
Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales



Noviembre de 2015. Año 5. Volumen 2.

Autoridades UNLaR

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Cr. Jorge Riboldi

Secretario Académico:

Ab. Mario Orona

Revista IN IURE

Directora:

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales

AÑO 5 – VOL. 3 –

Dirección:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

IN IURE

Décima edición: 15 de Noviembre de 2015, La Rioja, Argentina.

IN IURE

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

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2015

© IN IURE, 2011 - 2015

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

ÍNDICE

SECCIÓN TEMÁTICA

Presentación del número

Elsa Manrique.....8

Propiedad intelectual: Sobre patentes de invención

Elsa Manrique.....11

Constitución de la Provincia de La Rioja. Origen y evolución institucional

Juan Noriega.....44

Argentina y sus justos títulos sobre las Islas Malvinas

Guillermo Elías Sánchez.....67

Una relación compleja: Democracia, ciudadanía, masas, opinión pública y medios de comunicación

Graciela Ramos.....85

Alienación parental: Su relación con los institutos de régimen de visitas y tenencia

Estelly Mary Díaz Fernández.....109

Los efectos jurídicos de la guerra. La Guerra de Malvinas, la excepción

Luis Asis.....128

SECCIÓN JURISPRUDENCIA.....138

BOLETÍN DE REFERENCIA

NORMATIVA.....169

DÉCIMO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Elsa Manrique

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

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

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

Fecha de Publicación:

15/11/2015

Dirección de la Revista:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

En esta oportunidad presentamos a los profesionales del derecho, juristas, docentes y alumnos, nuestro DECIMO NÚMERO DE LA REVISTA DIGITAL "IN IURE" que continúa en la construcción de la cultura de reflexión contribuyendo a la transformación social y al desarrollo de nuestra comunidad científica.

En este número brindamos como contenido, trabajos que reflejan interesantes temas de actualidad jurídica. Así, el lector podrá profundizar temas relativos al Derecho Civil, Derecho Internacional Público, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho de Familia y Sucesiones, entre otros.

El Dr. Edgardo Valenzuela expresa que el objeto de su trabajo es dotar a los alumnos de abogacía, escribanía y procuración al igual que de otras carreras de la Universidad Nacional de la Rioja, otras Universidades e Instituciones donde se estudia la materia Derecho Constitucional, de material escrito sobre el origen y desarrollo del término constitución desde su uso por los griegos, siguiendo su desarrollo hasta la modernidad.

La Dra. Elsa Manrique en su trabajo explica que la figura de la lesión implica la garantía y protección de aquellos individuos que si bien fueron conscientes de la celebración de un negocio desfavorable no pudieron evadirlo ni fueron capaces de cambiar las condiciones del mismo por encontrarse en una situación de inferioridad. El nuevo código unificado ha seguido los lineamientos dispuestos por el código civil actual (art. 954) contemplando muy pocas reformas. El Profesor abogado Guillermo Elías Sánchez manifiesta que el presente trabajo tiene como finalidad el análisis de los caracteres que presentan las llamadas campañas políticas negativas que son aquellas en las cuales los candidatos en un proceso electoral, buscan posicionarse socavando la reputación del candidato opositor para que se degraden las percepciones que de él tienen los votantes.

La abogada Estelly Díaz Fernández formula en este trabajo que un hijo, representa la posibilidad de trascender los límites temporales a través de la posteridad. ¿Qué sucede cuando una pareja ve frustrado el deseo de tener un hijo? Es la maternidad subrogada una opción para evitar esa frustración? Para quienes quieren creer que estos procesos son nuevos o novedosos, no lo son para nada, solo la ciencia que los hace más perfectos. El abogado Luís Asís analiza en su artículo el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), su rol y desempeño como herramienta para solucionar las controversias surgidas entre particulares, personas físicas y jurídicas; además reflexiona sobre el Estado en materia de

inversiones y su inclusión en los T.P.P.I. (Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) como cláusula compromisoria. Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Magister Jorge Riboldi, y al Señor Secretario Académico Profesor Dr. Mario Orona el apoyo que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2015) "Décimo número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Noviembre de 2015, Año 5, Vol. 2. pp. 08-10. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ORIGEN Y DESARROLLO DEL TÉRMINO CONSTITUCIÓN

Su relación con los factores reales de Poder

Edgardo Valenzuela

Abogado.

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Titular Derecho Constitucional,
Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Constitución Nacional,
gobierno, leyes,
estado, ciudadano.*

Key words:

Constitution,
government, law,
state, citizen .

Resumen

La Constitución es la ley suprema de un Estado, que establece su organización, su funcionamiento, su estructura política y los derechos y garantías de los habitantes de un Estado. Se llama precisamente Constitución pues "constituye" la nación políticamente organizada, le da sus principios, y la distingue de otros estados. Está precedida generalmente de un preámbulo que establece sus antecedentes y fines. El vocablo surgió de la unión de dos palabras latinas "cum" que significa "con" y "statuere" que quiere decir "establecer". El significado del término Constitución supuso desde Aristóteles al

presente que la Constitución escrita está originada en los factores reales de poder que estatuyen la Comunidad Política.

El objeto de este trabajo es dotar a los alumnos de abogacía, escribanía y procuración al igual que de otras carreras de la Universidad Nacional de la Rioja, otras Universidades e Instituciones donde se estudia la materia Derecho Constitucional, de material escrito sobre el origen y desarrollo del término constitución desde su uso por los griegos, siguiendo su desarrollo hasta la modernidad.

Abstrat

The Constitution is the supreme law of the State that sets its organisation, it's functioning, it's political structure and the rights and guaranties of its habitants. It is precisely call Constitution because it constitutes the nation politically organised, gives its principles and distinguish it from other States. It is usually preceded by a preamble which states it's history and it's purpose. The term arose from the union of two Latin words "cum" meaning with and "statuere" which means to set. The meaning of the term Constitution implied from Aristotle to our days that written Constitution is originated in factors of power that stablish the political community.

The object of the paper is to provide law students, notary students, attorney students and the rest of the students of La Rioja University that study Constitutional law or written material about the Origen and development of the term Constitution from its use from the Greeks to its development in modernity.

I- Introducción

El concepto de constitución escrita o moderna es relativamente reciente y data del siglo XVIII, en que aparecen documentos que tiene por finalidad regir la organización política de la Sociedad burguesa. Sin embargo, el término *constitución* referido a la política

es *añejo* en occidente; el estudio sobre la organización política se halla en la Antigüedad clásica, en la Edad Media y en la Modernidad.

En razón de lo expuesto es posible hablar, en términos generales sobre el concepto de constitución desde el punto de vista de la evolución de las ideas políticas, hablando así de su evolución histórica, comenzando en sus orígenes en Grecia hasta el periodo de las Constituciones burguesas, que aparecen a partir del siglo XVIII y llega hasta la actualidad.

I- El término desde los griegos a la modernidad Occidental.

1. Uso de la expresión *Politeía* por los Griegos:

Con el término *Politeía* nombran los griegos a la Constitución de la comunidad política¹.

Sin embargo, las Constituciones griegas no estaban redactadas en documentos solemnes, sino articuladas por un conjunto de relaciones sociales estables, homologadas, para que sean coercitivas, por preceptos jurídicos consagrados por la costumbre o insertos en leyes.

El radical de *polítes*, expresión que en castellano significa ciudadano, y el sufijo abstracto *eía* componen el vocablo *polit-eía*, es decir, ciudadanía.

