 1738 del C. Com., debe ser incluido en las dos categorías clásicas de daños, según sea su incidencia sobre los bienes con contenido económico o material (daño patrimonial) o sobre aspectos que, careciendo de tal contenido, hacen a la integridad, dignidad y esencia misma del ser humano. Se descarta, al menos por ahora y en función del método utilizado por el codificador, la existencia de nuevas rotulaciones de daños personales, ello sin negar la autorizada doctrina nacional e internacional que pregona la autonomía de ciertos daños (sexual, biológico, estético, etc.) y, en especial, el daño a la persona o proyecto de vida de origen en el derecho peruano y recurrentemente utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De igual forma, se afirma que, respecto al régimen de la responsabilidad civil, las diferencias entre las causas de las que proviene el daño resarcible han sido prácticamente eliminadas, siendo indiferente en cuanto a los presupuestos por acreditar, la prescripción de la acción, etc., el origen contractual o extracontractual. Queda subsistente como distinción ente ambas órbitas el requisito vinculado a la buena fe contractual que establece que en dicha esfera se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de

su celebración y que, solo ante el incumplimiento intencional del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento en que se configura (art. 1728).

Entiendo, además, que debe ampliarse, definitivamente y como un logro de la doctrina nacional progresista que consiguió la sanción del nuevo Código y especialmente, la positivización a través de los artículos 1737 sobre el daño resarcible, la concepción de la legitimación activa en materia de responsabilidad civil, entendiéndose por tal al derecho sustancial de acción judicial indemnizatoria que tienen las personas que sufren directa o indirectamente lesiones en sus derechos subjetivos individuales o colectivos, intereses legítimos o intereses simples no prohibidos por el ordenamiento jurídico y que repercuten negativamente en sus patrimonios y/o en su persona, afectando su salud psicofísica, espiritualidad, integridad, dignidad y en general su esencia como ser humano. Debe aclararse que esta conceptualización no solo se refiere a la función resarcitoria del derecho de daños, sino también en materia o función preventiva del daño en donde dicha legitimación le corresponde a cualquier persona que razonablemente tenga un interés en evitar, aminorar o hacer cesar los efectos de los daños no justificados, ampliándose aún más el universo de pretensores con la posibilidad de recurrir al aparato jurisdiccional.

Efectuadas las anteriores precisiones conceptuales básicas pero necesarias, me avocaré, a continuación, al objetivo de este estudio.

Sección II

Legitimación activa y las consecuencias no patrimoniales

La cuestión de la legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral ha sido resuelta por el codificador en el artículo 1741 del CCyCom con la suficiente sabiduría como para incluir en su formulación los lineamientos ampliatorios del concepto de daño resarcible establecida en el artículo 1737 de dicho plexo normativo, pero sin descuidar que dicho ensanchamiento tuviese pretensores indefinidos, aplicando distintas limitaciones que en este primer acercamiento aparecen como razonables.

Así, expresa la norma citada:

Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los des-

cientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

Como regla general, establece que solo está legitimado para reclamar la reparación del daño extrapatrimonial la víctima o damnificado directo del hecho dañoso. Se advierte en tal lineamiento o principio que sigue la pauta establecida por el anterior art. 1078 CC, siendo en tal sentido estricto, aunque no terminante, ya que, al igual que aquel, reconoce excepcionalmente la acción a los que indirectamente son damnificados por el acontecimiento perjudicial en sus propias afecciones. Es justamente en esta excepción a la regla en la que demuestra la nueva fuerza expansiva que pregona la doctrina moderna del derecho de daños.

Mientras el artículo 1078 solo permitía reclamar al damnificado indirecto en caso de muerte de la víctima, dejando injustamente sin acción a personas que en situaciones reales experimentaban incuestionables lesiones en su espíritu ante el padecimiento psicofísico de seres queridos que tenían el pronóstico de irreversibles e incluso de agudizarse con el paso del tiempo, el texto vigente establece que determinadas personas tendrán la posibilidad de obtener por vía judicial la indemnización de dichos agravios. Por la importancia de tal inclusión, se efectúa, en el punto siguiente, un análisis de la terminología y alcance de la fórmula elegida por el legislador.

Como se advierte fácilmente, con la nueva redacción, se superan definitivamente las viejas discusiones sobre el significado de la anterior delimitación de “herederos forzosos” que contenía el art. 1078 del CC, dejando en claro que ella debía ser interpretada no en el sentido propio del derecho sucesorio y sus reglas de vocación hereditaria en el caso concreto, sino en forma abstracta y como una herramienta limitativa utilizada por el legislador para evitar una insospechada cantidad de afectados espiritualmente por la muerte de la víctima.

Confirmado entonces este derecho a accionar a los parientes del damnificado directo sin que exista la exclusión de grado sucesoria, el Código va aún más allá y marca una nueva frontera protectora de otros afectados que tenía, *lege lata*, negada la acción resarcitoria, al dotar de dicho derecho a “quienes convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible”.

Es oportuno mencionar que tales modificaciones respondieron a las recomendaciones efectuadas por la doctrina mayoritaria (Bueres, Pizarro, Zavala de González, Stiglitz, Bancho, etc.) en distintas jornadas y congresos: sobre Derecho

Civil; Derecho de Daños y de Responsabilidad Civil, etc., en las que se aconsejaba “ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral”.

De igual forma debe agregarse que, para una parte de la doctrina nacional, la que actualmente se presenta como minoritaria, aunque no por ello menos respetable, la ampliación de supuestos de legitimación de los damnificados indirectos (gran incapacidad de la víctima) y del número de estos extendiéndose a personas que no revisten el carácter de herederos forzosos implicaba abrir la puerta a una catarata de damnificados que desvirtuaría el instituto del daño moral.

Así, por ejemplo, Jorge Mosset Iturraspe y Piedecasas expresaban, antes de la sanción del nuevo artículo 1741, que

Pensábamos que se produciría abriendo las posibilidades una cagtarata de damnificados que en mucho contribuiría a desacreditar un instituto que era nuevo en nuestro derecho y que tanto ha costado imponer. La ampliación de la familia mas alla de los herederos forzosos, parece a contramano de la particularidades que los tiempos muestran en esa materia y la extensión indiscriminada, a todo el que invoque un daño moral y “lo pruebe” se prestaría sin dluagar a dudas a graves abusos.

Debe el caso de estos autores, se debe aclarar que su postura fue parcialmente modificada y que admitieron, antes de la sanción del nuevo Código, la posibilidad de incluir entre los legitimados indirectos a los “convivientes” solo en caso de muerte, “sujeto, claro está a la apreciación judicial”⁸³.

Obviamente y a la luz de la redacción del artículo 1741, la imposición de la doctrina mayoritaria y ampliatoria de legitimados indirectos en caso de muerte o gran incapacidad de la víctima ha sido la que se impuso normativamente.

Volviendo al análisis de la legislación vigente y sin perjuicio de la elogiada ampliación de legitimados que conlleva reconocer acción a todos aquellos que, aún sin ser parientes con vocación hereditaria necesaria o forzosa respecto a la víctima (ascendientes, descendientes y cónyuge), tales como los hermanos, e incluso sin detentar lazos parentales con ella, es destacable que dicha legitimación se le concede solo a aquellos que convivían recibiendo un trato familiar del difunto o discapacitado. Estos requisitos de cohabitación y trato familiar que además debe ser ostensible, sin duda alguna merecen un análisis y porque no, un

⁸³ Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A. Responsabilidad por daños, tomo V, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, p. 263.

cuestionamiento sobre la suficiencia y justicia que su utilización puede llevar en distintas situaciones y casos en concreto.

Como metodología, a continuación, se efectúa un análisis de las novedades y especialmente de los significados de los términos utilizados por el nuevo artículo 1741 del CCyCom, tratando de arribar a una conclusión personal sobre el alcance de los conceptos elegidos por el codificador.

Tanto para el caso de muerte como para el de gran incapacidad es indiscutible la legitimación activa de los ascendientes, descendientes y cónyuges del difunto o incapacitado, lo que, además, detenta una presunción *juris tantum* en relación con la existencia del agravio moral, siendo materia probatoria la determinación del quantum según las circunstancias particulares del caso. Se dejará para un estudio particular el caso de los demás pretenses que puedan o no ser incluidos entre los que cumplen los requisitos de convivencia y trato familiar ostensible con la víctima.

Sección III

El caso de la gran incapacidad de la víctima

El art. 1741 trajo como justa novedad la posibilidad de que los damnificados indirectos que la misma norma delimita puedan accionar *iure proprio* por el daño espiritual que experimentan, aunque la víctima directa permanezca con vida luego del acontecimiento dañoso, pero afectada en forma permanente por una gran incapacidad psicofísica.

Como hemos señalado, en la actualidad hay un anteproyecto de modificación del Código Civil y Comercial en tratamiento en comisiones especiales de la H. Cámara de Diputados de la Nación. Respecto a este tema, se propone modificar el término “gran” por “grave” incapacidad de la víctima, buscando con ello dotar de mayor margen de criterio al juez para definir los casos en que resultaría procedente la acción de los damnificados indirectos. Sin duda alguna, la incorporación de estos nuevos supuestos que dan paso al reclamo resarcitorio de nuevos legitimados ha significado un enorme avance en la concreción del valor de justicia y en la finalidad de no permitir que daños injustamente sufridos queden sin ser resarcidos, aunque sean experimentados de manera refleja o indirecta.

Al igual que en el caso de muerte de la víctima, tienen acción para reclamar el daño moral *iure proprio*, en caso de “gran incapacidad”, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible.

Sin embargo, vale destacar que, aún con la nueva normativa, existen respetados autores que cuestionan, como lo hicieron en la etapa previa a su sanción, la justicia y necesidad de la extensión de la legitimación de otras personas distintas de la víctima en caso de sobrevida, aunque quede con secuelas incapacitantes graves. El criterio de evaluación por parte del juez debe ser restrictivo y, según las circunstancias del caso, podrá otorgar indemnización a estos terceros recurriendo al factor objetivo de equidad.

Así, Mosset Iturraspe y Piedecabras opinan al respecto:

No faltan voces, que al igual que para los caso de muerte, juzgan injusta la solución legal. Se ejemplifica con situaciones que aparejan una resonancia familiar grave, como es el caso del hijo de familia que queda tonto, minorado o paralítico. Y se señala que el daño moral de los padres y hermanos es, sin lugar a dudas, superior al que sufre la propia víctima. La cuestión es opinable. Tal vez la solución se haya en reconocer un resarcimiento de equidad, cuando las circunstancias son propicias en la inteligencia que beneficiará a la víctima directa y a las indirectas. Nuestra opinión era desfavorable a la extensión a terceros, en caso de lesiones, los argumentos no diferían mucho de los expuestos para el caso de muerte. Ahora pensamos que es el juez quien frente a circunstancias relevantes, pueden o no acordar esa indemnización a terceros, con base en una decisión de equidad⁸⁴.

Superado cualquier desencuentro de criterios sobre la conveniencia o no del reconocimiento del supuesto de “gran incapacidad” con lo establecido por el artículo 1741, el debate, sin embargo, no ha finalizado, ya que, al no precisar dicha norma qué debe entenderse por “gran incapacidad”, se abre la puerta a diferentes interpretaciones por parte de la doctrinaria y jurisprudencia, cuestión que se encuentra en plena etapa de elaboración y que constituye uno de los aspectos centrales de este ensayo.

Es justo mencionar que nuestros tribunales, aunque de manera aislada, venían reconociendo el derecho a la acción de damnificados indirectos en supuestos de disminuciones psicofísicas permanente y graves de las víctimas directas. Así, por ejemplo, se resolvió:

Es arbitraria la sentencia que, acudiendo a un decisorio de la misma sala que tuvo por análogo, redujo la indemnización otorgada a un joven que padece parálisis cerebral por la mala praxis de la que fue víctima al nacer, y rechazó el daño moral solicitado iure proprio por sus padres atendiéndose estrictamente al texto

⁸⁴ Mosset Iturraspe y Piedecabras, op. cit., pp. 264-265.

del art 1078 del Código Civil, pues es clara la incoherencia y la contradicción en que se incurre, ya que si el a quo partió de la premisa de que ambas controversias son análogas – a punto tal que atribuyó a la primera virtualidad suficiente como para condicionar la conformación de las partidas –, ha debido explicar adecuadamente los motivos por los cuales resultaba pertinente apartarse ahora de la solución propiciada en aquel expediente – considerado similar y definitorio – en el que se reconoció el derecho de los progenitores a petitionar un resarcimiento en concepto de daño moral, temperamento ignorado por completo en la sentencia en crisis (del Dictamen de la procuración General que la Corte por mayoría, hace suyo).⁸⁵

La Suprema Corte bonaerense, en un conmovedor fallo, se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en cuanto vedaba a los padres la legitimación para reclamar por el daño moral que padecían por la gran discapacidad sufrida por su hijo de corta edad⁸⁶.

Con inclusión de este supuesto de sobrevida de la víctima y el daño moral que sufren quienes tienen un claro vínculo afectivo con ella, familiar o no, pero que día a día experimentan la angustia, el dolor espiritual, un obligado cambio en sus rutinas y proyectos de vida, teniendo que ocuparse y estar pendiente de la víctima de un daño injustamente recibido, la limitación que establecía la anterior normativa para que pudiesen ser resarcidos en dicho perjuicio personal ha quedado definitivamente desvanecida. Ahora el centro del debate es la determinación en los casos concretos de si la disminución de la salud psicofísica del afectado directo alcanza la categoría de “gran incapacidad” o no, discusión que se anexa a la que se presenta en relación con el contenido de los términos de “convivencia” y “trato familiar ostensible” en los supuestos no precisados por el art. 1741 (ascendientes, descendientes y cónyuges).

Sección IV

El sentido de la fórmula “gran incapacidad”

Siguiendo a Pizarro, el maestro señala que, en general, “la reparación del daño, sea material o moral, injustamente sufrido ha sido emplazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, como derecho constitucional (con todo lo que ello implica)”⁸⁷.

⁸⁵ CSJN, 9 de noviembre de 2010, “Benítez de García, Miriam Ada y otro c/ Sanatorio Agote y o/s.”, AR/JUR/69856/2010; ll, 26 de noviembre de 2010, LL, p. 6; RCyS, 2010-XII-234; LL, 2010-F-392; D. J. del 9 de febrero de 2011, p. 31.

⁸⁶ SCBuenosAires, 6 de mayo de 2007, “L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro”, La Ley Online.

⁸⁷ Pizarro Vallespino, op. cit., p. 195.

Conforme a este principio, es necesario el análisis de todos y cada uno de los aspectos del daño resarcible desde la óptica de la protección de los damnificados por los hechos dañosos con el fin de que el peso del perjuicio no quede sobre su espalda y se traslade mediante las herramientas que nos brinda la responsabilidad civil, sobre los causantes directos o por vía refleja de los detrimentos ocasionados injustificadamente a las personas o sus patrimonios.

Para ello y teniendo en consideración el estatus constitucional de la misión resarcitoria del derecho de daños, integran el ordenamiento jurídico positivo no solo las normas locales o de derecho interno, sino también las emanadas de tratados internacionales firmados por nuestro país y especialmente los que tienen como materia la protección de los derechos humanos, como el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Ley 23.054) y la jurisprudencia emanada de la Corte establecida en dicho tratado, todo ello conforme a lo ordenado por el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Dicha normativa y la doctrina emanada de los fallos del Tribunal Supranacional ha sido invariablemente más amplia y progresista en la búsqueda de la concreción de la finalidad del derecho de daños mencionada anteriormente, motivo por el cual debe ser tenida en cuenta al momento de interpretar y analizar los términos, conceptos, definiciones y presupuestos del daño resarcible y del deber de reparar el daño injustamente sufrido.

Centrándonos entonces con estas premisas en el estudio del significado de la fórmula “gran incapacidad” de la víctima, el autor citado señala que una primera acepción la encontramos en el propio Código Civil y Comercial, cuyo artículo 2448 expresa, al referirse a las mejoras que el causante puede disponer en relación con el heredero con discapacidad, que: “A estos efectos se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Ahora bien, la incapacidad tanto psíquica como física a la que refiere el artículo citado abarca todos los grados de disminución de las personas que afectan su desenvolvimiento para desarrollarse individual o socialmente, pero, como es sabido, en psiquiatría y en medicina existen distintos baremos que se utilizan para categorizar con grados las disminuciones en la salud de los damnificados, los que sirven, por ejemplo, para el cálculo de los montos indemnizatorios en nuestra materia o para determinar el requisito de invalidez para acceder a las jubilaciones

o pensiones en derecho previsional. Estas tablas de origen científico, *prima facie*, se presentan como un recurso válido para distinguir entre una incapacidad en los términos amplios del artículo 2448 y una gran incapacidad con el significado que le otorga el artículo 1741, el que, recordamos, de manera excepcional y con las limitaciones que aquí se estudian, admite la legitimación del damnificado indirecto.

Tratando de delimitar la terminología utilizada por nuestra legislación vigente, Pizarro entiende que no toda discapacidad es una “gran incapacidad” y que, para ello, es necesario que la víctima se encuentre en un estado “que requiera, además, la asistencia permanente para su cuidado y para la atención de sus necesidades más básicas, como desplazarse, comer, higienizarse, vestirse o análogos (personas en estado de vida vegetativa o privadas de su salud mental, con cuatriplejía, parálisis cerebral, ceguera, etc.)”⁸⁸. Con esta acepción de la fórmula “gran incapacidad”, el autor, sin embargo, afirma que, tomando el concepto, quedarían injustamente afuera del universo de legitimados activos los que, reuniendo los demás requisitos del artículo 1741, asisten al deterioro progresivo y muchas veces irreversible de las víctimas que, sin necesitar los cuidados personales que caracterizan la “gran incapacidad”, padecen un daño grave en su salud, como el caso de quienes contraen HIV o hepatitis B por vía de transfusiones de sangre que, por la negligencia médica, provocaron su contagio en el damnificado. Como solución, postula tomar como pauta interpretativa “un sistema más abierto y flexible para la legitimación activa por daño moral, modulado por estándares ordinarios que rigen en materia de relación de causalidad adecuada”.

En definitiva, la comprensión y alcance de la fórmula “gran incapacidad” o grave incapacidad, como lo dice el anteproyecto de reforma al actual CCyCom, quedará abierta al análisis de los casos en concreto, tarea que los jueces deben efectuar utilizando, además de los principios rectores de protección a las víctimas de daños injustamente sufridos, contenidos en nuestro ordenamiento jurídico (Constitución Nacional, CCyCom, tratados internacionales de derechos humanos, jurisprudencia de tribunales nacionales y supranacionales, etc.), herramientas que las ciencias auxiliares les proporcionan y que les servirán para objetivar la configuración del supuesto de “gran incapacidad” (por ejemplo, baremos científicos de incapacidades) y, fundamentalmente, su humanidad y criterio de justicia ante las situaciones particulares que se le presenten.

⁸⁸ Pizarro y Vallespinos, op. cit., p. 195.

En este sentido, me enrolo en la postura más amplia expresada por el Dr. Ramón Pizarro que comprende no solo a aquellas afecciones físicas o psíquicas que, como un acontecimiento traumático, tornan a las personas en un ser incapaz de valerse por sí mismo, sino también a las situaciones en que, sin presentar un carácter de inmediatez y unicidad en cuanto al hecho lesivo, convierten a la víctima en una persona que poco a poco verá deteriorada su capacidad plena hasta llegar al punto de gravedad suficiente para ser asistida en forma permanente. Sin duda alguna y siguiendo los ejemplos del maestro, la esposa o concubina que recibe la noticia de que su pareja ha sido contagiada de una enfermedad de cura irreversible como HIV o Hepatitis C hace que, por lo tanto, el trato íntimo con ella deba ser otro y que vea afectada su estabilidad emocional, además de que sufre un daño extrapatrimonial que debe ser resarcido por el responsable.

Obviamente, la actividad probatoria de los pretensores en el proceso es necesaria y de suma importancia para poder acreditar la existencia del cuadro previsto en la norma legal, lo que consecuentemente lo legitimaría para accionar por el daño moral que le provoca la situación de la víctima directa.

Capítulo VII. Los legitimados indirectos según el art. 1741 del CCyCom

Sección I

Los ascendientes, descendientes y cónyuges

La nueva normativa claramente terminó con las discusiones preexistentes sobre herederos forzosos en concreto o en abstracto, al precisar quiénes son los parientes que tienen el derecho a reclamar su daño moral propio ante la muerte o discapacidad grave de la víctima (ascendientes, descendientes y cónyuges) e incluyó nuevos supuestos al agregar a quienes convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible.

De esta manera y aun utilizando conceptos no del todo extraños a la legislación y doctrina de fuente interna tales como “daño a la persona” o “daño al proyecto de vida”, la jurisprudencia —como ha sido expresado a lo largo de este ensayo—, *de lege lata*, realizó, y aún lo hace, un encomiable trabajo en pro de ampliar el horizonte de legitimados activos a sujetos que, según las fórmulas de herederos forzosos (1078) e incluso la utilizada por el artículo 1741 respecto a los requisitos de convivencia y trato familiar ostensible, ha reconocido la legitimación

y correspondiente indemnización a personas que no reunían dichas calidades, tomando para ello también la doctrina emanada de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica, la que, a partir del *leading case* “Loayza Tamayo c/ Estado de Perú” citado anteriormente, ha reconocido derecho a acción a hermanos no convivientes con la víctima ante su muerte por un daño injustamente sufrido⁸⁹.

En relación con los sujetos incluidos en la enumeración del artículo 1741 del CCyCom, debe considerarse que, a partir de la sanción, en julio de 2010, de la llamada ley de matrimonio igualitario (Ley 26.168)⁹⁰ y la nueva regulación del matrimonio efectuada por el Código Civil y Comercial, normativas que eliminaron el presupuesto de diversidad de sexos de los contrayentes, los integrantes de los matrimonios con integrantes de igual sexo deben ser considerados cónyuges en los términos expresados en el artículo citado. Esta novedad vino a superar un sinnúmero de cuestionamiento y rechazos que se alzaban en contra de dotar de acción a dichas personas. Primero porque los miembros no tenían el estatus de esposos o cónyuges, ya que no eran, en el derecho interno, matrimonios legales, quedando fuera, lógicamente, de la categoría de herederos forzosos prevista por el art. 1078 del CC.

Incluso ante matrimonios igualitarios contraídos en el extranjero bajo el amparo de las leyes de los países que los permitían, era impensado dotar del estado de cónyuge a sus integrantes, ya que la institución del matrimonio civil (requisitos, impedimentos, etc.) es materia de orden público internacional, considerándose repugnante a nuestra legislación la admisión de tales uniones⁹¹.

Por iguales motivos, mucho menos podrían haber sido admitidas las legitimaciones de los miembros de las uniones de hecho o convivenciales de personas del mismo sexo.

En estos últimos supuestos, se consideraba que las parejas homosexuales (en sentido genérico), por ser contrarios a la legislación objetiva de orden público, e incluso y por influencia del derecho canónico, repugnantes a la moral y buenas costumbres, no revestían el carácter de intereses simples atendibles por el derecho de daños.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2002, “Bamaca Velázquez c/ Guatemala”, LL 2003-A-264.

⁹⁰ Art. 2, Ley 26618: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

⁹¹ Art. 160, CC: “No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediante algunos de los impedimentos de los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º o 7º del art. 166”.

Lo concreto es que, actualmente y al igual que los ascendientes y descendientes, los cónyuges de matrimonios de igual o diverso sexo gozan de la presunción *iure tantum*.

Sección II

Los otros legitimados activos indirectos. La cuestión de la convivencia con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible

Como se plantea a modo de interrogante desde el inicio del trabajo, es necesario precisar si la fórmula utilizada por el codificador alcanza la concreción del principio de no dejar daños injustamente sufridos sin ser reparados. También debe responderse, si los sujetos determinados con precisión por la norma, cuáles son los alcanzados bajo los términos de convivencia con trato familiar ostensible y fundamentalmente cuál es el significado de estos requisitos legales.

Para comenzar a dar respuesta a tales preguntas, podemos decir que, según las acepciones dadas por el diccionario de la Real Academia Española, convivir es vivir con otra persona, en compañía de otra u otras en el mismo lugar o tiempo⁹². Por su parte, la acepción de “conviviente” es “persona con quien comúnmente se vive”⁹³. Es decir, en principio, el término utilizado por el legislador tiene como sentido la noción de compartir un mismo lugar u habitación con otras personas, cohabitar con ellas. Se trata, *prima facie*, de un concepto objetivo, práctico y hasta vulgar del vocablo.

Respecto al trato familiar ostensible, estas notas vienen a caracterizar la convivencia con la víctima. En los casos en que no se es ni ascendiente, descendiente ni cónyuge de ella, tal cohabitación debe, además, estar signada por vínculos afectivos que van más allá de la simple amistad o cariño entre el supuesto damnificado indirecto y el directo. Este trato especial debe trasladarse a demostraciones y conductas que cotidianamente se dispensan quienes están unidos por un vínculo de parentesco que los convierte en familiares. Pero no solo ello, también tiene que presentarse como ostensible, es decir, de fácil apreciabilidad por parte del resto de los individuos, haciendo incuestionable y evidente que el mal recibido por la víctima en su persona, razonablemente y ante los ojos del resto de la sociedad (en especial del juez), repercutirá negativamente en la tranquilidad de espíritu, proyecto de vida, afecciones legítimas y demás aspectos que integran las consecuencias no patrimoniales del hecho dañoso, del tercero que convivía con aquella.

⁹² Gran Diccionario de la Lengua Española ©, 2016, Larousse Editorial, S.L.

⁹³ Diccionario Enciclopédico Vox 1. ©, 2009, Larousse Editorial, S.L.

Considerando estas pautas rectoras, podemos seguir respondiendo las cuestiones que se plantearon párrafos antes. En tal sentido corresponde, en primera medida y “como quien llena un recipiente”, que sería la fórmula elegida por el Código, precisar los supuestos que deben ser incluidos como legitimados activos indirectos, comenzando por los que sin duda alguna reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1741, primer párrafo in fine.

En principio y como lo señala Bueres,

el elenco de damnificados indirectos legitimados para reclamar el art. 1741 del CCCN no hace alusión a los herederos forzosos (como lo disponía el art. 1078 del derogado CC) sino que menciona en sustitución de ello a los ascendientes, los descendientes y el conyugue y ha extendido la legitimación a los convivientes con “trato familiar ostensible”. Dentro de este tipo de convivientes cabría incluir a quienes sin estar casados llevan adelante una unión convivencial a los progenitores afines en familias ensambladas, a los hijos del otro conviviente, a los hermanos que convivían bajo el mismo techo, etc.

Concluye el citado autor que “el elenco de legitimados que puedan ser incorporados en esta fórmula, irá siendo definido y precisado por la jurisprudencia con la aplicación de la norma a los casos concretos”⁹⁴.

Vale agregar, en forma previa al análisis de los casos en particular, que el referido anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial mantiene la misma fórmula que el plexo normativo actual, es decir, requiere la convivencia con la víctima y un trato familiar ostensible, por lo que el sustrato de esta tesis (hipótesis y conclusión) sigue estando totalmente vigente, como así también la discusión sobre la constitucionalidad o no de la fórmula elegida por el codificador.

Sección III

El caso de los integrantes de las uniones convivenciales

En cuanto a los integrantes de concubinatos o uniones convivenciales, como fue explicado, existió un arduo debate antes de la ampliación dispuesta por el artículo 1741 del CCyCom, no solo respecto al derecho a accionar ante la muerte de su pareja, sino que la discusión era aún más amplia, ya que, en la sanción de normas aisladas en distintas materias, como la previsional o alimentaria, su reconocimiento por el derecho nacional y jurisprudencia fue negada como estado familiar.

La reciente legislación privada les otorgó a las uniones convivenciales el estatus de institución legítima del derecho de familia. El título III del Libro Segundo

⁹⁴ Alberto Bueres, op. cit., p. 482.

del CCyCom establece las bases normativas que rigen los derechos y obligaciones de los integrantes de estas uniones. El art. 509 dispone: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo”.

Se establecen, en el artículo 510 del CCyCom, los requisitos que deben reunir para el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos en el título, los que pueden resumirse en falta de impedimentos de parentesco (inc. b y c), de ligamen por matrimonio o por la registración de otra unión en forma simultánea (inc. d), la mayoría de edad de los convivientes (inc. a) y el mantenimiento de la convivencia durante un periodo no inferior a dos años (inc. e), sin que su registración sea un requisito de su existencia, pues puede probarse por cualquier medio (art. 512), pero constituye prueba suficiente de su existencia (art. 511).

Con esta nueva categoría jurídica, resulta innegable que las uniones deben ser alcanzadas por la legitimación activa para reclamar por el daño moral propio sufrido por la muerte de su compañero/a, considerando que se reúnen en dicha definición el doble carácter de convivencia y trato familiar ostensible que requiere la letra del artículo 1741 para que sea procedente la petición judicial en este sentido.

Cabe aclarar que, según el concepto de unión convivencial expresado en el art. 509 del CCyCom, no es justificada la distinción entre uniones heterosexuales u homosexuales, ya que, en consonancia con el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, apartarse de dicho criterio unificador sería discriminar injustificadamente tales supuestos, máxime cuando la propia norma no diferencia en la definición si deben ser convivientes de sexos diversos o si se incluyen a los de una misma condición sexual.

Como fue dicho, llenándose los requisitos establecidos en los arts. 509 y 510 del CCyCom, se completan también las exigencias respecto a los convivientes establecidos en la fórmula del art. 1741 del citado plexo normativo.

Hasta aquí no había ninguna discusión sobre la inclusión de los integrantes de estas uniones “regulares”. Ahora bien, cabe abrir nuevos interrogantes en cuanto a las uniones convivenciales cuando los casos que se presentan no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 510 y se incluyen entre los legitimados activos para los supuestos de muerte o incapacidad grave de sus parejas.

Esta parte considera que, tal como lo dispone el propio artículo citado *ut supra*, las exigencias dotan de efectos jurídicos a los integrantes de las uniones que cumplan con ellas en relación con los efectos que se regulan en dicha sección, tales como el derecho a celebrar pactos de convivencia, a la protección de la vivienda en común, a recibir asistencia del otro conviviente, etc.; sin que la falta de alguno de ellos sea óbice para su inclusión entre los legitimados activos indirectos del artículo 1741 del CCyCom.

Claramente sería violatorio de derechos y garantías de igualdad ante la ley, el principio de reparación plena y distintas normas del derecho constitucional, etc., el rechazo de la legitimación de aquellas personas que cumplen con la calidad de convivientes en los términos del artículo 509, pero que no son mayores de 18 años o llevan como tiempo de cohabitación con la víctima directa un año, once meses y veintinueve días, cuando la ley requiere una antigüedad de dos años.

Es decir, a efectos de la legitimación activa para reclamar los perjuicios morales sufridos a raíz de la muerte o gran discapacidad de su pareja, los integrantes de la pareja de convivientes no necesitan acreditar antigüedad de dos años, aunque sí una cierta permanencia, ni tampoco que sean mayores de edad o que no los alcanzan los demás impedimentos que se exigen para ser titulares del estatus jurídico que les otorgan las normas del derecho de familia. Esto es así ya que, en concordancia con la definición de daño resarcible que abarca la protección de los intereses no prohibidos por el ordenamiento jurídico, el artículo 1741 solo exige la convivencia y el trato familiar ostensible para ser titulares de la acción indemnizatoria.

Ahora bien, cabe interrogarse sobre los casos de uniones afectivas de personas de cualquier sexo que, sin cumplir con el presupuesto de la convivencia en el sentido de cohabitación, presentan claramente las demás notas características de uniones sentimentales con lazos afectivos profundos entre sus integrantes, proyectos en común, etc. y que, habiendo perdurado en la relación durante años, se reconocen como seres vinculados de forma permanente a través del amor común, la fidelidad y demás aspectos que caracterizan a las parejas estables, incluyendo el trato familiar ostensible que los ubican como una unidad ante la percepción de otras personas que conforman su círculo social.

Es clara la respuesta por la negativa de su legitimación activa si nos atenemos en forma estricta a la letra del artículo 1741 del CC, ya que el presupuesto de la convivencia es el que eligió el legislador para fijar el límite medianamente objetivo

de los eventuales pretenses indirectos, y ello aparece a primera vista como razonable con el fin de evitar la tan temida “catarata de damnificados”. No estamos hablando de los simples noviazgos o relaciones pasajeras, sino de las uniones que con regularidad se presentan en la sociedad moderna, caracterizada por factores externos que, aún con el interés de los integrantes de la pareja estable de vivir bajo un mismo techo, ello les resulta imposible, como el caso de parejas que, por razones laborales, se ven obligadas a migrar en busca de trabajo y a residir en ciudades distintas, pero que tienen comunicación permanente mediante los innumerables medios de comunicación que hoy existen (celulares, redes sociales, etc.). Claramente respecto a tales supuestos el requisito de convivencia los excluye como legitimados activos indirectos, lo que no implica que realmente sufran daños graves de índole moral ante el deceso de su pareja o una grave incapacidad de esta.

En ese orden, el cuestionamiento que puede efectuarse a la nueva legislación en la materia es que, siendo estos sujetos titulares de intereses no prohibidos por el ordenamiento jurídico (art. 1737) y pudiendo demostrar la existencia de la afección extrapatrimonial, el artículo 1741 no resulta contradictorio al concepto mismo de daño resarcible, a la nueva concepción de la antijuridicidad (art. 1717) y al principio de reparación plena ante daños injustamente sufridos, que tiene rango constitucional.

Sin duda, las respuestas a la inquietud planteada serán resueltas por nuestros magistrados con criterios disímiles, resultado de las circunstancias concretas y reales de cada caso y de la concepción de la responsabilidad civil que adopten los distintos tribunales de nuestro país. Por mi parte, entiendo que aplicar con un sentido literal el requisito de convivencia del pretensor y la víctima, es decir, como la cohabitación física y no con la acepción de vinculación espiritual permanente, aunque no residan bajo un mismo techo, llevaría a soluciones de evidente injusticia, ya que lo que se protege son los intereses legítimos del afectado indirectamente, siendo indiferente que sean parejas que convivan en una misma casa, las que muchas veces no mantienen ningún vínculo afectuoso, o uniones que no lo hagan, pero conserven su relación sentimental con carácter de permanencia.

Sección IV

El caso de los hermanos de la víctima

Análoga situación a la anterior se presenta en relación con los hermanos del damnificado directo ante su muerte o gran incapacidad. Resulta incuestionable de

la interpretación literal del artículo 1741 del CCyCom que, cuando cohabiten con ellos y ante el resto de los integrantes de la sociedad se dispensen un trato familiar y fraternal, los hermanos serán legitimados activos para reclamar su daño moral. Sin embargo, tales extremos deberán ser acreditados por el accionante para la admisión de su legitimación y la procedencia de la indemnización del perjuicio.

Ahora bien, es lógico suponer que, cuando los hermanos no cohabitan en el sentido básico del término, estarán exentos y serán inmunes al sufrimiento espiritual que sin duda alguna produce el injusto fallecimiento de su hermano. La respuesta negativa se impone aún desde el criterio común, ya que lo normal es que, alcanzada la madurez, los hermanos formen sus propios núcleos familiares y residan en unidades habitacionales distintas, sin que ello signifique perder no solo el estado parental, sino fundamentalmente el vínculo afectivo y comunicacional con sus hermanos.

Pizarro nos da su opinión favorable a legitimar a los hermanos no convivientes al expresar: “En este orden, nos parece intolerable que se legitime activamente al bisabuelo o al bisnieto y se niegue legitimación por daño moral al hermano de la víctima cuando no conviva con ella. Esto último no condice con los criterios que hoy exhibe la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de daños a la persona”⁹⁵. Concluye:

Tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos no convivientes a quienes permite considerarlos legitimados activamente para reclamar daño moral sin que obste, por cierto a la exigencia de demostración del perjuicio por parte de aquellos... En suma, la limitación en materia de legitimación activa establecida en el artículo 1741 puede devenir en muchos casos inconstitucional por degradar en su esencia el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente causado y también por consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales⁹⁶.

Por su parte, en un reciente fallo de la Segunda Cámara en lo Civil Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza⁹⁷, resuelto por la época en que ocurrió el daño (fallecimiento de una maestra a manos de delincuentes) conforme a la nor-

⁹⁵ Pizarro y Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I, Buenos Aires, Culzoni, p. 195.

⁹⁶ Pizarro y Vallespinos, op. cit., pp.197 y198.

⁹⁷ Segunda Cam. De Apelaciones en lo Civil, Com. y Minas de Mendoza, 5 de mayo de 2016, expte. N° 113.497/51.433, carat.: “Orona, Hugo Omar c/ gobierno de la provincia de Mendoza p/ d. y p.”.

mativa del anterior Código Civil, concretamente en relación con la legitimación de las hermanas de la víctima muerta en función de lo establecido por el artículo 1078 de dicho cuerpo legal, pero aplicando analógicamente lo regulado al respecto por el actual artículo 1741 del CCyCom y las pautas que surgen del derecho de daños moderno, como así también la jurisprudencia y doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dictaminó estas estaban legitimadas para reclamar el resarcimiento del agravio espiritual que experimentaron por el trágico deceso de su hermana, aunque no conviviesen con ella al tiempo de su muerte.

Ahora bien, además de lo novedoso que resultó dotar de acción a los hermanos, aunque no residieran con la víctima, también es llamativo el razonamiento de la magistrada preopinante que posibilitó legitimar a las actoras declarando de oficio la inconstitucionalidad de la normativa que utilizó para su fundamentación (art. 1078, CC). También efectuó una original interpretación del artículo 1741 del CCyCom en relación con la falta de cumplimiento del requisito de la convivencia que establece la actual regulación para estos pretensores. Para conseguirlo, se recurrió a una interpretación amplia del término “convivir” que utiliza la actual fórmula legal.

Dada la originalidad y justicia del pronunciamiento apuntado, se opta por transcribir los pasajes más destacados:

En el caso concreto la aplicación del art. 1078 del Código Civil, arriba a una solución injusta y contraria a la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, con respecto a Patricia y Graciela Oroná, fundamentalmente porque atenta contra el derecho a obtener una reparación plena del daño (art. 19 CN). La dramática muerte de Claudia, impactó fuertemente, en los vínculos afectivos y solidarios de las hermanas Oroná. Así mismo el art. 1078 del CC parece reducir el concepto de familia a los herederos forzosos, lo cual también atenta con una visión amplia de la misma, tal como, la protegen los Tratados Internacionales, La constitución Nacional y el nuevo Código civil y Comercial.

En un esclarecedor fallo la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael se pronunció declarando de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 CC y otorgó el reclamo por daño no patrimonial a un hermano: “El art. 1078 del Cód. Civil es inconstitucional, en cuanto niega legitimación a la accionante para reclamar el daño moral sufrido por la muerte de su hermano, pues se acreditó que convivía con él en el mismo hogar, compuesto por ellos y su madre, y que el extinto era el sostén económico de la familia,

debiendo ponderarse también la circunstancia especial de que el fallecimiento fue producto de un homicidio. (26 de junio de 2013, “C., C. p/ sí y en rep. de su hija menor G. N. E. c. T. M., O. s/ ordinaria - ds. y ps. (con excep. contr. alq.)”, DFyP 2013 (diciembre), 220, AR/DOC/4235/2013).

Por último, cabe recordar el art. 1741 CCyC., haciéndose eco de las críticas al art. 1078 CC, amplía notablemente la legitimación activa: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.”. Es claro entonces, que la legislación vigente no otorga legitimación únicamente a los herederos forzosos, sino que, establece pautas amplias que el juzgador debe interpretarlas razonablemente-te, teniendo en cuenta el derecho a la reparación plena (1740 CCyC) y la protección de la persona humana (51 CCyC). **Especialmente, el término “convivencia” no es sinónimo de vivir bajo el mismo techo. La convivencia es una noción amplia que abarca y supera el mero cohabitar bajo el mismo techo. El concepto de convivencia alude a vivir con otros, a compartir con otros.** El diccionario de la Real Academia Española define el verbo convivir, como: “Vivir en compañía de otro u otros”. De allí que, no cabe restringir la convivencia, a la que alude el art. 1741 CCyC, a las uniones convivenciales de los arts. 509 y siguientes. De tal modo, estando probado el perjuicio sufrido por las hermanas de Claudia Oroná, derivados de su muerte, corresponde declarar que el art. 1078 CC ha devenido inconstitucional. **(el resaltado es propio).**

Otro camino elegido ya con el nuevo Código es el de declarar directamente la inconstitucionalidad del artículo 1741 en relación con la exigibilidad de la convivencia como requisito para legitimar a hermanos de la víctima.

Recientemente, el juez en lo Civil y Comercial de San Francisco Córdoba, el Dr. Carlos Viramonte, declaró la inconstitucionalidad del artículo 1741 del Código Civil y Comercial, en tanto niega la legitimación para reclamar el daño moral a los hermanos no convivientes cuando se produce la muerte del damnificado⁹⁸. En consecuencia, el magistrado resolvió indemnizar no solo a los padres de un

⁹⁸ Juzgado en lo Civil y Comercial de San Francisco, Córdoba, 22 de noviembre de 2017, Expte. “PIZZI, ROBERTO OSCAR Y OTROS C/ PALLINI, HECTOR JOSÉ – ORDINARIO - EXPTE. N° 2726509”

ciclista que murió en un accidente de tránsito, sino también a sus tres hermanas no convivientes. El accidente se produjo el 3 de septiembre de 2015, cuando un camión Scania, con acoplado, embistió a un hombre que circulaba por la Autovía ruta 19 en bicicleta. En este sentido, el magistrado consideró que dicha limitación viola el principio de igualdad y de protección a la familia, estableciendo una alteración irrazonable del derecho constitucional a la reparación plena.

Así fundó su decisión sobre la inconstitucionalidad del requisito de la convivencia para el caso de los hermanos de la víctima fatal:

En el sublite, las tres hermanas reclamantes no convivían con la víctima. En ese contexto, y en función del planteo articulado, cabe analizar si, en el caso concreto de autos, la limitación legal supera el test de constitucionalidad, conforme con los principios establecidos en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que Argentina es parte, tal como lo imponen los arts. 1 y 2 del mismo Código Civil y Comercial. El punto de partida radica en que el derecho a la reparación plena de los daños causados a la persona tiene raigambre constitucional (arg. art. 19 de la Constitución y arts. 5.1, 21.2 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pues la causación de daños implica la trasgresión del principio *alterum non laedere* (“no dañar a otro”), tal como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace algunos años, postulando que se vulnera la dignidad de las personas cuando normas inferiores limitan inadecuadamente las indemnizaciones (conf. CSJN, 5/8/1986, “Santa Coloma, Luis y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, JA-1986-IV-624; y 5/8/1986, “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, ED-120-522; “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, del 21/9/2004).

En este sentido, la Corte ha señalado que tanto el derecho a una reparación integral, como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral, y el derecho a la vida que enlaza a primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al arto 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4, 5 Y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 335:2333). Así, actualmente es indiscutible que el derecho de la persona humana a ser reparada de los daños ocasionados a sus derechos personalísimos es un derecho constitucional. La incorporación, en el año 1994, de los Tratados Internacionales del art. 75 inc. 22º de la C.N., elevó cuali-

tativamente los derechos personalísimos (integridad psicofísica, identidad, intimidad, imagen, honor, etc.), y los colocó en un lugar preferente.

Ahora bien, existen normas para casos puntuales que limitan la legitimación activa, como el art. 1741 del CCC que excluye del elenco de legitimados activos para reclamar la reparación del daño extrapatrimonial a los hermanos no convivientes de la víctima. Cabe preguntarse si, en este caso, la norma vulnera el derecho constitucional a la reparación plena. Al respecto, y en función de la manera en que se encuentra plasmado el principio, la reparación debe considerarse plena sólo en el caso en que se encuentren alcanzadas las consecuencias que el ordenamiento manda a resarcir como regla. Toda restricción a dicha extensión de la responsabilidad, como la establecida en el art. 1741 del CCC, debe considerarse como una “limitación” al principio que, para ser válida constitucionalmente, no debe implicar una alteración irrazonable al derecho constitucional a la reparación plena. En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28; conf. Fallos: 327:3753). En otras palabras, las limitaciones legales a la reparación plena (como la dispuesta en el art. 1741), deben superar el test constitucional y convencional de la razonabilidad de las restricciones a los derechos constitucionales (art. 28, Cont. Nac.).

Analizando el problema desde la perspectiva descripta, considero que, si se demuestra la existencia del daño extrapatrimonial reclamado, la negación de legitimación establecida en el art. 1741 a los hermanos no convivientes de la víctima fatal implica una alteración irrazonable del derecho constitucional a la reparación plena, a la igualdad ante la ley y a la protección integral de la familia. Ello así por cuanto la norma discrimina irrazonablemente a los hermanos no convivientes de los convivientes, ya que el hecho de convivir o no hacerlo, no puede ser considerado como una causa que permita, de manera justificada, tratar de manera diferenciada a hermanos que, en definitiva, tenían el mismo vínculo con el fallecido, más allá de que pueda ser más intenso (o no, depende el caso) entre quienes convivan. Ello vulnera el art. 16 de la Constitución Nacional (Principio de Igualdad).

Como puede advertirse, se presentan ya divergencias doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la real concreción del valor de justicia y del principio de re-

paración plena de los daños morales injustamente sufridos por los damnificados indirectos ante la muerte o gran incapacidad de la víctima del hecho lesivo, especialmente cuando no son ascendientes, descendientes o cónyuges de ella, cuestionándose la constitucionalidad de la fórmula utilizada por el legislador en el artículo 1741 del CCyCom en cuanto exige la convivencia y trato familiar ostensible entre el pretensor y el damnificado directo.

Capítulo VIII. La conclusión del trabajo

Tal como fue expresado en la introducción de este ensayo, la sanción del Código Civil y Comercial, vigente desde el año 2015, ha significado un enorme avance de la teoría moderna del derecho de daños por sobre las posiciones que tradicionalmente acentuaban la importancia de los aspectos relativos a los autores de los perjuicios, su culpabilidad y la antijuridicidad formal de sus conductas, para poner su foco en la víctima del daño injustamente sufrido y la necesidad de que dichas personas reciban reparación plena, siendo ello el objetivo de la responsabilidad civil en su función resarcitoria. Como hemos visto también, se ha incorporado, con esta novel legislación, la tarea preventiva de la responsabilidad civil, lo que da un salto cualitativo y axiológico en busca de evitar (o aminorar) los efectos de daños que injusta e inminentemente sufrirían las víctimas como primera medida de acción de nuestra materia

Tales modificaciones normativas han significado, además, una ampliación de los sujetos que tienen acción para reclamar ante el órgano jurisdiccional su intervención, sea con fin preventivo o resarcitorio de los daños indemnizables.

A esta conclusión se arriba a través de la simple lectura de artículos como el 1712 (legitimación para acción preventiva), el 1717 (concepto material de antijuridicidad), el 1737 (concepto de daño inclusivo de los intereses simples no prohibidos por el ordenamiento jurídico) y, especialmente en el tema que constituye el objeto del presente ensayo, el 1741, todos del Código Civil y Comercial. Con la última norma citada se han superado arduos debates que ocuparon a nuestros autores y magistrados durante varias décadas, principalmente respecto al significado que debía dársele a los términos “herederos forzosos” y sobre la posible inclusión de otros sujetos como damnificados indirectos en caso de muerte de la víctima, aparte de dichos sucesores necesarios. El artículo 1741 no solo superó

con creces las discusiones mencionadas precedentemente, sino que avanzó e hizo extensiva la legitimación indirecta aún en los supuestos de sobrevida de la víctima directa del daño.

Para las dos hipótesis previstas (muerte o gran incapacidad), doto de acción con presunción *iure tantum* respecto a la existencia del agravio moral a los ascendientes, descendientes y cónyuges (cualquiera sea el sexo). Pero, además y en consonancia con la incorporación de los intereses simples al concepto de daño resarcible, incluyo a otras personas distintas de las mencionadas en la primera parte de la norma, que, detentando intereses legítimos e incluso simples no prohibidos por el ordenamiento jurídico y reuniendo determinadas condiciones, son considerados como legitimados para accionar por la reparación del agravio extrapatrimonial experimentado *iure proprio*.