Por lo tanto, estrictamente *politeía* significa, la calidad de ciudadano, en primer lugar, y la unidad de todos los ciudadanos en comunidad, en segundo lugar. De esta manera, llamaron *politeía* a la estructura socio-jurídica que ordena a la ciudadanía.

También designaron como *politeía*, al derecho del ciudadano a decidir sobre las cuestiones relativas al bien de la polis, y por

¹ SAMPAY, Arturo Enrique. 1999, *La Constitución Democrática, Con notas y estudio preliminar de Alberto González Arzac*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, Pp. 43.

extensión, al derecho a ser ciudadano. También, expresaban con ese vocablo, a la biografía de un ciudadano ejemplar.

Dieron también el nombre de *politeía*, a la organización perfecta de la ciudadanía que para los griegos era la Constitución Mixta.

Tengamos en cuenta, que el título de una obra perdida de Aristóteles sobre el tema, se denominaba *Politeías* (Las Constituciones). En esta renombrada obra, Aristóteles, habla sobre los regímenes políticos de ciento treinta y ocho países griegos y bárbaros. De igual manera se denominó, *Politeía*, al libro de Platón en el que expone su ideal de Constitución. A mayor abundamiento, también Aristóteles llama *Politeía*, en el libro VI de la Política a la *Constitución Mixta*, la mejor de todas a su criterio.

Fue Plutarco² el que realizó este inventario de las acepciones clásicas de la palabra *politeía*. Tardíamente en las ciudades griegas bajo dominación romana, también denotó el territorio de la Polis.

En definitiva, el término *Politeía*, para los griegos significa:

Primero la calidad de ciudadano y, Segundo, la unidad corporativa del total de los ciudadanos.

Para los griegos la Constitución es el alma de la Comunidad Política.

Dice Aristóteles:

“La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante”³.

En la traducción de la definición aristotélica de Constitución: ‘*tós kyrion tés poiteias*’, literalmente: “*lo dominante en la Constitución*” que podemos traducir al castellano con la frase: “*la clase social*”

² PLUTARCO, 1822, *Moralia*, Angelo Maio, Roma, Italia, pp. 169.

Mestrio Plutarco fue un historiador, biógrafo y ensayista griego. Plutarco nació en la región griega de Beocia, durante el gobierno del emperador romano Claudio (Nota del Autor)

³ ARISTÓTELES. *Política*. 1829a, 15-18.

dominante en la comunidad”, es traducido ahora de modo que significa el órgano soberano dentro de la Constitución jurídica positiva. De este modo, cuando Aristóteles se propone dilucidar la *aporía*, de quien ejerce el predominio en una comunidad política, se refiere de manera taxativa a la clase social de los pobres y a la de los ricos, y a otros factores de poder, como son las aristocracias. Para Aristóteles, entonces, la esencia de la Constitución es la clase hegemónica, identificada con “*lo dominante*” en la Constitución.

Y puesto que el sector social dominante conforma el régimen político, “*Constitución y sector dominante significan lo mismo*”⁴.

De esto surge que la clase dominante fija en la Constitución el *fin de la Comunidad*. Por consiguiente para determinar *cuál es el fin de la Comunidad Política* que surge de las características principales de las cosas, podemos decir que debido a que los actos humanos son la materia específica de la Constitución, la igualdad es un principio específico para los seres humanos, como sujetos de derechos que anhelan recibir cuanto dan en sus intercambios con los otros miembros de la comunidad, y todos sin exclusión, aspiran a poseer los bienes, incluso los exteriores, necesarios para ser felices, esto es desarrollar plenamente sus propias capacidades⁵.

Y la más alta expresión de ese valor es sólo alcanzable en una convivencia humana socializada al extremo como la nuestra, y cuyo trabajo y necesidad deben reglar el intercambio entre la actividad social productora de bienes creadora del conjunto de los bienes exteriores que cada individuo recibe de los demás. Que es en efecto, producto, a su vez, de los bienes que cada uno de los miembros debe dar a la comunidad en la medida que le permite su capacidad.

Ahora bien, la Justicia es el valor que ordena los intercambios sociales a fin de que los miembros de la comunidad tengan los

⁴ ARISTÓTELES. *Política*. 1279^a, 25-27

⁵ AMARTYA SEN, 2011,- Premio Nobel de Economía. Nacido en 1933, Shantiniketan, India-. *La Idea de Justicia*, Aguilar, Altea, Tautus, Alfaguara, S.A., Buenos Aires, Argentina.

Según esta perspectiva, una sociedad justa es aquella que permite y alienta a todos los individuos que la componen a desarrollar plenamente sus propias capacidades.

suficientes bienes exteriores, ya que todo ser humano necesita para estar en condiciones de desarrollarse libre y plenamente: "*lo debido a cada uno*", según lo enseñaba Sócrates⁶.

La universalidad del bienestar (diríamos: el bien común) es posible cuando la producción de los bienes basta para todos los miembros de la comunidad.

El bienestar de los miembros de la comunidad política se obtiene por los intercambios de cosas y de servicios dirigidos a producir y a distribuir bienes cuyo consumo comporta tal bienestar.

De modo que la esencia o característica fundamental de la comunidad, el denominado "*rasgo principal de la comunidad*", servirá para valorizar la Constitución real establecida y, por ende, la Constitución jurídica vigente.

En síntesis, la Justicia es el valor que ordena los cambios con miras a obtener dicha universalidad del bienestar; o sea, la justicia es el "bienestar general" que dice el preámbulo de la Constitución Argentina.

Por tanto, el Fin de la Constitución debe ser afianzar la Justicia.

De ahí que la mejor Constitución en relación a la realidad concreta, resulta aquella por la cual, atendiendo al grado de cultura intelectual de todos, y a la cantidad de recursos con que se cuenta, efectúa en la mayor medida posible la Justicia política, posibilitando que cada uno de los miembros de la comunidad goce de plena autarquía.

Por su parte el Objeto del Derecho Constitucional es el conocimiento e interpretación de las normas de la Constitución jurídica o ciencia dogmática.

Dogma significa para los griegos *decreto* y definían a la ley como *Dogma poleos, decreto de Estado*.

De aquí que con el vocablo **dogmática** se designe ahora el conocimiento puro de la orden del legislador.

⁶ PLATÓN. *Cratilo, o de la exactitud de las palabras*. 398e-399c.

2. El vocablo utilizado por los romanos:

Sabemos, por estudio, que la ciudad romana tiene en su origen caracteres muy similares a los de la polis griega (unidad religiosa, grupo social reducido y participación ciudadana) que, al contrario del griego, el romano tiene conciencia de la existencia de una *res publico* diversa de los intereses privados y la proyecta en la distinción entre un derecho 'público' y un derecho 'privado'.⁷

Cicerón en sus grandes obras políticas, '*De republica*' y '*De legibus*', habla de la necesaria relación entre la forma oligárquica y las formas populares.

La definición de Cicerón sobre *res publica*, entiende que *res* es del pueblo; pero con la condición de considerar al pueblo a aquella multitud reunida sobre la base de un consenso sobre el derecho y de una comunidad de intereses.⁸

La palabra *politeía* fue vertida al latín por Cicerón con el término *constitutio*, forma sustantiva abstracta de *constitutus*, que significa constituido y deriva del verbo *constituere*, que significa constituir.