Tales condiciones son básicamente las de convivencia y trato familiar ostensible con la víctima directa del perjuicio, existiendo con ello situaciones que sin dudas ingresarían en estos parámetros, tales como los miembros de las uniones convivenciales (art. 509 del CCyCom), los hermanos que cohabitan con la persona fallecida o discapacitada, etc.

Sin embargo, como ha sido explicado, se ha abierto un nuevo debate doctrinario respecto al significado que debe otorgársele a la fórmula utilizada por el legislador y, en particular, el alcance que debe otorgársele al término “convivencia”, ya que, para parte de la nueva jurisprudencia y también para respetados autores, limitar su significado a la cohabitación en sentido físico y no espiritual significaría dejar injustamente sin la correspondiente indemnización a damnificados que indudablemente experimentarían, ante estos desgraciados supuestos (muerte o gran incapacidad), un perjuicio espiritual enorme, por el solo hecho de no compartir la misma unidad habitacional que la víctima. Tal sería el caso de los hermanos, que de común y al alcanzar la edad madura establecen su residencia en lugares distintos; negarles el derecho a accionar por el dolor que la desaparición o disminución grave de su pariente le provocan resulta totalmente irrazonable y contrario al principio constitucional de reparación plena del daño injustamente sufrido, contenido en nuestra carta magna y en los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país y que conforman el derecho superior en nuestro ordenamiento jurídico.

Con lo expuesto, recordando la hipótesis del trabajo: **“Resultará suficiente o, por el contrario, escasa la reforma legislativa en materia de daños para in-**

cluir a todos los damnificados indirectos de perjuicios morales, evitando con ello situaciones concretas de aparentes injusticias”, entiendo que actualmente no se han contemplado distintas situaciones que ameritan el amparo y el reconocimiento legal ante la existencia del daño moral que sufren algunas personas ante la muerte o gran incapacidad de la víctima. Desde mi punto de vista, la solución legal vigente, imprescindible y necesaria es una modificación de la normativa actual que contemple, mediante una fórmula con mayor flexibilidad, los casos en que, por lazos sentimentales y/o parentales, exista un interés no prohibido por ley conculcado por una acción u omisión antijurídica que provoca un daño moral a damnificados indirectos, ello sin perjuicio de que estos deban acreditar dichos extremos en la instancia procesal oportuna.

Por otra parte, como ha sido dicho también anteriormente, existe un anteproyecto de ley de modificación del actual —art. 1741 (entre tantas otras normas)— que en nada cambia las reglas y requisitos de convivencia y trato familiar ostensible en cabeza del damnificado indirecto para poder válidamente accionar ante el agravio espiritual sufrido frente el deceso o grave incapacidad de la víctima.

Desde mi humilde parecer, convendría suprimir el requisito de convivencia en el sentido estricto de la palabra, aclarando que tienen derecho para reclamar, en los casos que el artículo en cuestión menciona, toda persona que haya sufrido un daño moral propio y que haya mantenido, al momento de la muerte o grave discapacidad del damnificado directo, un trato familiar ostensible con él con carácter de perdurabilidad de dicho trato en el tiempo. De esta forma, se incluirían los supuesto en que, sin ser conviviente, se permita accionar y luego probar, en el proceso pertinente, la existencia del agravio no patrimonial de personas, como los hermanos que no cohabitaban con la víctima o de las parejas o uniones estables que, sin cumplir con dicha requisitoria de convivencia formal, indudablemente sufren en su paz y tranquilidad espiritual y emocional un perjuicio ante la pérdida o deterioro de la persona a la cual la unía un lazo real y efectivo al tiempo del acontecimiento lesivo.

Hasta que dicha modificación legislativa no suceda, sin dudas y sin perjuicio de fijar mi posición a favor de la mayor amplitud del significado de la fórmula “convivencia con trato familiar ostensible”, es esperable que sean nuestros tribunales y doctrina nacional los que nuevamente lleven las fronteras de la legitimación de los damnificados indirectos para accionar por daño moral, hasta lo que

las garantías y principios constitucionales vigentes establecen. Será una ardua tarea, pero existe la esperanza y certeza de que los actores principales de nuestra materia (abogados, jueces, doctrinarios, etc.) estén a la altura que la circunstancias nuevamente les exigen.

Bibliografía

- Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M. *Responsabilidad civil*, Medellín, Dike, 1995.
- Bidart Campos, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Buenos Aires, Ediar.
- Bueres, Alberto J. *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios: Doctrina y comentarios de jurisprudencia*, t. IV, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1997.
- Cazeaux, Néstor Pedro y Trigo Represas, Félix. *Derecho de las obligaciones*, 3era. ed. aumentada y actualizada, La Plata, Editora Platense SRL, 1996.
- *Diccionario Enciclopédico Vox 1*. ©, 2009, Larousse Editorial, S.L.
- Fernández Sessarego, Carlos. *Daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires, La Roca, 1993.
- Fernández Sessarego, Carlos. (1992). Daño moral y daño al proyecto de vida, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (1), “Daños a la persona”.
- Fernández Sessarego, Carlos. “El daño al proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*.
- Galdós, Jorge M. (febrero de 2005). Daños a las personas, *RCyS*.
- Gandolla, Julia. (1999). Daño moral por muerte del concubino, *Revista de Derecho de Daños*, (6), “Daño moral”.
- *Gran Diccionario de la Lengua Española* ©, 2016, Larousse Editorial.
- Iribarne, Héctor Pedro. *De los daños a las personas*, Buenos Aires, 1995.
- Juzgado CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, 1986.
- Juzgado CS, 6 de abril de 1993, “Bahamondez Marcelo s/ Medida Cautelar”, La Ley, 1993-D, 130; DI, 1993-2-501, votos concurrentes, Fallos 316:479.

- Juzgado Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 1998, “Loayza Tamayo, María E.”
- Juzgado Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2002 “Bamaca Velázquez c/ Guatemala”, LL, 2003-A-264.
- Juzgado Segunda Cam. De Apelaciones en lo Civil, Com. y Minas de Mendoza, 5 de mayo de 2016, expte. N.º 113.497/51.433, carat.: “Orona, Hugo Omar c/ gobierno de la provincia de Mendoza p/ d. y p.”
- Juzgado en lo Civil y Comercial de San Francisco, Córdoba, 22 de noviembre de 2017, expte. “Pizzi, Roberto Oscar y otros c/ Pallini, Héctor José – Ordinario Expte. N.º 2726509”
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. (1979). Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito, *JA*, III.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. (1992). El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino de la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (1), “Daños a la persona”.
- López Mesa, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- López Olaciregui. (1964). Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo, *Revista de Buenos Aires*, I-IV.
- Lorenzetti, Ricardo. El sistema de responsabilidad civil: ¿Una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?, *La Ley*, 1993-D.
- Lorenzetti, Ricardo. *Apuntes de la Carrera de Especialización de Derecho de Daños (UNL)*.
- Lorenzetti, Ricardo. Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, *La Ley*, 1996-D-1062.
- Lorenzetti, Ricardo. La responsabilidad civil, Material de post grado de la Especialización en Derecho de Daños, *La Ley*, 2003-A-973; *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, 1.995.
- Mayo, Jorge A. Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral, *Rev. Resp. Civil y Seg.*, VII(III).
- Mosset Iturraspe, Jorge. (1999). Daño Moral. Noción crítica a la denominación. Daño Extrapatrimonial. Daño a la Persona, *Revista de Derecho de Daños*, (6), “Daño moral”.

- Mosset Iturraspe, Jorge. (1992). El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (1), “Daños a la persona”.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel, *Responsabilidad por daños*, t. V, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016.
- Pizarro, Ramón D. *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996.
- Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2017.
- Rivera, Julio César. (1998). Legitimados para demandar la indemnización de daños, *Revista de Derecho de Daños*, Accidentes de tránsito, t-III.
- Sagüés, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Astrea.
- Stiglitz, Gabriel. “Daño resarcible”, en *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.
- Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo. *Tratado de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- Zavala de Gonzáles, Matilde. *Resarcimiento de daños*, t. 2-A, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.
- Zavala de Gonzáles, Matilde, Daño existencial por la muerte de un concubino, *Rev. Responsabilidad Civil y Seguro*, VII(XI).

LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La convocatoria de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil convocó a estudiar el régimen jurídico de los contratos de larga duración. El tipo fue previsto en el marco del “Título II. Contratos en general”, “Capítulo 5. Objeto” expresamente en el artículo 1011 del Código Civil y Comercial cuando se reguló que en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

El artículo delimita tres áreas para reflexionar. La primera está relacionada con las características que definen el tipo y, a partir de ello, sus consecuencias. En segundo término, determina el alcance del deber de colaboración. Y, finalmente, en la tercera, delimita la imposición de renegociar cuando una de las partes decide la rescisión del contrato.

Esta guía de los principales problemas que presenta la hermenéutica de la normativa que regula el contrato de larga duración será motivo de análisis con la idea de que sea un punto de partida de los debates que enriquecerán las conclusiones de las jornadas.

II. Concepto. Tipificación

El artículo 970 del Código Civil y Comercial clasifica, básicamente, a los contratos como nominados o innominados. Son nominados cuando la ley los regule especialmente. En cambio, los innominados no han sido reglados por la ley, razón por la cual se rigen por la voluntad de las partes expuesta en el contrato celebrado, por las normas generales de los contratos y de las obligaciones que siempre actúan en forma supletoria, por los usos y prácticas del lugar de celebración y por las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines y compatibles con su finalidad¹. Como se infiere del contenido del art. 1011, el Código Civil y Comercial ha caracterizado legalmente a los contratos de larga duración, por lo que, *ab initio*, se debe incluir a este tipo en el marco de los nominados.

La peculiaridad de tal descripción legal se focaliza en el resaltar que “el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar”. Es decir, adiciona al objetivo natural de un contrato el elemento “tiempo” porque considera que es esencial para el cumplimiento de los fines del contrato.

Por cierto, a partir de ello, diversos contratos nominados por la ley u otro e innominados, en los cuales el tiempo fuere esencial para satisfacer el interés del acreedor, pueden quedar incluidos en esta categoría especial, agregando a sus requisitos y elementos característicos el contenido del art. 1011 (Cód. Civ. y Com.).

El otro detalle surge de su propia denominación “contratos de larga duración”, que implica que las obligaciones contractuales no están previstas para cumplirse y agotarse en un solo momento, sino que, por el contrario, son de cumplimiento prolongado en el tiempo. Ello descarta los contratos con plazo esencial, aun

¹ Alferillo, Pascual E. El contrato de elaboración por el sistema de maquila, Vino – Caña de Azúcar, Mendoza, Ediciones Jurídica de Cuyo, 1994, p. 65; El contrato de maquila. Análisis exegético de la Ley 25113, Buenos Aires, IJ Group, 2022, pp. 67 y ss.; (30 de noviembre de 2021). El contrato innominado. Paradigma de la autonomía de la voluntad, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, (14), Contratos, IJ-MMCXXXVIII-100; (10 de noviembre de 2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, (2), Cláusulas Abusivas, IJ-XCIII-456; (11 de abril de 2018). El contrato de maquila y el Código Civil y Comercial. La autonomía de la voluntad, la buena fe y el abuso de la posición dominante, La Ley, (1), La Ley 2018-B, 947, TR La Ley AR/DOC/578/2018; entre otros. Sánchez Herrero, Andrés. Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV Contratos – Parte General, Andrés Sánchez Herrero (dir.), Buenos Aires, Thomson Reuters, 2016, pp. 76 y ss.; Leiva Fernández, Luis F. P. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª edición actualizada y aumentada, Jorge H. Alterini (dir. gral.), Ignacio E. Alterini (coord.), Tomo V Contratos – Parte General, arts. 957 a 1122, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, pp. 96 y ss., entre otros autores.

cuando el pago se haya diferido en el tiempo, como es, por ejemplo, la entrega de la torta de cumpleaños o el vestido de novia para celebrar el casamiento, cuyo precio se abonó anticipadamente. En la caracterización del “contrato de larga duración” como tal, lo neurálgico es que el tiempo para la ejecución de las obligaciones pactadas sea fundamental para el cumplimiento del objeto del convenio, porque permitirá que acaezcan los efectos acordados por las partes satisfaciendo las necesidades que los inspiró para celebrar el contrato.

Ello, sin lugar a duda, remite a compulsar el contenido del art. 1003, que, por remisión a la regulación del objeto de los actos jurídicos (Sección 1ª, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero del Código), prevista en el art. 279, ha definido una larga disputa doctrinaria relacionada con lo que se debe entender como objeto de los contratos.

En ese sentido, Leiva Fernández participa del criterio que “distingue objeto inmediato, que es el haz de derecho y facultades que se atribuyen las partes a través de la contratación, y un objeto mediato conformado por los bienes (cosas y derechos)”².

Sin perjuicio de la respetable opinión transcrita, se debe precisar que el contrato es fuente de obligaciones, razón por la cual estas adquieren un protagonismo esencial en la definición del objeto del contrato, dado que, cuando se hace referencia a un haz de derechos y obligaciones, se refiere, de acuerdo con el texto del art. 724, a la relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito que, en los bilaterales, una parte puede ser a la vez acreedor y deudor³. Pero las obligaciones tienen la finalidad de “satisfacer el interés del acreedor”, lo cual se obtiene cuando se realiza efectivamente el pago del objeto de la obligación, que es el bien procurado.

El contrato no es únicamente un acto jurídico; es un instituto más complejo, donde las voluntades convergen y pactan un entramado de obligaciones que tiene por finalidad u objetivo satisfacer las necesidades de las partes intervinientes en el contrato. Y ello se logra cuando paga el bien debido y se extinguen todos los

² Leiva Fernández, op. cit., p. 326.

³ Alferillo, Pascual E. Tratado de Derecho Civil y Comercial, 2ª edición, Tomo II Obligaciones, títulos valores y defensa del consumidor, Andrés Sánchez Herrero (dir.) Pedro Sánchez Herrero (coord.), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2018, pp. 1/6. El autor precisa que “la obligación es el vínculo jurídico mediante el cual una parte –denominada ‘deudor’ –, se compromete a cumplir con una prestación para satisfacer el interés de otra –denominada ‘acreedor’, cuyo crédito es tutelado legalmente para obtener su cumplimiento”.

debidos creados. En este punto, el tiempo de ejecución del contrato ocupa un papel preponderante para la satisfacción del interés de las partes, sin cuya previsión no se hubiere pactado el compromiso.

Del razonamiento desarrollado, se advierte que el art. 1011 del Cód. Civ. y Com., para describir al “contrato de larga duración”, no contiene ninguna previsión reguladora del resto de las características del pacto celebrado. Es decir, la caracterización legal es acotada y, como no impone otro requisito, dentro de su marco normativo pueden incluirse varios contratos que comparten el requisito de largo tiempo de ejecución para satisfacer, del modo pactado independientemente, el interés de las partes. Por ello, se puede aseverar que el art. 1011 identifica, nomina o tipifica como una categoría genérica a los “contratos de larga duración” porque pueden incluirse en ella no solo los contratos reglados legalmente, sino también algún innominado creado por la voluntad de las partes que respondan a las características reguladas.

Respecto de este punto, con un criterio diferente, Sánchez Herrero distingue entre: contratos de ejecución instantánea o de duración. Al respecto sostiene que

los primeros son aquellos cuyas prestaciones pueden y deben cumplirse en un solo momento o en un lapso muy breve. Con esto último no aludo tan solo ni principalmente al aspecto material de la cuestión, sino que, cumplidas las prestaciones de esa manera, satisfacen el interés del acreedor, legitimado por el contrato, en que la prestación se cumpla en un solo momento; en consecuencia, la prestación debe cumplirse de esa forma. Al recibir el pago, su interés queda satisfecho en forma total e inmediata (en lo que tiene que ver con esa obligación, al menos). Es lo que ocurre, por ejemplo, en una compraventa inmobiliaria pura y simple: tanto la entrega de la mercadería como el pago del precio se deben realizar en el acto⁴.

El autor describe a la otra categoría diciendo que

en los contratos de duración, en cambio, son los que contienen una o varias prestaciones cuya ejecución no es susceptible de realizarse en un solo momento: se cumplen a lo largo del tiempo, ya sea sin solución de continuidad o a intervalos; en cualquier caso, su cumplimiento no se verifica o no puede verificarse en un solo acto o en un lapso muy breve [...]. En definitiva, en el contrato de duración,

⁴ Sánchez Herrero, op. cit., pp. 115 y ss.

más allá de cuales hayan sido los motivos para haber pactado que la prestación no podría ejecutarse en un solo momento, la razón más inmediata es que así se lo pacto, ya sea en forma expresa o implícita. Aquí el tiempo no es una simple modalidad de su ejecución, sino que es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes⁵.

Desde nuestra óptica, y como se trató de resaltar *up supra*, el contrato contiene un haz de obligaciones, en cuyos bilaterales las partes son al mismo tiempo acreedores y deudores. Por ello, todo contrato que se difiera del pago de una de las obligaciones comprometidas podría ser calificado como “contrato de duración”, pero no de “larga duración”, como, por ejemplo, la compraventa con pago del precio prorrogado en el tiempo a determinada fecha, con entrega inmediata de la cosa.

El art. 1011 del Cód. Civ. y Com. induce a pensar que las obligaciones emergentes del contrato deben estar diferidas en el tiempo cuando marca que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto y produzcan los efectos queridos por las partes satisfaciendo la necesidad que las indujo a contratar. Es decir, deben coexistir los efectos de las obligaciones pactadas satisfaciendo simultáneamente en el tiempo el interés de todas las partes en un tiempo prolongado. Este criterio eliminaría del marco del art. 1011 del Cód. Civ. y Com. a los contratos en los cuáles solo a una de las obligaciones principales se difiere en el tiempo, porque se le acordó un plazo para su cumplimiento, sea integro o fraccionado.

En sentido contrario, quedarían incluidos en la norma todos aquellos contratos en los cuales las obligaciones principales interactúan en el tiempo, produciendo efectos recíprocos. En tal punto, se entiende ineludible agregar un nuevo elemento que, de igual modo, caracteriza a los contratos de larga duración que, en general, no es tenido por tal, como es que cualquiera de las partes tenga la facultad dada por la ley o convencionalmente para rescindir el contrato. Ello es así por el art. 1077 cuando reglamenta que “el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad”. En función de ello, el contrato de renta vitalicia reglamentado en los arts. 1599 a 1608 quedaría excluido de la categoría del art. 1011, dado que

⁵ Sánchez Herrero, op. cit., p. 116.

no concede la facultad de rescindir, pero sí la de resolver el contrato por falta de garantías (art. 1607) o por enfermedad coetánea a la celebración de quien es tomado como parámetro para calcular el tiempo del convenio (art. 1608). Este requisito del contrato de larga duración se infiere del contenido del tercer párrafo del art. 1011 del Cód. Civ. y Com.

De retorno a la cualidad distintiva principal, Rivera señala que

la caracterización que hace el Código Civil y Comercial es muy simple toma como elemento definitorio, al tiempo cuando el resulta esencial para el cumplimiento del objeto; aunque aquí parecería que la palabra objeto está tomada como finalidad o por lo menos puede también ser interpretada como finalidad. Comprende aquellos contratos en los cuales las inversiones de las partes requieren un tiempo para ser amortizadas, lo que puede ir desde la explotación de un bosque a la construcción y alquiler de una estación de servicios o el suministro de gas para una planta de fertilizantes o una fábrica de aluminio⁶.

De igual modo, Leiva Fernández destaca que

el elemento tiempo, en cuanto duración, o mejor dicho el distribuirse de la ejecución en el tiempo constituye aquel carácter peculiar del contrato: el tiempo no sirve tanto para determinar el momento de la iniciar la ejecución (y, por consiguiente, no es un término o no es sólo un término, sino más bien un elemento esencial –no accesorio) y fundamental para ambas partes por el que se determina la cantidad de prestación, el dilatarse o el reiterarse de la ejecución (la duración es el elemento causal) y también el momento en que el contrato termina⁷.

⁶ Rivera, Julio César. Comentario al art. 1011, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Tomo III – Artículos 724 a 1250, Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.), Mariano Esper (coord.), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 519.

⁷ Leiva Fernández, Luis F. P., Comentario art. 1011, en Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado Exegético, 3ª edición actualizada y aumentada, Jorge H. Alterini (dir.) Ignacio E. Alterini (coord.), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2019, pp. 366 y ss. El autor completa el criterio expresando que “también conocidos como *di lunga durata a contraccti a lungo termine* y en el área del Common law como *long terms contracts*, se caracterizan porque el tiempo –extenso– no opera como elemento accidental sino esencial del contrato. Sin el necesario transcurso del tiempo las partes no logran sa-

También ilustra este rasgo distintivo Sánchez Herrero cuando sostiene que la definición propuesta va en línea con lo previsto en el art. 1011 del Cod. Civ. y Com. Estrictamente – y según se consigna en su títulos-. Este artículo se refiere a los contratos de larga duración. De todos modos, la forma en que se lo caracteriza en su primer párrafo vale, en buena medida, para todos los contratos de duración, incluidos los “cortos”, Según este precepto, [e]n los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes y se mantenga la necesidad que las indujo a contratar⁸.

Por su parte, Orgáz comentó que

el artículo en comentario incorpora al Código Civil y Comercial el concepto de los contratos de larga duración, que son aquellos en los cuales su desarrollo en el tiempo es esencial para alcanzar las finalidades perseguidas por las partes. Hoy integran la categoría de contratos con tipicidad social por carecer de régimen legal. Los principales supuestos conocidos en la doctrina y en la jurisprudencia son los contratos que constituyen los llamados “canales de comercialización”, donde los bienes y servicios de un fabricante o productor llegan al usuario mediante un distribuidor, al que se lo conoce con esa denominación o también como agente, concesionario o franquiciado, según las modalidades que adopte el vínculo establecido entre los contratantes

También son contratos de larga duración los llamados “contratos de suministro o aprovisionamiento”, en los cuales una empresa proveedora se compromete con vocación de continuidad a abastecer a otra bienes y servicios necesarios para la actividad de esta última, la que paga por el abastecimiento constante un precio establecido en las bases de la convención.

tisfacer la causa del contrato, obteniendo sus beneficios, amortizando inversiones”.

⁸ Sánchez Herrero, op. cit., p. 117. El autor completa su idea expresando que “como puede advertirse es casi una suerte de definición, aunque sea parcial: son tales los contratos en los que ‘el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga las necesidades que las indujo a contratar’. Así definidos, también entran en la categoría de los contratos de duración los de ejecución periódica genuinos, incluso si sus prestaciones no están determinadas ab initio, ya que en ellos (al igual que en los fluyentes o de ejecución continuada) ‘el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar’”.

El artículo remarca también que en todos estos tipos contractuales media especialmente un deber de colaboración entre los contrayentes, por lo que podría afirmarse que normativamente son contratos de cambio, pero animados de un espíritu asociativo⁹.

En síntesis, el contrato es de larga duración cuando el tiempo de ejecución fue pactado por un plazo prolongado porque él mismo es esencial para satisfacer adecuadamente el interés de las partes. En otros términos, existe una sinergia entre las obligaciones principales que definen el objeto del contrato y el tiempo prolongado en el cual deben ejecutarse que satisface plenamente a los contratantes.

III. Deberes adicionales

La particular ubicación, dada a la caracterización del contrato de larga duración dentro del capítulo destinado a precisar el objeto del contrato y no en el capítulo relacionado con la clasificación (art. 966. unilaterales y bilaterales; art. 967, a título oneroso y a título gratuito; art. 968, conmutativos y aleatorios; art. 969. Contratos formales y *ad probationem* y art. 970, nominados e innominados), significa, por una parte, que, para ser caracterizado como de “larga duración”, no es menester que tengan tal o cual clasificación, sino que cualquiera cuya ejecución de las prestaciones principales se prolongue en el tiempo como medio para lograr la satisfacción del interés de las partes debe ser calificado de este modo. Por ello, tienen el deber adicional de colaborar en el ejercicio de sus derechos y, en caso de estar autorizado para rescindir, dar a la otra parte la oportunidad razonable de renegociar de buena fe.

3.1. Ejercitar los derechos conforme con un deber de colaboración

El art. 1011 del Cód. Civ. y Com., en su segundo párrafo, impone que “las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total”. Cuando se hace referencia a la acción y efecto de colaborar, es tra-

⁹ Orgáz, Gustavo. Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, tomo 2, Libro tercero Derecho Personales, Garrido Córdobera, Bordas y Alferillo (dirs.), Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 265.

bajar con otra u otras personas en la realización de una obra, razón por la cual se entienden como sinónimos los términos: contribución, participación, asistencia, auxilio, ayuda o asocio.

En el caso, las partes recíprocamente se ven compelidas a las acciones mencionadas para concretar la satisfacción de sus intereses legítimos que los indujo a la celebración de un contrato con un plazo de ejecución prolongado. Es decir, a las partes se les exige una conducta activa que facilite la concreción del propósito por el cual celebraron el contrato y, con ello, la satisfacción mutua de sus intereses. Es por ello por lo que Leiva Fernández entiende que

este deber de colaboración, parece estar principalmente enfocado en los contratos de agencia, franquicia, concesión o distribución¹⁰, donde no solo el tiempo vincula como nexo aglutinante, sino algo más, y es lo que lleva a un deber de cooperación, de negociación, y hasta de conclusión adecuada.

Así, en vez del contrato irrevocable, fijo, estático y cristalizado de ayer, conocemos un contrato dinámico, flexible, que las partes deben adaptar para que pueda sobrevivir, aun sacrificando algunos de sus intereses. Se trata de una nueva concepción del contrato, ya ahora como ente vivo, como vínculo que puede tener

¹⁰ De la doctrina judicial se pueden citar los siguientes casos en los cuales se entendió que se trataban de contratos de larga duración: “En el contrato de distribución comercial, el preaviso tiene por finalidad permitir al empresario reorganizar los recursos, lo que básicamente implica realizar las adaptaciones necesarias para seguir distribuyendo productos de otros fabricantes, lo cual resultará más sencillo si el distribuidor ya lo venía haciendo con anterioridad; no obstante, va de suyo que otra alternativa que el empresario podrá evaluar ante el preaviso es la liquidación de la empresa, decisión que obviamente dependerá de una multiplicidad de circunstancias generales e individuales” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 15 de diciembre de 2021, “Mechoni, Oscar José c. Pepsico de Argentina SRL s/ daños y perj. incump. contractual (Exc. Estado)”, RCCyC, 2022 (diciembre), 245, TR LALEY AR/JUR/194207/2021). “Corresponde declarar en los términos del art. 37 de la ley 24.240 la nulidad de la cláusula contractual que permite al banco demandado cobrar un cargo adicional por consulta de extracto por cajero electrónico —en el caso, se dispuso además el cese de esa conducta y el reintegro del dinero cobrado indebidamente, pues dentro del sistema del derecho del consumidor se contempla el derecho a recibir información adecuada, veraz, cierta, clara, detallada y gratuita” (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 16, 20 de diciembre de 2019, “ADDUC c. Banco Itaú Argentina SA s/ ordinario”, RCCyC, 2020 (julio), 223, SJA, 22/07/2020, 79, JA, 2020-III, TR LALEY AR/JUR/51676/2019). “Las cláusulas que establecen el cobro de un cargo por ‘mantenimiento de cuenta’ respecto de las cajas de ahorro son nulas, pues la eventual existencia de costos que por su valor puedan consumir no sólo la tasa de interés que ofrece la entidad, sino también el capital depositado por el ahorrista, provoca la desnaturalización de la economía del contrato, desvirtúa la finalidad para el cual aquel ha sido concebido y afecta la capacidad de ahorro de los ciudadanos de indudable interés general” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de marzo de 2017, “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Bank Boston NA s/ sumarísimo”, 340:172, LA LEY, 11/04/2017, 9, LA LEY, 2017-B, 385, LA LEY, 17/04/2017, 5, LA LEY, 2017-B, 421, LA LEY, 03/05/2017, 12, RCCyC, 2017 (mayo), 197 LA LEY, 09/10/2017, 5, LA LEY, 2017-E, 458, TR LALEY AR/JUR/2374/2017).

un contenido variable, completado por las partes o por el juez ante nulidades parciales, con una solución equitativa para los eventuales problemas que pueden surgir.

El contrato concebido como justo por haber sido concertado libremente por las partes, que gozaban de igualdad jurídica formal, se pretende ahora que sea verificado y garantizada no solo la justicia contractual, que debe ser real, sino también una cierta solidaridad entre las partes¹¹.

Por su parte, Rivera considera que “el Código exige a las partes satisfacer un deber de colaboración respetando el carácter recíproco de las obligaciones, considerada en relación a la duración total. El deber de colaboración es una de las derivaciones del principio de buena fe en la etapa de ejecución del contrato, con lo cual es poco lo que el Código agrega”¹².

3.2. En caso de rescisión, dar a la otra parte la oportunidad razonable de renegociar de buena fe

Cuando una de las partes de un contrato de larga duración se encuentra autorizada por la ley o por el pacto y toma la decisión de rescindir el contrato, la norma indica que “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”. La norma no tiene en cuenta las razones por las cuales la parte adoptó la determinación de rescindir para imponerle el deber de dar una oportunidad para renegociar a la otra contratante, siempre que esta lo requiera. La buena fe no puede imponerle el deber de ofrecer una renegociación razonable a la otra parte sin ser requerido por ella, porque se diluye la propia facultad de rescindir.

Sin perjuicio de la razón señalada, se coincide que resulta innecesario invocar a la buena fe, dado que es una tautología, teniendo en cuenta que, en el art. 9 del Título Preliminar, se consagra normativamente el principio de la buena fe que ha sido tildado, por su estratégica ubicación, como una norma de orden público¹³. Rivera comenta críticamente esta norma cuando precisa que

¹¹ Leiva Fernández, Comentario art. 1011, op. cit., pp. 366 y ss.

¹² Rivera, Comentario al art. 1011, op. cit., p. 519.

¹³ Alferillo, Pascual E. (16 de noviembre de 2020). La buena fe como norma de orden público, *El Derecho*, ISSN 1666-8987, 14.975, Año LVIII, ED 289.

nuevamente es oscuro el texto pues no aclara si estamos ante una decisión de rescindir causada en la alteración de las circunstancias que sirvieron de base al contrato o si se trata de rescindir un contrato sin plazo en el cual se supone que cualquiera de las partes puede rescindirlo en cualquier momento, aunque después que las partes hayan tenido la oportunidad de amortizar sus inversiones y obtener una razonable ganancia.

Lo cierto es que hoy en día la doctrina reconoce una suerte de “deber de renegociación”, cuando el contrato ha sido alterado en su conmutatividad, sin que sea necesario para ello que una de las partes pretenda rescindirlo. La rescisión puede ser la consecuencia del fracaso de las negociaciones que las partes debieron emprender de buena fe. Ello no aparece así plasmado en el Código Civil y Comercial, e incluso la regulación de la imprevisión no contempla un “deber de renegociar”, aunque acuerda a la parte el derecho de plantear – judicial o extrajudicialmente- la adecuación del negocio¹⁴.

Finalmente, se debe transcribir la preocupación expuesta cuando se dijo:

Ahora bien, ¿es lo mismo rescindir un contrato de larga duración que uno de ejecución instantánea? Claramente no, ya que ello conlleva un cúmulo de variables. Así, por ejemplo, el precio puede determinarse en función del plazo de duración mediante un cronograma de inversión que coincida con el tiempo de duración pactado. Por ejemplo, una empresa de reparación de codificadores puede verse afectada en su utilidad, si la empresa de televisión satelital rescinde abruptamente el contrato afectando su utilidad en función del volumen de unidades que debía reparar¹⁵.

IV. A modo de conclusiones

Las breves reflexiones relacionadas con el régimen jurídico de los contratos de larga duración han permitido extraer algunas conclusiones que surgen de la problemática de precisar cuáles son las características que le dan identidad al pacto y, con ello, el alcance de su aplicación. Al respecto se entiende que:

¹⁴ Rivera, Comentario al art. 1011, op. cit., p. 519.

¹⁵ Martí, Luciana C. (21 de mayo de 2024). Aproximaciones al contrato de obra y servicios en el derecho vigente, La Ley, TR LALEY AR/DOC/1216/2024.

1. Es trascendente que el art. 1011 del Código Civil haya sido incluido en el Capítulo 5 que regula el objeto de los contratos y no en el Capítulo 2 de la clasificación de estos.
2. Ello es muy significativo porque implícitamente debe entenderse que se vincula la identidad del contrato de larga duración con el objeto pactado que satisfecerá el interés de las partes.
3. En otras palabras, el tiempo de vigencia del pacto es parte esencial porque se integra al objeto del contrato de larga duración.
4. Por ello, se sostiene que es una categoría contractual nominada, genérica, que puede incluir en su régimen a otros contratos nominados e innominados que tengan un objeto para cuya ejecución plena sea menester el concurso de un tiempo prolongado determinado o indeterminado.
5. Se entiende que las obligaciones de las partes comprometidas en el contrato deben estar vigentes en el tiempo, influyéndose recíprocamente con una dinámica propia.
6. Se agrega a la caracterización del “contrato de larga duración” que el o los sujetos tengan acordado por la ley o por la convención pactada la facultad de rescindir unilateralmente el pacto.
7. El ejercitar los derechos conforme con un deber de colaboración surge de la subsistencia de las obligaciones contractuales en el tiempo interrelacionada para satisfacer los intereses de las partes.
8. El deber de dar una oportunidad razonable de renegociar cuando se plantee la rescisión unilateral, de igual modo, surge de la importancia que tiene el tiempo para la consecución del objeto del contrato y la satisfacción plena de las aspiraciones de las partes plasmadas en el negocio.
9. Estos deberes impuestos en los párrafos segundo y tercero del art. 1011 del Código Civil y Comercial es una aplicación concreta, normativa, del principio de buena fe previsto en los arts. 9, 961, etc.

XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL - Comisión N.º 5 - Derecho de los contratos. Tema: “Contratos de larga duración”

Autoridades: Conferencista: Cristina N. Armella

Presidentes: Juan Manuel Aparicio, Carlos A. Hernández y Luis F. P. Leiva
Fernández

Vicepresidentes: Maximiliano R. Calderón, Ricardo S. Danuzzo y Andrés Sánchez Herrero

Relator: Omar Cabrera

Secretario: Esteban Javier Arias Cáu

***De lege lata* I. La categoría de los contratos de larga duración**

1. Los contratos de larga duración constituyen una categoría jurídica en la cual el cumplimiento se extiende en el tiempo y suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes.

Por unanimidad: Elena Beatriz Albornoz, Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, María Paula Arias, Alejandro Borda, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano R. Calderón, Florencia Culasso, Ricardo Sebastián Danuzzo, Alejandro D. Fraschetti, Enrique Pita, Belén Kademian, Juliana Kina, Juliana; Florencia Lozano, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Aldana Porello, Gino Martín Valenti, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio, Marisa Bonafina, María Josefina Tavano, Federico Carlos Wayar, Cristina N. Armella, Carlos A. Hernández, Nicolás Bestani, Ariel Ariza, Pablo Martiarena, Rodrigo Martín Pellejero, Julieta B. Trivisonno, Ana Inés Elías y Luis F. P. Leiva Fernández.

2. Los contratos de duración en sentido estricto, solo alcanzan a los de ejecución continuada y periódica; los contratos de larga duración son aquellos en los cuales la relación derivada del negocio se proyecta durante un plazo prolongado.

Por unanimidad: Elena Beatriz Albornoz, Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, María Paula Arias, Alejandro Borda, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano R. Calderón, Florencia Culasso, Ricardo Sebastián Danuzzo, Alejandro D. Fraschetti, Enrique Pita, Belén Kademian, Juliana Kina, Juliana; Florencia Lozano, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Aldana Porello, Gino Martín Valenti, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio, Marisa Bonafina, María Josefina Tavano, Federico Carlos Wayar, Cristina N. Armella, Carlos A. Hernández, Nicolás Bestani, Ariel Ariza, Pablo Martiarena, Rodrigo Martín Pellejero, Julieta B. Trivisonno, Ana Inés Elías y Luis F. P. Leiva Fernández.

3. Con el fin de discernir los alcances de los contratos de larga duración, resulta imprescindible precisar si cuentan con plazo determinado o indeterminado.

Por unanimidad: Elena Beatriz Albornoz, Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, María Paula Arias, Alejandro Borda, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano R. Calderón, Florencia Culasso, Ricardo Sebastián Danno, Alejandro D. Frascetti, Enrique Pita, Belén Kademian, Juliana Kina, Juliana; Florencia Lozano, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Aldana Porello, Gino Martín Valenti, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio, Marisa Bonafina, María Josefina Tavano, Federico Carlos Wayar, Cristina N. Armella, Carlos A. Hernández, Nicolás Bestani, Ariel Ariza, Pablo Martiarena, Rodrigo Martín Pellejero, Julieta B. Trivisonno, Ana Inés Elías y Luis F. P. Leiva Fernández.

4. Los contratos de larga duración de plazo determinado: a) están influidos por los plazos máximos y mínimos legales, los cuales se manifiestan y justifican en reglas imperativas, con fines de protección o de coordinación; b) obligan a las partes a cumplir con el plazo pactado, no teniendo derecho a una renovación y sin poder rescindir, salvo en las excepciones previstas por la ley o por cláusula contractual, además de que el pacto rescisorio debe respetar los límites que resultan de las reglas de los contratos por adhesión, los principios de buena fe y el abuso de derecho; c) de continuar luego del vencimiento del plazo contractual, no producen un efecto único. El Código Civil y Comercial diferencia situaciones, que van desde la renovación hasta la tácita reconducción o la conversión en un contrato de plazo indeterminado.

Por unanimidad: Elena Beatriz Albornoz, Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, María Paula Arias, Alejandro Borda, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano R. Calderón, Florencia Culasso, Ricardo Sebastián Danno, Alejandro D. Frascetti, Enrique Pita, Belén Kademian, Juliana Kina, Juliana; Florencia Lozano, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Aldana Porello, Gino Martín Valenti, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio, Marisa Bonafina, María Josefina Tavano, Federico Carlos Wayar, Cristina N. Armella, Carlos A. Hernández, Nicolás Bestani, Ariel Ariza, Pablo Martiarena, Rodrigo Martín Pellejero, Julieta B. Trivisonno, Ana Inés Elías y Luis F. P. Leiva Fernández.

5. El principio de estabilidad de los contratos justifica que, en los de larga duración de plazo indeterminado, la renegociación y la rescisión actúen como instrumentos disponibles.

Por unanimidad: Elena Beatriz Albornoz, Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, María Paula Arias, Alejandro Borda, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano R. Calderón, Florencia Culasso, Ricardo Sebastián Danuzzo, Alejandro D. Frascchetti, Enrique Pita, Belén Kademian, Juliana Kina, Juliana; Florencia Lozano, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Aldana Porello, Gino Martín Valenti, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio, Marisa Bonafina, María Josefina Tavano, Federico Carlos Wayar, Cristina N. Armella, Carlos A. Hernández, Nicolás Bestani, Ariel Ariza, Pablo Martiarena, Rodrigo Martín Pellejero, Julieta B. Trivisonno, Ana Inés Elías y Luis F. P. Leiva Fernández.

II. El fraccionamiento de la teoría del contrato y los contratos de larga duración

6. Los contratos de larga duración producen efectos diferenciales según se expresen de modo paritario, por adhesión o en el ámbito de las relaciones de consumo. En estas últimas se potencia el deber de información, se restringe la facultad rescisoria a favor del proveedor y se facilita la correspondiente al consumidor, entre otros efectos relevantes.

Por unanimidad: Elena Beatriz Albornoz, Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, María Paula Arias, Alejandro Borda, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano R. Calderón, Florencia Culasso, Ricardo Sebastián Danuzzo, Alejandro D. Frascchetti, Enrique Pita, Belén Kademian, Juliana Kina, Juliana; Florencia Lozano, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Aldana Porello, Gino Martín Valenti, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio, Marisa Bonafina, María Josefina Tavano, Federico Carlos Wayar, Cristina N. Armella, Carlos A. Hernández, Nicolás Bestani, Ariel Ariza, Pablo Martiarena, Rodrigo Martín Pellejero, Julieta B. Trivisonno, Ana Inés Elías y Luis F. P. Leiva Fernández.

III. Interpretación de las reglas del Código Civil y Comercial sobre los contratos de larga duración

7. a. Despacho de minoría A: El Código Civil y Comercial ha consagrado sobre los contratos de larga duración reglas apropiadas que resultan de la teoría general del contrato y de diferentes tipos contractuales

(11 votos) Firmantes: Elena Beatriz Albornoz, María Paula Arias, Ariel Ariza, Alejandro Borda, Florencia Culasso, Ricardo S. Danuzzo, Ana Inés Elías, Carlos Hernández, Rodrigo Martín Pellejero, María Josefina Tavano y Julieta B. Trivisonno.

b. Despacho de mayoría: El Código Civil y Comercial ha consagrado sobre los contratos de larga duración, en general, reglas apropiadas que resultan de la teoría general del contrato y de diferentes tipos contractuales

(14 votos). Firmantes: Carlos I. Alvez, Cristina N. Armella, Nicolás Bestani, Maximiliano Calderón, Juliana Kina, Florencia Lozano, Julia Maestre, Antonio Palestini, Aldana Porello, Raschetti, Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño y Federico Carlos Wayar.

c. Despacho de minoría B: El Código Civil y Comercial no ha consagrado sobre los contratos de larga duración reglas apropiadas que resultan de la teoría general del contrato y de diferentes tipos contractuales

(11 votos). Firmantes: Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cau, Marisa Bonafina, Juan Manuel Cafferata, Belén Kademian, Luis F. P. Leiva Fernández, Pablo Martiarena, Luciana Martí, Florencia Estela Pérez, Candelaria Stabio y Valenti.

8. El tercer párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial obliga a las partes a renegociar. Actúa como norma de clausura de la categoría, que exige apreciar las circunstancias del caso y el principio de buena fe. Una prueba para verificar su cumplimiento está dada por la provisión de motivos fundados.

A favor (16): Elena Beatriz Albornoz, María Paula Arias, Ariel Ariza, Cristina N. Armella, Alejandro Borda, Maximiliano Calderón, Florencia Culasso, Ricardo S. Danuzzo, Ana Inés Elías, Carlos A. Hernández, Antonio Palestini, Rodrigo Martín Pellejero, Andrés Sánchez Herrero, María Josefina Tavano, Julieta B. Trivisonno y Federico Carlos Wayar. Abstenciones (6): Nicolás Bestani, Marisa Bonafina, Juliana Kina, Julia Maestre, Luciana Martí y Ana Clara Rudolf. En contra (16): Carlos I. Alvez, Juan Manuel Aparicio, Esteban Javier Arias Cáu, Cafferata, Frascchetti, Belén Kademian, Luis F. P. Leiva Fernández, Florencia Lozano, Pablo Martiarena, Eugenia Peralta, Florencia Estela Pérez, Enrique Pita, Aldana Porello, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio y Gino Martín Valenti.

9. No hay obligación de renegociar la rescisión incausada de los contratos de larga duración de plazo indeterminado.

Por mayoría (17): Carlos I. Alvez, Esteban Javier Arias Cáu, Cristina N. Armella, Juan Manuel Cafferata, Maximiliano Calderón, Alejandro D. Frascchetti, Belén Kademian, Florencia Lozano, Antonio Palestini, Eugenia Peralta, Enrique Pita, Aldana Porello, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebas-

tián Sánchez Mariño, Candelaria Stabio y Gino Martín Valenti. Abstenciones (9): Juan Manuel Aparicio, Marisa Bonafina, Juliana Kina, Luis F. P. Leiva Fernández, Julia Maestre, Pablo Martiarena, Luciana Martí, Florencia Estela Pérez y Federico Carlos Wayar. En contra (10): María Paula Arias, Ariel Ariza, Alejandro Borda, Florencia Culasso, Ricardo S. Danuzzo, Ana Inés Elías, Carlos A. Hernández, Rodrigo Martín Pellejero, María Josefina Tavano y Julieta B. Trivisonno.

De lege ferenda

10. Se sugiere que el tercer párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial sea derogado.

A favor (9): Juan Manuel Aparicio, Juan Manuel Cafferata, Alejandro D. Fraschetti, Belén Kademian, Florencia Lozano, Eugenia Peralta, Aldana Porello, Candelaria Stabio y Gino Martín Valenti.

En contra (24): Ariel Ariza, Julia Maestre, Luciana Martí, Juliana Kina, Julieta B. Trivisonno, María Paula Arias, Florencia Culasso, Federico Carlos Wayar, Pablo Martiarena, Nicolás Bestani, Antonio Palestini, María Josefina Tavano, Ana Clara Rudolf, Elena Beatriz Albornoz, Ana Inés Elías, Rodrigo Martín Pellejero, Marisa Bonafina, Florencia Estela Pérez, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño, Alejandro Borda, Luis F. P. Leiva Fernández, Carlos A. Hernández, Esteban Javier Arias Cáu y Cristina N. Armella.

11. Se sugiere que el tercer párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial prevea una complementación legislativa para establecer los alcances y efectos de la obligación y su cumplimiento.

A favor (18): Carlos I. Alvez, Esteban Javier Arias Cáu, Cristina N. Armella, Marisa Bonafina, Alejandro Borda, Maximiliano Calderón, Juliana Kina, Luis F. P. Leiva Fernández, Julia Maestre, Pablo Martiarena, Luciana Martí, Antonio Palestini, Florencia Estela Pérez, Enrique Pita, Ana Clara Rudolf, Andrés Sánchez Herrero, Gustavo Sebastián Sánchez Mariño y Federico Carlos Wayar. En contra (18): Julieta B. Trivisonno, María Paula Arias, Florencia Culasso, Gino Martín Valenti, María Josefina Tavano, Alejandro D. Fraschetti, Ariel Ariza, Candelaria Stabio, Elena Beatriz Albornoz, Eugenia Peralta, Belén Kademian, Juan Manuel Cafferata, Rodrigo Martín Pellejero, Ana Inés Elías, Ricardo S. Danuzzo, Aldana Porello, Florencia Lozano y Carlos A. Hernández.

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CONTRATOS DE PLANES DE AHORRO EN LA PROVINCIA DE SAN LUIS

Abg. César Ismael Bertrés

I. Introducción

En febrero de este año, en la vecina y hermana provincia de Mendoza, resonó una de las primeras sentencias definitivas del país en materia de contratos de planes de ahorro, donde, con la claridad docente que la caracteriza, la magistrado actuante en autos “Aciar, Edgardo Exequiel y otros c/ Volkswagen SA de ahorro para fines determinados y Volkswagen Argentina SA p/ proceso de consumo” resolvió hacer lugar a la demanda colectiva intentada y, en consecuencia, declarar abusiva la definición y/o concepto de valor móvil (de las solicitudes de adhesión a planes de ahorro previo del círculo cerrado para la adquisición de automotores 0 km, conforme delimitaciones activas establecidas en autos), dando así uno de los pasos más importantes en la historia de la judicialización de estos tipos de contratos sabana que tanto estrago económico han producido en el país entero. El anhelo por acceder a la compra de un automotor ha sido ampliamente difundido a partir de los conocidos contratos de planes de ahorro que siempre han sido comercializados por las grandes marcas multinacionales y que constituyen, ni más ni menos, que un mecanismo de crédito para el consumo por antonomasia. La posibilidad de acceso inmediato a este tipo de bienes de uso mediante los contratos de planes de ahorro se difundió ampliamente entre quienes veían una oportunidad de adquirir su primer cero quilómetro y al mismo tiempo no aplicaban en el banco para ser beneficiarios de un crédito personal o prendario. No obstante, estos contratos de adhesión sufrieron una serie de críticas en la medida en que, en periodos inflacionarios, la cuestión de los pagos mensuales se puede tornar dramática. Hacia principios del año 2018, la sociedad argentina en su conjunto atravesaba

una importante crisis socioeconómica cuyas secuelas llegan a la actualidad y que puso nuevamente en el escenario de la vida cotidiana el fenómeno cíclico (monetario para algunos) de la inflación y/o devaluación, con el consiguiente incremento de precios continuo y un impacto directo en los ingresos mayormente de la masa asalariada¹. Quienes hacía un tiempo habían adherido a un plan de ahorro con mucha ilusión ahora estaban en una situación apremiante, ya que vieron incrementos atípicos en las cuotas mensuales que terminaron por oprimir las economías familiares de toda la región. Se comenzaron a autoconvocar en todo el país miles de suscriptores que no podían hacer frente al pago de las liquidaciones mensuales que les eran remitidas por estas empresas de marca multinacional como Fiat, Volkswagen, Ford, Renault, Chevrolet, etc. El denominador común observado en los casos analizados fue que quienes comenzaron a solicitar el auxilio jurisdiccional no lo hicieron por crometofobia, sino porque realmente sus ingresos quedaron desfasados de cara a las variaciones del valor de las cuotas mensuales de los planes de ahorro, al mismo tiempo que los aumentos de estas cuotas mensuales no respondían a ningún parámetro objetivo que permitiera previsibilidad. Por ello, hoy, en nuestra provincia de San Luis, existe un abarrotamiento de causas que han inundado los estrados judiciales de las tres circunscripciones provinciales (San Luis, Villa Mercedes y Concarán), vinculadas con el reclamo de aquellos adherentes que han visto un crecimiento exponencial de los valores de las cuotas mensuales, recayendo la mayor parte de las veces en el fenómeno del sobreendeudamiento que puede comprometer el patrimonio familiar por varias generaciones.

La forma en que los mecanismos de crédito son percibidos por quien, podríamos denominar, consumidor promedio, claramente, es un elemento que incide en el desarrollo del contrato, en la medida en que un consumidor formado e informado tiene mayor probabilidad de tomar decisiones más razonables y que beneficien su economía familiar, o por lo menos que no la perjudiquen. Ahora bien, la realidad demuestra que el consumidor promedio no está formado ni in-

¹ “Partimos de la base de que la inflación inquieta, abrume, molesta, perjudica a muchos, nos hace hablar a todos y todas. Pero, a la vez, de que en el caso argentino estamos acostumbrados a hablar de economía. Incluso lo están quienes jamás leyeron un libro o hicieron un curso de economía. Y, con los guarismos de inflación registrados en 2022, que han superado el 7 por ciento mensual durante varios meses y llegaron al 94,8% en todo el año (INDEC, 2023), hablar de economía es, entre otras cosas, hablar de inflación” (Dvoskin, Nicolás. La inflación y sus causas: una batalla contra el sentido común. Un análisis del caso argentino a través de medios de prensa y la red social Twitter, espacio abierto, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Universidad Nacional de General Sarmiento, Universidad Nacional de Lanús).

formado como debería, al mismo tiempo que, en épocas inflacionarias, el contrato se puede tornar excesivamente oneroso. Ello resulta objeto de estudio académico desde la teoría económica y jurídica, aunque sus efectos son fácilmente perceptibles en las economías familiares de toda la población. El objetivo del presente trabajo se relaciona con la descripción de la situación atravesada por quienes, desde aquella época, comenzaron a vivenciar el incremento incontestable de las cuotas mensuales de sus planes de ahorro para la compra de un automotor y no tuvieron más alternativa que acudir a la justicia en búsqueda de la heterocomposición de su conflicto patrimonial. Se buscará, a lo largo del desarrollo del presente artículo, identificar algunas de las vicisitudes más importantes que han debido atravesar en el campo judicial de la segunda circunscripción de la provincia de San Luis, con asiento en la ciudad de Villa Mercedes, quienes han pedido la revisión de este tipo de contratos de adhesión, al mismo tiempo que se indagará acerca de las razones que han llevado a que sea la justicia la única que pueda definir institucionalmente el conflicto que afecta la paz social.

II. Desarrollo

2.1. Planes de ahorro: Estructura jurídica y funcionamiento contractual

Antes de comenzar, conviene recordar que los planes de ahorro son contratos de consumo debido a la indubitable relación de consumo que existe en los términos de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 24.240, Defensa del Consumidor (LDC); el artículo 42 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (CN); artículos 1092, 1093, 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) al ser el suscriptor un consumidor final en los términos del artículo 1, Ley 24.240. Asimismo, las empresas arriba mencionadas son proveedoras de bienes y servicios de acuerdo con lo estipulado por el artículo 2 de la LDC y el artículo 1093 del CCyCN al desarrollar de manera profesional la comercialización, importación, venta, distribución y fabricación de planes de ahorro (en el caso de la sociedad administradora) y automóviles cero kilómetros destinados a ser ofrecidos en forma indeterminada al público en general, sea en forma presencial o a distancia mediante sus páginas web, tipificándose mediante el contrato de adhesión al plan de ahorro una relación y contrato de consumo con los alcances previstos en los

artículos 1, 2, 3 de la Ley 24.240, el artículo 42 de la CN y los artículos 1092, 1093, 1094 y 1095 del CCyCN.

Uno de los esquemas contractuales ideados y operativizados por las empresas mencionadas es el plan de 84 cuotas y que consiste en que un conjunto de 168 consumidores encomiendan (mandato) a una determinada persona jurídica (sociedad anónima), en su carácter de administradora de un plan de ahorro, la integración de un grupo para adquirir un bien tipo con un valor básico determinado y comercializado por otra sociedad anónima, ambas identificadas con la misma marca comercial de automotor que comercializan a nivel global. Esta clase de consumidores abona mensualmente una cuota que se integrará por la cuota pura (valor móvil dividido la cantidad de cuotas del plan) más cargas por administración. Dicha cuota será calculada en función del valor móvil del bien básico, vigente a la fecha de vencimiento de la cuota mensual. Es decir, al ritmo que aumente el valor móvil, aumentará la cuota pura, por lo que aumentará la cuota mensual pagadera por los adherentes. Ahora bien, según el mismo anexo de condiciones generales de este tipo de contratación, el valor móvil será el “precio de venta al público sugerido por el Fabricante de los bienes”. Entonces, graficando, tenemos que A, consumidor adherente, le encomienda a B, administradora del plan de ahorro que administre los fondos de dinero que se ingresan mensualmente, para que le compre a C un automotor. En prieta síntesis, C determina el valor de lo que B compra para A, aunque no se vincula contractual y directamente con este último, de modo que la administradora se presenta tan solo como nexo comercial con el ahorrista adherente.

Ahora bien, la situación jurídica del consumidor varía según sea solamente suscriptor del plan de ahorro o se transforme en adjudicatario del bien tipo. Un suscriptor es una persona que se inscribe o se compromete a participar en un plan de ahorro. Al suscribirse, la persona se compromete a realizar pagos periódicos para acumular fondos y alcanzar el objetivo de la compra de dos vehículos automotores por mes, mientras que el adjudicatario es la persona que resulta beneficiaria o ganadora del bien después de haber participado en un proceso de licitación o sorteo. El adjudicatario recibe el bien o servicio como resultado de haber cumplido con ciertas condiciones o requisitos establecidos en el plan de ahorro. En resumen, ser suscriptor implica participar en un plan de ahorro y comprometerse a realizar pagos periódicos, mientras que ser adjudicatario implica ser el beneficiario final del plan de ahorro o concurso, recibiendo el bien ofrecido.

Dicho esto, el salto de un estadio a otro conlleva la activación de una serie de contratos onerosos conexos (mandato, administración, seguros, compraventa, prenda, fianza personal, entre otros) de los que habitualmente nada se informa al consumidor al momento de ingresar al plan de ahorro. El maestro Mosset Iturraspe, al explicar la conexidad contractual, puntualizaba que: “abierto por los créditos al consumo, se llega a caracterizar el ‘contrato vinculado’: un contrato de compraventa, está vinculado a un contrato de crédito, cuando éste último sirve para la financiación del producto o del servicio, y los dos contratos tienen que considerarse como una unidad económica”².

En el 100% de las entrevistas realizadas a quienes se decidieron a entablar demandas judiciales, nos encontramos con personas que lograron ser adjudicatarios entre los años 2017, 2018 y 2019 (por sorteo o licitación) y poseen el vehículo automotor en su poder. Del porcentaje de adjudicatarios, el 78,7% se encuentra en relación de dependencia, mientras que el restante 21,3% resultan ser beneficiarios de ANSES con jubilaciones o pensiones ordinarias, en varios casos incluso cobrando el haber mínimo. Ello nos llevó a reflexionar acerca del segmento de mercado al que apuntan las grandes empresas productoras de vehículos automotores por medio de sus administradoras de planes de ahorro, como así también a desnudar las razones por las que se apunta a dicho segmento, en tanto las grandes empresas logran estabilidad sin costo financiero, ya que el trabajador en relación de dependencia, el jubilado o el pensionado tiene un ingreso fijo y regular, del cual se extrae un porcentaje para aportar mensualmente (sin contraprestación alguna por la entrega del dinero, es decir, sin pago de intereses) y cumplir con los pagos periódicos del plan de ahorro.

Guastavino³ afirma que el objeto principal y la causa final del contrato (plan de ahorro) es la obtención de un bien determinado, siendo que la creación de este sistema ha sido ideada por la empresa (fabricante de vehículos automotores) para solucionar su problema económico financiero. Es decir, el fabricante consigue dinero sin costo financiero; desaparece el banco como intermediario en la financiación empresarial y su lugar lo ocupa el ahorrista que le provee el dinero fresco sin ninguna contraprestación a cambio.

² Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos conexos, grupos y redes de contratos, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 29.

³ Guastavino, Elías P. Contrato de ahorro previo, 2da. ed., Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1988.

2.2. Análisis financiero del plan de ahorro. ¿Cuánto termina saliendo el 0 km?

En ese estado de situación, en forma previa a instar la vía judicial, se llevaron adelante estudios interdisciplinarios con el fin de intentar dilucidar parámetros objetivos desde las matemáticas financieras respecto de los aumentos de las cuotas mensuales de los planes de ahorro que se venden bajo el slogan publicitario del 0% de interés, para lo cual se invitó al Mg. CPN Claudio Ariel Salas a evacuar un informe pericial financiero donde, luego de analizar diferentes variables de incremento relacionadas con el índice inflacionario (INDEC), al incremento del dólar, como así también al Costo Financiero Total de un préstamo personal, logró concluir lo siguiente:

En función de un análisis exhaustivo desde el punto de vista financiero y considerando todas las herramientas que pone a disposición el Cálculo Financiero puedo arribar a las siguientes conclusiones: a. Desde la cuota 2, el adherente al plan de ahorro no sabe cuánto será su próxima cuota a pagar, es decir que la persona se encuentra en una situación de incertidumbre total, con todo lo que implica el tener una deuda, y más aún cuando no se sabe el valor de su cuantía; b. El plan 0% interés sólo es correcto si el adherente abonara el valor del móvil dividido la cantidad de cuotas del plan. En este caso, el plan sería “sin interés”, pero esta situación no se da en ningún momento del plan; c. El adherente abona además de la cuota pura, otros conceptos que elevan el valor de la cuota total a pagar por mes, lo que implica que la operación tiene un interés implícito; d. Este interés implícito (o Costo Financiero Total), varía en función del momento de la adjudicación del bien; e. Mientras más lejos esté el momento de la adjudicación, más alto será el Costo Financiero Total; f. Cada valor de la cuota pura que abona el adherente es un porcentaje del auto que va comprando y por consiguiente, si el auto aumenta, el adherente se va capitalizando; g. Dejando de lado el incremento del auto, y tomando solamente el gasto administrativo del 10% mensual, encontramos que la Carga Administrativa asciende al 213,84% anual, mientras que el Costo Financiero Total de un préstamo personal Banco Nación Libre Destino es de 148,11% anual; h. Dicho de una manera más práctica, el costo por cargos administrativos del plan de 84 cuotas asciende a 299.806,27% (un disparate). i. Desde el punto de vista financiero este perito observa una situación de vulnerabilidad del adherente ante la Administradora del plan. Existe un incremento del valor de la cuota total a pagar, que supera cualquier índice que se tome para medir

el aumento de precios para el mismo período de tiempo; j. Como es de público conocimiento y basado en los diferentes indicadores de organismos oficiales a nivel nacional y provincial, concluyo que: I. La cuota subió más que la inflación; II. La inflación le ganó a los salarios; III. El porcentaje de afectación del ingreso para el pago de la cuota se vio seriamente afectado⁴.

Dicho esto, claramente la operación intelectual primaria que cualquier consumidor promedio realiza al comprar un automotor por medio de dichos planes de ahorro se vincula con el ejercicio aritmético de verificar en qué porcentaje se verá afectado su ingreso habitual debido al pago de una cuota mensual, tal y como haría si se comprara en cuotas cualquier electrodoméstico. No obstante, el análisis descripto peca de defectuoso en la medida en que se realiza prácticamente mediante la comparación lineal de fotos estáticas, mientras que el contrato es dinámico; de allí que el usuario nunca podrá prever *ab initio* (el día que firme el contrato) cuánto le terminará de costar el vehículo automotor (siete años después de pagar 84 cuotas). El error en el razonamiento, igualmente, es inducido por quienes participan en la cadena de comercialización de estos planes de ahorro en la medida en que los vendedores, habitualmente apostados en las concesionarias oficiales, omiten una explicación cierta, clara y detallada del funcionamiento de la cláusula contractual que se conoce como valor móvil y solo circunscriben su rol a tender la trampa publicitaria del 0% de interés, obviamente, por orden de las empresas y a cambio de jugosas comisiones.

Vale decir, visto desde el consumidor, la mecánica descripta lejos está de lo que se conoce como consumo racional. Ello porque la teoría económica dice que el consumidor es racional o cauteloso, cuando realiza compras analizando puntos a favor y en contra y tomando decisiones de compra empleando la estrategia de maximización (*Homo Economicus*). Sin embargo, la mayoría de las decisiones se toman en función de gustos, estados de ánimo, a lo que se puede llamar una conducta irracional o incoherente (agregó, estimulada). Entonces, cabría preguntarse por qué tantos colectivos de personas terminan por involucrarse jurídica y financieramente con tales empresas multinacionales e hipotecan el futuro de su propia descendencia. La respuesta es más fácil de lo que se cree. Sencillamente, porque no saben dónde se meten, no existe lo que en la jerga jurídica se conoce como un

⁴ Informe pericial contable financiero elaborado por el Mg. CPN Claudio Ariel Salas y agregado en autos caratulados Exp. 353275/19, "Nava Alaniz, Carlos Matías c/ FCA SA de ahorro para fines determinados, Fiat Auto Argentina SA s/ acción de nulidad - daños (AUD)", con trámite ante el Juzgado Civil Comercial y Ambiental N.º 2, con asiento en la ciudad de Villa Mercedes.

verdadero consentimiento informado. De esta manera, mal puede uno tomar decisiones que, en vez de estar guiadas por información cierta, clara y detallada respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que contrata y las condiciones de su comercialización, se basen en una ignorancia invencible o justificada por información incorrecta, deficiente o engañosa.

Tal situación es analizada en profundidad por las empresas, entre otros, por sus departamentos de *marketing*, con el objetivo de anclar los productos que comercializa en el mercado local y sacar el máximo provecho económico posible. En esta inteligencia, si se piensa la construcción semántica “plan de ahorro”, el lector puede asimilarla rápidamente y en forma genérica a un plan financiero, a una estrategia de inversión, a un programa de ahorro, una inversión planeada, entre otros, y de forma específica a un plan de jubilación, fondo de inversión o un plan de educación financiera. Vale decir, su connotación es positiva en la medida en que el involucrado posee una expectativa cierta de obtener un rédito económico o financiero. Así, la palabra “plan”, según la segunda acepción descripta por la RAE, se identifica con la palabra “proyecto”, y esta, a su vez, se describe como un designio o pensamiento de ejecutar algo. Ahora bien, la palabra “ahorro” se describe como la acción de reservar una parte de los ingresos ordinarios o guardar dinero como previsión para necesidades futuras.

Lo cierto es que, en realidad, este tipo de solicitudes de adhesión son planes de deuda y están pensadas para proteger los intereses económicos de las empresas involucradas que justamente son las únicas que estructuran los términos y condiciones del contrato, al mismo tiempo que termina por suceder todo lo contrario al objeto del ahorro conceptualmente hablando, que es el sobreendeudamiento, consistente en la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles y que repercute en los aspectos personales y familiares del consumidor. Es decir, al quedar cautivo del incremento de las cuotas mensuales, el consumidor no tiene más remedio que seguir pagando lo que liquida la empresa, generando un impacto negativo en su economía familiar, como así también en su nivel de consumo. Asimismo, el adjudicatario sigue obligado aun en el caso de que se desprenda del vehículo, por ejemplo, mediante una venta, con motivos de los efectos de los contratos conexos. Desde hace algún tiempo que ejercemos la profesión y nunca vimos que alguna de las empresas administradoras de estos planes de ahorro o las fabricantes de los vehículos automotores que mediante aquellas se colocan en el mercado local hayan quebrado

por firmar un plan de ahorro. Ahora, lo que sí hemos visto es entrar en cesación de pago o directamente quebrar a cientos de patrimonios familiares a raíz de dichas contrataciones.

2.3. Intervenciones judiciales frente a contratos abusivos. ¿Entrada o salida del problema?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido al sobreendeudamiento al fallar en los autos “Rinaldi Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria” con fecha del 15 de marzo de 2007. Los jueces Lorenzetti y Zaffaroni sostuvieron en su voto que una ejecución sin límites de lo pactado afectaría gravemente la existencia de la persona del deudor y su grupo familiar y los conduciría a la exclusión social. Y agregaron que la Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio del débil jurídico. Este resolutorio es de capital importancia en la medida en que reconoce al hombre como eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, su persona y sus derechos son inviolables. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Así, lo que se pretende romper a través del derecho es la cadena de la sujeción financiera que funciona como un sistema de esclavitud en el siglo XXI, lo que debería hacernos repensar la forma de vinculación contractual.

Adelanto que la esencia del problema radica en el mismo contrato. Cuando el cuotista ingresa al plan, acepta un valor del bien que genera una cuota, de acuerdo con las condiciones de venta, del momento de la celebración. Asimismo, es evaluado en sus posibilidades de cumplimiento por el usuario al momento de suscribir el plan. Este nunca podrá prever el ejercicio abusivo de la atribución del fabricante de fijar el precio del bien bajo el eufemismo del valor móvil, debido a que no existe en el contrato ningún procedimiento que le haya permitido prever de forma objetiva el aumento desmesurado del supuesto valor, ni mucho menos aún fijar su quantum. Estamos haciendo alusión a lo que se identifica en el contrato sábana de plan de ahorro como una cláusula gatillo por la que se dispara el valor sobre el que se calcula la cuota que debe pagar el ahorrista a principio de mes y que resulta una obligación puramente potestativa. Al decir de Ghersi, es contraria a la buena fe en la conformación del contrato, es abusiva, pues condi-

ciona a un hecho meramente potestativo de la propia empresa (art. 1071 del ex CC) y repugna a la finalidad teleológica de la contratación.

Con el fin de diagramar la estrategia de reclamo judicial, se analizaron los costos y beneficios de la posibilidad de entablar una acción colectiva, donde se reunieran en un solo proceso judicial el reclamo de un determinado colectivo de ahorristas o, en su caso, diferentes acciones individuales con el mismo objeto, pero con caminos procesales que recorrer disímiles en materia de prueba, situación que podría generar diferentes tipos de sentencias para cada caso en concreto, con lo que ello significa en cuanto a la suerte de cada causa. La balanza terminó de inclinarse por la segunda opción, en tanto y en cuanto, hacia fines de mayo del año 2019, desde el Programa Defensa del Consumidor de la ciudad de San Luis, se intentó una acción de amparo colectivo que no prosperó en la justicia ordinaria ni la justicia federal, por lo que no había otro camino que intentar la vía individual.

De esta manera, el desafío radicaba en presentar a la justicia local una teoría del caso solvente pero dúctil, es decir, en todos los casos, avalado por los mismos hechos y prueba, que no resulta una empresa menor. Así, hacia fines del año 2019, se procedió a interponer una batería de demandas judiciales de carácter individual donde se solicitó a la justicia, entre otras cosas, declarar la nulidad de la cláusula tipificada como valor móvil por abusiva e integrar el contrato, al mismo tiempo que se solicitó como medida cautelar⁵ que el aumento de las cuotas mensuales se efectúe de acuerdo a un índice objetivo que le permita al deudor un grado adecuado de previsibilidad para el cumplimiento de sus obligaciones. Se pudo identificar que el 100% de los entrevistados expresó voluntad de pago y ninguno planteó abstraerse del cumplimiento de la deuda contraída, pero el mismo porcentaje también expresó que no podían hacerlo sin relegar el cumplimiento de necesidades básicas del grupo familiar o sobreendeudarse.

⁵ “El riesgo de peligro en la demora (*periculum in mora*) ha sido reconocido ampliamente por la doctrina como una de las razones fundamentales que justifican la existencia de las medidas precautorias. Ahora bien, cuando un conflicto entra en el campo del proceso judicial a fin de lograr el restablecimiento de la paz, la demora en sí es ineludible por cuanto el proceso no brinda –ni podría hacerlo– soluciones instantáneas, y la sola demora o el lapso de tiempo lógico que requiere el trámite del proceso no necesariamente conlleva la necesidad de tutela cautelar. En otras palabras, lo que se teme, lo que se pretende evitar, es que a raíz de la demora se derive en la frustración del derecho tutelable... Se pueden identificar diversos fundamentos o razones justificantes de la tutela cautelar, a saber: a) Garantizar el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia favorable b) Evitar la autotutela c) Prevenir la causación de un daño inminente d) Satisfacer necesidades urgentes” (Villa, P. Sebastián. Las medidas cautelares como mecanismo de protección de derechos).

Debemos decir que el comienzo judicial no resultó para nada grato. Hacia principios del año 2020, de tres jueces de primera instancia en la segunda circunscripción judicial de San Luis con asiento en la ciudad de Villa Mercedes, la demanda era rechazada *in limine* por dos, con motivo de incompetencia territorial, una excusa frívola con la que mandaban a archivar la causa (lisa y llanamente, un cachetazo ilegal al justiciable), mientras que un solo juzgado de primera instancia aceptaba la demanda y ordenaba medidas cautelares.

En oportunidad de describir esta problemática en el anuario de la Revista Jurídica 2020 Región Cuyo – Argentina del Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, expresamos:

El juez ejerce el señorío en las causas sometidas a su decisión. Ahora bien, en los momentos de crisis económica cuando se precipitan los conflictos el mantenerlos sin resolución agrava el daño que se infringe a la parte más débil. Son situaciones que no admiten dilaciones en la decisión judicial, dado que su mantenimiento en el tiempo aumenta su situación de conculcación de sus derechos. El solicitante de justicia recurre confiado en la resolución del conflicto y se encuentra con un verdadero aumento del sufrimiento...una jurisdicción judicial en un porcentaje del 66% en primera instancia está desconociendo abiertamente todo el plexo normativo referido al consumidor⁶.

El camino fue cuesta arriba, ya que se debió empezar no solo por plantear recursos de apelación para que la segunda instancia constituida por las Cámaras de Apelaciones corrigiera semejante injusticia, sino que muchas veces hubo que ir directamente en queja a la segunda instancia por denegación de la vía apelativa. Si bien para un lector lego puede resultar técnico y enrevesado el recorrido descrito, queda más que claro que no resultó sencillo ni rápido que la jurisdicción local reconociera los derechos humanos del consumidor, mínimo el de acceso a la justicia. Todo ello mientras las empresas demandadas seguían remitiendo todos los meses con aumento la liquidación del plan de ahorro.

Pero no todo fue oscuridad, ya que, luego de casi dos años, ambas Cámaras de Apelaciones de la segunda circunscripción unificaron el criterio de revocar las decisiones de los dos juzgados de primera instancia que se declaraban incompetentes y eran remisos a aplicar el plexo normativo que manda la defensa del consumidor. Gracias al Estado de derecho y a la garantía constitucional de la doble,

⁶ Bertrés, Raúl Eduardo; Bertrés, César Ismael y Bertrés Gastón Eduardo. De la aplicación en tribunales de la Ley Defensa del Consumidor, Revista Jurídica 2020 Región Cuyo – Argentina, Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

la situación se tornó esperanzadora. En el mismo sentido, las medidas cautelares que el único juzgado con arrojo había decidido hacer lugar, luego de ser atacadas por las empresas demandadas por la vía del recurso de apelación, fueron confirmadas por la segunda instancia de una manera absolutamente docente.

En esa inteligencia, la segunda instancia profundizó los fundamentos de la actuación judicial pro-consumidor de forma preventiva y ordenó decretar una medida cautelar innovativa consistente en la aplicación del “esfuerzo compartido”, según el cual la parte perjudicada por el desequilibrio contractual puede expurgar al contrato de la flagrante injusticia y desequilibrio que las nuevas circunstancias le han impuesto, por lo que ambas partes deben aportar su cuota de sacrificio. De esta manera, ordenó a las demandadas, administradora del plan de ahorro y fabricante del vehículo, a reducir el valor de las cuotas mensuales en un 50%, respecto del plan celebrado únicamente con la reclamante; debiendo hacerse efectiva a partir del dictado de la resolución y hasta que el dictado de la sentencia definitiva se encuentre firme. Lo novedoso resultó que la jurisdicción especificó por primera vez un mecanismo de cálculo de la cuota por realizarse sobre todos los ítems que la componen, a excepción de los correspondientes al seguro de vida y el seguro del automotor. Así, se fijó el valor móvil del vehículo en el precio de lista vigente al momento del dictado de la resolución cautelar, estableciendo como único aumento, de allí en adelante, el porcentaje de inflación mensual que publique el INDEC, al mismo tiempo que obligó a las empresas a informar la aplicación de este mecanismo, a los adherentes en la emisión de la cuota y por los medios en que habitualmente la empresa proveedora se comunica con ellos, determinando que el incumplimiento de ese deber será considerado falta grave (art. 4 y 36 de la Ley 24.240). Por último, dispuso que todo aumento de gasto administrativo será a cargo de la demandada. De tal manera, la justicia hacía su parte.

Si bien en otras provincias del país ya se han comenzado a vislumbrar sentencias definitivas de primera instancia favorables al reclamo del consumidor, en nuestra justicia local todavía no ha sucedido. Los motivos de la falta de sentencias definitivas radican, por un lado, en el caso omiso de la justicia de primera instancia al cumplimiento de una norma de orden público como es la Ley de Defensa del Consumidor, y, por el otro, a la conducta asumida dentro del proceso judicial por las empresas demandadas, quienes no escatimaron recursos en el afán de obstaculizar el avance de las causas. Es decir, el consumidor no solo que debió enfrentar como contraparte a las empresas demandadas, sino que también debió

enfrentarse a las decisiones perjudiciales de la misma jurisdicción. Los procesos judiciales descritos, pandemia de COVID-19 de por medio, se encuentran culminando, en líneas generales, la etapa de confirmación procesal o período de prueba, luego de la cual correspondería que el juez dicte la sentencia definitiva. En este sentido, se ha logrado arrimar al proceso informes de la Inspección General de Justicia de la Nación que dan cuenta que la fábrica de automotores y las administradoras del plan de ahorro son sociedades comerciales interconectadas jurídica, económica y financieramente, y también se han producido periciales contables que han concluido la imposibilidad de conocer a la fecha de la suscripción cuánto terminará pagando por el vehículo el ahorrista.

En materia probatoria, la LDC es coherente con el carácter tuitivo que se desprende del resto de sus postulados. Si entendemos que el proveedor de bienes o servicios actúa de manera profesional, se infiere que dispone de un conocimiento e información que el consumidor carece. Es allí donde se vislumbra con evidencia la dicotomía experto-profano que caracteriza a la relación de consumo. Este binomio se traslada, lógicamente, a la situación litigiosa, con serias dificultades para el consumidor a la hora de asumir su actividad probatoria, teniendo en cuenta que la mayor de las veces, la empresa no otorga en soporte físico toda la documentación que necesariamente debería obrar en poder del actor, previo y posteriormente a la suscripción del contrato (v. gr., solicitud de adhesión, cupones de pago), vulnerando el acceso a la información cierta, clara y detallada que regula la ley.

Es por ello por lo que el tercer párrafo de art. 53 de la LDC prevé: “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”, reconociendo implícitamente el mejor posicionamiento empresarial y la necesidad del acatamiento de un concreto deber de colaboración procesal. Se sostiene que este deber proviene de los principios generales que rigen la materia probatoria, tales como el deber de colaboración, el de probidad y buena fe, que imponen a los litigantes no solo coadyuvar en la dilucidación de la verdad jurídica objetiva del caso, sino también a no utilizar un procedimiento para no ocultar o deformar la realidad o para tratar de inducir al magistrado a engaño.

III. Palabras finales

Debe repararse en que solo el Estado a través del Poder Judicial es el responsable de encontrar la solución a los conflictos que involucran relaciones asimétricas como las de consumidor-proveedor, sobre la base de los preceptos y principios impuestos en nuestra Constitución política. Este es un momento histórico para los operadores jurídicos, en general, y para el Poder Judicial de la provincia, en particular, ya que es una oportunidad de oro para que se restablezca la confianza de la opinión pública en el sistema de justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión; c) Que esa sentencia se cumpla, o sea se efectivice la ejecutoriedad del fallo. En el art. 18 de la Constitución Nacional se establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. A su vez el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional supremo de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁷.

Los derechos del consumidor, entonces, entran en la categoría de derechos humanos y, como tales, gozan de jerarquía constitucional. La adopción unánime de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor también revela que el tema se encuentra en la agenda de la comunidad internacional.

Dada la envergadura de los intereses en juego, la faena del Tribunal no será para nada sencilla. El profesor Carlos Nino describe gráficamente, mediante una analogía de la construcción, el papel que debe desplegar el juez dentro del orden jurídico republicano:

Entendemos interesante comparar el proceso de la construcción identitaria del rol político del Poder Judicial argentino con la metáfora de la catedral utilizada por Carlos Nino. En ella, el autor compara el derecho, con las catedrales medie-

⁷ Grillo, Iride Isabel María. (2004). El derecho a la tutela judicial efectiva, www.saij.jus.gov.ar, SAIJ: DACF040088

vales, pues ambas cosas son algo que no es construido por una sola persona, ni se edifica a corto plazo con la intervención de una sola generación... se define a los magistrados como arquitectos a los que se les entrega una catedral ya iniciada para que continúen con su construcción y frente a ello los jueces pueden: respetar a los anteriores arquitectos o cambiar radicalmente su proyección⁸.

Como conclusión global de este trabajo, desde la perspectiva de análisis compleja de la realidad socioeconómica provincial, creemos que es importante llevar claridad acerca de un mecanismo de crédito para el consumo que ha develado una relación de dominación y abuso sobre el débil jurídico y económico. Aquí radica el centro de la cuestión, pues es el Poder Judicial el encargado de respetar y hacer respetar el orden legal vigente. La respuesta fue, es y será judicial y por imperio constitucional deberá garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos del consumidor.

Bibliografía

- Aguilar Ruiz, L. *La protección del consumidor de crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 120-129.
- Álvarez Larrondo, F. M. (2010). Sobreendeudamiento del consumidor. Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma, en Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma, pp. 155 y ss.
- Álvarez Larrondo, F. M y Rodríguez, G. *Manual de derecho del consumo*. Buenos Aires, Erreius, 2017.
- Arias, M. P. y Urriuta, L. A. B. *Protección jurídica de los subconsumidores especialmente vulnerables (con referencia al nuevo código civil y comercial de la Nación)*, Rosario, Juris, 2017.
- Arias, M. P. y Urriuta, L. A. B. (2020). Los sistemas de ahorro previo para la adquisición de automotores, el consumidor ahorrista y la emergencia económica, *La Ley*.
- González Vila, D. S. *La tutela del consumidor en los planes del ahorro automotor*, 1ª ed., Mendoza, ASC, 2021.
- Guastavino, E. P. *Contrato de ahorro previo*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1988.

⁸ Mascitti, Matías. (2022). El trialismo como un medio para promover la justicia dentro de la complejidad de la era digital, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* Fecha, ISSN: 0008-7750, (56).

EL INSTITUTO DEL DAÑO PUNITIVO EN EL DERECHO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN ARGENTINA Y EN CHINA

Magíster Wang Qingzhu

I. Introducción

En el año 1898, se fundó la primera organización de consumidores¹ del mundo en Estados Unidos, y en 1936 se creó una unión de consumidores de ámbito nacional. Desde aquel entonces, los Estados eran conscientes de la importancia del papel jugado por los consumidores en el mercado y de su posición vulnerable en las relaciones de consumo. En 1983, CI designó el 15 de marzo Día Internacional de los Derechos del Consumidor. El 9 de abril de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad las Directrices para la Protección de los Consumidores, instando a los Estados a adoptar medidas prácticas para salvaguardar los intereses de los consumidores.

Como dos países poseyendo una gran proporción de mercado de consumo, Argentina y China siguen los pasos internacionales creyendo la legislación del consumo muy sistemática con distintas herramientas de protección, entre las cuales una de las más llamativas es el daño punitivo, que agrava las responsabilidades de proveedores a favor de consumidores para amparar el orden público económico de la sociedad, proteger los intereses del consumidor e impulsar el desarrollo económico de manera más sana. Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, las teorías de la legislación de los dos países se encuentran muy variables y prematuras, por lo que queda mucho por mejorar. Y también en la práctica, no ha dado los resultados esperados que los legisladores han tenido en miras al momento de regular legalmente este instituto. Aparecen frecuentemente debates y

¹CI, Consumers International, antes Organización Internacional de Uniones de Consumidores (OIUC), se fundó en 1960.

controversias para decidir cómo interpretar y aplicar las reglas exactamente en los casos reales.

Por lo tanto, la presente investigación procura hacer una comparación entre los derechos de consumidores de China y de Argentina, analizando sus características, funciones sociales y teorías populares. Especialmente, hablamos sobre el instituto de daño punitivo, sus avances, naturaleza, los requisitos para aplicar y los problemas aparecidos en las prácticas judiciales en China y en Argentina separadamente. Se intenta extraer enseñanzas de las diferentes maneras legislativas de ambos países para buscar una solución a los problemas existentes en la legislación sobre consumo de cada país.

A partir de la explicación detallada de los objetivos que han mencionado anteriormente se pretenderá dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué es el daño punitivo en el régimen del derecho de consumo? ¿Cuál es su legitimidad y su valor? ¿Cuáles son los problemas que surgen cuando se aplica esta norma? ¿Debería aplicarse el daño punitivo con un criterio más rígido en China? ¿Sería mejor construir un sistema exacto de cuantificación para solucionar la cuestión de Argentina?

Como hipótesis principal, se postula que la construcción de una fórmula tabulada y objetiva para fijar la suma de la multa argentina evitaría la existencia de decisiones aleatorias y arbitrarias por el juzgador y brindaría una razonable seguridad y transparencia. Y en cuanto a China, se supone que debería efectuarse una reforma legal que brinde certeza sobre la imposibilidad de imponer la multa civil en los casos de consumidores de mala fe bajo el contexto de la realidad social y el propósito legislativo de la norma.

II. Aspectos generales del derecho del consumidor

2.1. Ley de Protección de los Derechos e Intereses del Consumidor de China

En China, hay tres leyes para proteger los derechos e intereses de los consumidores, que son el Código Civil de China, la ley de los consumidores y la ley de seguridad alimenticia. El Código Civil chino pauta pocas normas vinculadas con la relación de consumo, y en cuanto a la de alimentación, se limita a las reglas en el ámbito de alimentos. La Ley de Protección de los Derechos e Intereses del Con-

sumidor² se regula con un alcance más amplio, detallada y con un uso más frecuente. Se desempeña un papel importante en la protección de los derechos de los consumidores y ha contribuido a mejorar las prácticas comerciales en el país. La ley de consumidor cuenta con 30 años de historia promulgada por primera vez en 1993 en la Cuarta Reunión del Comité Permanente de la Octava Asamblea Popular Nacional el 31 de octubre, y luego estuvo en vigor en el año siguiente. Esta legislación fue una respuesta a la creciente necesidad de proteger a los consumidores en un contexto de rápida expansión económica y desarrollo del mercado de consumo en el país. A lo largo de los años, la Ley de Consumidores ha experimentado varias reformas y actualizaciones para adaptarse a los cambios en el entorno económico y las demandas de los consumidores. Estas reformas han buscado fortalecer la protección de los derechos del consumidor y abordar las nuevas problemáticas que han surgido en el mercado. Se modificó por primera vez por la decisión sobre la modificación de algunas leyes en la Décima Reunión del Comité Permanente de la Undécima Asamblea Popular Nacional el 27 de agosto de 2009, y por segunda vez en el año 2013 por la Decisión sobre la modificación de la Ley de la República Popular China sobre la Protección de los Derechos e Intereses de los Consumidores.

2.1.1. Marco normativo

La ley tiene ocho capítulos con 53 artículos regulando las disposiciones fundamentales para garantizar la protección de los consumidores en China. Algunos aspectos destacados de la ley incluyen: los derechos básicos del consumidor, la responsabilidad de los proveedores, la protección judicial y administrativa, la asociación del consumidor, el mecanismo de resolución de disputas y la responsabilidad jurídica.

En contraste a la Ley 24,240 de Argentina, la ley del consumidor china no define claramente quién es el consumidor. El art. 2 dice que “los derechos e intereses de los consumidores que adquieren o utilizan bienes o reciben servicios con el fin de vivir y consumir están protegidos por esta Ley; si esta Ley no lo prevé, están protegidos por otras leyes y reglamentos pertinentes”. Se limita a que son aplicables cuando las personas compran bienes u obtienen servicios como con-

² En adelante, la ley de consumidor.

sumo final. En el siguiente capítulo se establece los derechos básicos del consumidor: el derecho a la seguridad de los productos y servicios (art. 7), el derecho a la información (art. 8), el derecho a la compensación en caso de daños (art. 11) y el derecho de supervisión (art. 15).

La ley tampoco regula quién es el proveedor. El art. 3 describe: “los proveedores que proporcionen a los consumidores bienes producidos o vendidos por ellos o presten servicios deberán cumplir esta Ley; si esta Ley no lo prevé, deberán cumplir otras leyes y reglamentos pertinentes”. Las regulaciones deficientes de la definición de los proveedores y consumidores a veces causan la dificultad de la aplicación jurídica de la ley del consumidor.

Por otro lado, la ley regula siete tipos de responsabilidades con relación al consumo en el capítulo 7: responsabilidad por daño personal, responsabilidad por vulneración de la dignidad humana, responsabilidad civil por daño moral, responsabilidad civil por daño a la propiedad, responsabilidad por incumplimiento tras el pago por adelantado, responsabilidad por la devolución, responsabilidad de daño punitiva, responsabilidad administrativa de los operadores, responsabilidad penal de los operadores. La responsabilidad de daño punitivo (art. 55) tiene un carácter muy fuerte, principalmente porque es una innovación en la legislación civil. Además, la ley del consumidor modificada agravó la responsabilidad de daño punitivo desde la indemnización de dos veces al precio a tres veces al precio y determina la cuantía mínima de la indemnización. Este cambio refleja que el Estado procura ajustar la posición desequilibrada entre consumidores y proveedores poniendo más cargos a los operadores.

2.1.2. Principios generales

La ley del consumidor china se desarrollaba sobre la base del derecho civil, heredando sus principios y agregando sus propias características. Se considera como una ley especial de la ley civil. En caso de concurrencia entre el derecho civil y el derecho de protección de los consumidores, se aplica la última según el principio de *lex specialis* (*Lex specialis derogat legi generali*).

El Código Civil se regula por seis principios generales, incluyendo el principio de igualdad, de autonomía de la voluntad, de equidad, de buena fe, de orden público y moralidad, y el principio de verde. Igualmente, se utilizan como principios

del derecho del consumidor. Por otra parte, la ley de protección de los derechos e interés de los consumidores, diferenciada de la ley civil que brinde la misma protección a todas personas humanas y jurídicas sin predilección, pone focos en los consumidores que se sitúan en una posición más vulnerable pero relevante en la economía del mercado.

Debido al aislamiento y fragmentación del consumidor y a la falta de conocimientos técnicos y legales, los consumidores siempre se encuentran en una situación más débil en la relación de consumo. El principio de protección especial del consumidor refleja la intención legislativa de ajustar el desequilibrio de habilidad entre proveedores y consumidores y de ofrecer una protección especial para que los consumidores puedan ejercer plenamente sus derechos.

Por otro lado, al contrario de que todas las indemnizaciones pautadas en el Código Civil son de carácter compensatorio, la ley del consumidor combina la indemnización compensatoria y castigada. La punitiva significa que la suma de la indemnización no se limita a la pérdida real y se fija más atención a la malicia subjetiva de los operadores. La aplicación de este principio favorece, por una parte, la protección de los derechos e intereses de los consumidores que provoca al grupo defenderse, y, por otra, tiene un cierto efecto de advertencia sobre el comportamiento de los operadores.

Por último, tenemos el principio de la supervisión estatal y social y el apoyo estatal. Sería muy necesario que las oficinas administrativas estatales hagan la supervisión técnica de las actividades de los operadores con regulación realizando inspecciones regulares o irregulares para que los operadores puedan operar conscientemente en cumplimiento de la ley. Igualmente,

el Estado ayudará, orientará y educará a los consumidores para que tomen conciencia de su autoprotección, y al mismo tiempo reforzará la supervisión y la gestión de los operadores comerciales, y prohibirá con firmeza cualquier operación ilegal. En caso de violación de los derechos e intereses de los consumidores, el Estado proporcionará la asistencia jurídica necesaria, como simplificar los procedimientos y facilitar las reclamaciones. Los departamentos competentes, como la administración de industria y comercio, el departamento de inspección de mercancías, el departamento de metrología y el departamento de precios, deben tomar la iniciativa de supervisar y comprobar

la calidad de los productos en el ámbito de sus competencias y responsabilizarse de su tratamiento³.

Además de los principios favorables a los consumidores y usuarios, la red protectora para los consumidores está tejida no solamente por la ley de protección de los derechos e intereses del consumidor, sino también en colaboración con el Código Civil, la ley de seguridad alimentaria, y también la ley de competencia y la ley de competencia desleal. Todas las normas mencionadas cubren distintos aspectos de la relación de consumo para intentar crear un ambiente del mercado con más seguridad y equidad.

2.2. Ley de Defensa a Consumidor⁴ de Argentina

2.2.1. Leyes relacionadas

En el art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina, se establece que

los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

³刘磊, 杨文明。《经济法概论》第十三章: 消费者权益保护法。Liu Lei y Yang Wenming, Introducción al derecho de la economía, capítulo 13.

⁴En adelante LDC.

En calidad de ley suprema de la jerarquía jurídica, la Constitución se estima como la ley fundamental del país, un estándar normativo para todas las otras normas que tienen que adecuarse a lo que establece la Constitución y no la pueden contradecir. En la argentina, se reconocen los derechos y la posición relevante de los consumidores en la economía social, y esto significa una gran garantización y un fuerte amparo estable a los derechos por el Estado a largo plazo. En Argentina, se valoran los derechos de consumidores con el mismo peso de los derechos básicos de seres humanos como la libertad y la propiedad. Argentina se lista en uno de los países que describen los derechos de consumidores y usuarios. Esto refleja el alto nivel de atención y protección estatal para las personas débiles en la relación de consumo. En cuanto a China, es una pena que la Constitución no lo abarque.

Bajo la Constitución, se sitúa la Ley 24.240, la Ley de Defensa a Consumidor de Argentina. La principal legislación en materia de protección de los consumidores en Argentina se promulgó en 1993. La entrada en vigor de esta norma indudablemente marcó el inicio de un nuevo rumbo en el tratamiento de las relaciones de consumo. Se distinguían las personas débiles en la relación de consumo a los deudores en el Código Civil y se promovía la tutela del consumidor. Esta ley introdujo medidas exhaustivas para regular las relaciones de consumo, establecer los derechos básicos de los consumidores y definir las responsabilidades de proveedores y fabricantes. Abarca diversos aspectos de las transacciones de consumo, como la seguridad de los productos, la publicidad, las garantías y las prácticas desleales.

Además, en el Código Civil y Comercial de la Nación, los arts. 1092-1122 abordan el contrato de consumo. Se ajusta la relación de consumo desde la perspectiva contractual, destacando la modalidad de formación contractual y al mismo tiempo resaltando las cláusulas abusivas.

Por último, cada provincia de Argentina cuenta con su propia ley en materia de protección de los consumidores y usuarios, por ejemplo, la 2.943, sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la 13.133, Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, provincia de Buenos Aires. La que también vale la pena mencionar es la Ley 16.933, Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo. La COPREC (Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo) funciona mediante la sede donde los consumidores hacen reclamación individual, rellenando el for-

mulario con su petición. Es una herramienta novedosa, conveniente y eficiente para solucionar los problemas surgidos en la relación de consumo, y no existe todavía una similar en China.

2.2.2. Características y principios jurídicos

La LDC, como ley de orden jurídico, de fuente constitucional, también cuenta con el carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable. Se procura tutelar los derechos de consumidores y usuarios en la relación de consumo facilitando método privado y administrativo. La aplicación jurídica de la dicha ley necesita una definición clara y específica sobre quiénes son los consumidores. La ley argentina destaca “la adquisición de cosas para consumo final a título oneroso o gratuito, de aquellas cosas que no volverán a ser utilizados como bienes de cambio o incorporados nuevamente a algún proceso productivo”⁵. “Es preciso señalar que la LDC tutela al usuario, entendiéndolo como aquel que no sólo tiene derecho al uso y goce de una cosa sino todo aquel que es destinatario de un servicio de cualquier naturaleza”⁶. Por ello, el concepto de consumidor se considera con la mayor amplitud posible. Tal reforma extiende el dominio de la aplicación de la ley y se ha receptado a la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Una vez que se determina aplicar la Ley 24.240, en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá el principio de *in dubio pro consumidor*, que es uno de los principios más notables y llamativos en el ámbito del derecho de consumidores. Los principios siempre juegan un rol destacado y se sirven como directrices para dar soluciones a los casos jurídicos. En el campo de consumo, se campean los siguientes principios.

El principio protectorio (art. 3) que se ha mencionado en el párrafo anterior se fundamenta en la situación de debilidad de los consumidores en la sociedad de consumo. Se comenta que

⁵ Farina, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24,240 y del decreto reglamentario, capítulo 13, Ley de protección de los derechos e intereses de los consumidores 1798/94, tercera edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 42 y 43.

⁶ Martínez Medrano, Gabriel. (20 de mayo de 2008). Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor ley 26,361, MJ-DOC-3439-Ar.

el Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan las sociedades contemporáneas como consecuencia de la consolidación de la llamada «sociedad de consumo». Las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad los consumidores y usuarios⁷.

Respecto a su proyección funcional, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a) regla in dubio pro-consumidor; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa. Es muy usual en la interpretación de contratos de consumo, y también resulta aplicable a la duda del juzgador en la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento. Además, dicha regla ya tiene su sustento en el art. 37 de la LDC. Es dable entender que la materia jurídica protectoria de los consumidores y usuarios es superadora de los principios de igualdad de los contratantes enunciados en el art. 42 del Código Civil y Comercial de la Nación⁸.

En cuanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos, se respalda con el art. 37, inciso b, “sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”. Este artículo se utiliza con mucha frecuencia en el caso del contrato por adhesión que suele contener cláusulas de la renunciación del derecho. Esto causa la situación de que los contratantes que desconocen el artículo consideran que los acuerdos son válidos e irrevocables. El presente artículo otorga la invalidez a las cláusulas que resultan injustas o abusivas para los consumidores y usuarios y aún dejan a salvo la posibilidad de mantener en vigencia el contrato.

En todos los países, el principio de buena fe se trata de un principio general y fundamental de derecho civil, presente en todos los campos del derecho y las

⁷ Arias Cáu, Esteban J. y Barocelli, Sergio S. (5 de septiembre de 2014). Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos, La Ley.