El sentido que Cicerón le dio al vocablo *constitutio* como denominación de la estructura socio-jurídica de la comunidad política, no se difundió, presumiblemente porque el libro de su autoría en que lo vertió, '*De re publica*', estuvo perdido desde los primeros siglos de la Edad Media hasta el año 1822, en que se lo encontró en un palimpsesto de la Biblioteca Vaticana.

En Roma el nombre de *constitutio* indica el acto legislativo en general o su resultado: *constituere iura*.

En el Digesto 1.4.1 se establece que *constitutio* es lo que el emperador ordena (*principi placuit*), y que tenía fuerza de una ley (lex).

⁷ SÁNCHEZ FREÍS, Remedio, 1993. *Introducción al Estado constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, España, Pág. 33.

⁸ CICERÓN. *De re publica*. (I, XLV).

Posteriormente evolucionó hacia el “estatuto de una *civitas*”.

Al utilizar la palabra *status*, que en su léxico equivale a sistema, por lo cual dice *rei publicae status para expresar el régimen político de la comunidad*.

Constituere era sinónimo de *condicere*, que significa ‘juntos decir’, o sea, un concurso de voluntades.

En tiempos de Gayo y Ulpiano –siglos II y III de nuestra era– respectivamente se popularizó un nuevo significado de *constitutio*, integrando la locución *Constitutio Principes*, Constitución del Príncipe.

En lo escrito por Gayo: “*Constitución del Príncipe es lo que el Emperador establece por decreto, por edicto o por epístola*”.

Según Ulpiano: “*Lo que al Príncipe le place tiene fuerza de ley, ya que por la Ley Regia, que se estableció acerca de su potestad, el Pueblo transfirió al Príncipe todo su Imperio.*”

El Digesto de Justiniano (siglo V) adoptó la doctrina de los precitados jurisconsultos, disponiendo, en consecuencia, que *las Constituciones del Príncipe* son los preceptos dictados por el Emperador como Jefe del Estado, y que tales preceptos obligaban a los súbditos por la sola voluntad del Príncipe, sin que fuese menester el consentimiento del Senado y del Pueblo

El término *lex*, ley, quedó reservado para designar a las disposiciones sancionadas con la participación de los órganos específicamente legislativos, a saber, el Senado y el Pueblo.

3. ¿Qué pasó en la Edad Media?

La Escolástica, que utilizaba como lenguaje un latín disminuido, crea el helenismo *politia* para nombrar a la Constitución de la comunidad. Por su parte, el jurista Bartolo de Sassoferrato⁹, influenciado por la Escolástica, también adopta dicho neologismo.

⁹ SASSOFERRATO, Bartolo. ya fue famoso en su tiempo, con el tiempo fue recordado como el mejor jurista tras el renacimiento del Derecho romano. El hecho es que se promulgaron leyes

La misma denominación utiliza **San Alberto Magno** y su discípulo **Tomás de Aquino**, al igual que el poeta italiano **Dante Alighiere**.

Alberto Magno, en el medioevo, al traducir el término Constitución vuelca al latín la frase de Aristóteles, ' *tós kyrion tés poiteias* ' con la expresión *quid dominans politiae*, esto es, "el que domina en la Constitución real".

De la misma manera, en el Renacimiento, **Bernardo Segni**, la traduce al toscano mediante la locución *quella parate che nella Città ha ad asseré Padrona*, esto es, "la parte de la comunidad política que es dominadora", sino además, cuenta con la opinión del gran comentarista moderno de la *Política* de Aristóteles, **W. L. Newman**, que asegura que las denominadas voces griegas denotan, "la clase social preponderante en la comunidad".

Los tratadistas españoles de la alta Edad Media y de la Contrarreforma castellanizaron la palabra *politía* de los escolásticos, llamando *policía* al régimen político.

Los múltiples significados de *politeía*, que ya conocemos, se tradujeron al español con el término *policía*, y Cervantes lo utilizó, especialmente, para denominar a los buenos modos en el trato social, esto es, lo que se entendemos por urbanidad.

Los juristas franceses tradujeron con el término *pólíce* el helenismo de la escolástica, pero acuñaron el término *politesse* para expresar la urbanidad en las relaciones sociales.

Actualmente, se utiliza el término *policía*, exclusivamente, para denominar a la fuerza pública que tiene a su cargo cuidar por el mantenimiento del orden jurídico concebido por la Constitución.

Es a comienzos del siglo XI que aparecen los mercaderes, las ciudades dotadas de regímenes políticos: se hace una relectura del derecho romano de Justiniano y florecen centros de educación y de estudio de filosofía y teología.

en España (1427 y 1433) y en Portugal (1446) que decían que sus opiniones deberían ser seguidas en aquellos casos en los que los textos de jurisconsultos romanos y las glosas de Accurso guardasen silencio. Incluso en Inglaterra, en donde el Derecho continental que Bartolo trabajó no se aplicaba, a Bartolo se le tenía en gran estima. Influenció a escritores civilistas como Alberico Gentili y Richard Zouche.

Con el fenómeno de la aparición de las ciudades se hace necesaria la constitución de los ordenamientos de las ciudades, que se dictan sus formas de gobierno, pero también en gran medida aparecen disposiciones de carácter participativo.¹⁰

Es en este periodo de la Edad Media y los inicios de la modernidad, que el cuerpo de leyes fundamentales dados por el Príncipe con la participación de los súbditos recibían el nombre de ordenanza, estatuto o carta¹¹. Pero, se utilizaba la denominación de Constitución para designar la ley sancionada por la sola voluntad del rey.

Recordemos que en la alta Edad Media y en la época del absolutismo moderno los países europeos receptaban el Código de Justiniano, llamarón "Constitución del Príncipe", a las leyes importantes dictadas por la sola decisión del monarca.

Como España, Francia e Inglaterra fueron reinos de ciudades, el término constitución se utiliza como instrumento de carácter legislativo por medio del cual los reyes daban franquicias o privilegios a los individuos de una comunidad política –burgos, villas o ciudades-

Las constituciones se entendieron como pacto y por éste se define el estado jurídico de una colectividad, de un territorio, de una ciudad.

La doctrina de **Santo Tomás de Aquino**, sostuvo la supremacía de la comunidad política con un principio de autoridad encarnado en el príncipe.

La doctrina de limitación de los poderes del rey se pone de manifiesto en la Carta Magna de 1215, se considera tal a un contrato suscrito por el rey y todos los ricos, laicos y eclesiásticos, que tenía por objeto poner por escrito el conjunto de derechos que por tradición correspondían al clero, a los vasallos del soberano, a todos los hombres libres, a los mercaderes y a la comunidad de la

¹⁰ FIORAVANTI, Mauricio; 2001, *Constitución*, Trota, Madrid, España, Pág. 34.

¹¹ (N. del A. Pensemos que *La Carta Magna*, dada siempre como ejemplo del constitucionalismo inglés, fue pactada en 1215 entre los Barones ingleses y el rey Juan sin Tierra).

ciudad de Londres. Se buscaba limitar algunas de las prerrogativas del rey, como el condicionamiento de la imposición de tributos, o de cargas de distinto tipo, a su aprobación por parte de los obispos, de los condes y de los barones mayores.

Por último en el siglo XIII, a finales de la Edad Media, aparecen el Parlamento inglés, los Estados Generales en Francia, las Cortes en la península ibérica, los Landtage – las Asambleas territoriales – en Alemania.