⁸ ARTÍCULO 402.- Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

relaciones jurídicas. “El derecho del consumidor no opera por fuera de los términos de la buena fe contractual, imperativo de derecho que se impone en las conductas convencionales; tanto las de la proveedora como las que asuma el consumidor”⁹. Se requiere a todas las personas, tanto los consumidores como los proveedores, obrar de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal. Sin embargo, los principios generales de buena fe y abuso del derecho son dos pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Ambos principios se encuentran estrechamente vinculados y al mismo tiempo se chocan a la hora de aplicar. Para entender el ejercicio de un derecho como abusivo, se deben exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Por último, se toca el principio de trato digno. En el art. 8 bis, se exige que los proveedores de bienes y servicios deban adoptar medidas para que el consumidor sea atendido debidamente como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes o son menores o son extranjeros o no tiene la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se les ofrece. Y tal conducta, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrá ser pasible de la multa civil establecida en el artículo 52 bis conocida por el daño punitivo de la presente norma.

Con los principios generales y las reglas, Argentina ha establecido un sistema muy completo, aunque no perfecto, para proteger a los consumidores. Su importancia se radica en el impacto que la globalización ha producido en la economía actual y la influencia cotidiana que ello trae aparejado para todos los ciudadanos consumidores.

III. Aspectos generales del daño punitivo

3.1. Aspectos generales

3.1.1. Terminología

El daño punitivo tiene sus antecedentes más remotos en el common law “punitive damages”. Según el diccionario de Cambridge, el “punitive damages” comprende

⁹Barotto. Ley de defensa del consumidor, prueba, buena fe.

una cantidad de dinero que debe pagar alguien que comete un delito. Y la suma se pretende que sea lo suficientemente elevada como para evitar que esa persona u otras cometan los mismos delitos en el futuro.

3.1.2. Desarrollo

Fue aplicado por la primera vez en “Huckle vs. Money” por el juez Lord Camden en Inglaterra en el año 1763. En aquella época, el common law no permitía la solicitud de la reclamación de los daños morales, porque consideraba que era difícil justificar y cuantificar tales daños de la víctima como el dolor, el sufrimiento, la vergüenza, la incomodidad u otros daños intangibles. Entonces, el daño punitivo del sistema anglosajón del siglo XVIII fue utilizado en casos de calumnia, agresión maliciosa, acusación falsa, y otras ocasiones en los que una persona sufrió angustia emocional. Se servía como suplemento del sistema de indemnización del momento no era capaz de compensar a la víctima por sus daños morales, y con tal los daños morales se podían materializar junto con los daños materiales reales.

Desde el siglo XX, iban floreciendo las grandes empresas y corporaciones, algunas de las cuales fabricaban productos de calidad inferior que causaban graves perjuicios a los consumidores. Aunque los consumidores podían obtener reparación mediante daños generales, era difícil actuar como elemento disuasorio para la fabricación y la venta de bienes de calidad inferior por parte de las grandes empresas debido a su potencia económica. Por ende, se modificó la teoría del daño punitivo hasta la idea de la función de castigo y disuasiva para hacer frente a conductas reprochables llevadas a cabo por los proveedores.

3.1.3. Funciones y características

Desde hace unos siglos los estudios sobre el significado y la finalidad de la pena han sido abundantes en el sistema del derecho penal. Debido a que los daños punitivos también tienen un objetivo punitivo, se pueden citar directa o indirectamente muchas de las ideas del derecho penal.

En cuanto a los motivos y las funciones de la multa civil, se observan divergencias en la doctrina actual, y se puede concluir en tres doctrinas dominantes.

La primera es de David G. Owen, quien las dividió en cuatro aspectos: *punishment, deterrence, law enforcement, and compensation*¹⁰. La segunda es la de Dorsey D. Ellis que, tras aglomerar las sentencias judiciales y cotejar las ideas de los estudiosos, resumió los siete objetos en relación con los daños punitivos: “(1) *punishing the defendant*; (2) *detering the defendant from repeating the offense*; (3) *detering others from committing an offense*; (4) *preserving the peace*; (5) *inducing private law enforcement*; (6) *compensating victims for otherwise uncompensable losses*; and (7) *paying the plaintiffs attorneys’ fees*”¹¹. Y la última es de Bruce Chapman and Michael Treilcock, dividiendo las funciones en tres partes: *compensation, retribution and deterrence*¹². Las tres doctrinas cuentan con sus propios pros y contras. Hasta el momento, no se ha llegado a una mejor conclusión sobre este tema.

Entre ellas, la preservación de la paz se puede considerar como fruto de disuasión. Y en cuanto al pago de tasa justicia, no es más que una medida incentiva para animar a los demandantes para defender a sus derechos, que también pertenece a la función compensatoria. Así que no hace falta explicar separadamente los detalles de las funciones mencionadas por Ellis. En esta parte se va a ilustrar principalmente la idea de Chapman y Treilcock.

Compensación

Las personas que consienten con tal idea piensan que las indemnizaciones civiles suelen ser insuficientes, por ejemplo, para determinados daños no patrimoniales. La ley algunas veces no reconoce la reclamación de las víctimas para tales daños por la dificultad de calcular y probar. Entonces, los daños punitivos funcionan como medio suplementario para reparar el blanco de la ley. Esta es precisamente la razón por la que los daños punitivos aparecieron y se aplicaron en el Reino Unido y los Estados Unidos.

¹⁰ Owen, Davis G. (1976). Punitive Damages in Products Liability Litigation, Michigan Law Review, 1257, 1287.

¹¹ Ellis, Dorsey D. (1982). Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, Law Review.

¹² Chapman, Bruce and Treilcock, Michael. (1989). Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale, Alabama Law Review, 741.

*Disuasión*¹³

“La mayoría de las opiniones sobre el daño punitivo se basan en el argumento de la disuasión”¹⁴. Podemos hacer una descripción clara y concisa de tal función de los daños punitivos: pretender complementar la laguna disuasiva de los daños compensatorios. Normalmente, han sido suficiente los daños compensatorios para surtir efectos disuasivos.

En consecuencia, se utilizan los punitivos solamente en casos de que los compensatorios no genera un efecto suficientemente disuasivo, y lo necesita imponer un prejuicio agravado para promover el uso eficaz de los recursos sociales. Para disuadir de la infracción, los daños punitivos pueden satisfacer el requisito de disuasión siempre que se fijen en un nivel muy alto que el autor pierda más de lo que gana¹⁵.

La teoría disuasiva se fundamenta en *ex ante*. “El *ex ante* proviene de derecho penal que significa que la intervención de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquirido”¹⁶. Tiene una mirada hacia el futuro. Bajo tal concepto, los estudiosos sostienen que, dado que la ley ya estableció las sanciones por infringir las normas, es natural que los autores reciban duras sanciones por cometer el delito. Hart piensa que “la finalidad del daño punitivo radica en establecer un estándar del comportamiento y castigar a las personas que no sigue tal estándar ya elegido por la ley y se comporta como le da gana”¹⁷.

¹³ Deterrence: Punishment specifically as a means of deterrence is a more recent concept. First formalized in the 18th century by philosophers Cesare Beccaria and Jeremy Bentham, deterrence theory reflects utilitarian principles. Utilitarianism aims to maximize well-being for all individuals. As such, Beccaria and Bentham framed crime as a societal matter, not just an issue between the criminal and the victim. Therefore, the purpose of punishment is to prevent harmful criminal actions from occurring in the first place and protect society as a whole.

¹⁴ Partlett, David F. (1996). Punitive damages: Legal Hot Zones, Louisiana Law Review, 781, 795.

¹⁵ 何建志。惩罚性损害赔偿金的法理应用——论最适赔偿金额之判定。

He Jianzhi. Aplicación de la jurisprudencia sobre daños punitivos.

¹⁶ Mir Puig, Santiago. La perspectiva «*ex ante*» en derecho penal.

¹⁷ Hart, H. L. A. Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law, Oxford, Clarendon Press.

*Retribución*¹⁸

“Retribución tiene su origen de la venganza. Y ello porque se parte de que a quién ha lesionado los bienes de otros se le debe infligir un sufrimiento de modo que padezca el mal que ha causado a la víctima”¹⁹. En la teoría tradicional del derecho penal, la retribución es otro fuerte punto de vista que durante mucho tiempo ha estado reñido con la teoría de la disuasión. Tal dicotomía también está presente en los debates sobre el sentido de los daños punitivos. Según la teoría de la retribución, el castigo solo puede juzgarse en función de la maldad del acto en sí. En comparación con la idea disuasiva que se basa en satisfacer necesidades sociales, la teoría retributiva se enfoca principalmente en la idea de que la culpa es merecida.

La retributiva se basa en *ex post*, y fija la mirada hacia el pasado. No aparece como instrumento dirigido a regular las conductas de los ciudadanos, sino a la actuación de los jueces que en el futuro se encuentren ante hechos ilegales en el sentido de obligar a responder a tales hechos mediante la multa civil.

Algunos de la idea retributiva critican a los disuasivos con el motivo de que “el uso de multas castigadas como medida disuasoria equivale a tratar a las personas castigadas como un instrumento para lograr una política social, y esta visión de la persona humana contradice la dignidad de la persona humana”²⁰.

Hasta entonces no hay una respuesta mejor para definir la naturaleza y explicar las funciones del instituto. Cada país adopta diferentes doctrinas y sigue tanteando en este campo.

¹⁸ Retribution. The notion of punishing an individual for wrongdoings has existed since ancient times. The phrase “an eye for an eye,” which means that harm should be repaid with like harm, dates to the Code of Hammurabi in about 1754 BC. The Code of Hammurabi is one of the earliest known formal legal systems, and it leans heavily on retributive justice ideology. Most subsequent penal codes borrowed its framework and outlined similar, though often less violent, methods of punishment. In his 1797 work *The Metaphysics of Morals*, philosopher Immanuel Kant contended that retributive punishment is the most legitimate form of justice available to society. It ensures that a criminal face reckoning for their wrongdoings, which is the basis of law itself. Retributive punishment remains a cornerstone of many modern legal systems.

¹⁹ Frisch. (2004). *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, InDret, 3, p. 7.

²⁰ Kant offered the “formula of the end in itself” as: “Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of another, always at the same time as an end and never simply as a means.

3.1.4. *Justificación de la legitimidad*

Los daños punitivos tienen una característica mixta de derecho público y privado. Se sitúa en la lista de derecho civil, que es derecho privado. Pero al mismo tiempo tiene una función punitiva, disuasiva y retributiva que generalmente se la consigue mediante sanciones penales y administrativas. Muchas sostienen que la función de este instituto puede ser reemplazada por las sanciones penales y administrativas. Sin embargo, la multa civil cuenta con sus propias ventajas y peculiaridades, y tiene la razonabilidad de aplicarlo.

Es como bien lo señalara Aída Kemelmajer de Carlucci: “El resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”. Los daños punitivos pueden satisfacer la psicología humana del castigo y la venganza, lo que favorece la disuasión y el castigo de las infracciones y contribuye a la paz social. “La venganza es una emoción humana de la naturaleza que brota de la autoestima y del sentimiento de igualdad. Cuando las personas reciben un daño injustificado, su sentido de la autoestima y la igualdad les hacen inevitablemente a sentir las ganas de la venganza mediante causando el mismo daño al agresor”²¹. En las sociedades primitivas, se suele tomar la venganza de la ley de talión²² (en latín: *lex talionis*). A medida que la sociedad se civiliza, se convirtió en la venganza alternativa²³. El daño punitivo se sirve como un buen mecanismo para realizar la venganza alternativa y utiliza el poder privado para lograr el control social.

Además, los daños punitivos tienen un efecto calmante en la víctima. Su aplicación puede aliviar a la víctima de la ira y el resentimiento psicológicos y emocionales causados por el acto ilícito, de modo que la víctima puede apaciguarse psicológica y emocionalmente. En la vida real, a menudo muchos litigios civiles

²¹ 张恒山。《法理要论》，北京大学出版社2002年版，第492页。“报复是人类的一种原始的心理情感。它源自于人类的自尊和对他人的平等感。当人们受到无理的伤害后，其自尊感、平等感必然使人内心涌动着使侵害者受到同样损害的报复情感。”

Zheng Hengshan. Comentarios sobre la doctrina, Universidad de Beijing.

²² Del latín *lex talionis*. Principio jurídico de justicia retributiva en el cual la norma impone un castigo que debe ser igual al crimen cometido. El término “*talion*” deriva de la palabra latina “*talio*” o “*talionis*”, término que designa un arcaico tipo de castigo o pena jurídica que significa idéntico, esto es, que la pena no se entiende equivalente, sino idéntica.

²³ La venganza alternativa: El pago de bienes en lugar de represalias físicas contra el agresor de la misma manera.

se convierten en delitos violentos, porque el sistema compensatorio tradicional de responsabilidad civil solo indemniza a la víctima por las pérdidas materiales; no tiene el efecto de aplacar a la víctima. Según dijo el famoso jurista Rudolf von Jhering, la ley debería satisfacer “el sentido legal”²⁴ de la víctima. La diferencia entre los daños punitivos y los civiles ordinarios radica en que, al imponer una sanción monetaria adicional al infractor, se niega y se critica la conducta ilícita del infractor. Lo permite hacer realidad la dignidad humana y los sentimientos jurídicos de la víctima. De ahí se refleja la función de calmar el corazón de la víctima.

Desde otro punto de vista, Richard A. Posner piensa que la multa civil ofrece a las víctimas otros recursos para resarcir, y al mismo tiempo alivia las cargas del sistema penal. Vélez Sársfield, en la nota de art. 1072 del Código Civil, ya observaba que: “No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otros, por ejemplo, el estelionato que no se castiga por la ley penal, aunque es en muchos casos un verdadero delito civil”. Por nuestra parte, solo agregamos que “no todos los delitos civiles encuentran una adecuada sanción en la responsabilidad civil, de naturaleza predominantemente compensatoria”²⁵. “Por ejemplo, en los casos de delitos con menos gravedad, cuando la cuantía de la indemnización es extremadamente pequeña o cuando son difíciles probar los daños, los fiscales no quiere intervenir en tal caso. En tal circunstancia, las víctimas no van a recibir una indemnización razonable y los autores no serán debidamente castigados sin el instituto del daño punitivo”²⁶. Los sujetos se encargan del gasto del litigio que ahorra una gran cantidad de costo procesal estatal. Además, la función punitiva de la responsabilidad penal cuyo objeto es la delincuencia, aunque también incluye sanciones pecuniarias, se manifiesta principalmente a través de la privación de la vida o la libertad del acusado, que es un castigo con más severidad. Por otra parte, los medios administrativos cuyo objeto son las infracciones administrativas no se limitan a las sanciones patrimoniales, sino que también se castiga a través de la restricción de la libertad de participación de la persona y la privación de las

²⁴ Rechtsgefühl en Alemania. Rechtsgefühl is widely translated as “the feeling of the legal right” or “sense of justice”. It is the energy of our moral nature protesting against the violation of the law; it is the most beautiful and the highest testimony which rechtsgefühl can bear to itself. Rudolf von Jhering. *The struggle for law*.

²⁵ Moisés, Benjamín. (2 de febrero de 2008). Los llamados <daños punitivos> en la reforma a la ley 24.240, *Revista Oficial del Poder Judicial*.

²⁶ Posner, Richard A. *Economic analysis of law*, Aspen Law and Business.

correspondientes cualificaciones del infractor. Por lo contrario, el instituto del daño punitivo que castiga las infracciones civiles es más adecuado aplicarlo a las infracciones leves, pero que causan daños irreparables a la víctima, y al mismo tiempo para las que los daños compensatorios no constituyen un buen elemento disuasorio.

Por otro lado, el daño punitivo, al dar a la víctima un incentivo suficiente para hacer proteger sus derechos, la motiva a actuar plenamente como ser social, lo que permite castigar y disuadir de forma más idónea el hecho agravante y mantener la paz social. Y también fomenta la conciencia de los públicos de la defensa autónoma. “Esta multa, como complemento de la responsabilidad civil compensatoria, se ocupa del orden jurídico general y de la búsqueda de la justicia sustantiva, y coincide con la idea de un sistema jurídico orientado socialmente”²⁷. “Es inevitable que la responsabilidad civil compensatoria, que se basa en la idea individual, revele algunas de sus deficiencias. Los daños punitivos pueden compensarlo. En el futuro, la única forma de reconciliar al individuo y a la sociedad es observar la tendencia del derecho civil”²⁸. Entonces, en el futuro, la mejora de la responsabilidad civil también debería incluir la multa civil sobre la base de la responsabilidad compensatoria.

3.2. El instituto de daño punitivo en China

3.2.1. Desarrollo legislativo

En realidad, los daños punitivos ya estaban previstos en el antiguo sistema jurídico chino. En la dinastía Zhou (857-841 a.C.), sucedía tal cosa: “una persona que se llamaba Yai invadió a las tierras del clan San y les causó daños. A petición del clan San, el Yai debió ofrecer dos de sus campos como compensación a los daños causados”²⁹. Se trata probablemente del primer caso conocido de daños punitivos en China, lo que indica que el sistema de daños punitivos estaba reconocido en el

²⁷ La orientación social de la ley significa que se basa en el interés público de la sociedad, sirviendo a la sociedad en su conjunto y restaurando el papel original de la sociedad

²⁸ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年5月第2版，第44页。

Liang Huixing. Derecho Civil China, 2001.

²⁹ 胡留元。从陕西金文看西周民法规范及民事诉讼制度。《考古与文物》1983年第6期。Hu Liuyuan. Análisis del derecho procesal civil y derecho civil de la dinastía Xi Zhou a partir de los textos áureos de Shaanxi, Arqueología y Patrimonio, 1983.

derecho consuetudinario de la época. También en el Código Tang³⁰ se regulaba sobre tal instituto: el artículo de “gravamen de bienes robados” establecía que “el ladrón estará doblemente castigado”³¹, y el comentario del código Tang decía que “el ladrón estará doblemente sancionado porque tiene propósito de lucro, por lo que impondrá doble veces de pena, es decir, si roba un pie, se le gravarán dos pies”³². En la dinastía Míng y Qing, también había normas similares. Así, pues, está claro que ya existía el instituto de los daños punitivos en la antigua China y que su carácter punitivo era la función principal.

Con el creciente poder económico y judicial estatal, el Estado tomó en sus propias manos los derechos de sanciones a las delincuencias y las infracciones, y ha desarrollado finalmente un instituto monopolio que cuenta con el poder de castigar la delincuencia. El rol de los daños punitivos, como remedio privado y como complemento de la aplicación estatal de la ley, se ha ido limitando progresivamente. En China, la retención de daños punitivos quedó en debate cuando hizo la legislación, aunque al final se adaptó incluir la multa civil en el sistema legislativo chino.

Ley de consumo

La primera típica disposición sobre el daño punitivo en China se encuentra en la Ley de Protección de los Derechos e Intereses del Consumidor de 1993, y es la más influyente de la legislación china. El artículo 49 de la ley establece que: “Si un operador suministra bienes o servicios de forma fraudulenta, deberá compensar al consumidor por la pérdida sufrida a petición suya duplicando el precio de los bienes adquiridos o el coste de los servicios recibidos”.

El artículo 49 de la ley del consumidor china no utiliza explícitamente el concepto de “daños punitivos”, pero es claramente igual al sistema de los daños punitivos del common law. Y luego este artículo fue modificado en 2014, cambiando de la duplicación en la triplicación y agregando un importe mínimo.

³⁰ El Código Tang (唐律) es un código penal establecido en China a comienzos de la dinastía Tang (618-907). Completado por otras ordenanzas y textos jurídicos más temporales, constituye el corazón jurídico del sistema legal Tang, y fue la base de todos los sistemas penales siguientes hasta 1912. Se convirtió en la base de códigos dinásticos posteriores no únicamente en China, sino en otras áreas del Asia oriental tales como el Japón y Corea.

³¹ 盜者，倍備。

³² 謂：盜者以其貪利既重，故令倍備，謂盜一尺，征二尺之類。

Art. 55 Si el operador suministra bienes o presta servicios de forma fraudulenta, deberá aumentar la indemnización por el perjuicio sufrido por el consumidor de acuerdo con su solicitud, y el importe del aumento será el triple del precio de los bienes adquiridos o del coste de los servicios recibidos por el consumidor; si el importe del aumento es inferior a quinientos yuanes, será de quinientos yuanes. Si la ley dispone otra cosa, la indemnización se ajustará a sus disposiciones. Cuando un operador comercial sabe que hay defectos en los bienes o servicios y aún los proporciona a los consumidores, causando la muerte de los consumidores u otras víctimas o daños graves a su salud, las víctimas tienen derecho a exigir una indemnización por el perjuicio sufrido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 51 de la presente Ley, y también tendrá derecho a exigir una indemnización punitiva de hasta el doble del importe del perjuicio sufrido. La ley prevé una indemnización por pérdidas y tiene derecho a exigir daños punitivos inferiores al doble de la pérdida sufrida.

Interpretación judicial del contrato de compraventa de viviendas

En 2003, el Tribunal Popular Supremo, en su *Interpretación sobre varias cuestiones relativas a la aplicación de la ley en el proceso de litigios sobre contratos de compraventa de viviendas*, estableció reglas sobre la duplicación de la indemnización. El artículo 8 de esta interpretación establece que:

Cuando la finalidad de un contrato de compraventa de una vivienda no pueda ser realizada debido a una de las siguientes circunstancias, el comprador podrá solicitar la rescisión del contrato, la devolución del precio de compra pagado con intereses, la indemnización por daños y perjuicios, y la responsabilidad del vendedor por una indemnización no superior al doble del precio de compra pagado: (a) Tras la celebración del contrato de compraventa, el vendedor no informa al comprador de que la casa ha sido hipotecada a un tercero. (b) Tras la celebración del contrato, el vendedor vende la casa a un tercero.

El artículo 9 establece que:

Si el vendedor celebra un contrato de compraventa de un inmueble en alguna de las circunstancias siguientes, que den lugar a la nulidad del contrato o a su revocación o disolución, el comprador podrá solicitar la devolución del precio de compra pagado por el inmueble con intereses y una indemnización por daños y perjuicios, y podrá solicitar al vendedor que asuma la responsabilidad de una indemnización que no exceda del doble del precio de compra pagado por el inmueble: (a) Ocultar intencionadamente el hecho de que no ha obtenido un permiso de preventa para el inmueble comercial (b) Ocultar intencionadamente el hecho de que la casa vendida ha sido hipotecada; (c) ocultar intencionadamente el hecho de que la casa vendida ha sido vendida a un tercero o es una casa para indemnización por demolición y realojamiento.

Esta interpretación judicial oficial, aunque no se indicó explícitamente, fue un perfeccionamiento y complemento del artículo 49 de la Ley del Consumidor. No obstante, en el año 2020, la Corte Suprema borró los artículos mencionados anteriormente en su última versión de la interpretación. Algunos sostienen que las cuestiones relacionadas con la compraventa de propiedad inmobiliaria siempre involucran una gran suma de dinero, así que tal multa civil será una gran carga para las empresas inmobiliarias que enfrenta el desarrollo de la industria. Otros creen que, con el perfeccionamiento del sistema de registro inmobiliario de China, la aplicación del modelo de contrato de compraventa de inmuebles y los requisitos del sistema de presentación en línea, los cinco tipos de incumplimientos dolosos por parte de los vendedores estipulados en la interpretación judicial original pueden resolverse mediante las disposiciones de la responsabilidad por incumplimiento contractual.

Ley de la seguridad alimenticia

La ley de la seguridad alimenticia regula específicamente el régimen de los alimentos, promulgada en 2009. Se establece, sobre la inspección alimenticia, el es-

tándar de seguridad alimenticia y la responsabilidad civil. En el art. 148 se regula sobre los daños punitivos:

Cuando un proveedor produzca alimentos que no cumplan las normas de seguridad alimentaria o venda alimentos que sepa que no cumplen las normas de seguridad alimentaria, el consumidor podrá, además de reclamar daños y perjuicios, exigir al productor u operador una indemnización diez veces superior al precio o tres veces superior a la pérdida; cuando el importe de la indemnización incrementada sea inferior a mil dólares, será de mil dólares. No obstante, salvo que exista un defecto en el etiquetado o en las instrucciones del alimento que no afecte a la seguridad alimentaria y no induzca a error al consumidor.

Además de la ley de la seguridad alimenticia, el Tribunal Popular Supremo desplegó la Interpretaciones sobre varias cuestiones relativas a la aplicación de la Ley sobre Seguridad Alimentaria (I), que regula la multa civil en el campo de alimentos en el art. 6:

El Tribunal Popular apoyará cualquier alegación del consumidor de que el operador de empresa alimentaria tiene "conocimiento", tal como se estipula en el artículo 148 de la Ley de Seguridad Alimentaria, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

(1) Cuando el vencimiento del alimento ha expirado pero el alimento se sigue vendiendo; (2) Cuando no se indica el origen de la compra del alimento vendido; (3) Cuando los productos se adquieren a un precio irrazonablemente bajo; (4) Cuando no cumple de la obligación de la inspección de los productos en conformidad con la ley; (5) Cuando etiqueta falsamente o cambiar la fecha de producción o el número de lote del alimento; (6) Transferir, ocultar o destruir ilegalmente los registros de importación y exportación de alimentos o facilitar deliberadamente información falsa; (7) Otras circunstancias que puedan considerarse dolosas.

Art. 7 Cuando un consumidor considere que la producción de los productos alimenticios que no cumplen las normas de seguridad alimentaria y al mismo tiempo constituyen un fraude, el consumidor tendrá derecho a optar por exigir responsabilidad punitiva contra el productor u operador de alimentos de conformidad con el apartado 2 del artículo 148 de la Ley de Seguridad Alimentaria o el apartado 1 del artículo 55 de la Ley de Protección de los Derechos e Intereses de los Consumidores.

Código Civil

En el año 2009, publicó la ley de responsabilidad civil por agravio, en la que se reguló la multa civil por productos de defectos: “Artículo 47 Cuando un producto se fabrique o venda a sabiendas de que es defectuoso y cause la muerte o un daño grave a la salud de otra persona, el causante del daño tendrá derecho a reclamar los daños punitivos correspondientes”.

Luego la ley de responsabilidad civil por agravio fue derogada, cuando entró en vigor el Código Civil de China. El art. 47 fue sustituido por el 1207:

Artículo 1207 Cuando un fabricante o vendedor fabrique o venda un producto sabiendo que el producto es defectuoso, o no haya tomado las medidas reparadoras de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, de manera que se cause la muerte o daño físico grave a otra persona, el infringido La persona tiene derecho a solicitar los correspondientes daños punitivos.

Interpretación del Tribunal Popular Supremo sobre la aplicación de daños punitivos en los juicios por daños ecológicos y medioambientales (debajo se usa la interpretación)

Los daños ecológicos y medioambientales son acumulativos, latentes, de lenta aparición y públicamente perjudiciales, y destaca el problema del bajo coste de las infracciones en el ámbito ecológico y medioambiental. La interpretación regula el ámbito de aplicación de los daños punitivos, la composición de la responsabi-

lidad y la determinación de la cuantía de los daños punitivos, que necesitan unificación urgente en la práctica judicial, con el fin de dar pleno juego a la función institucional de los daños punitivos, aumentar el coste de las infracciones medioambientales de conformidad con la ley, castigar severamente las infracciones medioambientales pendientes y hacer que los infractores, a sabiendas, paguen el precio debido. Se perfecciona la regulación en el art. 1232 del Código Civil chino, que es una norma muy general. Se establece que, “si el infractor contamina deliberadamente el medio ambiente o daña la ecología infringiendo la ley, con graves consecuencias, las víctimas tienen derecho a reclamar los daños punitivos correspondientes”.

3.2.2. Análisis de los daños punitivos en el ámbito de consumo

A través de la introducción anterior, se puede ver un cierto número de disposiciones legislativas en el sistema jurídico actual de China, aunque es muy bajo y el contenido de las disposiciones es imperfecto. Entre ellas, las disposiciones del artículo 49 de la Ley de Consumidores, promulgada en 1993, son más típicas. Posteriormente se va a explicar exclusivamente la multa civil en el ámbito de consumo. La razón de prever en la Ley del Consumidor la duplicación de la indemnización por actos fraudulentos radicaba en que, en aquella época, la economía de mercado de China estaba en pañales, y la producción, la venta de productos falsificados, de mala calidad y el fraude al consumidor eran muy habituales. Esta disposición ha sido bien acogida por los consumidores y es uno de los rasgos más distintivos de la ley de protección del consumidor. Además, la legislación china sobre dicho ámbito tiene una fuerte finalidad política económica y social. Como se mencionó anteriormente, los daños punitivos están diseñados para abordar problemas sociales específicos y están enfocados en castigar y disuadir la mala conducta económica y social y proteger los intereses de los grupos vulnerables en la economía y la sociedad.

Para aplicar este instituto en la práctica judicial, se ve la necesidad de analizar los elementos esenciales, en otras palabras, la premisa principal³³.

³³ Legal syllogism is a legal concept concerning the law and its application, specifically a form of argument based on deductive reasoning and seeking to establish whether a specified act is lawful. A syllogism is a form of logical reasoning that hinges on a question, a major premise, a minor premise and a conclusion.

Art. 55 de la ley del consumidor

En cuanto al art. 55 de la Ley de la Defensa a los Derechos e Intereses del Consumidor, hay dos párrafos. El primero, la triplicación de la multa, trata de la responsabilidad civil del incumplimiento de contrato. El segundo, la duplicación, regula la responsabilidad por agravio. La aplicación de tal norma necesita cumplir los siguientes requisitos: una parte es proveedor y otra parte es consumidor; el consumidor compra o adquiere los servicios con el fin de consumo; existe fraude. La segunda situación necesita agregar otras dos condiciones: los proveedores con conocimientos del defecto de productos o servicios y el causar los daños graves a la salud o la muerte. Según el segundo párrafo, se puede entender que en China los daños punitivos no incluyen el daño compensatorio. Es decir, los daños punitivos y los generales pueden reclamarse simultáneamente³⁴.

Como el artículo no define específicamente el fraude, existe un debate entre los académicos en cuanto a la aplicación de la disposición en la práctica judicial. Algunos opinan que el objetivo de este artículo se encuentra en movilizar al público para luchar contra la falsificación, y que, independientemente de los motivos del consumidor y de la cantidad de productos adquiridos, el operador debe responder por partida triple siempre que venda productos falsificados, lo que constituye un fraude. El art. 20 de la ley del consumidor establece que el operador está obligado a informar al consumidor de la información verdadera sobre los bienes o servicios suministrados. Por lo tanto, se considera que, según el método de interpretación sistemática, siempre que el operador no informe plena y verazmente al consumidor de la información relacionada, o sepa que los bienes son falsos, el fraude debería declararse probado. Además, si nos fijamos en la finalidad de la ley de protección de los consumidores, podemos ver que el propósito del legislador es proporcionar una protección especial e inclinada a los consumidores que se encuentran en una posición más vulnerable. Por lo tanto, esta disposición debe aplicarse con independencia de la actitud subjetiva del consumidor, siempre que el operador venda productos falsificados.

³⁴ Si el operador, a sabiendas de que los bienes o servicios son defectuosos, los sigue suministrando al consumidor, causándole la muerte o graves daños a su salud o a la de otras víctimas, la víctima tendrá derecho a exigir al operador una indemnización por daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 51 de la presente ley y otras leyes, así como una indemnización punitiva de hasta el doble del daño sufrido.

Otros sostienen el punto de vista de que debe entenderse de acuerdo con la definición de fraude en el Código Civil. El artículo 148 del Código Civil establece que “un acto jurídico civil cometido por una parte contra la verdadera intención de la otra por medios fraudulentos tendrá derecho a ser revocado por el tribunal popular o el órgano de arbitraje a petición de la parte defraudada”. Se refiere a doble intenciones del fraude: fraude positivo y fraude positivo. El primero implica la comunicación deliberada de hechos falsos y el segundo se refiere a la ocultación intencional de hechos verdaderos estrechamente relativos a la transacción en el contexto de un deber de información. A partir de la acción fraudulenta, le causan a la contraparte malentendidos. Y lo mismo hace la manifestación de voluntad bajo los malentendidos. Esta opinión no solo requiere el acto fraudulento del operador, sino también que el consumidor haya sido engañado para adquirir bienes o recibir servicios. Desde tal punto de vista, si el consumidor es consciente del fraude y compra los bienes para reclamar la indemnización, es decir, conoce el fraude y compra los bienes, el operador no es responsable del triple de la indemnización. Actualmente, la mayoría de los estudiosos del derecho civil chino apoyan este último punto de vista y un número significativo de tribunales lo han adoptado en la práctica judicial. Mediante las prácticas judiciales, se puede ver que la función principal del artículo no es luchar contra la falsificación, sino contra el fraude.

La esencia de la controversia es que existe una diferencia en la comprensión de la naturaleza del régimen de daños punitivos. La primera opinión es que la característica esencial de los daños punitivos es castigar y sancionar el acto ilícito en lugar de compensar a la víctima por la pérdida. Por lo tanto, no es posible interpretar la intención legislativa de este instituto exigiendo que los consumidores deban ser engañados para poder perseguir al infractor por daños punitivos. En cuanto a la segunda, se piensa que el propósito subjetivo de quienes compran productos falsificados, por ejemplo, con ánimo de lucro, es incompatible con el requisito de consumo final de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. En segundo lugar, el comprador de un producto falsificado es culpable a sabiendas, aunque el vendedor haya hecho afirmaciones falsas en relación con la promoción o el etiquetado de los bienes o servicios. Por lo tanto, comprar a sabiendas una falsificación no cumple el requisito de acto fraudulento con arreglo a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Por otro lado, la cultura del pueblo chino tiene tendencia a ser tolerante a la agresión y conflictos desde la antigüedad. Cuando se dañan sus derechos, los chinos siempre optan por perdonar o rogar a los funcionarios administrativos para solucionar en lugar de levantar una demanda contra los propios autores. Las indemnizaciones punitivas pueden servir de incentivo para animar a la gente a presentar demandas para defender sus derechos e intereses.

Art. 148 de la ley de la seguridad alimenticia

En comparación con la disposición del consumo, el legislador estableció normas más estrictas para los productores de alimentos y medicamentos, y no incluyó el fraude como un requisito para su aplicación. Además, se promulgó en 2013 y se revisó en 2020 la *Interpretación sobre varias cuestiones relativas a la aplicación de la ley en las prácticas judiciales de disputas por alimentos y medicamentos* (revisadas en 2020), cuyo art. 3 dice que “los operadores, quien venden alimentos y drogas defectuosos, cuando se cometen fraude, incluso si el consumidor conoce la falsificación y no cae en la comprensión errónea, y no se establece el fraude. El consumidor que conoce la falsificación y lo compra todavía tiene derecho a reclamar daños punitivos”.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Protección de los Consumidores, la cuestión de si los compradores de productos falsificados son consumidores o no ha sido un foco de debate durante 20 años en la aplicación de daños punitivos. Tal cuestión no solo ha sido objeto de un gran desacuerdo teórico, sino que también ha sido objeto de una mayoría de conflictos entre distintos tribunales y jueces en la práctica judicial. Durante 20 años, los tribunales han discrepado sobre esta cuestión y han adoptado enfoques diferentes, apoyando o no las reclamaciones de los compradores que saben que han adquirido productos falsificados, lo cual ha dado lugar a una grave disparidad de sentencias, que ha afectado a la aplicación uniforme de la ley. Tal interpretación dio la respuesta a la cuestión en el ámbito alimenticio frente al hecho de que los jueces van a soportar las demandas por daños punitivos presentadas por consumidores que saben que compraron un producto defectuoso. Sin embargo, la misma interpretación causa una controversia entre la aplicación de la ley de consumo y la de seguridad alimenticia.

La relación entre las dos leyes es que la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor es una ley general que protege los derechos de los consumidores, mientras que la Ley de Seguridad Alimentaria es una ley especial que protege los intereses en el ámbito de la seguridad alimentaria. De acuerdo con el principio de que las leyes especiales prevalecen sobre las leyes generales, la Ley de Seguridad Alimentaria prevalecerá sobre cualquier demanda interpuesta por un consumidor por la compra de alimentos que no cumplan las normas de seguridad alimentaria. La ley de consumidor no regula claramente quiénes son proveedores y consumidores. Por ende, dado que las leyes de seguridad alimentaria son aplicables a los compradores de alimentos que son conscientes de la falsificación, se demuestra que la ley reconoce la identidad de las personas como consumidores. Según el principio de interpretación, la ley de protección de los consumidores también debería reconocer la identidad del comprador como consumidor, pero en realidad no se lo reconoce.

China ya estableció el instituto de los daños punitivos en la legislación, pero todavía quedan muchos problemas teóricos para perfeccionar. El papel del sistema no se comprende bien, y las disposiciones actuales solo se establecen en respuesta a problemas sociales concretos. Se carece de una comprensión más profunda de su valor, y se caracteriza por la fragmentación, por la incoherencia e incluso las contradicciones.

3.3. Argentina

3.3.1. Aspectos generales

La figura de los daños punitivos ha sido tema de estudio y debate a partir del trabajo de Alfredo J. Kraut en 1989, donde propuso la adopción de este instituto en el derecho argentino³⁵. Y años más adelante, en 1993, el profesor cordobés Ramón Daniel Pizarro propuso el instituto a nivel doctrinario en un libro homenaje al Dr. Trigo Represas³⁶. Asimismo, fue asunto de discusión científica en Argentina en el marco de jornadas y congresos nacionales de derecho aproximadamente

³⁵ Kraut, Alfredo J. (1989). Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva, JA 1989-III-907.

³⁶ Pizarro, R. D. Daños punitivos. Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, Buenos Aires, La Rocca, 1993.

desde 1995. La tendencia mayoritaria en la doctrina fue favorable a la incorporación al derecho positivo de Argentina³⁷. Entre los autores que se han mencionado en tal sentido, están: Trigo Represas³⁸, Mosset Iturraspe³⁹, Galdós⁴⁰, Padilla⁴¹. Se planteó la necesidad de aplicar la multa civil a personas que causan un daño con culpa grave o lucrativo o ánimo malicioso. Y al mismo tiempo, se alzaron voces en contra de la adopción de esta figura que la consideran inconstitucional y perteneciente al régimen sancionador del derecho administrativo o al derecho penal. Finalmente, prevaleció la primera postura. En el año 2008, fue incorporado en el derecho positivo de Argentina por la Ley 26.361 (la actualización de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor). El art. 52 bis expresamente lo domina “daños punitivos” y se aplican únicamente en el caso de la relación de consumo.

Los daños punitivos han sido definidos como

aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado⁴².

Según lo define, tal instituto tiene una doble finalidad: punitiva y disuasiva. Debido a que son gratuitas las justicias de consumo en Argentina, tampoco tiene la séptima función que plantea Dossey⁴³. En consonancia con el doble objetivo, el Código Civil y Comercial 2012 lo llama sanción pecuniaria disuasiva. Tal denominación parece más adecuada que la traducida literalmente desde los punitive damages del derecho anglosajón. Por un lado, “el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación

³⁷ López Herrera, E. Los daños punitivos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 337.

³⁸ Trigo Represas, F. Los daños punitivos. Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. La responsabilidad, Libro en homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

³⁹ Mosset Iturraspe, J. La multa civil o daño punitivo. Comentario al proyecto de Código Civil de 1998.

⁴⁰ Galdos, J. M. (1999). Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: primeras aproximaciones, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros.

⁴¹ Padilla, R. Sistema de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

⁴² Dobbs, D. B. Law of remedies, en López Herrera, op. cit., p. 17.

⁴³ Paying the plaintiffs attorneys' fees. Los costes de litigios en China corren a cargo de la parte perdedora.

de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador⁴⁴.

3.3.2. *Marcos normativos*

La multa civil disuasiva es regulada legalmente en el art 52 bis de la Ley 24.240, modificada por la Ley 26.361 e introducido en el derecho argentino en 2008. La norma dispone lo siguiente:

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

Complementariamente, la ley determina los montos que operan como topes mínimo y máximo. El art. 47 de la LDC dispone:

Artículo 47 Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso. (...) b) Multa de pesos cien a pesos cinco millones.

Además, la LDC cuenta con un artículo que la legislación china no lo tiene, que es el art. 8 bis.

⁴⁴Zavalía. Proyecto de Código Civil y Comercial, 1° ed., Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 766.

Artículo 8 bis: Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

Es una innovación para proteger a los consumidores especiales y también muy utilizado en la vida real.

3.3.3. Análisis de la multa civil (art. 52 bis) en Argentina

En esta parte, se va a analizar principalmente la regulación de la multa civil en el art. 52 bis de la LDC, los elementos configurativos de los daños punitivos y los problemas emergentes.

Una rápida mirada e interpretación literal de los términos de la norma conduce a afirmar que el único requisito de la multa es el incumplimiento del proveedor de bienes y servicios, de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor, a petición expresa por parte del usuario. Como anticipamos al introducir este artículo, a continuación, analizamos en detalle la redacción del aludido artículo 52 bis LDC, desglosando cada una de sus partes, buscando establecer cuáles son los elementos que conforman la figura.

Para empezar, se debe hablar sobre el sujeto pasivo, **el proveedor**, quien actúa mal y está obligado a pagar la multa. Es dable recordar que el art. 2 de la LDC define al “proveedor” como

la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

La norma engloba una extensa gama de profesionales que realizan labores de distintos ámbitos, incluyendo el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, según se enumera el art 40 de la LDC⁴⁵. En virtud de ello,

cuando refiere al proveedor, la norma alude a este concepto amplio de su artículo segundo, que abarca prácticamente a toda la cadena de prestación y comercialización de un producto o servicio, aunque excluyendo de manera expresa a los profesionales liberales que requieran título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales o autoridad facultada para ello, como los médicos, y los abogados⁴⁶.

El siguiente elemento importante es el **incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor**. En esta parte surge una controversia. El incumplimiento no requiere que haya o no culpas del operador y que haya habido o no un grave daño causado o una amenaza hacia el consumidor. Es muy fácil advertir abusos en las prácticas judiciales. El profesor Pizarro define a la multa civil como que “una suma de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”. Por lo tanto, se destaca el acto ilícito grave cometido por el demandado. Otros estudiosos opinan

⁴⁵ Art. 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

⁴⁶ Martínez Paz, Facundo. Elementos configurativos de los daños punitivos en el derecho argentino final. https://www.academia.edu/38519219/ELEMENTOS_CONFIGURATIVOS_DE_LOS_DANOS_PUNITIVOS_EN_EL_DERECHO_ARGENTINO

que solamente se puede aplicar tal multa en caso de que se cumpla dos requisitos: “un elemento subjetivo, que se configura con la culpa grave o dolo del proveedor en el accionar que motiva la sanción; y otro de carácter objetivo, esto es, una dicha conducta genere un daño -o amenaza de daño- grave (socialmente repudiable o no deseado), que torne necesaria la imposición de una sanción con fines disuasivos”⁴⁷.

Posteriormente, surge la frase de “**a instancia del damnificado**”, que indica claramente quién tiene la legitimación activa de la sanción para reclamar los daños punitivos y la necesidad de ser reclamada de manera expresa por el accionante que se diferencia de la sanción penal y la administrativa que se imponen de oficio⁴⁸. En cuanto a la gama del damnificado, literalmente no causa mucha dificultad para entender, lo que significa que las personas sufren un daño o perjuicio a raíz del accionar de un tercero. Y no se limita a los consumidores directos quien pague los productos o los servicios, sino que también incluye los consumidores expuestos o *bystander*⁴⁹ usuarios no contratantes, quienes adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatario final y de cualquier manera están expuestos a una relación de consumo.

El juez podrá aplicar una multa civil. El artículo otorga al juez la facultad de imponer los daños punitivos, debiendo tener en cuenta el caso concreto y sus incidencias. El término “podrá” deja mucho margen al juez para su concesión y se pueden causar sentencias arbitrarias. Irigoyen Testa advirtió que,

en un Estado de Derecho y un sistema republicano de gobierno, el Juez no puede ejercer libremente la aparente opción que le concede la norma, y decidir condenar o no por daños punitivos sin una fundamentación expresa (no arbitraria) basada en derecho. El magistrado no está dispensado de expresar los argumentos que sostienen el fundamento jurídico por el cual llega a un particular dictamen (y no a otro)⁵⁰.

⁴⁷ Se expresaron las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde se concluyó: “Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos”.

⁴⁸ Martínez Paz, op. cit.: “La imposición de daños punitivos deberá ser peticionada expresamente por el accionante, en la oportunidad establecida por los Códigos procesales de cada jurisdicción, no pudiendo ser aplicada de oficio por el juez, aun cuando se hubieran acreditado los extremos que tornarían procedente su imposición”.

⁴⁹ Santarelli, Fulvio G. Ley de Defensa del Consumidor anotada y comentada, Picasso – Vázquez Ferrera (dir.), comentarios a los arts. 1, 2, y 3., t. I, pp. 17-63.

⁵⁰ Irigoyen Testa, Matías. (2009). ¿Cuándo el juez puede y cuando debe condenar por daños punitivos?, RCyS, 2009-X 16, AR/DOC/3469/2009.

En la sentencia de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en “Machinandiarena Hernández Nicolás c. Telefónica Móviles Argentina S. A. s/ daños y perjuicios” (27 de mayo de 2009), el profesor Federico Álvarez Larrondo manifiesta: “Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción [daño punitivo], la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más.” Aparentemente, con “nada más” no es suficiente para que el magistrado imponga una multa civil, sin ninguna justificación jurídica adicional para arribar a la convicción fundada en derecho de que el demandado merezca la citada sanción. Según esta sentencia, se puede observar la falencia técnica legislativa del artículo.

“**A favor del consumidor**” indica que los daños punitivos argentinos tienen la función de incentivar la imposición de la multa civil levantada por el consumidor accionante quien reciba la suma que eventualmente se mande a pagar. Tal punto de vista será muy relevante cuando analicen los problemas sobre que una persona (o grupo determinado) se beneficie económicamente por aprovecharse de la cláusula del instituto. Además, “**independientemente de otras indemnizaciones que correspondan**” refleja que los daños punitivos no tienen función compensatoria, sino de carácter disuasivo, sancionatorio.

Por último, reza: “**la multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley**”. El art. 52 bis y el art. 47, inciso b, solamente establecen que la sanción no puede superar una suma máxima, y no regulan exactamente la manera de la cuantificación económica de la indemnización punitiva que puede ampliar aún más la discrecionalidad del juez y aumentar la posibilidad de sentencia arbitraria.

Molina Sandoval y Pizarro señalaron que: “las buenas intenciones del legislador correrán el riesgo de verse malogradas, por las propias falencias de la ley, si no existe una decisiva y acendrada vocación de la doctrina y jurisprudencia de contornear adecuadamente los moldes jurídicos de un instituto tan sensible como los mal llamados daños punitivos”⁵¹. La multa civil es una innovación en la legislación argentina y lo adoptó con la intención de equilibrar la relación entre consumidores y proveedores. Hoy en día, tal instituto se utiliza muy ampliamente en las prácticas judiciales, y ha emergido sus ventajas mientras también quedan muchas falencias técnicas por mejorar.

⁵¹ Molina Sandoval, Carlos y Pizarro, Ramón Daniel. (septiembre de 2010). Los daños punitivos en el derecho argentino, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 1(1).

IV. Aplicaciones judiciales

Como han mencionado anteriormente, en ambos países han surgido bastantes opiniones polémicas sobre los daños punitivos. Debido a la falta de una doctrina unánime sobre este tema, su aplicación en las prácticas judiciales también se encuentran unos problemas. Por ejemplo, el ámbito aplicable, los métodos de cálculo y la escala de la aplicación. En esta parte, se va a discutir sobre si hay razones que apoyan las demandas de los falsificadores profesionales que reclaman la indemnización punitiva en China, y cómo será la mejor manera para imponer y cuantificar la multa en Argentina.

4.1. *Counterfeit hunter*⁵² en China

Después de la publicación de la ley del consumidor, en China surge un grupo se llama *counterfeit hunter*, que son personas con ánimo de lucro que se dedican a luchar contra la falsificación aprovechando la regulación del daño punitivo y compran a sabiendas productos que pueden ser defectuosos, para luego obtener un cierto beneficio reclamando el triple o el décuplo del importe de los daños y perjuicios. En las prácticas judiciales, aparecen muchos fallos levantados por este tipo de personas y las inconcurrencias frecuentes en los resultados del juicio en primera y segunda instancia.

4.1.1. *Fallo 1*

En 2020, el demandante Chen Gang compró té tónico en la tienda Yong Yuan Tai, perteneciente a la empresa Youguan Co. Ltd. Tras recibir la mercancía, el demandante encontró que en el paquete faltó información sobre el producto. Chen, sospechando que se trataba de un *three none product*⁵³, demandó al Tribunal Popular Básico solicitando la rescisión del contrato de compraventa con el de-

⁵² Professional extortioner for fraud fighting.

⁵³ El término "three none product" no es un concepto legal, pero se ha convertido en un término más común, que hace referencia a productos sin fecha de producción, sin certificado de calidad (o permiso de producción) y sin el nombre del productor. También se refiere a los productos sin el nombre del fabricante, sin la dirección del fabricante y sin el código del permiso de higiene de la producción.

mandado, la devolución del precio de compra de 8.632 RMB y el pago de una indemnización calculada en diez veces el precio de la mercancía, que ascendía a 86.320 RMB.

Durante el juicio, el tribunal de primera instancia identificó que el demandante tenía cuatro casos similares pendientes o concluidos en el Tribunal del Distrito de Gulou⁵⁴ y el Tribunal del Xuanwu⁵⁵ respectivamente. Por lo tanto, el tribunal de primera instancia apoyó la mayoría de las pretensiones del demandante en su sentencia, pero sostuvo que el demandante había comprado repetidamente la misma mercancía o mercancías similares a diferentes vendedores en un corto período de tiempo, y demandó por la misma razón para el reembolso del precio de compra y diez veces el precio de los daños punitivos. La compra no era, obviamente, para las necesidades de consumo de vida, sino con fines de lucro, según la cual se encontró que el demandante tenía fines de lucro al comprar el producto en cuestión. Las diez veces de su demanda por daños punitivos no fueron apoyadas.

Chen no estaba satisfecho con la sentencia y lo apeló. El tribunal intermedio de segunda instancia confirmó los hechos, modificó la sentencia apoyando los reclamos de Chen y exigió a la empresa pagar la cantidad de diez veces el precio de compra de 86.320 yuanes de indemnización, mientras que la sentencia exige la incautación y la destrucción de los alimentos que no cumplen con las normas de seguridad alimentaria, con el fin de evitar la reintroducción en el mercado.

El tribunal de segunda instancia sostuvo que la finalidad de los daños punitivos con arreglo a la Ley de Seguridad Alimentaria era aumentar la responsabilidad de los productores y operadores, incentivo de la motivación de los consumidores para defender sus derechos, mantener la seguridad alimentaria y proteger la vida de las personas. La intención original de la ley no soporta la opinión de excluir a los counterfeit hunters del sujeto de derechos juzgándolos únicamente en base a si adquirieron los bienes para consumir.

Además, el tribunal mantiene el punto de vista de que la expresión “consumidor” en la Ley de Seguridad Alimentaria es relativa a los productores y operadores, y que siempre que la compra de alimentos no tenga fines de reproducción o comerciales, deben ser definidos como consumidores. En cuanto a si la finalidad de la compra era para uso personal, como regalo a terceros o para reclamar una

⁵⁴ Distrito de la ciudad Nanjing de la provincia de Jiangsu.

⁵⁵ Distrito de la ciudad Nanjing de la provincia de Jiangsu.

indemnización, no afectaba a la determinación de la naturaleza del consumo. Se estimó, asimismo, que la definición de consumidor desde el punto de vista de si poseía un determinado grado de conocimientos profesionales, si existían compras múltiples o si las compras excedían de una cantidad razonable carecía de criterios definidos o cuantificables. La definición de la condición y el comportamiento de los consumidores es subjetiva, arbitraria y rebuscada. Zhou Hui⁵⁶ dijo en su análisis:

Desde el punto de vista de la medición del valor, la salvaguarda de la seguridad alimentaria es una cuestión de interés público, que tiene prioridad y debe ser afirmada y apoyada. Aunque los falsificadores profesionales tenían la intención de obtener una indemnización punitiva en beneficio propio, los efectos sociales de sus acciones contribuían a frenar la fabricación y venta de alimentos inseguros, a sancionar a los productores y operadores sin escrúpulos y a salvaguardar los intereses de los operadores honrados, así como a mantener el comercio y la competencia leales, salvaguardando así la seguridad alimentaria.

4.1.2. Fallo 2

Sun Anmin compró una infusión con la adición de líquido de remojo de Cordyceps, ofrecida por el apelado Kaixin International Commercial Operation and Management Co. Ltd. En el año 2018, Sun inició un juicio contra esta empresa por la violencia del Aviso de la Administración General de Supervisión de la Calidad, Inspección y Cuarentena sobre el Cordyceps como ingrediente alimentario, donde regula que se prohíbe estrictamente el uso de Cordyceps sinensis como ingrediente alimentario ordinario. Según la regulación, la infusión comprada se califica como productos alimenticios que no cumplen las normas de seguridad alimentaria y se puede aplicar el artículo 148 de la ley de la seguridad alimentaria, reclamando la devolución de la compra y la indemnización de diez veces del precio.

⁵⁶ Juez que presidió este caso y vicepresidente del Tribunal Intermedio de Suqian.

La primera y la segunda instancia rechazaron la demanda de Sun. El tribunal de primera instancia encontró los siguientes hechos: antes del presente pleito, en 2015 Sun había demandado a la misma empresa con la misma causa y había ganado el juicio, y luego, Sun había informado del problema a la brigada de inspección alimentaria de su ciudad, pero esta no había tomado ninguna acción. Sabiendo que la adición de Cordyceps no cumplía las normas alimentarias, Sun siguió comprando muchas veces y prestando varias demandas sobre la misma base. Era un consumidor que conoció las falsificaciones y siguió comprándolas, lo cual no perteneció al comportamiento de consumidor requerido por el ámbito de aplicación de la Ley de Protección de los Derechos e Intereses de los Consumidores.

La segunda instancia sostuvo que

la Ley de Protección de los Consumidores se diseñó para proteger a los consumidores que se encuentran en una posición de desventaja en términos de información, etc. Las reclamaciones de indemnización planificadas, continuas y repetidas de Sun son contrarias al principio de buena fe, y no le debe otorgar derecho legítimo y legal a reclamar daños. Además, la ley estipula que la premisa de los daños punitivos para los consumidores es el comportamiento fraudulento del operador, para el saber falso, para la compra falsa, y no hay situación de fraude subjetivo.

Sun Anmin solicitó un nuevo juicio contra la segunda sentencia. El tribunal consideró que las repetidas acciones del apelante para defender sus derechos no eran un comportamiento de consumidor en el sentido ordinario de la palabra. Por la forma en que defendió sus derechos y por el número de casos implicados en el pleito, su compra no puede definirse como el de un consumidor ordinario, y cabe presumir que el propósito de este es exigir un alto monto de compensación por el beneficio y no el consumo vitalicio. Por lo tanto, la sentencia original del caso no es improcedente y debe mantenerse.

En 2022, la cosa cambió totalmente. El Tribunal Superior de la provincia de Shaanxi inició de oficio un nuevo juicio de este caso y anuló las sentencias anteriores y respaldó la demanda de Sun.

Se opinó que la aplicabilidad o no de la multa civil sobre el acto de conocimiento de la falsedad debe distinguirse en función de las distintas situaciones. Para el ámbito de los productos de consumo ordinario, el requisito previo es el comportamiento fraudulento del operador, que debe ser quien brinda intencionalmente información falsa u oculta la verdadera situación, por lo que el consumidor ha hecho una expresión errónea del significado. En caso del falso comprador, no hay situación de fraude subjetivo, por lo que su reclamación de daños punitivos no cumple la premisa, así que no debe ser apoyada. Sin embargo, en el campo especial de alimentos y medicamentos, debido a que la seguridad de este ámbito está directamente relacionada con la salud pública y la seguridad de vida, con el fin de maximizar la protección de la salud de las personas y la seguridad de la vida, y para tomar medidas enérgicas contra la producción, la venta de falsificaciones y los comportamientos inseguros de alimentos y medicamentos, el poder judicial no debe negar la reclamación de daños punitivos por aquellos a pesar de, a sabiendas, comprar falsificaciones.

Entonces, según el artículo 3 de las Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre la aplicación de la ley al enjuiciamiento de casos de litigios sobre alimentos y medicamentos y el artículo 148 de la Ley de Seguridad Alimentaria de la República Popular China, la compra de alimentos que no cumplen las normas de seguridad alimentaria, independientemente de si el comprador era o no consciente de ello en el momento de la compra, no afecta a su reclamación de daños punitivos. Esto refleja el estricto control de la ley y las interpretaciones judiciales sobre la seguridad alimentaria que está directa y estrechamente relacionada con la salud y la seguridad de los seres humanos, así como la severa represión de los productores que producen alimentos que no cumplen las normas de seguridad alimentaria, o los operadores que tratan con alimentos que saben que no cumplen las normas de seguridad alimentaria. Sun Anmin, que compró el producto en cuestión conforme a las normas de seguridad alimentaria, debe ver sus intereses protegidos al reclamar su derecho a una indemnización de la compra, y, al mismo tiempo, el motivo subjetivo del comprador no puede convertirse en la defensa de la empresa. Por lo tanto, el litigio de Sun contra Kaixin, con el objetivo de reembolsar el precio de compra y reclamar diez veces la indemnización, en consonancia con la ley, debe ser apoyada.

4.1.3. *Análisis*

Los fallos anteriores son una pequeña parte de los fallos controvertidos. En China, todavía no hay una repuesta absoluta para este problema.

En tales casos, hay tres enfoques polémicos. El primero es si los counterfeit hunters son consumidores. El siguiente es si comprar a sabiendas un producto falsificador se puede considerar un fraude. Lo tercero es si tal conducta constituye un enriquecimiento sin causa y viola el principio de buena fe.

Para empezar, vamos a hablar sobre el primer foco. Como se ha mencionado en la segunda parte del presente trabajo, es una pena que la Ley de la Defensa a los Derechos e Intereses de los Consumidores de China no haya definido específicamente quiénes son consumidores. Por falta de regulación, existen diferentes voces. En dos de los fallos antes mencionados, el tribunal considera que el demandante no era consumidor porque este mismo levantaba múltiples acusaciones similares con el motivo de alto monto de lucro. Tal crítica sostiene que los consumidores que compran productos falsificados a sabiendas no son consumidores y su finalidad de la adquisición es obtener un beneficio en lugar de consumirlos. El objetivo de su conducta no es defender los derechos de los consumidores, sino reclamar altas indemnizaciones. Las acciones indiscriminadas han perturbado gravemente el orden de mercado. Además, dichas personas tienen un amplio conocimiento de la ley y están bien versadas en los artículos de los daños punitivos. Sus demandas maliciosas no merecen apoyo legal y sus intereses no deberían estar específicamente protegidos por la ley.

Sin embargo, también se puede entender que el término “consumidor” es relativo al proveedor. Cualquiera que trate con un operador, aparte de ser él mismo un proveedor, debe ser considerado como consumidor. Por lo tanto, si bien el demandante conoce la falsificación, debe ser reconocido por supuesto como consumidor y recibir la indemnización pecuniaria. Por otro lado, la opinión de que la falsificación profesional perturba la economía normal de mercado es confundir lo blanco y lo negro. De hecho, si no hubiera prácticas de falsificación profesional, proliferarían productos de mala calidad que al final formarían un peor mercado. Del mismo modo, es una apreciación incorrecta que las frecuentes denuncias y demandas judiciales de los falsificadores profesionales malgastan los recursos públicos de la aplicación de la ley.

¿Acaso los falsificadores profesionales levantan denuncias frecuentes, no es porque las empresas venden con mucha frecuencia productos de mala calidad? ¿Qué sentido tienen estos recursos judiciales y administrativos, si los reguladores del mercado ni se dedican a la labor de supervisión y gestión del mercado ni se ocupan de los asuntos relacionados con las reclamaciones?⁵⁷

En cuanto al segundo problema, en la parte 3.3.2 de este trabajo se ha analizado detalladamente. Aquí cabe reiterar que la discordia se encuentra en la definición de fraude. En primer lugar, los elementos del “fraude” en el Código Civil chino son que el defraudador tenga la intención de engañar y cometa el fraude. La víctima engañada cae en un malentendido y hace una manifestación de intención basada en el malentendido. Por esta razón, se opone a la posibilidad de compensar la compra a sabiendas de que son productos falsificados.

No obstante, hay voces que soportan otro punto de vista. Los elementos del fraude de la ley del consumidor no deben ser igual a los del derecho civil, y tienen que centrarse en la propia conducta del operador. Como el Código Civil regula las relaciones jurídicas civiles entre sujetos de la misma posición, pero la ley del consumidor protege los intereses más vulnerables de los consumidores, en consecuencia, “la definición del fraude no debe ser considerado como la misma palabra. Si el proveedor fabrica productos falsificados u oculta información sobre las mercancías y no importa la actitud de los consumidores, sí hay fraude”⁵⁸.

Por último, cabe mencionar el principio imperial del derecho (buena fe) y el concepto de “enriquecimiento sin causa”. El establecimiento y la aplicación del sistema de daños punitivos da lugar inevitablemente a que la víctima que entabla la acción reciba un beneficio adicional a sus daños. Este beneficio adicional suele considerarse como una forma de enriquecimiento sin causa. El profesor Yang Lixin⁵⁹ predijo que “los daños punitivos surtirían efecto negativo. La multiplica-

⁵⁷ 张明楷, 职业打假行为能否构成敲诈勒索罪. 中国刑事法杂志, 2020年第5期. Zhang Mingkai. (2020). ¿Puede la falsificación profesional constituir un delito de extorsión?, Revista del Derecho Penal.

⁵⁸ 张瀚文, 消费行为中职业打假法律适用问题的研究. 经济学, 2020年第三卷第1期. Zhang Hanwen. (2020). Estudio sobre la aplicación de la ley del consumidor de la falsificación profesional, La Economía.

⁵⁹ Yang Lixin, especialista en Derecho Civil, profesor y director de un doctorado de la Universidad Renmin de China, tiene como principales áreas de investigación el derecho de responsabilidad civil extracontractual, los principios generales del derecho civil, el derecho de propiedad, el derecho de deudas y contratos, el derecho de la personalidad y el derecho de parentesco. Ha participado en la

ción de los daños significa que la víctima va a recibir un beneficio, lo que de hecho aumenta el valor de los bienes de la víctima y fomenta así la codicia por obtener beneficios”.

El enriquecimiento sin causa o injusto, o enriquecimiento injustificado, se refiere al desplazamiento de bienes, provechos o ventajas que se produce entre un patrimonio que se enriquece y otro que se empobrece, sin que exista una causa que lo justifique. Empero, la actual ley ofrece una base legal para que los falsificadores profesionales reclamen indemnizaciones.

La conducta de la falsificación profesional corrige la ley con la anarquía o suprime el mal con el mal. El famoso proverbio judicial dice que *Nemo potest ex suo delicto consequi emolumentum*⁶⁰. La ley no da permiso a la gente que utilice la infracción de los demás para crear pérdidas deliberadamente, ni que la gente corrige la infracción con la misma manera, ni que la gente se aprovecha del delito para buscar beneficios ilegales. Tal conducta viola la buena fe, la regla imperial en el derecho civil. No está conformando a los requisitos legales y morales.

Este punto de vista trata la falsificación profesional como un peligro para la sociedad solamente fundada en el ánimo de lucro del autor, como si solo la falsificación no remunerada fuera legal. Es decir, la intención de lucro para sí mismo no es una causa de la infracción. Marx señaló que “la ley, en su verdadero sentido, no es tanto una restricción como una guía para un hombre libre e inteligente en la búsqueda de sus justos intereses”.

Es perfectamente legítimo beneficiarse de la ley y al mismo tiempo no violándola sino utilizándola legalmente. Incluso si se diera un paso atrás y se argumentara que los counterfeit hunters han abusado de la ley o del sistema, eso sólo significaría que la ley tiene defectos no que el acto constituya un delito. Y sólo puede resolverse mediante modificando la ley o el instituto, no castigando a los autores⁶¹.

labor legislativa de varias leyes, entre ellas los Principios Generales del Derecho Civil, el Derecho Contractual, el Derecho de Propiedad y el Derecho de Responsabilidad Extracontractual. Es vicepresidente de la Sociedad de Investigación de Derecho Civil de la Sociedad China de Derecho, presidente de la Sociedad de Derecho de Daños de Asia Oriental, director ejecutivo de la Sociedad China de Investigación de Derecho Matrimonial, miembro del Comité Consultivo de Expertos de la Fiscalía Popular Suprema, y profesor a tiempo parcial de la Escuela Nacional de Administración, la Escuela Nacional de la Magistratura y la Escuela Nacional de la Fiscalía.

⁶⁰ Nadie puede mejorar su condición por su propio delito

⁶¹ Zhang Mingkai, op. cit.

Aquí podemos comparar un fallo argentino (“Disanti, Axel Iván c/ Frávega SACIEI s/ ordinario”) para ver si se pueden sacar nuevas ideas para la solución. Los hechos fueron así: Disanti compró un notebook HP de Frávega por Mercado Libre de un precio bastante barato que lo normal por un error técnico. Frávega canceló la operación y le devolvió el dinero. Disanti, el demandante, pidió al demandado entregar el notebook a cambio del precio pactado originariamente, y pidió que se le impusiera una multa por daño punitivo. Al final, la magistrada hizo parcialmente lugar a la demanda y condenó a Frávega a entregar la computadora. Lo que cabe destacar en este caso es la disidencia de la Dra. Alejandra Tevez, quien señaló que Disanti también ya había iniciado múltiples sentencias de la misma manera a través de cierta plata forma de comercio electrónico reclamando la damnificación de los daños y punitivos. Las personas como Disanti suelen ser llamadas, por caza-oferta, como un grupo de consumidores “profesionales”. Aquí, Tevez sospechó la identidad del consumidor de Disanti, diciendo:

se destacó lo llamativo de la multiplicidad de reclamos que, en un muy breve lapso de tiempo, había iniciado el actor; e inclusive no se descartó que Disanti, junto con otras personas y compartiendo información clasificada, estuviera aprovechándose injustificadamente de los errores de los proveedores en las publicaciones de los productos ofertados.

Por lo tanto, la Dra. Tevez votó lo contrario, soportando no hacer favorable a la demanda. Disanti estableció sentencias reiteradamente con el fin de lucro, por lo que se puede deducir la existencia de un obrar manifiestamente abusivo y contrario a la buena fe. La magistrada señaló que

el ejercicio regular del derecho importa la realización de su contenido específico de acuerdo con los límites internos y externos que le corresponden y que fija el propio ordenamiento jurídico. Los límites internos son la valoración de los intereses de ese derecho, y los externos son los derivados de la protección concedida a terceros de buena fe (...). El ejercicio de un derecho puede ser antijurídico de ciertas condiciones.

Josserand postula que “los derechos deben ejercerse con prudencia, respetando los fines para los que fueron concebidos”. Obviamente, se duda de si Disanti juega su derecho de la buena fe respetando el espíritu de la ley. La LDC tiene la finalidad y espíritu de equilibrar la desigualdad ínsita en la relación de consumo y de proteger los derechos del consumidor, quien se sitúa en la posición más vulnerable. Se necesita considerar si los consumidores se aprovechan de la ley y de sus derechos para lograr beneficios desde los proveedores honestos.

Tanto en Argentina como en China, la falsificación profesional o la caza-oferta siguen siendo un tema muy polémico en las prácticas judiciales por la existencia del conflicto en la interpretación de la ley desde distintos puntos de vista. Hasta entonces, en China se está más favorable a la aplicación de la multa civil en los casos alimentarios y medicales de la falsificación profesional, aunque a veces surgen diferentes voces que siguen oponiendo al reconocimiento de la legitimidad de la falsificación profesional y la razonabilidad de la reclamación de daños punitivos del falsificador. Se puede observar la inclinación hacia apoyar las reclamaciones de los counterfeit hunters.

Se evidencian los beneficios de las prácticas de falsificación profesional. Por ejemplo, los consumidores ordinarios que han adquirido productos falsificados suelen verse limitados por diversos factores y la mayoría de ellos renuncian a la reclamación. Los reguladores y las asociaciones de consumidores no disponen de recursos suficientes para detectar y combatir todas las infracciones. Como fuerza complementaria, los falsificadores profesionales pueden aumentar el coste de las infracciones y desempeñar un papel positivo en la limpieza del entorno del mercado. También surte efectos positivos el reducir el coste de la supervisión administrativa. La imagen real de los departamentos de supervisión es la de, en muchos casos, pocos agentes y personal administrativo. En tales circunstancias, los falsificadores profesionales pueden proporcionar pistas eficaces sobre las infracciones de la ley, señalar con precisión las infracciones de la ley e identificar con prontitud los problemas de calidad de los productos, reduciendo así en cierta medida los costes de supervisión administrativa.

En conclusión, los falsificadores profesionales desempeñan un papel importante y positivo en algún ámbito en las relaciones con los consumidores y no se los debe privar de su derecho para defender, ni tampoco reconocer sus acciones como ilegales solo por la intención de lucro. Las contradicciones que han surgido en esta etapa no deben resolverse mediante la manera más directa e imprudente

de matarla, sino por mejorar y reformar la ley en función de su finalidad legislativa y de la situación actual del mercado. Sin embargo, en cuanto a aplicar esta indemnización, debe tener en cuenta el límite de su uso. En la explicación del tribunal superior del segundo fallo se ofrece un nuevo ángulo para solucionar tal caso dividiendo las situaciones diferentes.

4.2. Cuantificación de la suma de la multa en Argentina

Existen dos modelos diferentes para el cálculo de los daños punitivos: un modelo legislativo y un modelo de derecho anglosajón. El primer módulo, en el que la ley suele especificar una norma de cálculo, es más sencillo, pero más rígido e inflexible. El modelo del common law es el opuesto; la ley no establece ni una norma ni un método de cálculo o principio de determinación uniformes, y la concesión de daños punitivos depende enteramente de los hechos del caso y de la discrecionalidad del juez o jurado, lo que hace que la cuantía sea más arbitraria e imprevisible. La legislación china adopta la primera manera. Por lo contrario, la de Argentina es la segunda.

El art. 52 bis otorga la facultad a jueces de imponer la multa civil indicando de forma imprecisa que la cuantía se graduará según la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Resoluciones basadas en este tipo de proposiciones (gravedad de hecho y demás circunstancias) podrían ser tachadas de arbitrarias, puesto que no brindan datos sobre los factores específicos. Es decir, el juez tiene el derecho de decidir si aplicar la multa civil según los factores ambiguos de la gravedad del caso y el grado de intención de los daños causados.

La multa civil nacía, por razones de política legislativa, con un techo fijo de cinco millones de pesos careciendo de actualización automática. El texto del artículo 47 no modificado establecía que multas aplicables a los infractores se graduarían entre un mínimo de \$ 100 (pesos cien) y un máximo de \$ 5.000.000 (pesos cinco millones). El art. 119 de la Ley de Presupuesto Nacional, 27.701, publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre de 2022, modificó el artículo 47 de la Ley 24.240 para establecer nuevos montos de las multas aplicables a los infractores, que aumentan sustancialmente los hasta ahora vigentes y que, además, incrementan significativamente el monto máximo de los denominados “daños punitivos”. A noviembre de 2022, de acuerdo con la información difundida por

el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), el valor de la Canasta Básica Total para el Hogar (CBT) tipo 3 era de \$ 146.973 (pesos ciento cuarenta y seis mil novecientos setenta y tres).

Considerando ese valor, el monto mínimo de las multas por violaciones a las normas de la LDC asciende a \$ 73.486,50 (pesos setenta y tres mil cuatrocientos ochenta y seis con cincuenta) - esto implica que el valor mínimo de la multa se multiplicó por casi setecientas treinta y cinco - y el máximo a \$ 308.643.300 (pesos trescientos ocho millones seiscientos cuarenta y tres mil trescientos) – lo que implica que la multa máxima es ahora casi sesenta y dos veces mayor⁶².

En el contexto actual, altamente inflacionario, está claro que los montos de las multas deben incrementarse automáticamente, mes a mes. Además, en el art. 49 se dice

Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

La redacción es de carácter enumerativo, marcando los aspectos importantes al cuantificar el monto del daño punitivo, por ejemplo, el perjuicio de la infracción, la suma del beneficio, la intencionalidad, los perjuicios sociales, etc.

En el fallo de “Sánchez, Rodrigo Nicolás c/ Vía Cargo S. A. s/ daños y perjuicios”, los magistrados abordan la manera de cuantificar la suma del daño punitivo y los elementos que deben tener en cuenta. En este caso, el demandante reclamó daños y perjuicios por el incumplimiento de la demandada en la entrega de uno

⁶² Gallo, Marcelo E. Defensa del consumidor. Los nuevos montos de multas y de daños punitivos y el “costo argentino”.

<https://abogados.com.ar/defensa-del-consumidor-los-nuevos-montos-de-multas-y-de-danos-punitivos-y-el-costo-argentino/31816>

de los dos bultos con mercadería electrónica que debía trasladar teniendo como destinatario al actor. Independientemente de otros rubros reclamados por los daños sufridos, la sentencia atacada, fijó la suma de \$ 250.000 en concepto de daño punitivo⁶³. Se señaló que “una sanción o pena requiere tener en cuenta las circunstancias del caso, es decir, la existencia de daño y su entidad, la posición en el mercado del infractor, la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia en la conducta y las demás circunstancias relevantes del hecho”⁶⁴. Es decir, cada caso tiene su propia peculiaridad y, cuando se dicta la sentencia, se deben tener en cuenta los elementos esenciales del fallo. Desde este punto de vista, la fórmula fija no abarcar la singularidad y los matices de cada caso. A continuación, aunque los maestros no tuvieron una fórmula específica para referir, remitieron la sentencia citando un auto precedente similar y así suele ser la manera de actuar de los jueces. El dicho auto “Janavel c/AMX” dijo:

No opera esencialmente como una retribución o castigo por la mala conducta, sino que acuerda un plus a la reparación integral a modo de ejemplaridad con una finalidad de prevención tanto para el empresario pasible de la misma de modo que no reincida, como para todos los operadores del Mercado que verían que no resulta finalmente conveniente seguir tal senda, aunque en principio les tentare por sus iniciales réditos económicos.

Sin embargo, en este sentido, la suma del daño punitivo también debe ponderar cuánto dinero sería apropiado para la función preventiva. Es decir, los casos procedentes tampoco ofrecen un criterio como referencia. En esta jurisprudencia, para determinar la suma que pagar por el dañador en favor del damnificado, se consideró la capacidad económica de la empresa (“magnitud de la empresa demandada”) y la necesidad de desalentar las malas prácticas de mercado. Pero tales elementos son tan abstractos que es muy difícil cuantificar estos aspectos cambiándolos a una suma de dinero.

⁶³ Id SAIJ: DACF220064.

⁶⁴ Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza. (19 de diciembre de 2011). Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino, La Ley, 2011-F, 1300 TR LALEY AR/DOC/5622/2011.

El monto de la multa debe ser proporcional y razonable y, al mismo tiempo, tiene carácter disuasivo y ejemplar. Sin embargo, la norma argentina actual solamente regula la cantidad máxima de la multa civil, pero no brinda una fórmula clara para calcular el monto. La falta de certeza podría causar la inseguridad jurídica. Aquí, realizamos una revisión de la fórmula tradicional desde el punto de vista económico y, al mismo tiempo, comparamos las fórmulas del cálculo de China.

4.2.1. Justificación de la necesidad de cuantificación de la multa civil

El vocablo “cuantificar” significa, según la Real Academia Española, “expresar numéricamente una magnitud de algo”. En el ámbito de la responsabilidad civil en general, el momento más difícil y sensible es aquel en el cual se establece o se determina la suma dineraria que tendrá carácter indemnizatorio. La LDC queda blanca en el ámbito de la regulación de calcular la suma de la indemnización punitiva.

Para empezar, necesitamos conocer por qué algunos países no establecen normas de la cuantificación del daño punitivo. La incertidumbre o imprevisibilidad de la cuantía de los daños punitivos es uno de los factores claves para que el sistema de daños punitivos desempeñe su función punitiva y disuasiva. La estricta, limitada e inflexible norma del cálculo eliminará esta característica de los daños punitivos y sin duda frenará la función del instituto. La cuantía de la indemnización bastante limitada y la cantidad fija de multiplicadores de indemnización permiten a los operadores transferir los riesgos futuros previsibles a los consumidores mediante el cambio de los precios.

En cuanto a los consumidores, existen factores como la falta de energía y de información a la hora de presentar una reclamación, y un importe doble de indemnización demasiado bajo que a menudo dificulta la cobertura de sus pérdidas reales y costos temporales, lo que hace que los consumidores no quieran defender sus derechos.

Con tal motivo, los daños punitivos no deben fijarse en proporciones o múltiplos específicos ni determinar los límites de los daños punitivos, sino que deben determinarse a discreción del juez, teniendo en cuenta las circunstancias reales del caso y de conformidad con el principio de buena fe.

Con el fin de evitar el abuso de discrecionalidad por parte de los jueces, la ley puede clarificar los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de juzgar la cuantía de la multa civil: el grado de reprochabilidad de la mala conducta del demandado⁶⁵, la discrepancia entre los daños punitivos y los daños compensatorios⁶⁶, la comparación con otras multas civiles⁶⁷. De este modo, se puede establecer una cuantía justa y razonable de la indemnización, y se equilibrarán verdaderamente los derechos e intereses de los consumidores y los operadores logrando el propósito legislativo tanto de proteger a los consumidores como de disuadir a los operadores. Se dará pleno juego a las funciones compensatoria, punitiva y disuasoria del sistema de indemnización punitiva.

No obstante, otros juristas importantes sostienen que

la incorporación del daño punitivo al régimen de defensa del consumidor en el año 2008 (ley no. 26.361) constituyó un avance notable en la protección del consumidor, a pesar de su defectuosa técnica legislativa, habilitándose al juez a imponer una sanción ejemplar ante la grave inconducta del proveedor; que la imposición de un tope legal de \$5.000.000 significó una desacertada decisión de política legislativa (...); que resulta necesario establecer criterios numéricos objetivos (ej. fórmulas) que sirvan de pautas para el juez a fin de imponer la sanción punitiva y preventiva; que a tales efectos, el análisis económico del derecho posee las herramientas adecuadas para ello⁶⁸.

De la literalidad del artículo no surge una directriz legal adecuada que indique con claridad cuáles son las variables específicas que el magistrado debe considerar y cómo tiene que interrelacionarlas. Se debe admitir que, en ocasiones, es difícil demostrar, mediante prueba directa, los valores de ciertas variables implicadas en el razonamiento explícito, pero es muy necesario brindar una fórmula que compute la cuantía necesaria para disuadir similares conductas dañosas en el futuro conforme con los estándares.

⁶⁵ Degree of reprehensibility and misconduct.

⁶⁶ The disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award.

⁶⁷ Silva-Ruiz, Pedro F. El daño punitivo: fórmulas matemáticas para cuantificarlos (expresarlos numéricamente).

⁶⁸ D. Esteban J. ARIAS CÁU4 y Doña Sofia NASIF, La cuantificación del daño punitivo mediante fórmulas como herramienta técnica para incrementar su aplicación.

El jurista argentino Hugo A. Acciarri considera que “el simbolismo (fórmulas) es superior al uso del lenguaje natural (retórico) para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas que el primero aporta claridad a la argumentación jurídica. Se restringe la discrecionalidad de los magistrados y se limita la eventual arbitrariedad de sus sentencias”. Y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha firmado:

para fijar el monto del resarcimiento no basta con mencionar las pautas que se tuvieron en cuenta, sino que una vez que se establecieron es preciso analizarlas e interrelacionarlas puesto que apreciar significa evaluar y comparar para decidir, proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado y los fundamentos que demuestren por qué el resultado es el que se estima justo⁶⁹.

También el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha considerado que

la determinación de cuantías indemnizatorias no puede depender de una valoración absolutamente libre reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado que se arriba. 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.

Por ende, los daños punitivos indeterminables tal vez pueden surtir efectos disuasivos, pero no conforme a los caracteres de certeza, claridad y estabilidad de la ley que puede causar la inseguridad jurídica. En resumen, cabe establecer una fórmula clara sobre cómo tener que influir el monto de la condena al pago del daño punitivo en Argentina.

⁶⁹ Véase voto del Dr. Negri en “Nicola, Daniel Victorio C. Nicola, Aldo Andrés. Accidente”, SCBA, AyS, 1994 II,255

4.2.2. Módulo de las fórmulas

Actualmente, existen muchas teorías de la herramienta de calcular. En cuanto a la teoría de la función disuasiva, el propósito de los daños punitivos es complementar la laguna disuasoria de los daños compensatorios. Por lo tanto, la cuestión de cómo funcionan bien los daños punitivos debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía de los daños. Muchos estudiosos han utilizado sobre todo el punto de vista del análisis económico. Hylton propone explícitamente dos módulos: “la eliminación de beneficios”⁷⁰ y “la internalización de costes”^{71 72}

En cuanto a la eliminación de beneficios, se determina la suma de la multa privando al demandado del beneficio derivado de la comisión de la infracción. Dado que el beneficio final no corresponderá al autor, no existirá ningún incentivo para que los autores potenciales cometan el acto.

La teoría de la internalización de los costes se remonta a la de Becker proponiendo la cantidad óptima de derecho penal. Sobre esta base, Landes y Posner propusieron la idea de conceder daños punitivos en función de la probabilidad de que el autor sea considerado responsable, y luego Cooter propuso “la existencia de una función discontinua de la responsabilidad del autor, y creó así un efecto de umbral (threshold effects)”⁷³. Además, la misma persona planteó “una formulación del llamado error de aplicación (enforcement error)”⁷⁴ y “la regla recíproca para la internalización de los costes (rule of the reciprocal)”⁷⁵.

La ecuación tradicional para tasar los daños punitivos surge de la llamada fórmula de Hand. Según dice, “una persona debería ser considerada- al menos-culpable cuando no previene un daño esperado cuyo valor es mayor a la inversión

⁷⁰ La primera (gain elimination) es una forma de disuasión total (complete deterrence) o también llamada disuasión clásica (classical deterrence), derivada de las teorías del penalista italiano Beccaria y del filósofo inglés Bentham en el siglo XVIII.

⁷¹ Esta última (cost internalization) es una disuasión adecuada (appropriate deterrence) o disuasión óptima (optimal deterrence), derivada de la teoría del derecho penal del economista estadounidense del siglo XX Becker.

⁷² Hylton, Keith N. (1998). Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, Georgetown Law Journal, 421.

⁷³ Cooter, Robert D. (1982). Economic Analysis of Punitive Damages, South California Law Review. Threshold Effect: El autor no es responsable cuando las precauciones tomadas por el autor son superiores o iguales a la norma legal. Por el contrario, si las medidas preventivas son inferiores al nivel exigido por la ley, el autor debe asumir toda la responsabilidad.

⁷⁴ El error de aplicación es la posibilidad de que se exijan responsabilidades al autor.

⁷⁵ La regla recíproca está diseñada para corregir el error de ejecución. Por lo tanto, establece el multiplicador de los daños como el recíproco del error de ejecución con el fin de lograr una disuasión eficaz.

en precaución requerida para evitarlo”. Esto coincide con la teoría de internalización de los costes de Cooter. La fórmula de Hand se puede escribir de la siguiente manera:

$$L < p(h)H$$

L representa la precaución necesaria para prevenir el daño esperado; $p(h)$ es la probabilidad de que el daño acaezca; H es el valor del daño que podría acontecer; $p(h)H$ es el daño esperado. Sin embargo, el factor de $p(H)$ es el más difícil para determinar, ya que necesita una gran cantidad de simples sociales para reducir errores.

Matías Irigoyen Testa, en su trabajo, ha propuesto la fórmula:

$$D = C \times (1 - p(s)) / (p(c)p(d))$$

Donde: D = daño punitivo a determinar; C = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; $p(c)$ = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; $p(d)$ = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio, en virtud de su carácter accesorio o no autónomo⁷⁶.

Mendieta presentó que:

los daños punitivos tienen como función principal la prevención de daños futuros incentivando a los proveedores que inviertan en medidas razonables de prevención para evitar los daños a la sociedad; la utilización de las fórmulas matemáticas para cuantificar los daños punitivos es preferible antes que el uso de premisas genéricas que nada dicen acerca de la forma por la cual se determinó el monto (...); es recomendable la utilización de la fórmula “Irigoyen Testa”,

⁷⁶ Testa, Matías Irigoyen. Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino.

puesto que se contemplan todas aquellas variables necesarias para que los daños punitivos funcionen como un verdadera herramienta de prevención, en especial la posibilidad de que el proveedor pueda eludir la responsabilidad por los daños reparables causados⁷⁷.

Tal manera de calcular tiene más flexibilidad que el módulo legislativo, pero también tiene su ineficiencia. En su aplicación, el método debe basarse en la premisa de una información adecuada y suficiente para tener los índices de posibilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados y probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos. En los casos de la vida real, es difícil evitar las limitaciones de una información incompleta, lo que dificulta el cálculo de probabilidades y el cumplimiento de la finalidad de la función disuasoria basada en el principio de flexibilidad.

Por lo tanto, en la primera etapa de su aplicación es mejor regular de manera más exacta y clara, porque este instituto todavía sigue siendo inmaduro e imperfecto, que lo mismo necesita más datos, fallos y experiencia para reformar. En el futuro, cuando colecciona suficiente información, podría cambiar la forma de regular la cuantificación de daños punitivos.

V. Conclusiones

Se deben reconocer los avances logrados en estos últimos años en el ámbito de los daños punitivos en Argentina y en China. Ambos países han establecido distintas regulaciones sobre el tema con el fin de brindar especiales protecciones a los consumidores, quienes se encuentran en la posición más vulnerable y son la parte débil en la relación de consumo. Los daños punitivos de la LDC asumen principalmente la función disuasiva de impedir las infracciones de futuro hechas por los proveedores potenciales, mediante una indemnización agregada.

Aunque los debates sobre su legitimidad siguen existiendo por su naturaleza inconformada a los caracteres de la responsabilidad civil, sin dudas la multa civil tiene un valor insustituible. Los daños punitivos pueden incentivar a los consumidores para defender sus derechos y de alguna manera ponen freno a las malas

⁷⁷ Mendieta, D. Ezequiel. *Cuantificación de los daños punitivos. A propósito de la fórmula de Irigoyen Testa.*

conductas de los proveedores por el miedo a la sanción agregada. Además, como dice Holmes JR. Oliver Wendell: “The life of law doesn't lie in logic, but experience”. Mediante numerosos casos juzgados judicialmente, se ha probado la importancia y el valor de la multa civil en el sistema judicial que ahorra muchos recursos humanos y materiales. A pesar sus ventajas mencionadas, queda mucho por mejorar este instituto.

A la hora de aplicar los daños punitivos, existen varias cuestiones que hay que tener en cuenta: la definición de consumidor, la presencia del fraude y la cuantificación del monto de la multa. Después de hacer la investigación, se proponen las siguientes ideas:

-Lo primero, sobre quiénes deben ser considerados consumidores.

En Argentina, se define claramente: las personas que adquieren bienes o servicios para consumo o uso personal o familiar, pero, en cuanto al uso personal, es otro concepto difícil por interpretar.

En China, la LDC no señala la definición del consumidor, que causa mucha controversia en las prácticas. Con el fin de maximizar la realización de la finalidad legislativa y reflejar el espíritu de la Ley de Protección de los Consumidores, se propone que las personas que compren bienes con el fin de consumo o de comercio se presumen consumidores, excepto cuando el productor o vendedor tenga pruebas en contrario que indiquen que aquel tiene un ánimo de beneficio u otra finalidad lucrativa. Esto para los falsificadores profesionales y los caza-oferta, para poner mayor carga de la prueba a los productores.

-Lo segundo es sobre el fraude.

En China, los elementos esenciales del fraude son diferentes en los distintos campos jurídicos. El Código Civil chino requiere que la persona haga la expresión errónea de intención a partir de ser engañada por el fraude. Sin embargo, la ley sobre la seguridad alimentaria no exige tal requisito. Y ello es preocupante dada la importancia de los alimentos y los medicamentos para la salud y la vida.

-Lo último es sobre la cuantificación del daño punitivo.

La conclusión es que se necesita una fórmula para calcular y decidir el monto de la multa.

Cesare Beccaria dijo en su libro *Del delito y las penas* que “no es en ningún caso la voluntad del juez, sino las leyes, lo que puede dictar las penas”. Este maestro también sostuvo que no se debería otorgar al juez gran poder de discreción, para evitar sentencias arbitrarias. Aunque la referencia concierne al ámbito penal, lo cito porque el daño punitivo cuenta con un carácter también sancionatorio.

En mi opinión, la multa civil es un instituto inmaduro que tiene aún mucho por perfeccionar. Se encuentra en la fase inicial y necesita un minucioso sistema de normas para regularlo eficientemente. Es conveniente entonces desarrollar una manera de calcular el monto de la multa.

Helmet Kosiol dice: “Punitive Damages do not have to be admitted into the seventh legal heaven but neither world eternal damnation be appropriate. I think they should be condemned to purgatory and after due period of purification some may graciously be admitted to the first heaven”. Actualmente, la multa civil es objeto de estudio y críticas, que es esperable que contribuyan a su perfeccionamiento. Creo que en el futuro se va a llegar al primer cielo legal.

Bibliografía

- Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. La responsabilidad, Libro en homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- Arias Cáu, Esteban J. y Barocelli, Sergio S. (5 de septiembre de 2014). Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos, La Ley.
- Barotto. Ley de defensa del consumidor, prueba, buena fe.
- Beccaria, Cesare. De los delitos y las penas.
- Cooter, Robert D. (1982). Economic Analysis of Punitive Damages, South California Law Review.
- Chapman, Bruce and Treilcock, Michael. (1989). Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale, Alabama Law Review, 741.
- Ellis, Dorsey D. (1982). Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, Law Review.
- Farina, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario, tercera edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Frisch. (2004). Pena, delito y sistema del delito en transformación, InDret, 3
- Galdos, J. M. (1999). Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: primeras aproximaciones, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros.
- Gallo, Marcelo E. Defensa del consumidor. Los nuevos montos de multas y de daños punitivos y el “costo argentino”. <https://abogados.com.ar/defensa->

del-consumidor-los-nuevos-montos-de-multas-y-de-danos-punitivos-y-el-costo-argentino/31816

- Hart, H. L. A. Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law, Oxford, Clarendon Press.
- Hylton, Keith N. (1998). Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, Georgetown Law Journal, 421.
- Irigoyen Testa, Matías. (2009). ¿Cuándo el juez puede y cuando debe condenar por daños punitivos?, RCyS, 2009-X 16, AR/DOC/3469/2009.
- Irigoyen Testa, Matías. Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino.
- Kraut, Alfredo J. (1989). Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva, JA 1989-III-907.
- López Herrera, E. Los daños punitivos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- Martínez Medrano, Gabriel. (20 de mayo de 2008). Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor ley 26,361, MJ-DOC-3439-Ar.
- Martínez Paz, Facundo. Elementos configurativos de los daños punitivos en el derecho argentino final. https://www.academia.edu/38519219/ELEMENTOS_CONFIGURATIVOS_DE_LOS_DANOS_PUNITIVOS_EN_EL_DERECHO_ARGENTINO
- Medieta, D. Ezequiel. Cuantificación de los daños punitivos. A propósito de la fórmula de Irigoyen Testa.
- Moisés, Benjamín. (2 de febrero de 2008). Los llamados <daños punitivos> en la reforma a la ley 24,240, Revista Oficial del Poder Judicial.
- Molina Sandoval, Carlos y Pizarro, Ramón Daniel. (septiembre de 2010). Los daños punitivos en el derecho argentino, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 1(1).
- Mosset Iturraspe, J. La multa civil o daño punitivo. Comentario al proyecto de Código Civil de 1998.
- Otaola, María Agustina. (2004). La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino, Revista de la Facultad, V, Nueva serie II.
- Owen, Davis G. (1976). Punitive Damages in Products Liability Litigation, Michigan Law Review, 1257, 1287.
- Partlett, David F. (1996). Punitive damages: Legal Hot Zones, Louisiana Law Review, 781, 795.

- Pizarro, R. D. Daños punitivos. Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, Buenos Aires, La Rocca, 1993.
- Posner, Richard A. Economic analysis of law, Aspen Law and Business.
- Silva-Ruiz, Pedro F. El daño punitivo: fórmulas matemáticas para cuantificarlos (expresarlos numéricamente).
- Santarelli, Fulvio G. Ley de Defensa del Consumidor anotada y comentada, Picasso – Vázquez Ferreyra (dir.)
- 李昌麟, 惩罚性损害赔偿研究。西南政法大学出版社。(2008)
- Li Changlin. (2008). Estudio del daño punitivo, Prensa de Southwest University of Political Science and Law.
- 何建志, 惩罚性损害赔偿金之法理与应用。《台大法学论丛》第三十一卷第三期。
- He Jianzhi. La jurisprudencia y la aplicación de los daños punitivos, National Taiwan University Law Journal, 31(3).
- 张明楷, 职业打假行为是否构成敲诈勒索罪。《中国刑事法杂志》。2020年第五期。
- Zhang Mingkai. (2020). Si la falsificación profesional constituye un delito de extorsión, Revista China de Derecho Penal, (5).
- 邹洪萍, 消费者权益保护法中惩罚性赔偿制度的完善。《法治与经济》。2021年6月。
- Zou Hongping. (2021). Mejora del sistema de daños punitivos en la ley de protección del consumidor, Derecho y Economía.
- 杨立新, 我国消费者保护惩罚性赔偿的新发展。《法学家》。2014年第二期。
- Yang Lixin. (2014). Desarrollo del daño punitivo, Jurist, (2).
- 高圣平, 食品安全惩罚性赔偿制度的立法宗旨与设计规则。《法学家》。2013年第六期。
- Gao Shengping. (2013). Finalidad legislativa y reglas del diseño del sistema de daños punitivos en materia de seguridad alimentaria, Jurist, (6).
- 刘贺然, 我国消费者安全保护法律体系的建设和完善。《产业与科技论坛》。2013年第12卷第四期。
- Liu Heran. (2013). Construcción y mejora del sistema jurídico de la ley de protección de la seguridad de los consumidores en China, Foro de Industria y Tecnología, 12(4).

- 杨立新, 消费者权益保护法规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施。《清华法学》。2010年第三期。
- Yang Lixin. (2010). Éxitos y deficiencias de la responsabilidad por daños punitivos en la Ley de protección de los consumidores y medidas para mejorar, *Qinghua Law Review*, (3).
- 杨立新, 最高法《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》释评。北大法律信息网。<https://www.chinalawinfo.com>
- Yang Lixin. Interpretación y comentario de las disposiciones del Tribunal Supremo sobre varias cuestiones relativas a la aplicación de la ley en el enjuiciamiento de los litigios sobre alimentos y medicamentos. <https://www.chinalawinfo.com>
- 杨立新, 论消费者权益小额损害的最低赔偿制度。《武汉大学经济法研究所》。
- Yang Lixin. Sistema de Indemnización Mínima por Pequeños Daños a los Derechos e Intereses de los Consumidores, Instituto de Derecho Económico de la Universidad de Wuhan.
- 王长鹏, 消费者权益纠纷的惩罚性赔偿。《人民法院报》。2020年。
- Wang Changpeng. (2020). Daños punitivos en conflictos de consumo, *Noticias del Tribunal Popular*.
- 顾加栋, 姜柏生, 惩罚性赔偿和食品消费安全制度的构建。《中国卫生质量管理》。2008年。
- Gu Jiadong, Jiang Baisehng. (2008). Construcción del daño punitivo y el sistema de la seguridad alimenticia, *Gestión de calidad sanitaria en China*.
- 刘道远, 崔蒙蒙, 食品侵权责任惩罚性赔偿制度修改建议。<http://www.btbuspxb.com/html/spkxjsxb/2013/4/2095-6002-2013-04-0069-05.html>
- Liu Daoyuan, Cui Mengmeng. Propuesta de modificación del régimen de daños punitivos en materia de responsabilidad civil alimentaria.
- 刘磊, 杨文明, 《经济法概论》第十三章消费者权益保护法。
- Liu Lei y Yang Wenming. Introducción al Derecho de la Economía, Capítulo 13.
- 何建志. 惩罚性损害赔偿金的法理应用——论最适赔偿金额之判定。
- He jianzhi. Aplicación de la jurisprudencia sobre daños punitivos.
- 梁慧星, 《民法总论》, 法律出版社2001年5月第2版, 第44页。
- Liang Huixing. *Derecho Civil China*, 2001.