Asimismo, surge el fenómeno de los Municipios (*Comuni*) formados por una progresiva agregación de familias de origen señorial, y después por otros estamentos de origen popular, por las corporaciones de las artes y de los oficios, así como por los “príncipes mercaderes”.

4. La terminología usada en la Época Moderna:

Ya en la Modernidad, a fines del siglo XVIII, **Jacobo Benigno Bossuet**¹², que emplea la palabra *pólite* para denominar al régimen político, usa también el vocablo *constitución*, sin embargo, es notorio que llega a esta acepción por su cuenta, derivándola del significado que esa palabra tiene en la fisiología como la intrínseca disposición de los elementos del cuerpo humano de cada individuo. Bossuet, generaliza en el vocabulario político del siglo XVIII el término Constitución.

Montesquieu, en su *Espíritu de las leyes*, utiliza para denominar el régimen político el término de Nación.

Rousseau llama “*forma de gobierno*” a la estructura de poder; “*leyes políticas*” y “*leyes fundamentales*” a la correspondiente sobre estructura jurídica; y “*contrato social*” a la hipotética decisión originaria del pueblo fundando la comunidad política con el fin de que

¹² BOSSUET, Jacques Bénigne, Fue un destacado clérigo, predicador e intelectual francés. Defensor de la teoría del origen divino del poder para justificar el absolutismo de Luis XIV.

cada uno de sus miembros goce de los derechos naturales. Emplea el vocablo Constitución, para designar la Constitución interna, íntima de la comunidad, a la Constitución histórica.

Tanto Montesquieu como Rousseau, que tanta influencia ejercieron sobre los revolucionarios del siglo XVIII, no dieron al término Constitución el significado final que aquellos adoptaron.

El nuevo sentido de dicho término fue obra del gran jurista **Emer de Vattel**¹³, nacido en el año 1714 en Neuchatel, ciudad que en ese entonces pertenecía a Prusia, y en la actualidad a Suiza.

Vattel conceptúa la Constitución del Estado como *"el reglamento fundamental que determina la forma en que la autoridad pública debe ser ejercida"*. Mediante ella, *"la Nación obra en calidad de Cuerpo Político; se ve cómo y por quién el pueblo debe ser gobernado, cuáles son los derechos y cuáles son los deberes de los que gobiernan"*.

Según Vattel:

"es la Constitución del Estado la que decide de la perfección de éste y de su aptitud para llenar los fines de la Sociedad; en consecuencia, el más grande interés de la Nación que forma una Sociedad Política, es elegir la mejor Constitución posible y la más conveniente a las circunstancias".

Y agrega Vattel: *"Si la Nación considera que es mala su propia Constitución, tiene derecho a cambiarla. No hay ninguna dificultad en el caso que decida unánimemente éste cambio, pero la dificultad existe cuando hay desacuerdo"*, Vattel considera que en esos casos debe aceptarse el sentido de pluralidad por el de la Nación entera. Por la misma razón, entonces dice Vattel, que *"una Nación puede cambiar la Constitución del Estado por la pluralidad de sufragios"*. *"Ahora bien: la Nación puede confiar el ejercicio del Poder Legislativo*

¹³ VATTEL, Emer de (1714 – 1767) 'El Derecho de gentes, o los principios de la ley natural, aplicado a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos' (Londres, 1758). Emerich De Vattel Jurista suizo, egresado de la Universidad de Ginebra, es uno de los gigantes del derecho internacional. Vattel es definitivamente heredero de la tradición y escuela racional del derecho natural que surge junto con la Reforma.

al Príncipe, o a una Asamblea, o a esta Asamblea y al Príncipe conjuntamente”.

Se plantea la cuestión si su poder se extiende a la posibilidad de cambiar la Constitución del Estado. Vattel considera que la Constitución del Estado debe ser estable; y puesto que la Nación la estableció primeramente y recién después confió el Poder Legislativo a ciertas personas, las Leyes fundamentales están exceptuadas de su Comisión. Nada nos autoriza a pensar que la Nación ha querido someter su propia Constitución a la voluntad de los legisladores. Y concluye Vattel: *“Nosotros hemos reconocido el Derecho de la Nación para cambiar la Constitución, eligiendo el expediente para serlo”*.

Es Vattel el que introduce, con su importante *Tratado sobre el Derecho de Gentes*¹⁴, **del año 1758**, en el vocabulario político el significado moderno del término Constitución.

Asimismo, formula la idea revolucionaria de Constitución, al afirmar que el derecho de darla y cambiarla pertenece a la Nación, y distingue claramente entre poder constituyente y poder constituido.

La doctrina de Vattel fue utilizada por los revolucionarios de las colonias inglesas en Norteamérica. **James Otis**, un joven y brillante abogado de Boston que en 1764 redactó el panfleto denominado *‘El derecho de las Colonias Británicas abonado y probado’*, tenía al jurista suizo por uno de los grandes maestros del derecho natural, según explica Samuel Adams; que también se inspira en Vattel para redactar su recordada *‘Carta Circular de Massachusetts’* de 1768.

En esa época, cuando comienza la lucha de las Colonias norteamericanas para desligarse de la metrópolis y, en su consecuencia, principian a darse leyes fundamentales por su exclusiva decisión se recurre al **vocablo “Constitución” para llamar a los estatutos organizadores de la comunidad política dada por la exclusiva voluntad del pueblo, en contraposición**

¹⁴ VATTEL, Ermer de, 1758, *Le Droit des Gens*, Liv. I, chap. XII, Edic. A Londres, Tome I, Londres, Inglaterra, pág. 31-38.

de las "Constituciones" del rey, que como tal consideraban a las Instrucciones del gobierno inglés respecto del manejo de las Colonias.

El Congreso de los Estados Unidos en mayo del año en que se declara la independencia de la Confederación, en julio de 1776 resolvió que los Estados de la Confederación se dieran sus propias Constituciones.

En estas constituciones se encuentra el modelo y el uso de la terminología Constitución por los países europeos. La primera Carta Constitucional aparecida en Europa fue la promulgada en Francia el 3 de septiembre de 1791.

El 29 de diciembre de 1780, el Congreso de los EEUU, ordenó la impresión de "las Constituciones" o Formas de gobierno de los diferentes Estados.

Esta versión de las Constituciones de los Estados de la Confederación fue la fuente formal de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Revolución Francesa.

En apariencia, las Constituciones escritas originadas en el siglo XVIII desconocían los factores reales de poder, pues consideraban que "todo el pueblo" era el llamado "Tercer Estado", compuesto por la burguesía. Por ese motivo esas Constituciones, al igual que las actuales, le delegaba al "pueblo" la soberanía política.

El Tercer Estado, es decir, la burguesía se estimaba a sí misma como una sociedad completa, según lo expresa Sieyes en su escrito de 1789¹⁵.

A partir de la Revolución francesa se ha diferenciado dentro de la organización de la comunidad, el Estado de la Sociedad, formulado a partir de Sieyes, vocero de la burguesía en la lucha contra el absolutismo monárquico del siglo XVIII, y recogida por la filosofía liberal del siglo XIX.

¹⁵ SIEYES, Emmanuel Joseph, 2003, *¿Qué es el tercer Estado?*, Edicomunicación S.A., España, Barcelona, Pp. 19 y sgtes.

Es a partir de **Thomas Hobbes**¹⁶, donde el proceso de institucionalización del estado señala el paso de la doctrina del derecho natural, a la teoría del estado como contrato social.

A la manifestación de Hobbes se agregó el pensamiento de **John Locke**¹⁷, quien explicaba que en principio los individuos no constituyen un estado, sino que acuerdan formar una sociedad contractual, semejante a una sociedad anónima donde los individuos prósperos —los príncipes burgueses¹⁸— participan libremente para beneficiarse unos a otros, legitimando sus propiedades a través del estado y la ley, independientemente del poder absoluto y arbitrario del príncipe. Siendo aquellos, los príncipes burgueses, los nuevos factores reales de poder en la Sociedad¹⁹.

Posteriormente, tanto **Edmund Burke**²⁰ como **Ferdinand Lassalle**²¹ destacan que la parte fundamental de la Constitución son los factores reales de poder. Estableciendo la división entre Constitución formal y Constitución material.

Para Ferdinand Lassalle la Constitución material es la realidad social. Sostuvo que las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas sino cuestiones de poder. Decía que la Constitución es “una hoja de papel”. Agregaba que la Constitución verdadera de un país es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad. La Constitución escrita, o es expresión de esa relación real de fuerzas, o no sirve para nada.

¹⁶ HOBBS, Thomas, 1994, *Grandes Obras del pensamiento. Leviatán (I)*, Ediciones Atalaya S.A., (Del prólogo de Carlos Mellizo). Barcelona, España, pp. X.

¹⁷ LOCKE, John, 1997, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Alba, Madrid, España, pp. 109.

¹⁸ Nota del autor: *Príncipes burgueses*. Con el crecimiento urbano, la Burguesía se fue estratificando y en el siglo XIII se diferenciaba dentro de ella una minoría que se llamaba el “*Patriciado*”, que estaba compuesto por poderosos comerciantes y banqueros de la ciudad y los maestros propietarios de los grandes talleres que controlaban la producción artesanal. (Papers de clase U. IV Derecho Político, UNC.)

¹⁹ VALENZUELA, Edgardo, 2012, *Autonomía de la comunidad local*, Mendoza, Argentina, Tesis doctoral inédita.

²⁰ BURKE, Edmund. escritor, filósofo y político, es considerado el padre del liberalismo-conservadurismo británico, tendencia que él llamaba *old whigs*, en contraposición con los *new whigs*. (liberales progresistas), quienes, al contrario de los *old whigs* (viejos liberales) apoyaban la Revolución francesa, de la cual Burke es un acérrimo crítico.

²¹ LASALLE, Ferdinand, 1989, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, p.45.

La distinción entre Constitución formal y material se refleja en diferentes posiciones doctrinales que son resumidas por Álvarez Conde²²: "**L. Von Stein** proclama la idea de que la Constitución debe legitimar el orden social existente". "**Carl Schmitt**²³ mantendrá la teoría decisionista de la Constitución, como acto de voluntad de poder constituyente en cuanto es la decisión política fundamental creadora de un orden nuevo, con la distinción entre Constitución y Leyes Constitucionales".

Finalmente, **Hans Kelsen**²⁴ define la Constitución, desde un punto de vista lógico-jurídico, como la Norma Hipotética fundamental del ordenamiento jurídico. Kelsen²⁵, siguiendo a Kant²⁶, elude hablar de la Constitución sociológica o material, ya que al igual que Hegel, sostiene, en beneficio de la burguesía imperante, la Teoría Idealista - Voluntarista del Estado.

En la actualidad, sosteniendo el pensamiento sociológico como fundamento de la Teoría del Estado, la doctrina italiana a través de **Maurizio Fioravanti**²⁷ referirá a la *Constitución en senso materiale*, según la expresión, utilizada por **Costantino Mortati**²⁸ en su célebre escrito de 1940. En ella, se refleja la estructura fundamental de una sociedad y por ella la define *como la fuerza resultante de la organización de un grupo social* que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmada²⁹.

²² ÁLVAREZ CONDE, Enrique, 1999, *Curso de derecho constitucional.*, Ed. Tecnos, 3º ed., Madrid, España P.p. 150.

²³ SCHMITT, Carl. (Plettenberg, Prusia, Imperio alemán; 11 de julio de 1888 – ibidem, 7 de abril de 1985) fue un juspublicista y filósofo jurídico alemán, adscrito a la escuela del llamado realismo político, lo mismo que a la teoría del orden jurídico.

²⁴ KELSEN, Hans, 1986, *Teoría Pura del Derecho.* (www.uv.es/mariaj/textos/kelsen.pdf) traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM.

²⁵ KELSEN, Hans, 1934, *Teoría General del Estado*, L. Legas y Lacambra. Madrid, España.

²⁶ KANT, Immanuel, 2015, *Principios Metafísicos del Derecho*, Heliasta SRL. Bs. As., Argentina,

²⁷ FIORAVANTI. Maurizio. *Las doctrinas de la Constitución en sentido material.* (www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/10_fioravanti.pdf)

²⁸ MORTATI, Costantino, 1988, *La costituzione in senso materiale*, (reestampa: Milano, Italia).

²⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo (Ex presidente y magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Presidente de

A partir de ese momento se recupera la noción de la realidad integral de la Constitución, frente a la ideología que presentaba la Constitución escrita, y quedan claramente conceptuadas la infraestructura sociológica (económico – cultural) y la sobreestructura dogmática (jurídica y pedagógica) de la Constitución.

La infraestructura sociológica se le llama *Constitución Real o Sociológica* y la sobre estructura Jurídica se conoce como *Constitución Jurídica*.

Este es, a partir de su vertiente etimológica, el curso que siguió el término Constitución hasta llegar al significado que actualmente tiene en la Ciencia Política y el Derecho Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, 1999, *Curso de derecho constitucional.*, Ed. Tecnos, 3º ed., Madrid, España.

KANT, Immanuel, 2015, *Principios Metafísicos del Derecho*, Heliasta SRL. Bs. As., Argentina.

KELSEN, Hans, 1986, *Teoría Pura del Derecho*. (www.uv.es/mariaj/textos/kelsen.pdf) traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM.

KELSEN, Hans, 1934, *Teoría General del Estado*, L. Legas y Lacambra. Madrid, España.

HOBBS, Thomas, 1994, *Grandes Obras del pensamiento. Leviatán (I)*, Ediciones Atalaya S.A., (Del prólogo de Carlos Mellizo). Barcelona, España, pp. X.

LASALLE, Ferdinand, 1989, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona. España.

la Academia Colombiana de Jurisprudencia) *Concepto de Constitución.*
(www.juridicas.unam.mx)

Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales

ISSN 1853-5690
Noviembre de 2015 - A5.V2.
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja.
Arg. / <http://iniure.unlar.edu.ar>

LOCKE, John, 1997, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Alba, Madrid, España-

MORTATI, Costantino, 1988, *La costituzione in senso materiale*, (reestampa: Milano), Italia.

PLUTARCO, 1822, *Moralia*, Angelo Maio, Roma, Italia, pp. 169.

SAMPAY, Arturo Enrique. 1999, *La Constitución Democrática*, Con notas y estudio preliminar de Alberto González Arzac, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina.

SÁNCHEZ FREÍIS, Remedio, 1993. *Introducción al Estado constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, España.

SIEYES, Emmanuel Joseph, 2003, *¿Qué es el tercer Estado?*, Edicomunicación S.A., España, Barcelona.