- 李自柱。论惩罚性损害赔偿的正当性。
<http://lmydlf.cupl.edu.cn/info/1023/1815.htm>
- 1815.htm
- Li Zizhu. Justificación de los daños punitivos.
- 胡留元。从陕西金文看西周民法规范及民事诉讼制度。《考古与文物粹》1983年第6期。
- Hu Liuyuan. (1983). Análisis del derecho procesal civil y derecho civil de la dinastía Xi Zhou a partir de los textos áureos de Shaanxi, Arqueología y Patrimonio.
- 张瀚文，消费行为中职业打假法律适用问题的研究。《经济学》，2020年第三卷第1期。
- Zhang Hanwen. (2020). Estudio sobre la aplicación de la ley del consumidor de la falsificación profesional, La Economía.

**EXTRANJEROS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.
LEGISLACIÓN ACTUALIZADA Y ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES
NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL
Y DE LOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES DE ARGENTINA**

Ab. Mgter. Pablo Guido Peñasco

I. Introducción

En un trabajo anterior sobre esta temática¹, dijimos que la reforma introducida a la Ley Nacional de Migraciones 25.871 mediante el DNU 70/2017 publicado el 30 de enero de 2017 generó importantes temas relacionados con la situación de inmigrantes que merecen consideración, particularmente con respecto a los extranjeros que tuvieren causas penales por la comisión de delitos dolosos sancionados con penas privativas de libertad (efectiva o condicional), que fueron procesados o que se hubiere requerido respecto a ellos la citación o elevación de la causa a juicio o se hubiere dictado sentencia de condena, respecto a determinados delitos. **Con motivo del paso del tiempo, la situación legal expuesta ha sido modificada** y merece su análisis a partir de las reformas legales introducidas a la legislación nacional, sumado a la consideración de nuevos pronunciamientos de la CSJN.

El DNU citado fue derogado y se modificaron algunos artículos de la Ley Nacional de Migraciones. A todo ello no puedo dejar de mencionar la entrada en vigor del Código Procesal Penal Federal (CPPF) en la región Cuyo y su inminente aplicación para la Patagonia, además de tener actual vigencia en las provincias de Salta y Jujuy y en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. El CPPF contiene normas referidas a la situación de extranjeros que serán comentadas más adelante.

¹ Peñasco, Pablo Guido. (mayo de 2019). Extranjeros en conflicto con la ley penal, Revista Jurídica Región Cuyo. <https://ijeditores.com/pop.p hp?option=a rticulo&Hash=25bb61 f7afa7 f20c9fd38 473cb94925b>

En el presente trabajo, el análisis de extranjeros será respecto a aquellos que estén en conflicto con la ley penal, que se encuentren en el territorio nacional y sean imputados, se dicte su prisión preventiva o sean motivo de medidas de coerción o cuando sean formalmente acusados o sometidos a juicio penal y condenados.

Para tales supuestos, las leyes citadas establecen la obligación por parte del Poder Judicial que intervenga o del Ministerio Público Fiscal, es decir, de jueces o fiscales según la legislación vigente, de notificar a la Dirección Nacional de Migraciones que esa persona inmigrante se encuentra vinculada a un proceso penal donde se dictaron los actos procesales mencionados. A partir de dicha comunicación, establece la norma que el Organismo Nacional debe iniciar, según los casos, un proceso administrativo donde es muy posible que pueda ordenarse la expulsión del extranjero, si concurrieran distintas condiciones y siempre sujeto a los tratados que el Estado argentino haya firmado con el Estado de la nacionalidad del inmigrante. Frente a estas situaciones es que se tratan a continuación los siguientes temas, a partir de distintos fallos, doctrina y del texto legal, sin dejar de mencionar que es conveniente ponderar lo analizado en mi trabajo anterior sobre la temática, teniendo en cuenta la derogación del DNU 70/2017.

II. Importancia de interpretar con armonía los objetivos de la ley y las normas procesales

La CSJN ha sostenido que la Ley de Migraciones 25.871 tiene como objetivos tanto garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar (art. 3, inc. d) como promover el orden internacional y la justicia, **denegando el ingreso y permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación** (art. 3, inc. j)². Por lo tanto, los operadores jurídicos deben ponderar la situación cuando intervengan en causas penales con personas extranjeras en situación irregular, debido a que se deberá comunicar a las autoridades consulares de sus respectivos países y a la autoridad nacional de aplicación para su conocimiento y para que adopte las medidas que la ley nacional migratoria establece en los casos que le corresponda hacerlo.

² CSJN, “Granados Poma, Héctor”, 28 de agosto de 2012.

II. Causales relevantes que impiden la permanencia

Según las **normas pertinentes de la Ley Nacional de Migraciones**, el art. 29 establece las causas que impiden tanto el ingreso como la permanencia de extranjeros en la República Argentina. Entre distintos motivos, no **podrán ingresar ni permanecer quienes fueron condenados o están cumpliendo condena o tienen antecedentes o condena no firme en nuestro país o en el exterior, por delitos que fueron sancionados con penas privativas de libertad según nuestra legislación**. Este dispositivo implica que todo extranjero condenado (por delitos dolosos, como veremos más adelante) a prisión no pueda residir en territorio argentino, siempre que reúna ciertas condiciones migratorias. Con el avance de tales comentarios veremos que se presentan ciertas excepciones a la norma y de qué manera logra operatividad. Quedan abarcados también, entre otras causas, aquellos extranjeros que delincan promoviendo la prostitución o desarrollen actividades delictivas vinculadas a este tipo penal.

La propia ley se ocupa de explicar qué entiende por “antecedentes”, al sostener que se refiere a los autos de procesamiento firmes, autos o decretos de cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equiparable. Es decir, se comprende al auto de elevación a juicio y al dictamen fiscal de citación a juicio o su requerimiento cuando estuviere firme.

En razón de la Ley Nacional de Migraciones y lo previsto en la mayoría de los CPP del país, se impone al Poder Judicial y al Ministerio Público Fiscal el deber de notificar a la Dirección Nacional de Migraciones de todo auto que imponga la medida de prisión preventiva, autos de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable (dictamen fiscal de citación a juicio o su requerimiento) y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero, en el plazo de cinco días hábiles de dictado y firme, con la finalidad del inicio del proceso administrativo correspondiente para hacer efectiva la expulsión. Sin embargo, por razones humanitarias de reunificación familiar u otros motivos que comprende, se podrá admitir en el país al extranjero. También se admite la residencia cuando colabore en procesos judiciales para el esclarecimiento de delitos graves como arrepentido o agente colaborador.³ Cabe destacar que esto surge del contenido del art. 29 de la ley, el **que fue restituido en su vigencia por el Decreto 138/2021**. El texto de la ley dice en su parte de interés que se impide la permanencia en el país del extranjero cuando se verifique

³ Art. 29, Ley 25.871.

- c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más;
- d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional;
- e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia;
- f) **Haber sido condenado en la Argentina** o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional;
- g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;
- h) **Promover la prostitución**; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas.

En consecuencia, como una **primera pauta de consideración para los operadores judiciales, especialmente integrantes del MPF y jueces, será fundamental conocer los antecedentes judiciales tanto locales como del país de origen de la nacionalidad** de la persona extranjera imputada sobre la que haya recaído auto de prisión preventiva, procesamiento, requerimiento fiscal de elevación o citación a juicio, condena penal, así como solicitar los antecedentes de los países donde haya tenido residencia.

En cuanto a la distinción entre antecedentes judiciales y condenas, se ha sentado el criterio de que

El uso de la disyuntiva “o” en el texto del art. 29, inc. c, de la ley 25.871 no evidencia que el legislador buscara que dicha disyunción operase como excluyente entre “antecedentes” y “condena”, ya que la interpretación contraria dejaría sin sentido a las previsiones de los incs. f, g y h del mismo artículo. La interpretación plausible del inc. c, del art. 29 de la ley 25.871 es que tanto la “condena” como los “antecedentes”, para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso -tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas-, **o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca una pena privativa de libertad de tres años o más**⁴.

Sin embargo, para los casos de estupefacientes, son procedentes las medidas sin perjuicio de la escala penal elegida. Resulta razonable interpretar que, en ejercicio de la facultad del Estado de decidir acerca del ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, el legislador, al sancionar el artículo 29, inciso c, de la Ley 25.871, dispuso que la comisión de un delito referido a cualquiera de las etapas del proceso de tráfico de estupefacientes (almacenamiento, transporte, tenencia con fines de comercialización, etc.) configure una causal de impedimento para la permanencia en el país, **independientemente del monto de la condena**, teniendo en miras el riesgo que esa actividad representa para la salud pública y la seguridad común⁵. En el mismo camino, el Máximo Tribunal sentó doctrina que dice que

es razonable sostener una interpretación del artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 según la cual se configura la causal de impedimento para permanecer en el país por la existencia de una condena por tráfico de estupefacientes, más allá del monto de la pena, si el delito se refiere a uno de los eslabones de esa actividad, tomando como referencia para su definición a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988⁶.

⁴ CSJN, “Apaza León”, 341:500.

⁵ CSJN, “Manzaba Cagua”, 345:2703; “Peralta Crispin”, 344:3683.

⁶ “Peralta Crispin”, 344:3683.

Por otro lado, se adoptó un criterio distinto cuando la pena impuesta no es de consideración y se refiere a delitos de violencia de género:

La expulsión del migrante con sustento en los antecedentes penales de éste vinculado a la violencia de género debe ser dejada sin efecto, pues si bien normas internacionales -Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Belém do Pará- reconocen a las mujeres, especialmente en situación de vulnerabilidad, una mayor protección del Estado mediante la adopción de políticas públicas, no contienen disposiciones específicas sobre el estatus migratorio de los extranjeros ni establecen causales de expulsión por razones de violencia de género, y ello tampoco se deriva del artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional ni de la ley argentina que no incluyó los delitos por los que fue condenado el migrante entre las causales de expulsión⁷.

IV. Constitucionalidad de las causales previstas en el art. 29 de permanencia y expulsión

La CSJN sostuvo:

La fórmula legislativa del art. 29 de la ley 25.871 no agravia al pluralismo y diversidad en el que se afianza nuestra máxima expresión de juridicidad y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (artículos 16, 19, 33, 75 incisos 17, 22 y 23, Constitución Nacional; artículo 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2º, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).⁸

En el mismo sentido se sostiene que la motivación se basa en criterios objetivos:

Las causales de expulsión de extranjeros -inciso c, del artículo 29 de la ley 25.871- no parte de motivaciones basadas en la etnia, la raza y/o la religión del

⁷ CSJN, "Jiménez Pereira", 11 de julio de 2024 (Voto del juez Rosenkrantz).

⁸ CSJN, "Barrios Rojas", 343:990 (Voto del juez Rosatti).

migrante, supuestos tradicionalmente considerados como categorías sospechosas de discriminación; por el contrario, la ley se apoya en parámetros de tipo objetivo - condena penal por la comisión de delito-, en los que la nacionalidad del extranjero expulsado resulta irrelevante. [“Barrios Rojas”, 343:990 (Voto del juez Rossatti)].

V. Cancelación de residencia y posterior expulsión por condena judicial de comisión de delitos

Otra situación relevante es la prevista en su parte de interés por el art. 62 de la ley nacional, cuyo artículo fue restituido por el Decreto **138/2021**, norma que establece que

La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando: (...) b) **El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos.** En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme.

Una situación de interés que contiene esta norma es la referida al registro de conductas reiterantes del extranjero en la comisión de delitos. Atendiendo a la redacción de la norma, se refiere a la situación de personas que registren más de dos antecedentes judiciales donde se encuentren imputados, con procesamiento, prisión preventiva, acusados, o con condenas respecto de hechos delictivos reprimidos con penas de distinta cuantía. La situación de reiterante no es igual a la

del reincidente, cuyo concepto surge del art. 50 del CP, que se refiere a la persona que ha sido condenada y ha cumplido efectivamente, total o parcialmente, pena privativa de libertad. El reiterante puede ser o no ser reincidente, porque puede haber sido condenado a penas en suspenso, conforme lo establece el art. 26 del CP.

VI. Efectos de la cancelación de residencia

La situación es contemplada por el art. 63 de la Ley Nacional de Migraciones, cuyo texto fue restituido por el Decreto 138/2021, que establece que: “La cancelación de la residencia conlleva la conminación a hacer abandono del país dentro del plazo que se fije o la expulsión del Territorio Nacional tomando en consideración las circunstancias fácticas y personales del interesado, según lo establezca la Reglamentación”.

VII. Efectos de la expulsión

La norma indicada establece que “la expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años y se graduará según la importancia de la causa que la motivará. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones”.

VIII. Influencia de pronunciamientos judiciales respecto a extranjeros con condenas condicionales, con procesamientos y según el estado de cumplimiento de penas privativas de libertad, respecto a la expulsión y extrañamiento

Según lo dispone el art. 64 de la Ley 25.871,

los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros

que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápite I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero.

Recordemos que la expulsión consiste en un acto administrativo de traslado físico de la persona extranjera, en situación irregular, hacia fuera de los límites de nuestras fronteras, y que se ejecuta con dicho traslado; en tanto que el extrañamiento es, jurídicamente, una forma de cumplimiento de pena que implica la expulsión del condenado del territorio nacional mientras dure la condena. La diferencia tiene importancia porque a partir de ello, aquel que reingresa al país antes del vencimiento de la condena, no cumple con el extrañamiento, y por tanto mal puede pretender que se le dé por cumplida la pena originalmente impuesta.⁹

Cabe destacar que

el extrañamiento previsto en la ley 25.871 –Ley Nacional de Migraciones- lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o, en su defecto, por un período nunca inferior a cinco años. Se trata de un acto complejo, que adquirirá ejecutoriedad en el momento en que el extranjero condenado abandone el país, y se completará y perfeccionará jurídicamente cuando se agote el tiempo de permanencia en el exterior previsto *ex ante* por la autoridad competente, según lo dispuesto en el art. 63, inc. b) de la ley 25.871. De ello se deriva como

⁹ CNCCC 24873, sala 2, “Márquez M., Rony A. s/ robo agravado por el uso de armas, y portación ilegítima de arma de guerra”, Reg. nro. 443/2015, resuelta el 10 de septiembre de 2015.

lógica consecuencia que el extrañamiento como causa de la extinción de la pena será operativo recién al momento en que se vea levantada la prohibición del reingreso al país¹⁰.

IX. Normas del Código Procesal Penal Federal sobre suspensión del juicio a prueba y extranjeros

Con respecto a extranjeros que se encuentren en situación irregular y fueran imputados por un delito que admita la aplicación de suspensión del juicio a prueba, el CPPF establece en su art. 35 que

En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá aplicarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el artículo 217 de este Código, que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a TRES (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar.

La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a CINCO (5) años ni mayor de QUINCE (15).

A los fines de esta norma, el CPPF considera que habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito (art. 217).

En consecuencia, para el CPPF, si un extranjero en condición irregular es sorprendido en flagrante delito, cuando se trata de un hecho sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo admita la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, lo que implica que el mínimo de la escala penal no supere los tres años de prisión, puede solicitar la aplicación de esta medida (suspensión del juicio a prueba), la cual implicará su expulsión, con el impedimento de reingresar al territorio nacional pasado un mínimo de cinco años y un máximo de quince.

¹⁰ CNCCC 24873/2010, sala 2, "Márquez M., Rony A.", Reg. nro. 443/2015, resuelta el 10 de septiembre de 2015. CNCCC 39974/2010/5/CNC1, sala2, "García Ayala, L. C. s/ recurso de casación", Reg. nro. 1164/2017, resuelta el 14 de noviembre de 2017.

La norma contiene la excepción a los casos en que no se vulnere la reunificación familiar. Sobre este punto, la jurisprudencia ha interpretado que tal situación debe ser considerada en función de la legislación específica. Así, la dispensa prevista en el art. 29 de la Ley 25.871 por razones humanitarias o de reunificación familiar cuya concesión por parte de la administración es discrecional constituye una excepción a la regla de la expulsión y, como tal, debe ser especialmente motivada; en tanto el límite para el ejercicio de esta facultad administrativa está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley)¹¹. Por lo tanto, al tratarse de una excepción a la medida, la resolución jurisdiccional o del MPF que refiera a la reunificación familiar como excluyente de la medida contra la permanencia del extranjero en el país deberá ser suficientemente motivada en razones de hecho y de derecho verificadas con claridad y documentada en las actuaciones que se labren.

X. Competencia sobre condenados según el CPP Federal en materia de expulsión

El art. 57 del mismo cuerpo legal atribuye competencia a los jueces con funciones de ejecución para resolver todos los planteos que se susciten durante la ejecución de las penas y medidas curativas o educativas, así como los referidos a la expulsión de condenados extranjeros en situación irregular en el país. Es decir, la norma adoptó un criterio de lógica jurídica con relación con personas extranjeras condenadas a penas privativas de libertad, al conferir la competencia a aquellos jueces especialistas en materia de ejecución penal, lo que deberá ser ponderado por quienes intervengan solicitando la aplicación de las medidas en función de la ley nacional de migraciones.

En orden a la doctrina judicial sobre personas condenadas, se ha sostenido que el artículo 29 de la Ley 25.871 establece una regla que determina la expulsión en el supuesto en que el migrante hubiera sido condenado o estuviera cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tuviera antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más¹².

¹¹ CSJN, “Barrios Rojas”, 343:990 (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

¹² CSJN, “Barrios Rojas”, 343:990 (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

En el mismo caso en estudio, no se admitió el cumplimiento de reglas de conducta o de condiciones relacionadas con la suspensión de medidas o acerca del transcurso del tiempo, al dejar sentada la siguiente doctrina judicial:

La sentencia que hizo lugar al planteo de la actora de permanecer en el país por considerar que se reinsertó en la sociedad y que transcurrió un tiempo considerable desde la comisión del delito debe ser dejada sin efecto, pues ninguno de esos factores están contemplados en la ley a los efectos de dispensar la expulsión de quienes se encuentren comprendidos en las causales del artículo 29 de la ley 25.871; más aún, de acuerdo con la ley, es la administración quien debe decidir en cada caso concreto el otorgamiento de la dispensa, y justificarlo si así lo decide. [Corte Suprema de Justicia de la Nación “Barrios Rojas”, 343:990 (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco)].

XI. Normas procesales vigentes de la República Argentina

Además de lo expuesto que regula el CPPF, la gran mayoría de los CPP de la República Argentina establecen la necesidad de notificar a las autoridades consulares del país correspondiente a la nacionalidad de la persona extranjera cuando fuere imputado por cualquier delito. Propiciamos que esta diligencia debería generalizarse para todos los CPP del país para que el imputado extranjero reciba asistencia legal o la que fuere procedente por las respectivas autoridades del país de su nacionalidad, o al menos que tomen conocimiento para cursar las respectivas comunicaciones a los familiares en caso de ser detenido o que se imponga cualquier otra medida de coerción.

CPP de la provincia de Buenos Aires

El CPP de Buenos Aires lo dispone en su art. 308 cuando se refiere a la imputación y acto por el cual es citado a indagatoria un extranjero, al decir que

En el caso de los nacionales extranjeros, salvo expresa oposición del interesado, estos deberán ser notificados inmediatamente y sin dilación alguna de su derecho a recibir asistencia consular, bajo san-

ción de nulidad (art. 36 inc. 1. B de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, implementado por la Ley N° 17.081). Las declaraciones se producirán en la sede de la Fiscalía o en las oficinas judiciales destinadas al efecto, salvo que las circunstancias requieran el traslado del Fiscal a otro sitio para recibirla.

Como puede verse, la norma procesal acoge lo establecido en la Convención de Viena, en pleno resguardo y cumplimiento de compromisos internacionales.

Código Procesal Penal de San Luis

Se ocupa de los comunicados a las autoridades consulares cuando el imputado fuere extranjero: “**ARTÍCULO 38.- DERECHOS DEL IMPUTADO.** A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible que a él le asisten los derechos siguientes: (...) f) A que se comunique al Consulado en caso de ser extranjero”.

Asimismo, de modo semejante que el CPPE, atribuye funciones de control a los jueces de ejecución respecto a personas extranjeras condenadas, al establecer: “Los jueces con funciones de ejecución tienen a su cargo: (...) c) Resolver todos los planteos que se susciten durante la ejecución de las penas y medidas curativas o educativas, así como los referidos a la expulsión de condenados extranjeros en situación irregular en el País”.

Código Procesal Penal de Río Negro

“Artículo 40.- Derechos del Imputado. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible los derechos siguientes: (...) 5) A que se comunique al consulado en caso de ser extranjero”.

Código Procesal Penal de Neuquén

“Artículo 49º Derechos del imputado. A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para ejercer su derecho de defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, informarle de manera inmediata y comprensible los derechos siguientes: (...) A que se comunique al Consulado en caso de ser extranjero”.

Código Procesal Penal de San Juan

ARTÍCULO 121.- Derechos del imputado: Desde la primera diligencia que se realice, a todo imputado se le deben asegurar las garantías necesarias para su defensa, debiendo la policía, el fiscal y los jueces, comunicarle de manera inmediata y comprensible que le asisten los siguientes derechos: 1) A ser informado de las razones de su aprehensión o detención y la autoridad que la ha ordenado. Se le debe entregar, si existe, copia de la orden judicial emitida en su contra. Además, le asiste el derecho de ser conducido ante el Juez de Control de Garantías dentro de las setenta y dos (72) horas para que decida sobre la legalidad de la detención. 2) A pedir que su aprehensión o detención sea comunicada en forma inmediata a un pariente o persona de su confianza; si el imputado ejerce este derecho, se debe dejar constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido; si el aprehendido o detenido es extranjero se le debe informar que puede pedir que su situación sea comunicada al representante diplomático del Estado de su nacionalidad, a quien también se le debe hacer saber, si corresponde, su interés en ser entrevistado.

CPP Santiago del Estero

En el art. 66, cuando se refiere al imputado, calidad, instancias:

Se considerará imputado a toda persona que en cualquier acto o procedimiento se lo indique o detenga como autor o partícipe de la comisión de un delito. Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere detenido, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al órgano interviniente. Desde el mismo momento de la detención o, no siendo detenida el delito desde la primera diligencia practicada con el imputado, éste deberá ser anoticiado por la autoridad que intervenga que goza de las siguientes garantías mínimas: 1. Ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan. 2. A comunicarse libremente con un letrado de su elección, y que le asiste el derecho de ser asistido y comunicado con el Defensor Oficial. Si fuese extranjero, el derecho que le asiste a comunicarse con el Cónsul de su País.

CPP de la Provincia de Mendoza

Contiene la regulación en el artículo 131:

Derechos del Imputado: El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de su confianza o por el defensor de pobres y ausentes, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad. Podrá también defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y obste la normal substanciación del proceso. Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad, podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta.

En el caso que el imputado privado de su libertad fuere extranjero y siempre que el interesado lo solicite, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo”.

A modo de comentario de esta norma, se destaca que el cuarto párrafo del artículo establece varios supuestos cuando el imputado fuere extranjero: 1) si estuviere detenido; 2) la solicitud; 3) la autoridad policial o judicial interviniente debe dar aviso en forma inmediata, por correo electrónico, fax o teléfono o por cualquier otro medio fehaciente, al consulado que corresponda a su nacionalidad; 4) en este caso, se deberán comunicar todos los datos personales del imputado que posibiliten una adecuada identificación.

Frente a dicho articulado, se dictó Resolución de Procuración General que en su parte de interés dice que las dependencias del Ministerio Público Fiscal que tomen conocimiento de que alguna persona extranjera ha sido víctima o se encuentra detenida en el ámbito de los actos iniciales de una investigación penal a su cargo, deberá dar aviso por correo electrónico, fax o teléfono al consulado extranjero que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales.

XII. Conclusiones

- 1.- Mediante el Decreto 138/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, se efectuaron importantes modificaciones a la Ley Nacional de Migraciones 25.871 y se dejó sin efecto el DNU 70/2017 publicado el 30 de enero de 2017, lo que motiva el análisis de la situación jurídica actual.
- 2.- Cuando un extranjero sea imputado, corresponde solicitar informe de antecedentes judiciales (penales) al país de origen y a los países en que tuvo residencia reciente o donde haya vivido por un tiempo considerable.
- 3.- Cuando sea imputado, se dicte su prisión preventiva, procesamiento, acusación, sea llevado a juicio penal y fuere condenado, el juez o fiscal interviniente debe notificar a la Dirección Nacional de Migraciones y a las autoridades consulares de su nacionalidad.

- 4.- La autoridad de aplicación, la Dirección Nacional de Migraciones, verificará en cada caso si le corresponde iniciar actuaciones dentro de su competencia para motivar las decisiones que pueda tomar al respecto.
- 5.- Son excepciones a medidas de expulsión y extrañamiento la situación de reunificación familiar debidamente constatada y verificada.
- 6.- El art. 29 de la Ley Nacional de Migraciones, cuyo texto fue modificado y ahora ha sido restituido en su vigencia por el Decreto 138/2021, contiene los casos que impiden el ingreso y dan motivo a la expulsión de extranjeros relacionados con causas criminales.
- 7.- Los delitos que generan las medidas de expulsión son tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas, o bien cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca una pena privativa de libertad de tres años o más¹³. Sin embargo, para los casos de estupefacientes, son procedentes las medidas sin perjuicio de la escala penal elegida, atento las graves consecuencias que causa el narcotráfico.
- 8.- La CSJN ha declarado la constitucionalidad del art. 29 de la Ley 25.871.
- 9.- Especial importancia se presenta cuando el residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos (art. 62, Ley 25.871), porque pueden dar lugar a medidas graves.
- 10.- El CPPF contiene normas de operatividad sobre la situación legal de extranjeros irregulares, en armonía con la Ley nacional 25.871.
- 11.- Muchos CPP de provincias argentinas establecen obligaciones de notificar a las autoridades consulares de la nacionalidad de las personas extranjeras cuando fueren imputadas por delitos de acción pública que prevean penas privativas de libertad.
- 12.- Se propicia que las legislaciones provinciales adopten normas semejantes, analizadas y contenidas en el CPPF relacionadas con actos procesales de imputación, medidas de coerción, acusación y condenas cuando se refieran a extranjeros, especialmente en situación irregular y que en todos los casos tome conocimiento fehaciente la autoridad de aplicación (Dirección Nacional de Migraciones), para que evalúe si corresponde proceder y actuar en consecuencia.

¹³ CSJN, "Apaza León", 341:500.

13.- El conocimiento vía notificación de las autoridades consulares del Estado al que corresponda el extranjero en conflicto con la ley penal y a su vez a su núcleo familiar que posiblemente resida en el exterior son medidas que pueden favorecer el logro de los fines y objeto del proceso penal, la paz, armonía social y vigencia de la ley penal con resguardo de los bienes jurídicos tutelados.

¿ES JUSTA LA DISTRIBUCIÓN DE LA PRESTACIÓN DINERARIA POR MUERTE QUE HACEN LAS COMISIONES MÉDICAS DE LA SRT?

Magister Dante Carlos Granados

I. Introducción

La prestación dineraria por muerte se encuentra regulada por la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 (LRT), y sus modificatorias Leyes 26.773 y 27.348 y demás normas reglamentarias. En efecto, el art. 18 de la Ley de Riesgos del Trabajo y el art. 5 del Decreto Reglamentario 410/2001 determinan a los derechohabientes como los beneficiarios de la prestación dineraria del sistema.

Se aclara que el problema que emerge de quienes debieran ser los beneficiarios del sistema excede del presente ensayo, aunque desde ya se señala que se considera que la norma amerita una reforma para ser más clara, amplia y justa. Por ello, solamente el tema que se va a analizar es la distribución de la prestación dineraria por muerte cuando entre los derechohabientes del trabajador fallecido concurren cónyuge o conviviente e hijos menores.

En primer lugar, se destaca que son las Comisiones Médicas Jurisdiccionales quienes, en sede administrativa, distribuyen las prestaciones médicas dinerarias de la LRT, en virtud de lo dispuesto por el art. 1 de la Ley 27.348 que determinó:

Las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el artículo 51 de la ley 24.241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo¹.

¹ Ley 27.348. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/272119/norma.htm>

Por lo tanto, en virtud de la citada ley nacional y de la adhesión formulada por dieciséis jurisdicciones (Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes, Misiones, Santa Fe, Chaco, Formosa, Jujuy, Salta, Córdoba, San Juan, Mendoza, Neuquén, Río Negro y Tierra del Fuego²), quienes distribuyen las prestaciones dinerarias en gran parte del país son las Comisiones Médicas Jurisdiccionales.

En mérito a lo expuesto, la hipótesis por comprobar es si resulta convencional y constitucional la distribución que realizan las Comisiones Médicas Jurisdiccionales cuando, entre los derechohabientes del trabajador fallecido, concurren cónyuge o conviviente e hijos menores.

II. Prestación dineraria de la Ley 24.557 en caso de muerte

Las prestaciones dinerarias por caso mortal están reguladas por los artículos 11, 12, 15 y 18 de la Ley de Riesgos del Trabajo y el artículo 3 de la Ley 26.773, las que se pueden detallar en:

- 1) Pensión por fallecimiento.
- 2) Prestación dineraria del artículo 15, apartado 2, segundo párrafo, de la LRT.
- 3) Prestación de pago único del artículo 11, apartado 4, de la LRT.
- 4) Prestación dineraria del artículo 3 de la Ley 26.773 —salvo en caso de accidentes *in itinere*—.

Precisamente el inciso 1 del artículo 18 de la Ley de Riesgos del Trabajo —t. o. Decreto 1278/00— que regula la prestación dineraria y determina los beneficiarios en caso de muerte del trabajador expresamente establece: “1. Los derechohabientes del trabajador accederán a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 15 de esta ley, además de la prevista en su artículo 11, apartado cuarto”³.

Por su parte, el art. 3 de la Ley 26.773 dispone:

² Ministerio de Capital Humano Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Superintendencia de Riesgos del Trabajo. La adhesión a la Ley 27.348, centro de la agenda entre la SRT y Catamarca. <https://www.argentina.gov.ar/noticias/la-adhesion-la-ley-27348-centro-de-la-agenda-en-tre-la-srt-y-catamarca#:~:text=Al%20momento%20C%20han%20adherido%2016,Negro%20y%20Tierra%20del%20Fuego.>

³ Ley 24.557. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm>

Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma. En caso de muerte o incapacidad total, esta indemnización adicional nunca será inferior a⁴.

El adicional de la prestación dineraria prevista en el art. 3 de la Ley 26.773 no se aplica a los accidente de trabajo *in itinere* conforme claramente lo expuso la CSJN en el caso líder —*leading case*— Espósito, considerando el quinto punto del segundo párrafo, el cual dice:

Entre dichas modificaciones, interesa destacar que el arto 3° de esta última ley dispuso que, cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente “*in itinere*”, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional -en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas- equivalente al 20% del monto de ellas y que, en caso de muerte o incapacidad total, nunca debía ser inferior a \$ 70.000⁵.

III. Beneficiarios

En efecto, los beneficiarios del sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo están determinados por el art. 18 de la citada norma, que establece:

1. Los derechohabientes del trabajador accederán a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 15 de esta ley, además de la prevista en su artículo 11, apartado cuarto. (...). 2. Se consideran derechohabientes a los efectos de esta Ley, a las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley N° 24.241, quienes concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas. El límite de edad establecido en dicha disposición

⁴ Ley 26.773. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-204999/203798/te-xact.htm>

⁵ CSJN, autos “Espósito, Dardo Luis c/ provincia ART S. A. s/ accidente - ley especial”, 7 de junio de 2016. <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-esposito-dardo-luis-provincia-art-sa-accidente-ley-especial-fa16000136-2016-06-07/123456789-631-0006-1ots-eupmocsollaf?>

se entenderá extendido hasta los VEINTIUN (21) años, elevándose hasta los VEINTICINCO (25) años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido. En ausencia de las personas enumeradas en el referido artículo, accederán los padres del trabajador en partes iguales; si hubiera fallecido uno de ellos, la prestación será percibida íntegramente por el otro. En caso de fallecimiento de ambos padres, la prestación corresponderá, en partes iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a su cargo. La reglamentación determinará el grado de parentesco requerido para obtener el beneficio y la forma de acreditar la condición de familiar a cargo⁶.

Precisamente, el artículo 18 de la Ley de Riesgo de Trabajo determina que los beneficiarios de las prestaciones dinerarias del sistema a los derechohabientes, que son las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley 24.241, concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas. Por tal motivo, resulta imperioso consignar lo normado por el citado artículo, el cual establece:

En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

a) La viuda. b) El viudo. c) La conviviente. d) El conviviente. e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad.

La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante.

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

⁶ Ley 24.557. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane_xos/25000-29999/27971/texact.htm

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales⁷.

Asimismo, en caso de muerte de los padres del trabajador fallecido, la lista de derechohabientes queda completada por el art. 5 del Decreto 410/2001 reglamentario del artículo 18 de la LRT, el cual establece:

En caso de fallecimiento de los padres del trabajador siniestrado, los familiares a cargo de éste con derecho a obtener las prestaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 18 de la Ley N° 24.557, serán los siguientes: a) Los parientes por consanguinidad en línea descendente, sin límite de grado. b) Los parientes por consanguinidad en línea ascendente, sin límite de grado. c) Los parientes por consanguinidad en primera línea colateral hasta el tercer grado.

En los casos de los incisos a) y c), los parientes allí enumerados deberán ser solteros y menores de VEINTIUN (21) años. Dicho límite de edad se elevará a VEINTICINCO (25) años, en caso de tratarse de estudiantes.

La precedente limitación de edad no rige si los derechohabientes mencionados en el presente artículo se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha que cumplieran VEINTIUN (21) años.

En todos los casos, los parientes enumerados deberán acreditar haber estado a cargo del trabajador fallecido.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del trabajador fallecido cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular.

La acreditación deberá efectuarse mediante un Procedimiento Sumarísimo (información Sumaria) previsto para las acciones meramente declarativas, de conformidad a como se encuentre regulado en las distintas jurisdicciones donde la misma deba acreditarse.

A los efectos de lo que determina el apartado 2 del artículo 18 de la Ley N° 24.557 y la presente reglamentación, deberá entenderse por estudiante a cargo

⁷ Ley 24.557. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/te_xact.htm

del trabajador fallecido a quien se encuentre cursando estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente⁸.

En virtud de todo lo expuesto y a partir de lo normado por el artículo 18 de la Ley de Riesgos de Trabajo, el artículo 53 de la Ley 24.241 y el artículo 5 del decreto reglamentario de la LRT 410/2001, se puede afirmar de manera sintética que los beneficiarios de las prestaciones dinerarias por muerte del trabajador son sus derechohabientes, en el siguiente orden de prelación:

1.) La viuda o viudo o quien era conviviente y los hijos —menores de 21 años, estudiantes menores de 25 años e incapacitados sin límite de edad—.

2.) En subsidio, los padres del trabajador.

3.) En caso de fallecimiento de los padres, las personas que estuvieren a su cargo y fueren:

- Parientes por consanguinidad en línea descendente, sin límite de grado.

- Parientes por consanguinidad en línea ascendente, sin límite de grado.

- Parientes por consanguinidad en primera línea colateral hasta el tercer grado.

En los casos de los incisos a y c, los parientes allí enumerados deberán ser solteros y menores de veintiún (21) años. Dicho límite de edad se elevará a veinticinco (25) años, en caso de tratarse de estudiantes.

La precedente limitación de edad no rige si los derechohabientes mencionados en el presente artículo se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha que cumplieran veintiún (21) años.

IV. Tres posibles interpretaciones

En el hipotético caso de que, tras la muerte del trabajador, concurren como derechohabientes su conviviente o viudo/a y sus hijos menores:

1) Prioridad absoluta del conviviente o viudo/a.

2) Prioridad desproporcional del conviviente o viudo/a en un 50% sobre los hijos que concurren en un 20% cada uno.

3) Distribución por partes iguales entre conviviente o viudo/a e hijos.

⁸ Decreto 410/2001. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInterneta/anexos/65000-69999/66686/norma.htm>

1) Prioridad absoluta del conviviente o viudo/a

Esta interpretación literal y gramatical del texto del art. 18 de la Ley 24.557, que se sostiene en texto de la ley cuando determina como beneficiario a las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley 24.241, también indica que estas “concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas”, y, según el orden alfabético que establece el citado artículo 53, el conviviente o viudo/a tiene prioridad o prelación sobre los hijos, los que quedarían excluidos por carecer de preferencia legal.

Por lógicas razones, tal interpretación literal e injusta de la norma previsional no está en uso. (A esta interpretación le caben las mismas críticas que a la siguiente posible interpretación, a la que se remite en honor a la brevedad)

No obstante, desde ya se aclara que, si así se aplicara, resulta válido lo expresado por el Dr. Juan J. Formaro cuando cuestiona la constitucionalidad de la norma, al decir:

La redacción de la ley ha llevado a sostener que la norma no deja margen a interpretaciones de “conurrencia” entre las distintas categorías para la titularidad de las prestaciones. La indemnización le correspondería entonces a la categoría que se hallare preferentemente colocada en la nómina legal de derechohabientes (salvo la especial hipótesis de conurrencia entre cónyuge y conviviente que menciona la citada norma previsional). Como es sabido, se trata de derechos que se ejercen *iure proprio* (no son fruto de transmisión hereditaria). Dicha circunstancia, de consuno con los antecedentes legales existentes en la materia (art. 8º, ley 9688; art. 8º, ley 24.028; arts. 37 y 38, ley 18.037), puede dar pábulo al planteo de inconstitucionalidad que legítimamente efectúen los hijos menores del trabajador fallecido (claros acreedores concurrentes del cincuenta por ciento en los sistemas anteriores) cuando se pretenda su total desplazamiento por el cónyuge o conviviente del causante, pues resulta indudable que el daño que porten debe ser enjugado⁹.

Para descartar esta interpretación, el Dr. Marcelo J. Salomón se basa en la naturaleza jurídica de la prestación, en el texto abierto del primer párrafo del art. 18 de la LRT y de la exégesis del segundo párrafo del citado art. 18. Particularmente refiere:

De acuerdo a la naturaleza jurídica de la indemnización (reparación de la pérdida del familiar muerto, sea esposo/a, conviviente o padre/madre) y a la tex-

⁹ Formaro, Juan J. Riesgos del trabajo, 4ta ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 66.

tura abierta utilizada en la ley no tengo dudas de que la misma corresponde ser compartida por ambos estamentos familiares. Una profundización de esta exégesis podría sostenerse en el “tácito cerrojo” del segundo párrafo del texto del artículo 18 de la LRT cuando, una vez ausentes aquellos primeros convocados, habilita la comparecencia de padres o familiares a cargo de la persona que trabaja muerta. A esta conclusión se podría arribar de la lectura de la expresión contenida en la norma: “...en ausencia de las personas enumeradas en el referido artículo¹⁰”.

2) Prioridad desproporcional del conviviente o viudo/a sobre los hijos

Esta es la interpretación que tienen las Comisiones Médicas Jurisdiccionales en cuanto a la distribución de la prestación dineraria por muerte cuando concurren conviviente o viudo/a e hijos menores; se observa como injusta y para el caso de la LRT.

Se trata de una interpretación literal —al igual que la anterior— porque surge de la letra del art. 18 de la Ley de Riesgos de Trabajo. Precisamente, del inciso 2 que determina como beneficiarios a las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley 24.241, quienes “concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas”.

Por su parte, el artículo 53 de la Ley 24.241 enuncia: a) la viuda; b) el viudo; c) la conviviente; d) el conviviente; e) los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas.

Se considera que, a diferencia de la interpretación anterior, en esta, cuando el art. 18 de la LRT expresa “allí señaladas”, no se refiere al art. 53, sino directamente a la Ley 24.241.

Por lo tanto, se estima que las Comisiones Médicas Jurisdiccionales interpretan que la remisión que el artículo 18 de la Ley de Riesgos de Trabajo no se limita al artículo 53 de la Ley 24.241, sino que, al indicar quiénes concurrirán en el orden de prelación y condiciones “allí señaladas”, hace reenvío a la Ley previsional; y, por lo tanto, se debe acudir a la forma de distribución que prevé la Ley 24.241 en su art. 98, para la pensión por fallecimiento.

O en su caso, puede ser que las Comisiones Médicas consideren que, a partir de la derivación legislativa de los beneficiarios a los derechohabientes del art. 53 de la Ley 24.241, corresponda, por ende, la distribución de los beneficios conforme lo dispone la citada Ley previsional.

¹⁰ Salomón, Marcelo J. La muerte en el derecho del trabajo, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022, p. 276

Ya sea uno u otro motivo, lo cierto es que las Comisiones Médicas Jurisdiccionales distribuyen la prestación dineraria de la Ley de Riesgos de Trabajo conforme a la distribución de la pensión por muerte que hace la Ley 24.241 en su artículo 98, que establece:

Serán de aplicación para la determinación de las prestaciones de referencia de los beneficiarios de pensión y del haber de las pensiones por fallecimiento, los porcentajes que en el presente artículo se detallan, los que se aplicarán de acuerdo con las siguientes normas:

1. Para la determinación de las prestaciones de referencia de los beneficiarios de pensión, establecidas en el artículo 93, los porcentajes se aplicarán sobre la prestación de referencia del causante determinado en el artículo 97;

2. Para la determinación del haber de las pensiones por fallecimiento del afiliado en actividad, establecidas en el artículo 27, los porcentajes se aplicarán sobre la prestación de referencia del causante determinado en el artículo 97;

3. Para la determinación del haber de las pensiones por fallecimiento del beneficiario, establecidas en el segundo párrafo del artículo 27, los porcentajes se aplicarán sobre el importe de la prestación que se encontraba percibiendo el causante.

Los porcentajes a que se hace referencia serán:

a) El setenta por ciento (70%) para la viuda, viudo o conviviente, no existiendo hijos con derecho a pensión;

b) El cincuenta por ciento (50%) para la viuda, viudo o conviviente, cuando existan hijos con derecho a pensión;

c) El veinte por ciento (20%) para cada hijo.

Además de los porcentajes enunciados se deberán tener en cuenta las siguientes pautas:

I. Si no hubiera viuda, viudo o conviviente con derecho a pensión, el porcentaje de haber de la pensión del o los hijos establecido en el inciso c) se incrementará distribuyéndose por partes iguales el porcentaje fijado en el inciso b).

II. La suma de las pensiones de todos los beneficiarios no podrá exceder el ciento por ciento (100%) de la prestación del causante. En caso de que así ocurriera, la pensión de cada uno de los beneficiarios deberá recalcularse, manteniéndose las mismas proporciones que les correspondieran de acuerdo con los porcentajes antes señalados.

III. Si alguno de los derechohabientes perdiera el derecho a la percepción del beneficio, se recalculará el beneficio de los otros derechohabientes con exclusión de éste, de acuerdo a lo establecido en este inciso.

Verbigracia, en la aplicación práctica de la interpretación de la norma que hacen las Comisiones Médicas Jurisdiccionales para el hipotético caso de que los derechohabientes que concurren sean un solo hijo y una conviviente, se distribuyen las prestaciones dinerarias en un 50% al conviviente y un 20% al hijo. El 30% restante lo vuelven a distribuir conforme a los mismos porcentajes y así sucesivamente hasta llegar al 100% de las prestaciones dinerarias, lo que, en definitiva, queda cuantificado en 71,43% para la conviviente y en un 28,57% para el hijo de las prestaciones dinerarias¹¹.

El ejemplo claramente demuestra la disparidad de las proporciones en las prestaciones dinerarias por percibir.

A favor de este criterio se ha sostenido que es el padre o madre supérstite quien resguarda de mejor manera los derechos de sus hijos menores. Sin embargo, no siempre la viuda o viudo, o conviviente es progenitor de los hijos menores del trabajador fallecido, sino que, además, en muchos casos, tienen a sus propios hijos que no son del occiso. Lamentablemente sobran los casos en que, ante la muerte del progenitor, los niños quedan desamparados.

2.1.) Crítica al procedimiento y criterio de las Comisiones Médicas

a) El Dr. Salomón ha cuestionado el criterio de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales, y al respecto ha señalado:

Personalmente, no comparto la tesis que procura la aplicación de la distribución según el sistema previsional de la ley 24.241. Si bien el artículo 18 de la LRT produce un reenvío legislativo, el mismo no refiere a una derivación hacia todo un sistema normativo, sino que escuetamente reenvía a un listado de familiares a los que denominada beneficiarios, sin determinar ni aclarar si éstos concurren conjuntamente con algún porcentaje de participación.

El legislador de la LRT no ha instrumentado el “reenvío del reenvío” (ir al art. 53 y desde esa norma ir al art. 98), por lo que sería excesiva tal interpretación integrativa. Adicionalmente, repelo tal solución pues en el caso del haber previsional es un crédito mensual y asistencial, mientras que la prestación dineraria por muerte claramente es un resarcimiento por daño de pago único.

¹¹ Legajo de la SRT 283016/23, acta de fecha 7 de julio de 2023 de distribución de prestaciones dinerarias del art. 18 de la LRT, homologada por la Comisión Médica 32 de San Rafael, Mendoza, por Resolución de fecha 12 de julio de 2023.

En concreto: sería incongruente e incoherente aplicar el artículo 98 de la ley 24.241 (donde se establecen porcentajes de distribución para la pensión) pues no se puede inferir que el reenvío específico del artículo 18 de la LRT admita integrar en la definición un nuevo “reenvío”, en este caso hacia el artículo 98 de la Ley 24.241¹².

b) Desde otro punto de vista, se advierte que los menores y niños no tienen en sede administrativa el asesoramiento de la defensora pupilar ni el defensor del niño, dado que son instituciones que cumplen sus funciones en sede judicial, motivo por el cual se observa que su representante legal —en caso de que sea madre o padre del menor— tiene intereses contradictorios y, por lo tanto, no se va a oponer a la distribución previsional y desproporcional que hacen las Comisiones Médicas Jurisdiccionales para la distribución de las prestaciones médicas.

Así, la persona que acuerda con la ART en sede administrativa en nombre propio y de sus hijos tiene intereses contrapuestos a quienes representa. ¿Quién protege o defiende a los menores de edad?

Máxime, cuando la realidad ha pasado de la familia tipo de antaño a las familias ensambladas, disgregadas, padres con hijos de diferentes madres y viceversa, madres con hijos de diferentes padres, por lo que los hijos menores se encuentran en un estado de mayor indefensión, entonces resulta fundamental que se alcance el objetivo reparatorio previsto por la norma para los hijos del trabajador fallecido y no que se vea desmembrada la indemnización sobre la base de una distribución previsional y a toda luces injusta.

La falta de representación de la defensa pupilar en los acuerdos administrativo de distribución de las prestaciones generó la proliferación de planteos de nulidad.

Claramente el Máximo Tribunal de la Nación ha indicado que en los juicios o procedimientos administrativos en que se interviene en representación de menor de edad, sin intervención del defensor oficial, son nulos, al sostener expresamente:

10. Si se soslayó desde el inicio del proceso la debida participación que le compete al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, esta situación comprometeó, respecto de su representada, las garantías de la defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad y de ser oída, tuteladas -con relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención

¹² Salomón, op. cit., pp. 277-278.

sobre los Derechos del Niño (arts. 12.2 y 26.1). Máxime teniendo en cuenta que en ambas instancias la demanda fue rechazada con arreglo a la doctrina de los actos propios, acto que eventualmente fue realizado por la progenitora. Sobre estas bases, corresponde declarar la nulidad de las actuaciones cumplidas sin la intervención del mencionado ministerio, y remitir la causa a las instancias anteriores a fin de que se garantice la doble representación prevista por el ordenamiento jurídico. 11. Si el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar no ha tenido participación alguna en el curso del litigio, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en que debió dársele intervención, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte (v. gr. Fallos: 332:1115 y sus citas)¹³.

c) A los efectos de evitar las nulidades de los acuerdos por la falta de representación de los menores, las Comisiones Médicas Jurisdiccionales modificaron su proceder y comenzaron a efectuar la “distribución previsional”, y ponen a disposición de las partes en las cuales las ART acuerdan con la viuda, viudo o conviviente el porcentaje desproporcional que le corresponde a ello en comparación al que convienen para los niños. Luego las ART lo consignan ante el fuero laboral a los efectos de que intervengan la asesora pupilar.