VATTEL, Ermer de, 1758, *Le Droit des Gens*, Liv. I, chap. XII, Edic. A Londres, Tome I, Londres, Inglaterra

Cita de este artículo:

VALENZUELA, E. (2015) "Origen y desarrollo del término *constitución*". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Noviembre de 2015, Año 5, Vol. 1. pp. 11-28. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ALGUNOS COMENTARIOS A LA FIGURA DE LA LESIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO UNIFICADO

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Especialista en Docencia Universitaria. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Privado VIII en la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Derecho Comercial I de la Universidad Nacional de La Rioja. Directora del Instituto de Derecho Notarial y Directora de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Desproporción,
prestaciones,
nulidad, equidad.*

Key words:

Disproportion,
allowances, nullity,
equity.

Resumen

La figura de la lesión constituye uno de las herramientas jurídicas de mayor trascendencia para la reparación del sinalagma genético. El nuevo código unificado ha seguido los lineamientos dispuestos por el código civil actual (art. 954) contemplando muy pocas reformas.

Abstract

The figure of the Lesin is one of the most significant legal bodies tools for repair of Genetic sinalgma. The new unified code has followed the guidelines prepared by the present civil code (art. 954) With very few reforms

Introducción

"...Debemos recordar que seguridad y equidad no son valores subordinantes, sino valores subordinados, y que las distintas corrientes de pensamiento que han predominado a lo largo de la evolución del derecho han buscado dosificarlos, para lograr en definitiva -mediante su adecuada combinación- la justicia..." (MOISSET DE ESPANÉS, 1976-I: 674).

La lesión constituye una de las herramientas jurídicas de mayor trascendencia para la reparación del sinalagma genético.

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

La teoría de la lesión protege el acto jurídico no permitiendo que se desnaturalice y convierta en un instrumento de explotación, para lo cual se debe tener en cuenta todas aquellas situaciones que ponen en relieve la notable desproporción en las prestaciones, sin perjuicio que se pruebe lo contrario.

En el mundo y a lo largo de la historia el instituto de la lesión ha sufrido vaivenes, producto de las políticas legislativas imperantes en los distintos países y momentos históricos.

Lesión objetiva y lesión subjetiva

La figura de la lesión ha ostentado, históricamente, dos corrientes doctrinarias distintas:

1) La lesión objetiva o enorme, que se configura en los actos bilaterales onerosos cuando existe una significativa desproporción entre las

prestaciones, sin detenerse a examinar la actitud de aprovechamiento del beneficiado, ni la situación de inferioridad de la víctima.

2) La lesión subjetiva o subjetiva - objetiva, que requiere para la configuración del vicio de lesión no solo desproporción manifiesta de las prestaciones, sino también la presencia de dos elementos subjetivos, uno relacionado con la parte lesionada (situación de inferioridad) y otro con la actitud de aprovechamiento del lesionante. Esta concepción irrumpe en siglo XIX con la sanción del código civil alemán que contempla la figura en su artículo 138. En nuestro derecho es receptada por la Ley 17.711 en el artículo 954 del Código Civil.

En definitiva, "la figura de la lesión" hace referencia al perjuicio económico sufrido por una de las partes del negocio jurídico.

Derecho comparado

En el derecho comparado, podemos observar, cuatro sistemas con perfiles distintos:

a) Códigos que rechazan la figura. Tal el criterio es adoptado por los códigos civiles de Honduras, Costa Rica, Uruguay, El Salvador, y Panamá, entre otros.

b) Códigos que aceptan la lesión en su ropaje jurídico objetivo. En estos códigos, el elemento objetivo de la figura está configurado en principio por la evidente desproporción o inequivalencia en las prestaciones a cargo de las partes. En este grupo encontramos los códigos Colombia, Chile, Francia, entre otros.

c) Otros códigos esgrimen el instituto para algunos actos jurídicos específicos como los de España y Venezuela.

d) Códigos que admiten la lesión de acuerdo con fórmulas objetivo - subjetivas. La mayor parte de los códigos civiles del siglo XX contiene el

vicio de lesión bajo fórmulas objetivo-subjetivas, contemplando no solo la desproporción manifiesta de las prestaciones que supone la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación sino además, la presencia de dos elementos subjetivos: la situación de inferioridad de la víctima y la explotación o aprovechamiento consciente de ese estado por el lesionante. Inmersos en esta concepción se encuentran los códigos de Alemania, Brasil, Paraguay, Italia y Suiza, Méjico, Bolivia, además, el Código Europeo de los Contratos y los Principios de UNIDROIT, entre otros.

e) Sistema anglosajón. En el sistema del *common law* ha predominado el rechazo de la declaración de nulidad por desproporción de las prestaciones. Sin embargo, se acepta cuando se vulnera el deber de buena fe (*duty*) que debe existir entre las partes que han celebrado un contrato. El Dr. Moisset de Espanés sostiene *"este atentado contra el "duty" se da cuando se incurre en lo que se denomina "undue influence", que podría traducirse aproximadamente por "influencia indebida" o "abuso de influencia", institución que cumple una función en cierta forma paralela a la que le corresponde a la lesión en el derecho codificado"* (MOISSET DE ESPANES, 1979:28 y ss.).

En cualquiera de los sistemas adoptados por las distintas legislaciones la conducta de las partes deben estar en armonía con la ética excluyendo cualquier conducta dolosa, Cicerón dijo al respecto: *ut inter bonos bene Asier oportet et sine fraudatione.*

Derecho argentino

a) La cuestión en el código civil.

El redactor de nuestro Código Civil, Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, con sus ideas liberales e individualistas propias de esos años no incorporó la lesión.

En la nota final del título de la Sección 2da. del Libro Segundo, sostuvo: *"...que dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos*

permitiera enmendar todos nuestros errores o toda nuestra imprudencia. El consentimiento libre prestado sin dolo, error, ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos". Además, en la nota al art. 58 del Código Civil, el legislador se refirió a la lesión manifestando: *"en la época actual, las lesiones no pueden admitirse en los contratos"*. Es decir, no cabía la posibilidad de demandar la anulación del contrato celebrado por este vicio.

No obstante, esto, la jurisprudencia de esa época utilizó como fundamento legal para la defensa de los actos lesivos lo establecido por el artículo 953, es decir, la denominada "cláusula moral": *"El objeto de los actos jurídicos deben ser... hechos que no sean... contrarios a las buenas costumbres"*.

La Ley 17.711 sancionada en el año 1968 incorporó el instituto de la lesión en el 2do. párrafo del art. 954 del C. C. con criterio objetivo-subjetivo teniendo en cuenta el aprovechamiento de una de las partes (victimario) y la víctima con su condición de inferioridad[1]. El Legislador incorporó la figura a su texto, siguiendo las aguas del tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 con algunas modificaciones y del Código Civil alemán.

b) Nuevo Código unificado:

Una reforma sistemática y profunda se llevó a cabo del Derecho Privado argentino (Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994). Nos limitaremos en esta oportunidad a realizar algunos comentarios a la actual redacción de los arts. 322 (capítulo 6, Vicios de los actos jurídicos, sección 1ra.) que establece:

Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

De igual manera que en el código actual el nuevo código determina que para que se configure la lesión es indispensable que el acto jurídico repercuta en el patrimonio de la víctima como un resultado disvalioso e ilícito, traduciéndose en un sensible desequilibrio de las prestaciones, y que el beneficiado haya obrado con el ánimo deliberado de aprovechar el estado de inferioridad de la otra parte, atentando contra la buena fe que debe regir en las relaciones jurídicas.

**Elemento subjetivo: La situación de inferioridad de la víctima:
"debilidad síquica":**

El artículo señalado establece los tres elementos fundamentales que configuran la figura de la lesión subjetiva: 1. La víctima debe padecer una situación de inferioridad: necesidad, debilidad síquica o inexperiencia; 2. debe haber explotación del victimario; 3. el lesionado debe haber sufrido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Como primer y significativo cambio en el referido artículo, debemos señalar que, entre los estados de inferioridad del elemento subjetivo en que debe encontrarse el lesionado, se encuentra el de "debilidad síquica".

Podríamos decir que la debilidad síquica es la situación de inferioridad en la que se encuentran las personas que se hallan en estados patológicos de debilidad mental, o que padecen determinadas deficiencias psíquicas o de

conducta, que disminuyen el razonamiento e impiden el discernimiento necesario para medir las consecuencias de sus acciones, o en situación de prodigalidad, que sitúan a la víctima en estado de inferioridad, tornándola vulnerable e indefensa.

El estado psíquico de debilidad mental no solo comprende los casos en los cuáles la víctima se encuentra habitualmente disminuida; sino además, los de inferioridad mental como la toxicomanía.

En conformidad a la nueva versión de la figura de la lesión ya no habría discusión acerca de otros individuos que puedan quedar amparados dentro de la norma, ya no debe ser interpretada con sentido amplio, alcanzando a todos los individuos que, en razón de disminuciones físicas, se encuentren en situación de inferioridad como por ejemplo, quienes padecen de ceguera, parálisis total, o quienes tienen avanzada edad, si bien no padecen de senilidad (RIVERA, 1992:515). Asimismo, la debilidad síquica no puede ser interpretada como una conducta imprudente o negligente de la víctima (MOISSET DE ESPANES, 1980: 92).

La condición de inferioridad de la víctima ha sido legislada de diversas formas en el derecho comparado, a saber:

El código italiano en el artículo 1448 establece: "...necesidad"; el código de Polonia (artículo 388) expresa: "... la penuria, impotencia o inexperiencia de la otra..."; el artículo 21 del Código de las Obligaciones de Suiza expone: "...penuria, ligereza e inexperiencia..."; Paraguay reguló la lesión en su artículo 671 de su código unificado, así: "...necesidad, la ligereza o la inexperiencia..."; el Código Europeo de los Contratos consagra: "... abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte... "; los Principios de UNIDROIT, en el artículo 3.10 dice: "... Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la impugnante, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación... ". El código mexicano (artículo 7.55) legisla

sobre la lesión en los contratos: disponiendo "... Cuando alguno explotando la ignorancia, inexperiencia, miseria o el estado de necesidad de otro...".

No obstante lo legislado por nuestro código unificado, pensamos que hubiera sido conveniente incorporar al nuevo código unificado otros factores subjetivos relacionados con la víctima del acto lesivo como: el poder proveniente de la autoridad que el lesionante posee sobre la víctima, la condición económica, social o cultural que no permite la comprensión del alcance de las obligaciones contraídas, la presencia de una relación de confianza entre las partes, tal cual lo contemplaba el Proyecto de 1998 en su art. 327.

La desproporción de las prestaciones:

La desproporción debe existir en el momento del otorgamiento del acto, y no debe necesariamente subsistir hasta el momento de promoverse la correspondiente demanda, estando a cargo de quien la alega probar la existencia de la misma.

El artículo 322 del nuevo código ha seguido los lineamientos de nuestro actual código civil, como así también los establecidos en el Proyecto de Código Civil de 1998 que señaló: *"la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda"*, los del Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448) que dispone: *"la lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda"*, y los del III Congreso Nacional de Derecho Civil que recomendó: *"La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción"*, entre otros.

Hay autores que sostienen que la inequivalencia de las prestaciones debe permanecer hasta la interposición de la demanda, alegan que pueden surgir cuestiones ajenas a las partes y desaparecer la desproporción y en tal caso no se podría entablar la demanda, pues faltaría el elemento objetivo indispensable para iniciar esta acción (CIFUENTES, 2003: 366).

Estimamos que es injusto exigir que deba subsistir la inequivalencia de las prestaciones hasta la interposición de la demanda porque en épocas de

desvalorización monetaria desaparece la desproporción de las prestaciones (MOISSET DE ESPANES, 1979: 176).

Asimismo, también sería injusto negarle el derecho a interponer la acción a la lesionada cuando el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se haya operado por obra de la víctima o por culpa del lesionante. En las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se dijo que: *"El restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa de la parte aprovechadora"* es una excepción al requisito de subsistencia de la desproporción de las prestaciones al tiempo de la demanda. Luego, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se recomendó que dicho requerimiento no debe regir *"cuando, habiendo desaparecido aquella subsiste, sin embargo, el daño experimentado por el lesionado"*. Tampoco, se puede obstaculizar el ejercicio de la acción cuando el valor del bien cambie por cualquier circunstancia, como por ejemplo por hechos de la naturaleza, expropiaciones en la zona, reducción de medios de comunicación, destrucción de vías de comunicación, o que se convierte en único, etc., en estos casos el valor real de la cosa se equipara al momento de la demanda con aquel precio pagado.

En el código civil de Francia, el artículo 1675 exige que la desproporción exista *"en el momento de la compraventa"*, lo que llevó a los juristas franceses a aseverar que la lesión debe existir en el momento en que se celebra el contrato, aunque resulte inexistente en el momento de entablar la acción.

El art. 671 del cód. Paraguayo nada dice sobre el momento en que debe estimarse la desproporción, ni tampoco sobre si esta debe subsistir o no al tiempo de la interposición de la demanda. El Código Civil italiano establece que para entablar la acción de lesión es ineludible que la inequivalencia de las prestaciones subsista al momento de incoar la demanda.

Legitimados para iniciar la acción:

En relación a los legitimados para iniciar la acción sostenemos que se debe incorporar a los acreedores cuando la víctima es insolvente

El artículo 322 del código unificado ha sido muy claro y siguiendo al artículo 954 del actual código determinó que la acción sólo puede ser entablada por la víctima o sus herederos, es decir, que se acepta que la transmisión sea "*mortis causa*", en razón de que los herederos, en nuestra legislación, ocupan el lugar del causante.

De esta forma no permite transmitir la acción por un acto entre vivos, o por un acreedor de la víctima.

En cuanto a los acreedores de la víctima, el Dr. Moisset de Espanés, erudito y laureado estudioso de la figura de la lesión, sostiene que hay que diferenciar la situación de solvencia de la víctima de la de insolvencia. Si el lesionado fuese solvente los acreedores podrían cobrar sus acreencias de otros bienes, por lo tanto, no tendrían ningún interés en incoar la acción correspondiente. Pero si el lesionado no fuese solvente y no entablara la acción, afectaría los derechos de los acreedores y en tal caso procedería la acción correspondiente aunque el tercero no conociera la situación de insolvencia del lesionado (MOISSET DE ESPANÉS, 1954: 550).

Plazo para entablar la acción:

El art. 954 del Código Civil de Vélez Sarsfield establece que la acción de nulidad para la acción que protege contra los actos lesivos *prescribe a los cinco años de otorgado el acto*, no obstante, ello, el nuevo Código unificado contempla en el artículo 2563 Inc. "e" un plazo de *prescripción de dos años a contar desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debe ser cumplida*.¹

¹ Artículo 2563.- Cómputo del plazo de dos años. "*En la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos, el plazo de cuenta:... inc. e) en la lesión, desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida*".