Y es aquí donde interviene el Ministerio Público Pupilar y también cuando les compete a los jueces inmiscuirse de oficio en la distribución si consideran que se afecta el derecho a la reparación de los hijos menores con la distribución de las prestaciones dinerarias.

Así se ha declarado la nulidad de acuerdos en sede administrativa por resultar perjudicial al menor y en el procedimiento ni en el acta de acuerdo ha intervenido el Ministerio Público Pupilar. Ni siquiera el menor fue asesorado por un abogado del niño o por lo menos distintos al de su madre; por lo que claramente el menor no ha sido debidamente asesorado ni protegido en un acuerdo que le resulta claramente lesivo a sus derechos, conforme los principios de indemnidad, efectividad y el mejor interés para el niño. (Art. 14 bis, 16, 17, 18, 31 y 75.22 de la C.N. y arts. 3.1., 4, 12.2. y 26.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de raigambre constitucional.)¹⁴.

¹³ CSJN, “Lucero Viuda de Aguirre, María Jaquelina c/ Liberty ART S. A. s/ indemnización por muerte”, 24 de junio de 2014.

¹⁴ Primera Cámara del Trabajo, Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, autos 31.497 caratulos: “Provincia ART S. A. c/ Navarro, Esther Noemi p/ consignación”, 8 de abril de 2024. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=10330098872>

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, con citas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señala el deber de los jueces de acudir en defensa de los derechos de los menores, conforme el principio convencional del interés superior del niño, al decir:

En tal sentido, los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Fallos 331:2047 y sus citas). Los menores, a más de la especial atención que merecen quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de estos casos, incluyendo a la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de una de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (Fallos 331: 147)¹⁵.

d) Por último, se advierte que la interpretación realizada por las Comisiones Médicas de las SRT para aplicar el art. 98 de la Ley 24.241 resulta ser una interpretación forzosa, ajena a la letra y a la finalidad perseguida por la Ley de Riesgos de Trabajo. Por ende, se observa incoherente con el ordenamiento normativo de la materia, contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional, a los valores justicia, seguridad, solidaridad, prudencia y bienestar general, y a los principios de indemnidad, equidad, justicia social, igualdad, interés superior del niño y efectividad.

La interpretación realizada por las Comisiones Médica resulta al margen de lo dispuesto por el art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación que determina las pautas que seguir a los efectos de una interpretación jurídicamente sostenible y en tal sentido expresa: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”¹⁶.

¹⁵ SCJM, sala II, causa 111.627 caratulada: “Varela, Verónica Edith en J: 42.936 Varela, Verónica Edith c/ Comercializadora Urbana S. A. y Tos. p/ accidente s/ Inc. Cas.”, 3 de julio de 2015.

¹⁶ https://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/23597_5/texact.htm#:~:text=ARTICULO%20C%20B%20D%20Interpretaci%C3%B3n,coherente%20con%20todo%20el%20ordenamiento.

De efectuarse una prudente interpretación del art. 18 de la Ley de Riesgos de Trabajo conforme a la manda del citado artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, no cabe duda de que la distribución que debe realizarse es en idénticos porcentajes entre los derechohabientes, conforme los fundamentos que a continuación se consignan.

3) Distribución por partes iguales entre conviviente o viudo/a e hijos

La distribución por parte iguales entre los derechohabientes cuando concurren la viuda o viudo, conviviente con los hijos del trabajador fallecido, es la interpretación más justa, armoniosa y coherente con el espíritu de la Ley de Riesgo de Trabajo, su finalidad y la letra de su art. 18, acorde a los valores de justicia, seguridad, solidaridad, prudencia y bienestar general, a los principios de indemnidad, equidad, justicia social, igualdad, interés superior del niño, irrenunciabilidad, proporcionalidad y efectividad, y ajustada a la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional. (art. 75.22 de la CN).

a) La **interpretación literal** del art. 18 de la LRT no debe ser forzada, sino que debe ser coherente y armónica con todo el ordenamiento laboral y, a los efectos de una correcta interpretación gramatical, se debe considerar que cada párrafo tiene una idea.

En este sentido, resulta oportuno transcribir el inciso 2 del art. 18 de la LRT, el cual dice:

Se consideran derechohabientes a los efectos de esta Ley, a las personas enumeradas en el artículo 53 de la Ley N° 24.241, quienes concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas. El límite de edad establecido en dicha disposición se entenderá extendido hasta los VEINTIUN (21) años, elevándose hasta los VEINTICINCO (25) años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido. En ausencia de las personas enumeradas en el referido artículo, accederán los padres del trabajador en partes iguales.

Es decir que, de la exégesis del artículo 18, se advierte que concurren primero las personas enumeradas en el artículo 53 y luego los padres. Sería un absurdo dar la prioridad conforme el orden alfabético que indica la norma; basta señalar que no pueden concurrir viuda con viudo, atento al sistema matrimonial monogámico que establece la Ley.

Señalamos que el art. 18 de la LRT no establece proporción en la concurrencia, por lo que se debe entender que es en partes iguales conforme a los principios de igualdad y equidad.

Por lo tanto, una interpretación literal, razonable, coherente y armónica con todo el ordenamiento jurídico laboral concluye que los hijos y los convivientes, viudos o viudas concurren en igual proporción.

b) Al igual se llega si se realiza una **interpretación teleológica** o en cuanto a la finalidad de la norma.

Se destaca que el objeto de la Ley de Riesgos de Trabajo está expresamente consagrado en la norma y consiste en indemnizar los daños ocasionados por la muerte del trabajador a causa de una contingencia cubierta por el sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo. Precisamente, el artículo 1.2.b de la LRT establece como objetivo de la Ley: “Reparar el daño derivados de contingencias de riesgos de trabajo”.

Por su parte, la Ley 24.241 tiene como objeto la subsistencia de la familia, motivo por el cual en la distribución previsional que prevé el artículo 98 de la Ley 24.241 prevalece la viuda, viudo o conviviente sobre los hijos.

Atento a la clara dicotomía entre las finalidades perseguidas por la norma es que resulta incorrecto, incoherente e inválido transpolar la distribución de las prestaciones de la Ley previsional a la indemnización de la Ley de Riesgos de Trabajo.

Por lo tanto, si la finalidad de la norma es indemnizatoria —y no de subsistencia—, la interpretación teleológica exige que a todos los derechohabientes se les repare el daño ocasionado y, conforme a los principios de igualdad, equidad, indemnidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad, resulta prudente y justo que todos los que han padecido el mismo daño concurren por iguales partes al cobro de las prestaciones dinerarias que pretende reparar la contingencia fatal.

c) Esta **interpretación resulta acorde al art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene rango constitucional**, que establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁷.

Evidentemente, el art. 18 de la Ley de Riesgos de Trabajo no determina cómo debe hacerse la distribución entre los derechohabientes, como tampoco lo hace el art. 53 de la Ley 24.241, al que se remite al solo efecto de señalar quiénes son los derechohabientes beneficiarios de la prestación. Ante el vacío legal en la dis-

¹⁷ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInter/net/anexos/0-4999/249/norma.htm>

tribución, se debe atender al interés superior del niño, como lo exige el citado Tratado de Derechos Humanos de raigambre constitucional; por ende, la concurrencia por partes iguales es la más armónica con la directiva dada por la norma constitucional.

Ergo, las Comisiones Médicas Jurisdiccionales deben reformular su criterio y adecuarlo a la norma de superior jerarquía y al principio superior del niño que de ella emana, que es un claro norte en la interpretación de las normas conforme lo señala el art. 2 del Código Civil y Comercial.

d) Con meridiana claridad se observa que la repartición en iguales proporciones entre los derechohabientes resulta una **interpretación axiológica** más positiva y acorde a los valores de justicia, seguridad, solidaridad, prudencia, igualdad y bienestar general.

e) Los principios generales del derecho del trabajo son las líneas directrices, pautas esenciales y/o reglas fundamentales que disponen y dan sentido a todo el ordenamiento jurídico laboral; de tal modo que integran, unifican y/o condicionan la aplicación, interpretación, valoración y apreciación de sus normas.

La aplicación de estos, *prima facie*, no se realiza de manera autónoma o individual, sino que se debe aplicar considerando que interactúan entre sí, se entremezclan, como trenzas que forman una sola y firme soga.

La función interpretativa consiste en orientar al magistrado y demás operadores jurídicos en el sentido de cómo se debe entender y aplicar una determinada norma, lo cual resulta de gran valor cuando una norma puede ser interpretada o aplicada de diversas maneras, como es el caso que aquí se visualiza.

Por lo tanto, no cabe dudas de que la distribución en partes iguales de las indemnizaciones por muerte del trabajador entre los derechohabientes es una **interpretación conforme a los principios** generales del derecho del trabajo.

f) La Constitución Nacional, en su artículo 75, inciso 23, dispone que corresponde al Congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"¹⁸.

La Ley de Riesgos de Trabajo sancionada por el Congreso de la Nación se debe interpretar como una norma que promueve y garantiza la igualdad y pleno

¹⁸ https://www.congreso.gob.ar/constitucionS_eccion1Cap4.php

goce de los derechos de los niños plasmados en la carta magna y en los Tratados de Derechos Humanos de raigambre constitucional, conforme lo exige la hermenéutica del art. 75.23 de la CN.

Por lo tanto, una interpretación de la Ley conforme a la Constitución Nacional implica que esta debe garantizar el derecho de los niños, y, como corolario, prioriza así una repartición de las prestaciones dinerarias del caso mortal en partes iguales entre los derechohabientes cuando concurren viudo o viuda, conviviente e hijos.

V. Jurisprudencia

Entre muchos otros fallos, se procede a citar algunos que fundamentan la distribución en partes iguales entre los derechohabientes de las prestaciones dinerarias por muerte de la Ley de Riesgos de Trabajo cuando concurren viudo o viuda, conviviente e hijos; a saber:

1) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, causa 13-01978857-6/4, caratulada: “Asociart ART S. A. en Ja 13.933: Fornes, María Rosa c/ Municipalidad de Lavalle s/ accidente p/ rec. Ext. De inconstit.-casación”, 7 de noviembre de 2017¹⁹.

2) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, causa 13-04323071-3/1, caratulada: “Peralta, Violeta Adriana por sí y por sus hijas menores en Ja 158.896: Peralta, Violeta Adriana y otros c/ prevención ART S. A. p/ indemnización por muerte (158896) p/ recurso extraordinario provincial”, 7 de diciembre de 2022²⁰.

3) Primera Cámara del Trabajo, Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, autos 24.450, caratulados “González, Nancy Amalia por y en repr. de sus hijos menores c/ Galeno ART S. A. (Galeno As. de Riesgos del Trabajo S. A.) p/ accidente”, 13 de junio de 2017²¹.

4) Sexta Cámara del Trabajo, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, auto 23.366, caratulados: “Carrizo, Analía Carolina y ots. c/ Doña, Ernesto César p/ accidente”, 4 de agosto de 2014.²²

¹⁹ https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertex.to.php?ide=58265_11293

²⁰ https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertex.to.php?ide=935_8424778

²¹ https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertex.to.php?ide=551_3400225

²² https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertex.to.php?ide=3_775228689

5) Sexta Cámara del Trabajo, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en autos 19.192, caratulados: “Moreno, Noelia Verónica por sí y por sus hijos menores c/ Municipalidad de Luján de Cuyo y ots. p/ accidente”, 5 de noviembre de 2012²³.

VI. Conclusión

Es menester, para garantizar los derechos de los niños o hijos menores de los trabajadores fallecidos, un cambio en la interpretación del art. 18 de la Ley de Riesgos de Trabajo que efectúan las Comisiones Médicas Jurisdiccionales, dado que la interpretación que tienen no supera la prueba de convencionalidad, a partir de lo dispuesto por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional.

Debido a lo expuesto en el párrafo precedente, se concluye que la hipótesis resulta negativa.

Claramente se ha demostrado que la distribución por partes iguales entre los derechohabientes es el resultado más justo, que surge una interpretación sistemática, armónica y coherente con todo el ordenamiento de riesgos de trabajo, con su finalidad y la letra de su citado art. 18, conforme a los valores jurídicos, a los principios generales del derecho y ajustado a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto, se exalta la necesidad de que las Comisiones Médicas Jurisdiccionales cambien el criterio; en caso negativo, se vela para que el Ministerio Público Pupilar cuestione la distribución previsional y, por último, para que los jueces, como custodios de los derechos humanos intercedan de oficio en defensa de los niños e hijos menores en claro estado de vulnerabilidad y distribuyan en partes iguales las prestaciones dinerarias de la Ley de Riesgos de Trabajo previstas para el caso mortal.

²³ <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=2924698736>

Bibliografía

- Ackerman, Mario E. *Ley de riesgos del trabajo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017.
- Elmelaj, María Laura. *Ley de riesgos del trabajo*, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2010.
- Formaro, Juan J. *Riesgos del trabajo*, 4ta ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Grisolíá, Julio Armando *Manual de derecho laboral*, 6ta ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.
- Pirolo, Miguel Ángel (dir.). *Derecho del trabajo comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2017.
- Ramírez, Luis Enrique. *Riesgos del trabajo. Manual práctico. Ley 24.557. Con las reformas de las leyes 26.773 y 27.348*, 6ta ed., Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2017.
- Salomón, Marcelo J. *La muerte en el derecho del trabajo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022.
- Schick, Horacio. *Riesgos del trabajo*, 4ta ed., Buenos Aires, David Grinberg, 2011.
- Toselli, Carlos Alberto y Marionsini, Mauricio Adrián. *Régimen integral de reparación de los infortunios del trabajo*, 2da ed., Córdoba, Alveroni, 2017.

DISTINTOS ENFOQUES SOBRE EL CONCEPTO DE JUSTICIA Y SU CONTRACARA DISVALIOSA: LA INJUSTICIA

Abg. Ricardo Luis Ábalo Ferrés

Desde el fondo del cajón de los juguetes: (Kelsen; Cossio, Olivecrona, Savigny, Stammler, Heggel, Kant, Husserl, Max Scheller, Heidegger, Ortega y Gasset, Fernando Savater, Chesterton).

I. Introducción

Al presentar el tema sobre el que intentaré exponer en esta breve charla dentro del panel de filosofía del derecho, mencioné distintos aspectos del concepto de justicia, que contrastaré en lo posible con algo más concreto y evidente en la realidad existencial, es decir, su contracara, el concepto de injusticia.

Espero, por lo menos, que algunas ideas sirvan como motor de motivación a quienes les puedan interesar, lo que, como aspiración docente, ya sería un buen logro.

II. Concepto de justicia. Categorización como objeto

Al hablar de la justicia como concepto, estamos perfilándola como una elaboración de la inteligencia humana, algo concebido por el hombre en tanto que ser humano. Y en esta tesitura, no puedo menos que decir que el enfoque ontológico que propongo al respecto es el aristotélico, en el sentido de que el hombre (genéricamente) es un viviente que tiene *logos*. Vale decir un viviente que consigue coordinar inteligencia, razón sentimientos y emociones, y hacer de ellos su modo de vivir, y evolucionar culturalmente; y, por tanto, también, en la feliz concepción

de Aristóteles, es un viviente político, capaz de convertir su ser individual, en convivencia fecunda y perfectible, un ser con entidad política.

El viviente político que somos, el ser que constituimos intrínsecamente como *logos*, como ente espiritual, ha hecho a lo largo de su desarrollo histórico tremendas modificaciones al medio natural o entorno, lo que hoy conocemos como la cultura. Por lo tanto, cuando hablamos de la justicia como un concepto humano, hablamos de un concepto y un objeto cultural. Tan cultural como un hacha de sílex, una tierra arada, una sinfonía, un cuadro impresionista, una norma jurídica o como un mojito.

La justicia como objeto cultural es un hallazgo y a la vez un producto humano, y, como tal, cognoscible por la vía de la comprensión. Se lo puede construir, deconstruir, modificar, adaptar y también extinguir.

Situada así la justicia, según las ontologías regionales de Husserl en la zona de lo cultural, como producto de la elaboración humana, tenemos que ver también que, como tal, admite muchos predicados.

III. El hecho de la justicia. Su percepción como la injusticia

Desde que los diálogos humanos originales irrumpen en la historia narrada, y especialmente durante los últimos 5000 años, atravesados por la lectoescritura y por su correlativa teorización transgeneracional, toda la literatura sobre la justicia trasunta una difusa y dudosa conceptualización positiva.

Por el contrario, el tema recurrente desde los asirios, caldeos, egipcios y, en particular, las escrituras hebreas no es la justicia abstracta, sino el de la **injusticia concreta**.

Cuando Carlos Cossio se refirió a la “intuición emocional”, postulada por Max Scheller, para percibir los valores, sin dudas su enunciado comprendía inexorablemente a los disvalores correlativos. Un ejemplo de ello surge de la narrativa literaria, donde la **injusticia** es la emoción colectiva preponderante.

Esta aparece como una constante de todos los tiempos, como un tópico del arte literario, y también como un baldón de todas las ideas políticas a través de la historia (pensemos en *La Ilíada*, la tragedia griega, en Dickens, Dumas, Brontë, Stowe, por citar solo los más emblemáticos en su género). La injusticia como carencia de justicia, algo análogo a la enfermedad como carencia de salud, la tristeza

como carencia de alegría, o el odio y el resentimiento como carencia de amor. Esta injusticia presente en grandes sectores de las comunidades humanas se manifiesta en concreto como la carencia de algunos de bienes indispensables para una vida humana intrínsecamente digna. Se la contrasta con la abundancia de otros, se evidencia históricamente como tendencia y constante existencial, y se trata la injusticia como fenómeno habitual en los colectivos sociales.

IV. El débito político frente al descontento social. El recurso de las soluciones mágicas

Aparece así un fenómeno negativo: el acontecer social, jurídico político injusto. Se necesitan, entonces, soluciones reclamadas por la urgencia de la necesidad. Esta, como sabemos, se opone a la noción de la libertad. Y aquí aparecen como mesías salvíficos de las crisis y las problemáticas éticas sociales y políticas urgentes quienes apelan o recurren a fórmulas “mágicas” o seudo “infalibles” incubadas en los ámbitos de los dogmas ideológicos.

Cuando en determinadas comunidades esta situación perdura en el tiempo, el sufrimiento y la infelicidad deterioran la continuidad del vínculo social y comprometen la paz comunitaria. Además, degradan el bien común.

El descontento generalizado de grandes sectores de la población, los movimientos sociales dentro del marco democrático, y la inacción prolongada y la indiferencia de los gobernantes de turno movilizan y concretan la tentación de recurrir a soluciones pragmáticas, elaboradas desde determinadas plataformas ideológicas, más o menos antiguas o actualizadas.

Esto viene ocurriendo en un escenario cada vez más complejo, con códigos de interpretación que se modifican en segmentos de tiempo medidos en horas, y a veces en minutos. El mundo posmoderno, ha mutado —y lo sigue haciendo— vertiginosamente, especialmente el que nos toca vivir en este momento. Mareas de afirmaciones y negaciones respecto de la vida y las cosas ocupan y fatigan las mentes del ciudadano común, del hombre que habita el planeta como “gente” más o menos organizada y busca —como siempre— paz y felicidad. Habitamos sociedades anonadadas tecnológicamente y atravesadas por una colosal tormenta de híper información y entrecruzamiento de certezas y dudas.

Las verdades y las falsedades publicadas por la novísima fauna de la información (*fake news*, bulos, *tiktokers*, *influencers*, *trolls* y otros tantos protagonistas

de las redes) intercambiadas de modo instantáneo modifican las escalas en que la sociedad se ocupaba y se preocupaba por dar las soluciones adecuadas a los conflictos urgentes. Constituyen un plebiscito constante e instantáneo a las personas que de buena y de mala fe manejan instituciones.

V. ¿La justicia ideologizada como solución?

Entonces, el pensamiento ideológico suele ser adoptado en estado de emergencia, sobre la base de opiniones simples, emocionales y de escasa fundamentación reflexiva, carente de óptica crítica, y en ausencia de consensos racionales, o, peor aún, por reacción ante los plebiscitos constantes y veloces como sustitución de todo consenso. Algo semejante a las tiranías griegas y las dictaduras romanas. Y como aquellas, se inician para durar un tiempo limitado, pero con vocación a la perennidad en el poder.

VI. Un paréntesis y una advertencia en apelación al pasado de la cátedra de Filosofía Jurídica de la Universidad de Mendoza

El recordado y apreciado profesor de la Universidad de Mendoza, el Dr. Nolberto Álvaro Espinoza, por los años 80, en los seminarios para quienes habíamos cursado y aprobado su asignatura, nos instaba, en su cátedra de Filosofía del Derecho, a soslayar el núcleo mismo de la ideología como objeto de estudio, y centrarnos más en el modo ideológico de concebir la realidad, o de lo que llamaba “el modo ideológico de pensar”.

En esta perspectiva —solía decir el maestro—, cabe considerar que la ideología en sí misma, intrínsecamente considerada, no tiene repercusión ética positiva o negativa en la realidad. La historia ha demostrado que, usada como herramienta racional, permite elaborar teorías útiles para la investigación científica, profundizar la comunicación de ideas y de conocimientos, y arribar —dentro de un marco de buena fe— a soluciones convenientes y eficaces para los grandes problemas de la humanidad.

Es importante destacar que la transformación de una ideología instrumental en modo ideológico de pensar aparece cuando el ideólogo cree que su visión

acerca de la realidad es única, verdadera y definitiva, que va a permitir la solución concreta y última a los tópicos que históricamente resultan perjudiciales y conmueven negativamente a nuestro mundo. El modo ideológico de concebir el pensamiento y su inevitable dogma asumen el carácter de finalidad en sí mismos.

VII. El dogma como idea mesiánica y superadora de toda injusticia

Aparece así y pugna por prevalecer, incluso por medio de la violencia y con la cadavérica noción de “revolución” (o su hijo menor, el fatídico y macabro “golpe de Estado”), una visión de la ideología de tipo dogmática, fundamentalista y propensa al fanatismo, disfrazada de principios y valores definitivos que, según el destacado sociólogo y filósofo polaco Zygmunt Baumann (“en busca de la política”), lo que hacen es tender velos y ocultar la realidad. Añado algo que escuché o leí no hace mucho: en definitiva, sucede que el ideólogo, en vez de creer lo que ve, termina viendo lo que cree.

En lugar de proporcionar ideas y aportes lógicos que, consensuados dentro de los marcos institucionales, puedan enmendar, corregir o reparar los errores dañinos para la trama social y buscar soluciones equitativas y evolutivas (sostenibles en el tiempo) y superar las etapas de crisis, terminan chocando de frente con la libertad. Aparecen odios serviles a la guerra y otras consecuencias involuntivas y deshumanizantes. Aquí la noción de justicia como ideología igualadora, en su versión de receta mágica doctrinaria y con carácter de visión única, incompatible con las ideas diferentes, se torna en una entidad negativa y perjudicial por definición, condenada al fracaso.

A partir del arribo a la meta ideológica, el concepto mismo de justicia se congela en el tiempo y en el espacio. Deja de formar parte en la evolución de la cultura y de toda posibilidad de perfección o perfectibilidad humana y, en vez de corregir las inequidades sociales, las consolida y perpetua.

VIII. Como contrapartida de la solución dogmática, aparecen los comportamientos colectivos en interferencia subjetiva, entendidos como un equilibrio fluctuante basado en la voluntad de la mayoría de los individuos y consensuada en orden a compartir un mínimo prudencial de ética social

El ocurrir cotidiano habitual o normal acontecer de las cosas y las gentes es una conducta colectiva en un devenir constante y fluctuante entre injusticia y justicia en continuo juego entre equilibrio y desequilibrio. O, si se prefiere la opción optimista, en un equilibrio inestable y delicado. La experiencia demuestra que la enorme mayoría poblacional acata un mínimo de la ética social, en la que, en suma, consiste la política como vida humana y como justicia espontánea.

Para aportar cierta claridad a la última frase, —repito— “justicia espontánea”, me detengo un poco y me permito insertar aquí un párrafo de Gilbert Keith Chesterton, extraído de su obra, titulada *Hombre vida*, que dice lo siguiente:

Está de moda hablar de las instituciones como de cosas frías y llenas de trabas. La verdad es que cuando la gente anda con el ánimo excepcionalmente alegre, realmente loco de libertad y de invención, tiene siempre que crear instituciones y, de hecho, siempre las crea. Cuando los hombres se cansan, caen en la anarquía; pero mientras están contentos y vigorosos, invariablemente dictan reglas. Esto que es cierto en lo que a todas las iglesias o repúblicas de la historia se refiere, es cierto también tratándose del juego de salón más trivial o del rustico retozar más primitivo. nunca somos libres mientras una institución no nos pone en libertad, y la libertad no puede existir mientras la autoridad no la proclama.

No cabe duda de que el fragmento no solo aporta sentido al concepto que propongo como conducta colectiva justa espontánea, sino que toda conducta humana —“hasta el retozar más primitivo”— implica o conlleva una regulación normativa, una institución (formal o no) que proclame su aprobación como entendimiento pactado de un contexto ético social. Ejemplos sobran en la realidad de la posmodernidad que vivenciamos con un vertiginoso ritmo de circulación vehicular en cualquier calle o ruta de nuestro mundo actual. Mayoritariamente, en el devenir conductual cotidiano, respetamos los semáforos, cedemos el paso, conducimos sobrios, ralentizamos la marcha o frenamos, evitamos conflictos, pagamos deudas e impuestos, y ejecutamos muchas otras conductas “debidas” o “correctas” (de buena o de mala gana, según los estados de ánimo), no solo por la amenaza de la sanción estatal, apoyada en una ley, sino mucho más por el temor

a perder la vida o la salud, la amistad, la paz familiar y social. En suma, el estándar de paz societario individual o interindividual logrado por cada uno en la convivencia.

En esta conducta prudencial constante, como hecho cotidiano esencialmente dinámico y evolutivo, se cimentan las instituciones y el derecho en orden al objetivo justificante: el bienestar general o bien público temporal. Hay un devenir histórico, básicamente consuetudinario, que, eventualmente o no, se consolida por escrito, que es la conducta cristalizada como norma social, ética, jurídica, y fundamentalmente política. Se trata nada más ni nada menos que del lento trasegar, como el de un vino bien elaborado, de la vida humana viviente a la vida humana objetivada. Esto es, en la óptica de Cossío (que entiendo correcta), la conducta en interferencia intersubjetiva ocurriendo en tiempo real y a la vez en su mayoritario contenido ético, acrisolándose en costumbres, en buenos hábitos y en normas jurídicas, en constante evolución y perfeccionamiento.

IX. La justicia abstracta como idea banalizadora de los hechos. El enfoque normativo de la justicia concreta como instancia superadora del modo dogmático de pensar

Entre los muchos temas que me han preocupado a lo largo de mi tránsito por los tribunales (estuve en ellos desde los 17 años, primero como escribiente, luego como funcionario, y finalmente en ejercicio de la jurisdicción), uno de ellos ha sido la facilitación a la comunidad del acceso a la justicia sin restricciones. Se trata de la única forma de hacer efectiva en el tiempo y el espacio de modo constante y permanente la promesa del contrato social que la Constitución contiene en su preámbulo cuando propone como objeto de la máxima importancia institucional, para la fundación de la nación —entre otros—, el de afianzar la justicia. Siempre he pensado que la palabra “justicia” es usada frecuentemente en una versión depreciada y banalizada porque no se piensa que ella tiene que ver con lo cotidiano y que —a diferencia de las deidades griegas que suelen evocar su imagen como una abstracción veleidosa o vengativa— es un “algo” concreto. Un hecho, un fenómeno dinámico en evolución permanente y progresiva, de menos a más, como una esforzada tarea común de las personas “decentes” en las sociedades.

En forma reiterada se la suele presentar, se la considera o se la menciona más bien como una teoría abstracta o una visión etérea de una realidad utópica inal-

canzable. La famosa estrella polar del navegante, según Stammler. Una mera brújula orientativa sin correlato real. Una ficción esperanzadora pero fantasiosa.

Tal es la percepción que he tenido a lo largo de más de 40 años de ir acumulando vivencias jurisdiccionales, deambular por los juzgados y tribunales; y también por las aulas de la universidad y las mesas de exámenes.

En ese contexto espacio temporal, puedo decir que he creído entrever, por lo contrario —no sin asombro—, que la justicia y la injusticia como hechos reales y cotidianos de la vida ocurren en distinta proporción todo el tiempo que dura nuestra vida (y la de nuestra posteridad) en comunidad. Se trata del simple hecho de nuestra convivencia con otros seres humanos en forma más o menos ordenada, espontáneamente y en libertad, la de nuestros ancestros que nos precedieron y la de nuestros herederos que nos sucederán.

Desde que sale el sol hasta su ocaso, cada día, uno detrás de otro, producimos el balance neto de paz o disturbio social que, concatenados, no son otra cosa que la vida política más o menos organizada y más o menos perfecta o perfectible que constituye el ser social en que los humanos venimos a consistir en tanto que tales. Los *zoonés politicónes* propuestos por Aristóteles. Ocurría antes de “nosotros” y seguirá ocurriendo después.

En definitiva, la justicia, como la misma vida social, no es otra cosa que un delicado equilibrio entre una enorme cantidad de la población portándose bien (el estereotipo de la “cordura”), es decir, siendo justa, y una porción minoritaria de ella que naufraga en el ilícito, la picardía, la malicia, el egoísmo y toda otra conducta socialmente extravagante, que puede o no terminar en delito, pero que indefectiblemente atenta contra el orden social y que, siniestramente, aunque minoritaria en cantidad, suele ser la más notoria en la comunicación mediática.

El derecho está en las normas (dicen unos).

No. El derecho está en la conducta (dicen otros).

Sin el valor justicia no hay derecho (dicen muchos más).

Lo que después de mucho tiempo tratando estos temas me queda bastante claro es que la comunidad portándose bien a diario, día tras día, mes tras mes, año tras año, conforma la versión concreta de la justicia no solo como virtud individual, sino como bienestar general y paz social.

Una justicia espontánea o natural, si se quiere.

De ese bien y esa paz en tanto que vida humana viviente (que vengo destacando) se nutren las normas jurídicas en la que consiste el derecho positivo como

bien, dijo el gran filósofo argentino del siglo XX, el doctor Carlos Cossio, en las cátedras y en su célebre debate con el enorme jurista alemán Hans Kelsen en la Universidad de La Plata, mediando el siglo veinte, cuyo análisis, imprescindible en las cátedras de Filosofía Jurídica, excede este marco de exposición.

X. El sentido concreto de la vida justa como conducta social

Toda la vida humana viviente (categorizada en la teoría egológica de Cossio), en una conceptualización análoga al espíritu del pueblo —“*volkggeist*”—, al que Savigny consideró curiosamente una fuente material del derecho normado, constituye como hecho cotidiano el comportamiento social mayoritariamente justo de la población y su corolario concreto, la justicia en tanto que conducta correcta, conducta debida o conducta justa.

Eso que Carlos Cossio propuso como la vida humana viviente termina siendo, en su visión lógica de la norma jurídica entendida como una disyunción, una porción de vida humana objetivada, o sea, convertida en derecho positivo dentro de una ley que contiene como precepto jurídico y a la vez como postulado ético de la existencia humana, la conducta justa, la conducta debida, o la conducta recta; al igual que la posibilidad de su vulneración, el ilícito, la violación de la conducta debida, y su correlato que se concreta como sanción, ínsitas en el devenir de la existencia. Es ahí, “*dasein*”, como le hubiera gustado expresarlo a Martin Heidegger.

XI. La vida humana como el objeto cultural por excelencia. Norma primaria de Kelsen —endonorma de Cossio—

Como se viene repitiendo hasta el agotamiento por todos los docentes que año tras año intentan introducir en el derecho a numerosas generaciones de futuros abogados, juristas, docentes o jueces, se trata de la prestación, la justicia concreta sublimada en la conducta humana decente de la mayor parte de la comunidad. Es decir, también la justicia concreta puede objetivarse normativamente con intrínseco carácter jurídico como el nivel de decencia más o menos constante que refleja una sociedad.

XII. Una disyuntiva teórica: la norma es jurídica porque sanciona o también porque contiene un sentido ético anclado en lo empírico

Uno de los problemas que, desde siempre, los teóricos del derecho han afrontado con gran dificultad es el de proporcionar una definición, aceptable o aceptada, del valor semántico del concepto de justicia, más allá de múltiples versiones inacabadas o manipuladas. Tiene que ver con la visión no superada aún acerca de los vínculos entre justicia y derecho que, como he señalado, dos enormes maestros en la filosofía jurídica del siglo XX, como Hans Kelsen y Carlos Cossio, nos han legado y que vengo tratando de exponer con la mayor claridad posible, sujeta a la experiencia judicial producto de muchos años de labor individual y en grupos, tanto en los tribunales como en las aulas.

En este cometido de aportar claridad para comprender un fenómeno tan trillado como el balance entre la justicia y la injusticia y el efecto normativo para superar semejante problema de la humanidad, elijo la posición de Carlos Cossio acerca de la integración lógica de la norma jurídica; porque creo en su postulado de una vida viviente justa como paradigma conductual y a la vez normativo de la convivencia humana, entendida como hecho cultural en evolución inacabada (en constante realización). En un contexto histórico donde se ejerce el pensamiento crítico reflexivo, las normas jurídicas que integran los estados de derecho no necesitan del pensamiento ideológico ni de cualquier clase de dogmas o adoctrinamientos para concitar cada vez más que, en las sociedades, sus defectos o imperfecciones y todas sus carencias (desde lo individual y desde lo colectivo) se aborden y solventen, mediante la conducta sana aquilatada objetivamente en normas justas, así como en el prestigio de una judicatura integrada por individuos probos, fundado en el ejercicio de una decencia e integridad indubitables, forjada en el oficio de la imparcialidad y equidistancia jurisdiccional, y el apego a la ley, la ética y las costumbres constructivas, y con un alto grado de respeto a las instituciones. Y, por sobre todo, presidente no de las ideas políticas, sino de las militancias partidarias de cualquier signo. Se trata de segmentos, trozos, porciones, o, mejor dicho, una síntesis de la historia de la civilización contenida en el ínfimo espacio de un juicio disyuntivo.

Vale decir que la formulación normativa jurídica de una norma dentro de un sistema jurídico, recurriendo a esa especie de álgebra que manejaron tanto Kelsen como Cossío, sería:

“Dado A, debe ser P o, dado no P, debe ser S”.

“P” es igual a la conducta normal y habitual de la mayor parte de la población (prestación), “no P” es igual a la conducta social anómala (no prestación, ilícito), y “S” es la consecuencia normativa que conlleva el ilícito, consistente en la sanción, como corolario de la organización jurídica de la voluntad conductual mayoritaria del colectivo institucionalmente representado en el órgano que administra el poder en el Estado de derecho, en ejercicio monopólico de la fuerza pública. Y —debe ser aclarado— no únicamente “Dado no P (ilícito), debe ser S (la sanción)” —que es el sustrato de la juridicidad normativa propuesto por Kelsen— reviste carácter jurídico, sino que el “Dado A, debe ser P” (la conducta social justa) es también intrínsecamente jurídica desde lo normativo.

XIII. Síntesis de la opción empírica al dilema teórico

Esto constituye la base lógica empírica de la egología cossiana. Esa vida percibida por el *logos*, por el intelecto y las emociones e intuiciones ancestrales actuales y futuras, en su dimensión existencial como evolución de la cultura humana, no es otra cosa que el atesoramiento empírico y objetivado de la vida humana justa, subsumida, claro está, en el marco de uno de los segmentos de la norma jurídica: la transposición de la justicia cotidiana mayoritaria, normal, habitual, individual y colectiva a la vez, en el derecho normado.

Sintetizando: el comportamiento colectivo de una sociedad determinada consiste en la buena noticia de que su mayor parte se porta bien. La mala noticia es que el segmento restante de la población recae en los tribunales que, por ese fenómeno sociológico, terminan trabajando sobre la injusticia concreta y cotidiana, para tratar, de la mejor manera viable, de reparar esas conductas injustas, diríase que zurciendo el tejido o trama societario dañado por las conductas contrarias a la ética o directamente ilícitas. Los escenarios jurisdiccionales de todas las épocas devienen, así, (valga la paradoja) más en tribunales de lo injusto que en tribunales de justicia.

XIV. La justicia entendida como creación de igualaciones de libertad

Para hablar de este tópico central de la doctrina egológica de Cossio, nada mejor que transcribir textualmente la cita de Vilanova (Filosofía del Derecho), donde responde a la pregunta “¿Qué es aquello que otorga fuerza de convicción a algo como verdadera justicia?”. Dice:

Como razón de existencia la justicia es libertad; porque la existencia del hombre y la coexistencia social son, en última instancia, libertad. Cómo razón de esencia la justicia es creación, porque la creación es lo que caracteriza a la libertad por oposición a la pura necesidad. Cómo razón de verdad la justicia es igualdad, porque la igualdad señala lo idéntico, y lo idéntico es el principio supremo de la razón; el principio de identidad.

Al señalar a la justicia como igualdad —comenta Vilanova—, Cossío se encuentra con Aristóteles, desde que aquel concibió la justicia como una igualdad directa y proporcional. Plantea que, si bien los hombres (y añadido: sus conductas) no son iguales del mismo modo que una cosa es igual a otra, sí son capaces, precisamente en función de su libertad y su voluntad, de igualarse pese a la intrínseca diferencia que hace de cada ser humano un individuo único. Por eso Cossío, en su semántica (fundada en la razón entendida como el *logos* aristotélico), sustituye la palabra igualdad por igualación.

Así, la propuesta de creación de igualaciones de libertad viene a entroncar con el dar a cada uno lo suyo que proclamaban Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, y se resuelve explicando que hacer justicia no es otra cosa que darle aquello que le falta a alguien para equipararlo en situación real con aquel o aquellos con los que sus conductas están interfiriendo.

La igualación deviene en un acto concreto, caso por caso y en la circunstancia en que cada individuo consiste en su yo individual y la de su prójimo, como lo propone la excelente lógica de José Ortega y Gasset. Simple: intentar darle más al que tiene menos para ponerlo en igualdad con el que tiene más. Igualación.

Pero esto, en cualquier entorno sociopolítico, no es factible con pases mágicos o recetas ideológicas magistrales en forma instantánea o revolucionaria. Por eso, Vilanova (cuando interpreta a Cossío) nos aclara que la justicia es creación porque la igualación es constante, es un “igualando”, un gerundio conductual desarrollado individual y colectivamente en el tiempo y en el espacio, un “estar siendo ahí”. Dasein. Otra vez Heidegger.

La igualación de hoy y de aquí nunca será permanente o definitiva y habrá que restituirla mediante elecciones voluntarias sostenidas en el tiempo, como ocurre en la realidad en aquellos estados o regiones políticas gobernadas por verdaderos estadistas, que propenden a resguardar el bienestar general, en vez de gerenciar intereses sectoriales o particulares.

La óptica que encierra esta propuesta de Cossío, comentada magistralmente por José Vilanova, descarta como solución para las inequidades civiles la cincha rígida de la ideología. No habrá un acto único de creación o imposición de una receta iluminada y definitiva, sino la renovación creativa y socialmente consensuada de igualaciones sucesivas.

Creación de igualaciones de libertad, en la acertada definición egológica propuesta por Cossio, significa, más allá de todos los análisis que vengo exponiendo, algo tan simple como decir que la norma jurídica es conducta en tanto comportamiento consensuado y eventualmente contenido en una formulación lógica dentro de un sistema jurídico; que el valor (lo justo) es conducta humana en interferencia intersubjetiva.

Pero cabe añadir quizá lo más importante de todo: ni el comportamiento social ni la calidad de justo de ese comportamiento o su decantación consuetudinaria o formal como norma obligatoria pueden ocurrir por imposición violenta fundada en la superioridad de un dogma o de una idiosincrasia necrófila, anclada en recetas mesiánicas forzadas por quienes pretendan erigirse en superiores intelectuales, o cualquier otra clase de sujetos autopercebidos como iluminados y autosituados más allá o por encima de los consensos o contratos sociales, históricos o *aggiornados* constantemente, conforme a la evolución de la vida humana inevitablemente imperfecta y perfectible, pero ocurriendo en libertad.

Se trata —ni más ni menos— de la recarga y renovación periódica de los valores intrínsecos a la ética justa y libre como concepción del arte de la política en constante evolución de la cultura. Aquí, en este punto, ética y política (en sus versiones originales, hoy tenidas a veces por ingenuas o utópicas) no pueden menos que coincidir, como de manera magistral consigue explicarlo Fernando Savater, en sus obras *Ética para Amador* y *Política para Amador*.

Esto se puede dar solo si se concreta la posibilidad del análisis crítico, mediante reflexiones y consensos teóricos y prácticos, para renovar y actualizar tanto las provisorias verdades teóricas como los estándares democráticos y republicanos a que atañen, conforme a los nuevos y ultraveloces requerimientos que la actualidad tecnologizada e hipercomunicada nos propone.

XV. El panorama actual y futuro. La aceleración del fenómeno sociopolítico en un contexto de tecnología creciente y catalizadora de los tiempos

Estamos, quizá, frente a nuevas formas de democracias directas, de la mano de los medios y redes sociales, susceptibles de convertirse en colosales ágoras o plazas públicas electrónicas.

Tal vez lo mejor será que previamente tengamos que pasar por esos mismos medios y redes, organizados como gigantescas aulas virtuales.

¿Qué pasará?

Pudiera decirse que tales afirmaciones son teorías ingenuas y utópicas, pero ocurre que, a poco de mirar el mundo por encima de nuestra nariz, encontramos naciones con sistemas jurídicos justos, donde ocurren constantes creaciones correctivas de errores, sucesivas concreciones congruentes con el concepto de justicia fáctica o vida humana viviente, subsumidas en el derecho como vida humana objetivada y concebidas, definidas y practicadas ni más ni menos que como **creación de igualaciones de libertad**.

XVI. El contexto global y las odiosas comparaciones

Los países del norte de Europa han consolidado democracias en las que el saldo colectivo entre conductas injustas y justas es altamente mayoritario en favor del segundo término de la ecuación.

Sus sistemas normativos se cumplen.

No necesitamos ir muy lejos para encontrar sistemas jurídicos tanto o más perfectos que los europeos.

Desde lo formal, las constituciones de índole racional normativa, como la nuestra, contienen el legado de un extraordinario contrato social, histórico, empírico y racional. Basta contemplar la sabia e iluminista declaración de derechos garantizados en nuestra carta magna y sus análogos de otros países en América.

La nuestra, la argentina, es un ícono palpable, con sus declaraciones, derechos y garantías que contienen, entre otras, su increíble artículo catorce o sus sabias reformas del catorce bis.

¿Entonces qué pasa? ¿Por qué la repetitiva apelación a las ideologías dogmáticas para equiparar derechos y restañar la justicia dañada?

Cuando rebuscamos y comparamos, nos llaman la atención las conductas diferentes de unos y otros operadores políticos. En los países señeros, los comportamientos justos son la constante, lo normal. Lamentablemente, nuestro país supera cíclica y prolongadamente los baremos históricos, en orden al incumplimiento de las normas por parte de los gobernantes. Y hay algo peor: no aparecen estadistas en nuestro horizonte. Tremendas constituciones son modelos internacionales, soslayadas o derogadas de facto, bajo el pretexto de realidades cambiantes, y reformadas a los apurones entre gallos y medias noches, para evitar cumplir el pacto social, que haría innecesario cualquier fundamentalismo rígido, de derecha o de izquierda. Sobre todo —debo insistir—, los impuestos con diferentes clases de violencias por grupos que se consideran iluminados y dueños de verdades definitivas terminan con la libertad de opciones democráticas y con la evolución cultural de la dinámica de la existencia.

XVII. Expresión de deseos ingenuos (*ex profeso*)

Aquí me detengo, por ahora, y no encuentro mejor manera de hacerlo que con la vieja desiderata de Mariano Moreno sobre su propuesta de solución conductual para la injusticia social y política:

Si los pueblos no se ilustran; si no se vulgariza su derecho, si cada hombre no conoce lo que sabe, lo que puede y lo que se le debe; nuevas ilusiones sucederán a las antiguas, y después de vacilar durante un tiempo entre mil incertidumbres; será tal vez nuestra suerte, mudar de tiranos sin destruir la tiranía. (Del prólogo de su traducción al español, del *Contrato Social* de Rousseau).

Mientras tanto, los que aún tengamos vocación de libertad deberemos hacer lo que mejor podamos, con derechos fundados en la vida humana justa o **justicia cotidiana** que continúa siendo existencialmente objetivada como fuente material del derecho o espíritu del pueblo, según hubiera dicho Savigny.

Pero eso, como diría mi recordado amigo abogado y compañero de la universidad, Carlos Fernando Cuervo (fallecido prematuramente) citando a Chesterton, “eso, amigos míos, es otra historia”.

EL TRATO NACIONAL PREVIO AL ESTABLECIMIENTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHINA BAJO LA LISTA NEGATIVA

Magister Chenyue Huang

Capítulo I. Introducción

1.1 Contexto

En 2019, se promulgó la Ley de Inversiones Extranjeras de la República Popular China¹ (LIE) y entró en vigor a partir del 1 de enero de 2020. Un cambio muy significativo es la aplicación del trato nacional previo al establecimiento de inversión extranjera junto con una Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera² (Lista Negativa), donde se indican las categorías donde la inversión extranjera está prohibida o restringida de entrar en el mercado de China. Es decir, excepto los campos mencionados en la Lista Negativa, los inversores extranjeros³ se regulan bajo el mismo sistema durante el procedimiento de establecimiento como las sociedades nacionales. Este artículo es una renovación del sistema jurídico de China en atraer capitales extranjeros comparado con la temporada anterior, cuando se aplicaban “trato nacional después del establecimiento y la lista positiva”⁴. O sea, las inversiones extranjeras solo podían entrar en áreas listadas con una extra examinación de gobierno chino según “las tres leyes de inversión extranjera”⁵ y los Catálogos para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera⁶.

¹ En este trabajo, China o China continental se refieren al territorio legal de la República Popular China, salvo Hong Kong, Macao y Taiwán.

² Ley de Inversiones Extranjeras de la República Popular China, art. 4, § 1: “El Estado implementará los sistemas de gestión de trato nacional previo al establecimiento y lista negativa para la inversión extranjera”.

³ En este trabajo, extranjero/a se refiere al origen de los países y zonas fuera de China continental.

⁴ Zhang, Zhiyong. (2015). Estudio sobre cuestiones relativas al impuesto sobre la renta en las zonas francas: perspectivas chinas, *Peking University Law Journal*, 27(5), p. 1250.

⁵ La Ley de la República Popular China sobre Empresas Conjuntas de Capital Chino-Extranjero, la

El trato nacional previo al establecimiento es un compromiso de gobierno de proveer un mercado libre y abierto bajándose las barreras de entrada de inversiones extranjeras⁷. Sin embargo, este trato nacional no se aplica a los campos en las listas negativas. Además, el art. 35 de la Ley de Inversiones Extranjeras indica que se establecerá “un sistema de revisión de seguridad” sobre inversiones extranjeras. Allí surgen los problemas sobre el uso adecuado de las reglas de trato nacional previo al establecimiento, la Lista Negativa y la revisión de seguridad. Entonces, ¿los inversores extranjeros pueden reclamar y apelar al tribunal cuando ellos perciben la falta de aplicación del trato nacional previo al establecimiento? ¿Cómo afecta la Lista Negativa a los litigios civiles? Este trabajo se enfoca en explicar el sistema del trato nacional previo al establecimiento bajo la Lista Negativa según la Ley de Inversiones Extranjeras y los decretos y reglamentos relevantes y algunas litigaciones representativas.

1.2 Objetivos e hipótesis

Los objetivos de este trabajo son: clarificar a los inversores extranjeros, quienes toman interés en el mercado chino, el sistema jurídico del trato nacional previo al establecimiento bajo la Lista Negativa; explicar los recursos jurídicos que pueden acudir en China cuando surgen conflictos sobre el trato nacional previo al establecimiento bajo la Lista Negativa; y enfatizar la importancia de la Lista Negativa en litigios civiles.

La hipótesis del presente trabajo es que la Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera es un factor fundamental que afecta la validez de los contratos relacionados con la inversión extranjera.

Ley de la República Popular China sobre Empresas de Propiedad Totalmente Extranjera y la Ley del República Popular de China sobre empresas conjuntas cooperativas entre China y el extranjero.

⁶ En los que se explicaban las categorías de industrias que estaban favorecidas, restringidas, prohibidas o permitidas a inversiones extranjeras.

⁷ Xu, Shu. (2020). La teoría del sistema de recursos jurídicos del trato nacional previo al establecimiento de las inversiones extranjeras, *Global Law Review*, (2), p. 163.

1.3 Maneras de investigación

1.3.1 Investigación documental

Se investigan las leyes, decretos y normas sobre las inversiones extranjeras en China y también los artículos académicos sobre el trato nacional previo al establecimiento junto con la Lista Negativa.

1.3.2 Análisis de casos en litigios

Se seleccionan dos casos representativos en inversiones extranjeras para investigar el rol fundamental de la Lista Negativa en el trato nacional previo al establecimiento.

1.4 Composición

La tesina se divide en seis partes. Después de la introducción, en el segundo capítulo se explica el trato nacional previo al establecimiento, el desarrollo de la Lista Negativa y la revisión de seguridad. En el tercero, se habla de los recursos jurídicos cuando surgen conflictos sobre inversores extranjeros y el gobierno chino sobre el trato nacional previo al establecimiento. En el cuarto capítulo, se analizan dos casos representativos con inversiones extranjeras involucradas que se relacionan con la Lista Negativa. Finalmente, se demuestran la conclusión y las bibliografías.

Capítulo II. Trato nacional previo al establecimiento, Lista Negativa y revisión de seguridad

2.1 Trato nacional previo al establecimiento

La Organización Mundial de Comercio define el trato nacional que un país o una región “concede a los nacionales de los demás el mismo trato que otorga a sus na-

cionales”⁸. El trato nacional previo al establecimiento es un modo en el que el país receptor amplía el alcance del trato nacional a la fase de entrada de la inversión extranjera con el fin de atraer más inversión extranjera. Sin embargo, el país receptor no concederá un trato nacional pleno a todos los sectores industriales al principio para proteger el desarrollo de sus propias industrias nacionales.

Antes de la publicación de la Ley de Inversiones Extranjeras, China aplicó la policía del trato nacional después del establecimiento de inversiones extranjeras, cuando las regulaba a través de unas “listas positivas”, por ejemplo, los Catálogos para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera, dentro de que la inversión era dividida en cuatro categorías: favorecida, restringida, prohibida y permitida⁹. Todas las sociedades extranjeras debían concordar con todas las reglas específicas para establecerse y luego tendrían el derecho del trato nacional. Encima, las tres leyes de inversión extranjera prestaban mucha atención a las modalidades de las empresas¹⁰. Por ejemplo: “*sino-foreign equity joint venture enterprise*, *sino-foreign cooperative joint venture enterprise* y *wholly foreign-owned enterprise*. Las sociedades de cada modalidad estaban reguladas por la propia ley de “las tres leyes de inversión extranjera”.

Según art. 4.2 de la Ley de Inversiones Extranjeras, el trato nacional previo al establecimiento “se refiere al trato otorgado a los inversores extranjeros y sus inversiones durante la etapa de acceso a las inversiones, el cual no es menor al otorgado a sus contrapartes nacionales”¹¹. Con la aplicación del trato nacional previo al establecimiento, el derecho administrativo del gobierno chino se va a debilitar en el ámbito del manejo de los capitales internacionales, ya que el principio es no utilizar policías con requisitos diferentes a sociedades nacionales y las internacionales. Por lo tanto, para proteger algunos sectores industriales claves y la seguridad económica a consideración de seguridad nacional e interés público, las autoridades deben aplicar algunas medidas disconformes, las que se denominan como las “listas negativas” según la LIE.

⁸ Los principios del sistema de comercio de Organización Mundial del Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/ti_f_s/fact2_s.htm, recuperado el 10/11/2023.

⁹ Ginger Pérez, Graciela y Ginger Pérez, José Miguel. (2002). La inversión extranjera en China: análisis y políticas 2002, Boletín Económico de ICE, (2733), p.50.

¹⁰ Ginger Pérez y Ginger Pérez, op. cit., pp. 49-50.

¹¹ China, LIE, art. 4, § 2.

2.2 Lista Negativa

En 1994, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entró en vigor en EE. UU., México y Canadá. Allí se establecieron unas medidas disconformes en materia de trato nacional y trato de nación más favorecida, creando un nuevo modelo de cooperación de inversiones internacionales. Según el capítulo 11, el trato nacional se aplica a las etapas de preestablecimiento y postestablecimiento con un anexo de las condiciones no conformes¹². China no tiene una historia larga de aplicar reglas similares. Efectivamente, China empezó a negociar con Estados Unidos sobre un tratado bilateral de inversión en 2012 y las medidas disconformes mencionadas en *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty* fueron una parte importante de la renovación del sistema de gestión de inversiones extranjeras¹³. Entonces, el gobierno comenzó a explorar la manera de adaptar las medidas disconformes bajo la situación económica, política y jurídica de China; el conjunto de todas las medidas disconformes se incluye en la Lista Negativa.

Por lo tanto, la modalidad de la lista negativa fue aplicada en la zona de libre comercio de Shanghai en 2013 de forma experimental. El Catálogo para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera (edición 2017), también llamado como Lista Negativa (edición 2017), fue la primera Lista Negativa aplicada a nivel nacional, la que incluye agricultura, minería, manufactura, industria de energía, venta mayorista, transportación, tecnología, servicios, estudio científico, educación, médica e industria de entrenamiento.

La Lista Negativa “se refiere a las medidas administrativas especiales para el acceso de la inversión extranjera en campos específicos según lo estipulado por el Estado. El Estado otorgará trato nacional a la inversión extranjera más allá de la lista negativa”¹⁴. La Lista Negativa es emitida por el Consejo de Estado, el máximo órgano del poder ejecutivo de China¹⁵. Por la característica enunciativa de la lista negativa, el gobierno chino concede el grado máximo de trato nacional previo al establecimiento a las inversiones extranjeras, conservando el derecho a regular las inversiones extranjeras con algunas excepciones.

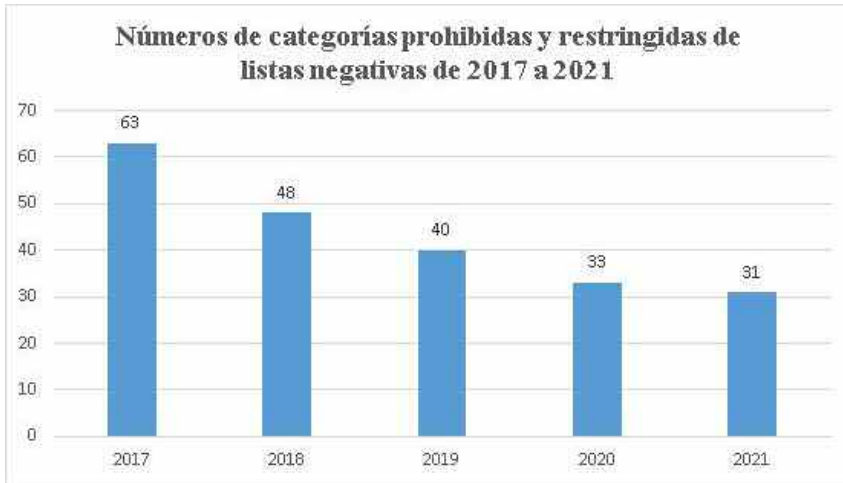
¹² North American Free Trade Agreement, art. 1101, § 2: “A Party has the right to perform exclusively the economic activities set out in Annex III and to refuse to permit the establishment of investment in such activities”.

¹³ Gong, Baihua. (2013). Legal analysis on the “Negative List” of the national treatment for FDI into China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone, *World Trade Organization Focus*, 20(6), pp. 23-24.

¹⁴ China, LIE, art. 4, § 2.

¹⁵ China, LIE, art. 4, § 3: “La lista negativa será emitida por el Consejo de Estado o con la aprobación del mismo”.

Entre 2017 y 2021, aunque no había grandes cambios, las listas negativas se modifican cada año. La gráfica debajo muestra el monto conjunto de categorías prohibidas y restringidas¹⁶.



Se puede ver la tendencia de reducir las áreas reservadas para empresas locales y la intención de abrir el mercado chino a inversiones extranjeras. La Lista Negativa (edición 2021)¹⁷ es la última versión y aún está vigente.

En mi opinión, la reducción de las categorías en la Lista Negativa muestra la voluntad del gobierno chino en abrir el mercado chino a un nivel más profundo.

2.3 Revisión de seguridad

En 2017, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma de China¹⁸ reveló una explicación de la recién publicada lista negativa en la que confirmó que, “en principio, no se puede aplicar medidas restringidas a los sectores fuera de la lista negativa”¹⁹. Según los artículos de las leyes y decretos vigentes, no se expresa con

¹⁶ Números acumulados por la escritora según las listas negativas publicadas por el gobierno chino desde 2017 hasta 2021.

¹⁷ Anexo I.

¹⁸ La Agencia del Consejo del Estado está a cargo de la planificación de economía china.

¹⁹ Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma de China. Lista Negativa de Acceso a Inversión Extranjera se aplicará en todo el país a partir del 28 de julio. Notas sobre el Catálogo para Dirigir la In-

exactitud que los capitales extranjeros que ingresen en industrias no mencionadas en la Lista Negativa no encontrarían una revisión de seguridad. El art. 35 de LIE indica: “El Estado establecerá un sistema de revisión de seguridad para la inversión extranjera, bajo el cual se realizará la revisión de seguridad para cualquier inversión extranjera que afecte o tenga la posibilidad de afectar la seguridad nacional. La decisión tomada sobre la revisión de seguridad de acuerdo con la ley será definitiva”²⁰. En 2020, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma y el Ministerio del Comercio publicaron la Medidas de Revisión de Seguridad de República Popular China (MRS) para llevar adelante el sistema de revisión de seguridad nominado en LIE.

Según art. 4 de MRS, existen dos situaciones cuando las empresas extranjeras tienen que manifestarse proactivamente y recibir revisiones de seguridad. La primera es cuando quieren invertir en “la industria militar, la industria con apoyo a la industria militar y otras áreas relacionadas con la defensa y la seguridad nacionales instalaciones” o cuando “la localidad de su inversión esté cerca de instalaciones militares y los territorios que rodean a las instalaciones militares”²¹. Es posible que las inversiones extranjeras fuera de la Lista Negativa se encuentren con la última situación. Conforme a la seguridad de defensa nacional, el trato nacional previo al establecimiento no se aplica a las sociedades extranjeras, aunque los ámbitos de comercio no se calzan en ella.

La segunda situación es cuando tomen interés en inversiones de:

productos agrícolas importantes, energía y recursos importantes, fabricación de equipamientos importantes, infraestructuras importantes, servicios de transporte importantes, productos y servicios culturales importantes, tecnología de la información y productos y servicios de Internet importantes, servicios financieros importantes, tecnologías clave y otros campos importantes que tengan relación con la seguridad nacional²².

versión Industrial Extranjera (edición 2017). https://www.gov.cn/xinwen/2017-06/28/content_5206420.htm.

²⁰ China, LIE, art. 35.

²¹ Medidas de Revisión de Seguridad de República Popular China, art. 4, § 1.

²² China, MRS, art. 4, § 2.

Y, al mismo tiempo, los inversores obtienen “el control real de las empresas invertidas”²³.

El texto original utiliza exactamente nueve veces la palabra *importante*, pero no explica cuál es la definición de que una industria en esos sectores sea importante ni el límite de tolerancia del departamento gubernamental que cumpla la revisión. El control real se refiere a tres posibles circunstancias:

4.3.1 Cuando un inversor extranjero posea más del 50% del capital social de una empresa.

4.3.2 Cuando el inversor extranjero posee menos del 50% del capital social de la empresa, pero los derechos de voto de que goza el inversor extranjero pueden ejercer una influencia significativa en las resoluciones del consejo de administración, la junta de accionistas o la asamblea general de accionistas.

4.3.3 Otras circunstancias que permitan al inversor extranjero ejercer una influencia significativa en las decisiones comerciales, el personal, las finanzas y la tecnología de la empresa²⁴.

Por lo tanto, la versión actual de MRS deja a los inversores extranjeros en incertidumbre con respecto a cuándo se enfrentarían a una revisión de seguridad, especialmente en la segunda situación, ya que las expresiones de “importante” y “el control real” se quedan con un espacio amplio de explicación del gobierno.

No obstante, las categorías que no se incluyen en la Lista Negativa implican inherentemente un perjuicio de valor de las autoridades en las industrias permitidas y fomentadas: que los beneficios superarían los perjuicios que puedan resultar²⁵. Los Catálogos para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera de años anteriores son recursos fundamentales para la formulación de la Lista Negativa. Las industrias no incluidas en la Lista Negativa son básicamente las permitidas y favorecidas en los Catálogos²⁶. En otras palabras, la política básica y la actitud de las autoridades sobre estas industrias son la liberalización de la inversión a través de la estabilidad y la previsibilidad del sistema de inversiones extranjeras. En realidad, las industrias importantes indicadas en el art. 4.2 de MRS coinciden con las categorías de la Lista Negativa (versión 2021)²⁷. Entonces, se puede tomar la Lista Negativa como la referencia de las industrias que se consideran importantes para la seguridad de China.

²³ China, MRS, art. 4, § 3.

²⁴ China, MRS, art. 4, § 3.

²⁵ Wang, Yunpeng y Ding, Ding. (2020). Targeting the national security review by Negative List, *UIBE Law Review*, (4), p. 14.

²⁶ Wang y DING, op. cit., p. 14.

²⁷ Se puede ver en el anexo I de esta tesina.

En el momento, no hay litigios publicados sobre el conflicto del sistema de revisión de seguridad entre una sociedad con inversiones extranjeras y el gobierno chino. En mi opinión, el sistema de revisión de seguridad funciona como el *catch-all provision* del macro del trato nacional previo al establecimiento que asegura el control gubernamental sobre la seguridad nacional. Aunque los artículos quedan ambiguos sobre el alcance de las revisiones, se puede tomar la Lista Negativa como referencia sobre las categorías donde invierten y compiten con las empresas locales con mismos derechos y libertades. El sistema de revisión de seguridad no indica que el gobierno chino quiera manejar las inversiones extranjeras de modo más conservado; al revés, es una manera de precaución para solucionar situaciones serias relacionadas con la seguridad nacional.

Capítulo III. Recursos administrativos y jurídicos

Los inversores y el gobierno chino pueden entrar en conflictos sobre el proceso del trato nacional previo al establecimiento. Los desacuerdos no se limitan a las reglas de las listas negativas, sino que también son sobre la revisión de seguridad. Aunque la revisión suele acontecer después del establecimiento de las compañías, esencialmente ese sistema también forma parte del acceso de una inversión extranjera²⁸, dado que es una restricción específica y adicional para los capitales extranjeros a diferencia de sus rivales locales.

3.1 Reconsideración y litigación administrativas

Según el art. 89 de la Ley de Reconsideración Administrativa de RPC²⁹ y el art. 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo de RPC³⁰, los extranjeros y las organizaciones extranjeras pueden solicitar la reconsideración administrativa e in-

²⁸ United Nations Conference on Trade and Development. (2009). The protection of national security in IIAs, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, p. 28

²⁹ Ley de Reconsideración Administrativa de República Popular China, art. 89: "La presente Ley se aplicará a las solicitudes de reconsideración administrativa presentadas por extranjeros, apátridas y organizaciones extranjeras en el territorio de la República Popular China".

³⁰ Ley de Procedimiento Administrativo de República Popular China, art. 99: "Los extranjeros, apátridas y organizaciones extranjeras que lleven a cabo litigios administrativos en la República Popular China tendrán los mismos derechos y obligaciones procesales que los ciudadanos y organizaciones de la República Popular China".

terponer litigaciones administrativas contra actos administrativos en China. Según el art. 26 de LIE, “cuando una empresa de capital extranjero o su inversor considere que cualquier acto administrativo de un departamento administrativo o de su personal infringe sus derechos e intereses legítimos [...] podrá solicitar revisión administrativa, o interponer un litigio administrativo”³¹. Ahora bien, este artículo también indica que las partes extranjeras pueden acudir a la revisión administrativa y judicial de los actos administrativos durante el acceso al mercado chino sobre los conflictos del trato nacional.

Las decisiones de no aprobación y de aprobación condicional en materia de inversiones extranjeras según la Lista Negativa y la revisión de seguridad, tomadas por las organizaciones administrativas, se consideran actos administrativos³². Por lo tanto, los conflictos sobre la Lista Negativa y la revisión de seguridad entre inversores extranjeros y el gobierno deben ser accionable.

No obstante, el art. 35 de LIE indica que “la decisión tomada sobre la revisión de seguridad de acuerdo con la ley será definitiva”³³. La Regulación de Implementación de la Ley de Inversiones Extranjeras no pone más explicación a esta expresión y, según la opinión de Kong, el artículo en realidad prohíbe el litigio administrativo en término de la revisión de seguridad³⁴.

Además, a nivel mundial, las autoridades jurídicas suelen verificar la legalidad del proceso de la revisión y el contenido de la decisión³⁵. En cuanto a los tratados internacionales, investigaciones señalan que hay pocos casos de aplicación directa de esos para resolver litigios del acceso de inversión entre inversores y los países o regiones en la práctica judicial nacional³⁶.

En términos de situaciones mundiales, apelaciones apenas son interpuestas por los inversores extranjeros, principalmente porque las revisiones rara vez desembocan en una denegación formal y es más probable que los inversores comuniquen y adapten las modificaciones que las autoridades sugieran³⁷.

³¹ China, LIE, art. 26, § 3.

³² Xu, op. cit., p. 164.

³³ China, LIE, art. 35, § 2: “La decisión tomada sobre la revisión de seguridad de acuerdo con la ley será definitiva”.

³⁴ Kong, Qingjiang. (2019). The relationship and connection between Foreign Investment Law of the People's Republic of China and other laws and regulations, *Journal of SUIBE*, (3), p. 7.

³⁵ Comrie-Thomson, Paul. (2013). Uncertain opportunities: Chinese investors establishing investments in New Zealand, *China Research Paper*, (1), p. 17.

³⁶ Yimer, Bahakal; Cisneros, Nicolas; Bisiani, Laura y Donde, Rahul. (2011). Application of International Investment Agreements by Domestic Courts, *Trade Law Clinic (E780)*, p. 61.

³⁷ Wehrlé, Frédéric y Pohl, Joachim. (2016). Investment policies related to national security: a survey of country practices, *OECD Working Paper on International Investment*, (2), pp. 40-42.

En definitiva, antes de establecerse en China, las partes extranjeras pueden solicitar revisión y litigio administrativos contra los organismos gubernamentales encargados cuando se percibe la falta de aplicación del trato nacional sobre los actos administrativos, excepto los de revisión de seguridad. Sin embargo, por la escasez de casos entre inversores extranjeros y gobiernos sobre el acceso del mercado, comunicaciones y mediaciones son los frecuentes recursos utilizados.

3.2 Sistema de reclamos de inversiones extranjeras

Además de reconsideraciones y litigios administrativos, el art. 26 de LIE propone que “establecerá un sistema de reclamos para las empresas de capital extranjero, resolverá oportunamente los problemas denunciados por las empresas de capital extranjero o sus inversores, y coordinará y mejorará las medidas de política pertinentes”³⁸. Este sistema de reclamos tiene función de mediación y conciliación entre gobierno e inversores y tiene varias características.

Primero, el inversor puede solicitar reconsideración administrativa, interponer litigios administrativos y acudir al sistema de reclamo al mismo tiempo³⁹. Segundo, la organización responsable de los reclamos es del poder ejecutivo, mientras el litigio administrativo está en cargo del poder judicial⁴⁰. Tercero, el acuerdo de mediación entre inversores y el gobierno es un tipo de contrato⁴¹, y el resultado de su incumplimiento es diferente de lo de sentencia. Cuarto, la falta de independencia. Las agencias responsables de solucionar las denuncias por los inversores extranjeros son creadas por el gobierno local. Según el Directorio Nacional de Organismos de Reclamación para Empresas con Inversión Extranjera publicado por el ministerio de comercio, existen 40 agencias que atienden las quejas de inversores extranjeros. Sin embargo, hay 8 provincias con dos agencias, 25

³⁸ China, LIE, art. 26, § 1.

³⁹ Reglamento sobre la Implementación de la Ley de Inversión Extranjera de República Popular China (RILIE), art. 30, § 2: “Cuando una empresa con inversión extranjera o su inversor soliciten una solución coordinada de las cuestiones pertinentes de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior, no se verá afectada en modo alguno por su solicitud de reconsideración administrativa o litigación administrativa de conformidad con la ley”.

⁴⁰ Normas sobre la Tramitación de Reclamos de Sociedades con Inversión Extranjera de República Popular China (NTRSIE), art. 7, § 1: “Local people’s government at and above the county level shall designate a department or institution (hereinafter referred to as Local Agencies Handling Complaints) to be responsible for handling complaints”.

⁴¹ Yin, Shouge. (2020). La forma de ejecución de los acuerdos de conciliación administrativa, *Journal of the Party School of C.P.C. Qingdao Municipal Committee*, (5), p. 73.

de las cuales son órganos administrativos, mientras las demás son organizaciones del sector público.⁴² La mayoría de los organismos están bajo la jurisdicción del gobierno local, especialmente las 15 instituciones públicas que están a un nivel inferior.

Por lo tanto, el sistema de reclamos de inversiones extranjeras es una manera de mediación ofrecida por la organización administrativa de China y exclusivamente para los inversores internacionales. Sin embargo, las organizaciones responsables tienen una capacidad bastante limitada por su bajo nivel administrativo y la falta de independencia, pero el sistema de reclamo es una alternativa para solucionar conflictos.

A mi punto de vista, tanto la reconsideración y la litigación administrativas como el sistema de reclamos pueden ayudar a los inversores extranjeros a comunicar al gobierno chino sobre los conflictos en la etapa previa al establecimiento de sociedades. No obstante, el gobierno debe mejorar el sistema de reclamos de inversiones extranjeras, publicar un estándar claro de los derechos y obligaciones de las agencias relacionadas y establecer un sistema más independiente según la Ley de Inversiones Extranjeras.

Capítulo IV. Litigios civiles relacionados con la Lista Negativa

A principios de diciembre de 2023, en el sitio web *China Judgements Online*⁴³, se busca la palabra clave “Ley de Inversiones Extranjeras de la República Popular China”, y salen 169 documentos de sentencias, entre los cuales salen 47 casos con la palabra clave “Lista Negativa”.

En cuanto al contenido, la mayoría de los litigios son civiles de confirmación y calificación de los accionistas, litigios contractuales, litigios de transferencia de capital, etc. Según los casos, gran parte entra en procedimientos de segunda instancia o incluso de nuevo juicio debido a la complejidad, el largo periodo transcurrido y las grandes divergencias de opiniones entre las partes. Se seleccionan dos casos representativos para explicar la importancia de la Lista Negativa al trato nacional aplicado a las sociedades con inversiones extranjeras.

⁴² Ministerio de Comercio de República Popular China, Directorio Nacional de Organismos de Reclamación para Empresas con Inversión Extranjera de República Popular China. <http://images.mofcom.gov.cn/tfs/202010/20201019150559828.pdf>, recuperado el 13/11/2023.

⁴³ China Judgement Online es una plataforma pública unificada de documentos de sentencias de tribunales nacionales creada por el Tribunal Popular Supremo de la República Popular China en 2013. Su sitio web es: wenshu.court.gov.cn.

4.1 Primer caso: El impacto del cambio del sistema de acceso al mercado de inversiones extranjeras⁴⁴

Según el primer artículo de La Ley de la República Popular China sobre Empresas Conjuntas de Capital Chino-Extranjero (LECCCE), una persona física con nacionalidad china no pudo establecer una empresa conjunta de capital chino-extranjero⁴⁵. Aunque la LIE no incluye artículo específico sobre esa norma, el art. 3 de la Regulación de Implementación de LIE señala que una persona física china puede cooperar con inversores extranjeros⁴⁶. Además, según el art. 4 de Interpretación del Tribunal Supremo de República Popular China de la Ley de Inversiones Extranjeras, cuando una parte de las sociedades con ámbito de negocio fuera de la Lista Negativa alegue que “el contrato no es válido o no ha entrado en vigor por no haber sido aprobado o registrado por el departamento administrativo correspondiente, el Tribunal no apoyará dicha alegación”⁴⁷.

En el litigio que tomó lugar en el Tribunal de Shanghai Pudong el año 2020 entre Shanghai Niuxinda Import & Export Co., Ltd. y Sr. Cheng con nacionalidad de EE. UU. sobre la confirmación de la calificación de los accionistas, los conflictos eran si el tercero, el Sr. Zhang, con nacionalidad china, poseía el 26% del capital social de Niuxinda en nombre de Sr. Cheng, si el Sr. Cheng podía solicitar a la empresa que cambiara el titular del capital social correspondiente y si dicho cambio estaba restringido en términos políticos o legales⁴⁸.

⁴⁴ No.3024, No.1 Intermediate People's Court of Shanghai (SH01), Second Instance, [2020].

⁴⁵ Ley de la República Popular China sobre Empresas Conjuntas de Capital Chino-Extranjero, art. 1: “La República Popular China, con el fin de ampliar la cooperación económica internacional y los intercambios tecnológicos, permite a las compañías, empresas y otras organizaciones económicas o personas físicas extranjeros (en lo sucesivo denominados Joint Venturers extranjeros), de acuerdo con el principio de igualdad y beneficio mutuo, y sujeto a la aprobación del Gobierno chino, organizar conjuntamente Joint Ventures con compañías, empresas u otras organizaciones económicas chinas (en lo sucesivo denominados Joint Venturers chinos) dentro del territorio de la República Popular China”.

⁴⁶ Reglamento sobre la Implementación de la Ley de Inversiones Extranjeras, art. 3: “Otros inversores a los que se refieren las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley de Inversiones Extranjeras incluyen a las personas físicas en China”.

⁴⁷ Interpretación del Tribunal Supremo de República Popular China de la Ley de Inversiones Extranjeras (ITSRPLIE), art. 4, § 1: “Cuando una de las partes de un contrato de inversión formado en un área fuera de la lista negativa de acceso a la inversión extranjera a la que se refiere el artículo 4 de la Ley de Inversiones Extranjeras alegue que el contrato no es válido o no ha entrado en vigor por no haber sido aprobado o registrado por el departamento administrativo correspondiente, el tribunal popular no apoyará dicha alegación”.

⁴⁸ No.3024, SH01, Second Instance, [2020].

En primera instancia, el Tribunal de Shanghai Pudong consideró que el estadounidense Sr. Cheng era efectivamente un accionista oculto de Nuixinda y poseía sus acciones en nombre del tercero, Sr. Zhang, según los *Shareholding Entrustment Agreements* del año 2009 y de 2012 y el *Capital Contribution Certificate* del 2018 firmados por ambos lados⁴⁹. Además, el Tribunal también confirmó que los alcances comerciales de Nuixinda⁵⁰ no entraban en la Lista Negativa ni en el periodo que contrataron los acuerdos ni en la época que el litigio tomó lugar, y tenía derecho legalmente al trato nacional⁵¹.

El ámbito comercial de la empresa con inversión extranjera implicada en este caso no está restringido por la Lista Negativa y, por eso, el *Shareholding Entrustment Agreement* entre Sr. Cheng y Sr. Zhang no se considera inválido por falta de aprobación del gobierno. Además, si el cambio de la empresa de inversión extranjera continúa después de la aplicación de la Ley de Inversiones Extranjeras y las normas relacionadas, debe regularse por las leyes y reglamentos vigentes. En el presente caso, para una empresa que reciba nuevas inversiones extranjeras que se dedique a los campos no cubiertos por la Lista Negativa, no es necesario cumplir con los procedimientos especiales de aprobación para que los accionistas extranjeros se conviertan en accionistas reales ni para cambiar la empresa local a una de inversión extranjera. No hay restricción en las leyes.

En resumen, los tribunales chinos aplican las reglas nuevas de leyes de inversiones extranjeras en los litigios incluso para las inversiones extranjeras que entraron al mercado chino antes de 2020 y cuando una inversión extranjera entró en forma ilegal durante aquella época, pero se la aprueba en LIE. Otras leyes o decretos vinculados y los alcances comerciales de la sociedad nunca estaban controlados por la Lista Negativa. Los jueces se inclinan a adaptar a los reglamentos nuevos y admitir su legalidad.

⁴⁹ No.3024, SH01, Second Instance, [2020].

⁵⁰ Se dedica a la importación y exportación de bienes y tecnología, equipos mecánicos, hardware y productos electrónicos, materiales de construcción, productos químicos (excepto productos químicos peligrosos, productos químicos de control, fuegos artificiales, explosivos civiles, productos químicos fáciles de envenenar), textiles, productos de caucho y plástico, instrumentos ópticos, equipos deportivos, productos mecánicos y eléctricos, una clase de equipos médicos, venta de artesanías.

⁵¹ No.3024, SH01, Second Instance, [2020].

4.2 Segundo caso: La invalidez de contratos según la Lista Negativa⁵²

El demandado Sr. Hai transfirió sus acciones de Yunfeng Pharmaceutical Co., Ltd. al demandante Yongxing Pharmaceutical Co., Ltd en el año 2010. El objeto del litigio era determinar si el contrato de compraventa de participaciones sociales firmado por el demandante y el demandado era válido. La determinación de la invalidez del contrato dependía de que el ámbito de negocio de la empresa Yunfeng estuviera incluido en la Lista Negativa.

Según el art. 3 de la Interpretación del Tribunal Supremo de la República Popular China de la Ley de Inversiones Extranjeras, cuando un inversor extranjero reclame la nulidad de un contrato de inversión en un ámbito prohibido en virtud de las disposiciones de la Lista Negativa, el tribunal ratificará la reclamación⁵³. Asimismo, según el art. 5 de la Interpretación, cuando la inversión extranjera ya no se encuentre en un ámbito prohibido o restringido debido al ajuste de la Lista Negativa antes de que se tome la decisión efectiva del litigio, el tribunal ratificará la reclamación de la parte de que el contrato de inversión es válido⁵⁴.

En este caso, Yunfeng era una empresa del capital de china continental y Yongxing era una empresa de propiedad total de Taiwán, Hong Kong y Macao, que era efectivamente una sociedad de inversión extranjera. El ámbito de negocio de la anterior licencia comercial de Yunfeng como persona jurídica eran “los medios técnicos específicos para la purificación, corte y vaporización de comprimidos de medicina y hierbas tóxicas chinas”⁵⁵, pero después la empresa cambió el ámbito de su licencia comercial a “la producción y venta de comprimidos de medicina china tóxicos”⁵⁶. Sin embargo, el ámbito de la licencia de producción farmacéutica obtenida por Yunfeng seguía siendo “los medios técnicos específicos de purificación, corte y vaporización de medicina china”. Según el Catálogo para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera (edición 2007) que estaba en vigor en el año en que se firmó el contrato de compraventa de acciones, los medios técnicos

⁵² No.844, Supreme People’s Court of Guangxi, Retrial, [2020].

⁵³ China, ITSRPCLIE, art. 3: “Cuando un inversor extranjero invierte en un ámbito prohibido en la Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera y la parte alega que el contrato de inversión no es válido, el tribunal popular deberá apoyar la demanda”.

⁵⁴ China, ITSRPCLIE, art. 5: “Antes de hacer efectiva la decisión, el tribunal popular apoyará la pretensión de la parte interesada de que el contrato de inversión es válido si la inversión del inversor extranjero ya no pertenece a las categorías de inversión prohibidas o restringidas debido al ajuste de la Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera”.

⁵⁵ No.844, Supreme People’s Court of Guangxi, Retrial, [2020], p.11.

⁵⁶ No.844, Supreme People’s Court of Guangxi, Retrial, [2020], p.11.

específicos de producción de medicinas chinas tóxicas estaban prohibidos de inversión extranjera⁵⁷. Igualmente, de conformidad con el art. 28 de la Ley de Inversiones Extranjeras⁵⁸ y el art.7 de la Lista Negativa (edición 2020)⁵⁹, el Tribunal consideró finalmente que el ámbito de negocio de Yunfeng abarcaba los campos prohibidos de la Lista Negativa; el contrato era nulo *ab initio*.

En este caso, Yongxing invocó el art. 4 de la Interpretación⁶⁰ como defensa, mientras que el artículo 4 de la Interpretación solo se aplica a las categorías restringidas en la Lista Negativa, y no se aplica a las prohibidas. Yongxing también declaró que nunca se utilizaron técnicos y medicinas chinas confidenciales. El Tribunal confirmó que el contrato correspondiente era nulo *ab initio*, independientemente de que la empresa se dedique realmente a la actividad correspondiente, solamente si los ámbitos prohibidos por la Lista Negativa están incluidos en las licencias de la empresa. Por lo tanto, se puede desprender que el contrato puede subsanarse adoptando medidas correctivas para rectificar la validez del contrato si el ámbito de actividad de la empresa está restringido. En el caso de las categorías prohibidas por la Lista Negativa, el contrato es nulo *ab initio*. El vicio de un contrato en un ámbito prohibido por la Lista Negativa solo puede remediarse con el ajuste de la Lista Negativa; de lo contrario, el contrato será inválido desde el principio.

Se puede observar que, en la práctica, la validez de los contratos de una empresa con inversión extranjera está estrechamente relacionado con las categorías prohibidas y restringidas de la Lista Negativa.

En mi opinión, cuando surgen conflictos sobre contratos y los inversores extranjeros quieren acudir a litigios civiles, pueden tomar la nueva versión de Lista Negativa como referencia. Cuando los ámbitos de negocios de la empresa están

⁵⁷ Categorías prohibidas de Catálogo para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera (edición 2007), art. 3, § 2, cl. 2: "La inversión extranjera está prohibida en la aplicación de técnicas de producción como vaporización, la fritura, la moxibustión y la calcinación de comprimidos de medicina china y elaboración de productos de prescripción confidencial de especialidades farmacéuticas chinas".

⁵⁸ China, LIE, art. 28, § 1: "Los inversores extranjeros no podrán invertir en ningún campo prohibido por la lista negativa de acceso a la inversión extranjera".

⁵⁹ Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera (edición 2020), art. 7: "Prohibición de la inversión en la aplicación de tecnologías de preparación como la cocción al vapor, la fritura, el tostado y la calcinación de comprimidos de medicina china y la producción de productos de prescripción confidencial de medicinas chinas patentadas".

⁶⁰ China, IITSRPLIE, art. 4: "Cuando un inversor extranjero invierte en un área en la que la inversión está restringida en virtud de las disposiciones de la Lista Negativa, y antes de que el tribunal adopte una decisión efectiva, la parte interesada toma las medidas necesarias para cumplir los requisitos de las medidas administrativas especiales para el acceso al mercado, y cuando la parte interesada alega que el contrato de inversión estipulado es válido, el tribunal se lo ratificará".

dentro de dicha lista vigente, casi no existe la posibilidad de lograr el apoyo del tribunal. Sin embargo, cuando los ámbitos están fuera de las categorías prohibidas y restringidas de ella, es posible que el tribunal admita la validez de los contratos relacionados. Dado que las categorías prohibidas y restringidas de la Lista Negativa se van reduciendo recientemente y, además, esta es el factor fundamental del sistema del trato nacional previo al establecimiento de inversiones extranjeras, creo que la Ley de Inversiones Extranjeras ayuda a atraer más inversiones extranjeras.

Capítulo V. Conclusión

La Ley de Inversiones Extranjeras de la República Popular China fue emitida en 2019. Con ella se funda el principio del trato nacional previo al establecimiento en inversiones extranjeras bajo la Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera. Según este principio, los capitales extranjeros pueden entrar en cualquier industria fuera de la Lista Negativa con libertad y en las industrias restringidas si cumplen las reglas específicas. Por eso, la Lista Negativa es el área de restricción de la aplicación del trato nacional durante el acceso del mercado de inversiones extranjeras.

Sin embargo, en la LIE también se propone un sistema de revisión de seguridad y, hasta ahora, no hay artículos de leyes que les quiten la posibilidad de una revisión de seguridad a las inversiones extranjeras con ámbitos de negocios fuera de la Lista Negativa, aunque ellos pueden tomarla como referencia de industrias más vigiladas por China. Además, la decisión de revisión de seguridad es definitiva.

Cuando los inversores extranjeros y los organismos administrativos de China tengan conflictos sobre el establecimiento de sociedades, los inversores pueden recurrir a reconsideración administrativa, litigación administrativa o el sistema de reclamos de inversiones extranjeras.

Según informaciones abiertas y detalladas del sitio web *China Judgements Online*, se analizan dos casos más representativos sobre litigios civiles sobre el trato nacional previo al establecimiento bajo la Lista Negativa. Los tribunales toman la decisión de que los contratos relacionados son inválidos si los ámbitos de negocios de las sociedades involucradas se quedan dentro de la dicha lista vi-

gente. Al revés, a las sociedades con ámbitos fuera de la Lista Negativa, les tratan como empresas nacionales en cuanto al establecimiento de la sociedad.

En definitiva, la Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera es un factor fundamental que afecta la validez de los contratos relacionados con inversiones extranjeras. El sistema legal del trato nacional previo al establecimiento de inversión extranjera bajo la Lista Negativa puede atraer más inversiones extranjeras comparado con las leyes y regulaciones anteriores.

Bibliografía

1. Artículos y documentos

- CNDRRPC. (28 de junio de 2017). Lista Negativa de Acceso a Inversión Extranjera se aplicará en todo el país a partir del 28 de julio. Notas sobre el Catálogo para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera (edición 2017). https://www.gov.cn/xinwen/2017-06/28/content_5206420.htm
- Comrie-Thomson, P. (2013). Uncertain opportunities: Chinese investors establishing investments in New Zealand, *China Research Paper*, (1), pp. 1-20.
- Garciela, G. P. y José Miguel, G. P. (2002). La inversión extranjera en China: análisis y políticas, *Boletín Económico de ICE*, (2733), pp. 43-54.
- Gong, B. (2013). Análisis jurídico de las “listas negativas” del trato nacional para la IED en la zona piloto de libre comercio de China (Shanghai), *World Trade Organization Focus*, 20(6), pp. 23-33.
- Kong, Q. (2019). The relationship and connection between Foreign Investment Law of the People’s Republic of China and other laws and regulations, *Journal of SUIBE*, (3), pp. 1-13.
- OMC. (s. f.). *Los principios del sistema de comercio*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm
- ShuXu. (2020). La teoría del sistema de recursos jurídicos del trato nacional previo al establecimiento de las inversiones extranjeras, *Global Law Review*, (2), ? 162-179.
- UNCTAD. (2009). The protection of national security in IIAS, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*.

- Wang, Y. y Ding, D. (2020). Targeting the national security review by Negative List, *UIBE Law Review*, (4), pp. 1-16.
- Wehrlé, Frédéric y Pohl, Joachim. (2016). Investment policies related to national security: a survey of country practices, *OECD Working Paper on International Investment*, (2), pp. 40-42.
- Yimber, Bahakal; Cisneros, Nicolas; Bisiani, Laura y Donde, Rahul. (2011). Application of International Investment Agreements by Domestic Courts, *Trade Law Clinic (E780)*, p. 61.
- Yin, S. (2020). La forma de ejecución de los acuerdos de conciliación administrativa, *Journal of the Party School of C.P.C. Qingdao Municipal Committee*, (5), pp. 72-75.
- Zhiyong, Z. (2015). Estudio sobre cuestiones relativas al impuesto sobre la renta en las zonas francas: perspectivas chinas, *Peking University Law Journal*, 27(5), pp. 1249-1270.
- 2. Acuerdos, leyes y decretos
- Categorías prohibidas de Catálogo para Dirigir la Inversión Industrial Extranjera (edición 2007).
- Interpretación del Tribunal Supremo de República Popular China de la Ley de Inversiones Extranjeras.
- Ley de Inversiones Extranjeras de la República Popular China.
- Ley de la República Popular China sobre Empresas Conjuntas de Capital Chino-Extranjero.
- Ley de Reconsideración Administrativa de República Popular China.
- Ley de Procedimiento Administrativo de República Popular China.
- Lista Negativa de Acceso a la Inversión Extranjera (edición 2020).
- Normas sobre la Tramitación de Reclamos de Sociedades con Inversión Extranjera de República Popular China.
- North American Free Trade Agreement.
- Medidas de Revisión de Seguridad de República Popular China.
- Reglamento sobre la Implementación de la Ley de Inversión Extranjera de República Popular China.

Anexo I

Medidas Administrativas Especiales

I. Agricultura, silvicultura, ganadería y pesca

1. No menos del 34% de las acciones de la parte china en la selección y cría de nuevas variedades de trigo y la producción de semillas; la selección y cría de nuevas variedades de maíz y la producción de semillas deben ser controladas por la parte china .
2. Está prohibido invertir en la investigación y el desarrollo, la cría, la plantación y la producción de materiales de reproducción de variedades raras y endémicas valiosas y excelentes en China (incluidos los genes excelentes en la plantación, la cría de animales y la acuicultura).
3. Está prohibido invertir en la selección y cría de variedades genéticamente modificadas de cultivos agrícolas, cría de ganado y aves de corral, y alevines acuáticos, así como en la producción de semillas genéticamente modificadas (alevines).
4. Prohibir la inversión en aguas marinas bajo jurisdicción china y la pesca acuática en aguas interiores.

II. Minería

5. Prohibición de la inversión en tierras raras, minerales radiactivos, exploración, extracción y beneficio de wolframio.

III. Industria

6. La impresión de publicaciones debe estar controlada por la parte china.
7. Prohibición de la inversión en la aplicación de tecnologías de preparación como la cocción al vapor, la fritura, el tostado y la calcinación de comprimidos de medicina china y la producción de productos de prescripción confidencial de medicinas chinas patentadas.

IV. Industria de producción y suministro de electricidad, calor, gas y agua

8. La construcción y explotación de centrales nucleares estarán controladas por la parte china.

V. Comercio al por mayor y al por menor

9. Se prohíben las inversiones en la venta al por mayor y al por menor de tabaco, cigarrillos, tabaco torrefacto y otros productos del tabaco.

VI. Transporte, almacenamiento y servicios postales

10. Las empresas de transporte fluvial nacional estarán controladas por la parte china.

11. Las compañías de transporte aéreo público deben estar controladas por la parte china, y un extranjero y sus filiales no deben invertir más del 25%, el representante legal debe ser un ciudadano chino. Los representantes legales de las compañías de aviación general deben ser ciudadanos chinos, de las cuales las compañías de aviación general para la agricultura, la silvicultura y la pesca están limitadas a empresas conjuntas, y otras compañías de aviación general están limitadas a la propiedad china.

12. La construcción y explotación de aeropuertos civiles debe estar relativamente controlada por partes chinas. Los extranjeros no podrán participar en la construcción o explotación de torres aeroportuarias.

13. Prohibir la inversión en empresas postales, cartas de negocio de entrega urgente nacional.

VII. Transmisión de información, software y servicios de tecnología de la información

14. Empresas de telecomunicaciones: limitado a los compromisos de adhesión de China a la OMC para abrir el negocio de las telecomunicaciones, los servicios de telecomunicaciones de valor añadido, la proporción de capital extranjero de no más del 50% (excepto el comercio electrónico, las comunicaciones nacionales de múltiples partes, almacenar y reenviar, centros de llamadas), el negocio básico de telecomunicaciones deberá ser controlado por la parte china.

15. Está prohibido invertir en servicios de noticias e información por Internet, servicios de publicación por Internet, servicios de programas audiovisuales por Internet, operaciones culturales por Internet (excepto música) y servicios de información pública por Internet (excepto los servicios mencionados que se han abierto en virtud de los compromisos de adhesión de China a la OMC).

VIII. Arrendamiento y servicios empresariales

16. Prohibición de invertir en asuntos jurídicos de China (excepto para el suministro de información sobre el impacto del entorno jurídico de China), y prohibición de convertirse en socio de un bufete de abogados nacional.

17. Los estudios de mercado están limitados a las empresas conjuntas, de las cuales las encuestas sobre audiencia y visionado de radio y televisión deben estar controladas por la parte china.

18. La inversión en investigación social está prohibida.

IX. Investigación científica y servicios tecnológicos

19. Se prohíben las inversiones en el desarrollo y la aplicación de tecnologías de células madre humanas, diagnóstico y tratamiento genético.

20. Prohibición de invertir en instituciones de investigación en humanidades y ciencias sociales.

21. Se prohíbe invertir en geodesia, topografía y cartografía oceanográfica, fotografía aérea para topografía y cartografía, topografía móvil terrestre, topografía y cartografía de límites de zonas administrativas, mapas topográficos, mapas de zonas políticas del mundo, mapas de zonas políticas de todo el país, mapas de zonas políticas de nivel provincial y niveles inferiores, mapas pedagógicos nacionales, mapas pedagógicos locales, mapas tridimensionales verdaderos y preparación de mapas electrónicos de navegación, cartografía geológica regional, geología mineral, geofísica, geoquímica, hidrogeología y geología medioambiental, Cartografía geológica, geología mineral, geofísica, geoquímica, hidrogeología, geología medioambiental, riesgos geológicos, geología por teledetección y otros estudios (los trabajos realizados por los titulares de derechos mineros en el ámbito de sus derechos mineros no están sujetos a esta medida especial de gestión).

X. Educación

22. Las instituciones de educación preescolar, secundaria general y superior se limitan a la cooperación chino-extranjera en la gestión de escuelas, y deben estar dirigidas por una parte china (el director o el jefe ejecutivo deben tener nacionalidad china, y los miembros chinos del consejo, la junta directiva o el comité de gestión conjunta no deben ser menos de la mitad).

23. Están prohibidas las inversiones en instituciones de enseñanza obligatoria y en instituciones de enseñanza religiosa.

XI. Salud y asistencia social

24. Las instituciones médicas están limitadas a empresas conjuntas.

XII. Cultura, deportes y entretenimiento

25. Se prohíbe la inversión en agencias de noticias (incluidas, entre otras, las agencias de prensa).

26. Está prohibida la inversión en el negocio de la edición, publicación y producción de libros, periódicos, publicaciones periódicas, productos audiovisuales y publicaciones electrónicas.

27. Se prohíbe invertir en emisoras de radio (estaciones), emisoras de televisión (estaciones), canales de radio y televisión (tarifas), redes de transmisión y cobertura de radio y televisión (estaciones transmisoras, estaciones retransmisoras, satélites de radio y televisión, estaciones de enlace por satélite, estaciones receptoras y retransmisoras por satélite, estaciones de microondas, estaciones de seguimiento y redes de transmisión y cobertura de radiodifusión y televisión por cable) a todos los niveles, y se prohíbe participar en el negocio de los servicios de instalación de instalaciones de recepción terrestre de radiodifusión y televisión por vídeo a la carta y de radiodifusión de televisión por satélite.

28. Está prohibido invertir en empresas de producción y explotación de programas de radio y televisión (incluido el negocio de introducción).

29. Está prohibido invertir en empresas de producción de películas, empresas de distribución, empresas cinematográficas y empresas de importación de películas.

30. Está prohibido invertir en empresas de subastas de reliquias culturales, tiendas de reliquias culturales y museos de reliquias culturales de propiedad estatal.

31. Está prohibido invertir en grupos de artes escénicas.