Con respecto al plazo de la acción, consideramos que debe ser de *caducida* y de un año, a contar desde el momento en que la víctima cumple o debió cumplir con su prestación. La doctrina critica esta solución porque el Código Civil de Vélez Sarsfield establece que la única forma de decaimiento de las acciones que consagra en razón de los vicios de un acto, se origina mediante la prescripción. No obstante ello, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en el año 1961, algunos juristas manifestaron la necesidad de establecer un plazo de caducidad, el cual no debía exceder de un año, computándose a partir de la fecha de celebración del acto. En el nuevo Código Civil y Comercial unificado el término caducidad ya no es confuso y ajeno a nuestra ley puesto que legisla expresamente sobre la caducidad en el capítulo cuatro (art 2566 y sig.).

Tanto en la caducidad como en la prescripción es el *tiempo* el factor extintivo de una acción o de un derecho que no se hizo valer en un plazo previamente establecido.

En relación a las diferencias entre prescripción y caducidad relacionadas con el tema expresaremos que:

a) la prescripción extingue la acción judicial correspondiente, dejando subsistente la obligación con carácter natural, en tanto que la caducidad hace fenecer el derecho, es decir, que la primera permite que una obligación civil se transforme en natural en tanto que la segunda extingue totalmente el derecho; (el artículo 2566 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que la caducidad extingue el derecho no ejercido).

b) la prescripción está sujeta a causales de interrupción o suspensión, por el contrario la caducidad no está sujeta a estas causales (el artículo 2567 del nuevo código unificado manifiesta que los plazos de caducidad no se suspenden).

Por todo lo expuesto, para el instituto de la lesión sería más propicio fijar un plazo de caducidad y de 1 año comenzando a contar desde la fecha en que la víctima cumplió con su prestación, porque a partir de ese momento

se encuentra libre de su estado, pues que ya ha recibido del lesionante la prestación pactada y ha remediado su necesidad.

La acción concedida a la víctima es irrenunciable en forma anterior o coetánea al acto jurídico celebrado:

Sería acertado prohibir la renuncia anticipada de la acción concedida, no obstante esto, el lesionado podría confirmar el acto una vez desaparecidas las causas que originaron el aprovechamiento, (MOISSET DE ESPANES, 1979:196).

Esta renuncia es una defensa que la ley debe brindar al lesionado que se encuentra en inferioridad de condiciones frente al más fuerte que lo explota inicualemente. Solo cuando ha desaparecido ese estado, el lesionado puede renunciar, pues de lo contrario la renuncia adolecería del mismo vicio que contenía el acto jurídico celebrado (MOISSET DE ESPANES, 1980:5 y sigs.).

La acción concedida a la víctima debe ser de rescisión o de modificación del acto lesivo:

La lesión no constituye un vicio relativo a la formación del acto o negocio jurídico, que afecte a sus elementos internos (discernimiento, intención o libertad) y consiguientemente a la formación de la voluntad del otorgante. El acto lesivo ha sido realizado voluntariamente y se lo priva de eficacia porque atenta contra la buena fe.

La acción de rescisión es el remedio adecuado para los negocios jurídicos que estén afectados de ineficacia y no de invalidez (MOISSET DE ESPANES, 1979: 246).

La declaración de ineficacia ocurre con posterioridad y posee efectos *ex nunc*, es decir, no puede afectar los derechos o intereses que hubieren podido adquirir terceras personas sobre el bien, (la rescisión opera retroactivamente solo para las partes). La ineficacia puede alcanzar al acto en forma parcial permitiendo que el acto conserve su validez (MOISSET DE ESPANES, 1979: 246).

Esta acción de rescisión permite que se ejerza subsidiariamente la acción de modificación del acto que permite eliminar el daño y restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Por todo ello consideramos que la acción de rescisión y de modificación son los remedios apropiados para los actos lesivos.

En el derecho comparado encontramos algunos códigos que contemplan estas acciones en sus legislaciones, por ejemplo: el Código de Italia en su artículo 1449 manifiesta que: *"La acción de rescisión se prescribe en un año de la conclusión del contrato..."*, y en el artículo 1450 admite: *"la recomposición de las prestaciones..."*. En el artículo 21 Del Código Único de las obligaciones de Suiza establece que: *"... la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, declarar que rescinde el contrato"*. También, en el mismo artículo contempla la reducción o el aumento de la prestación.

El Código Europeo de los Contratos establece en el artículo 156: *"... derecho a rescindir el contrato queda sometido a un plazo de prescripción de un año desde la fecha de la conclusión del contrato"*, pero no permite la recomposición de las prestaciones.

El instituto de la lesión se fundamenta, en la existencia de significativos desequilibrios contractuales, complementada de otros elementos propios de la figura.

Conclusión

La lesión implica la garantía y protección de aquellos individuos que si bien fueron conscientes de la celebración de un negocio desfavorable no pudieron evadirlo ni fueron capaces de cambiar las condiciones del mismo por encontrarse en una situación de inferioridad.

Sería injusto admitir la validez de un contrato celebrado bajo esas condiciones, como así también la inexistencia de instrumentos que permitan rescindir o alterar aquellos pactos.

Nuestros jueces han hecho aplicación de este instituto con suma cautela, disipando todo riesgo de inseguridad. Y, a veces, diríamos que han actuado con excesiva cautela.

La equidad es la justificación, el apoyo moral de la lesión como vicio de los actos jurídicos. Debemos tener esto en cuenta, porque de lo contrario tendremos que aceptar que hemos retrocedido en relación a lo que nos enseñaba Pothier.

En definitiva, el nuevo código unificado ha seguido los lineamientos dispuestos por el código civil actual (art. 954) contemplando muy pocas reformas.

Bibliografía

BORDA, Alejandro, 1998, "La lesión. A treinta años de la Ley 17.711 y de cara a las XVII Jornadas nacionales de Derecho Civil", EL DERECHO, t. 179, 6, Argentina.

BORDA, Alejandro, 1999, "Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de lesión. Apuntes sobre el proyecto de Código Civil de 1998", LA LEY, tomo E, Argentina.

BORDA, Guillermo A. 1980, Tratado de Derecho Civil. Parte general II. ed. Perrot, Bs. As, Argentina.

BORDA, Guillermo A., 1985, "Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos", LA LEY, tomo D, Argentina.

BORDA, Guillermo A., 1971, La reforma de 1968 al Código Civil, ed. Perrot, Bs. As., Argentina.

BORDA, Guillermo A. y BORDA, Alejandro, 2005, Tratado de Derecho Civil: Contratos, ed. Abeledo Perrot/Lexis Nexis, Argentina.

BREBBIA, Roberto H., 1998, "Los vicios de la lesión subjetiva y simulación en los actos jurídicos", LA LEY, tomo F. Argentina.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, 1982, "La presunción legal en la lesión subjetiva", LA LEY, tomo D. Argentina.

CIFUENTES, Santos, 2003. Elementos de Derecho Civil. Parte general II B, ed. Alveroni, Córdoba.

CROVI, Luís D., 1998, "El vicio de lesión en los acuerdo transaccionales", JURISPRUDENCIA ARGENTINA, tomo -III, Argentina.

CROVI, Luís D., 1998, "La lesión en los negocios jurídicos", JURISPRUDENCIA ARGENTINA, tomo I 6, Argentina.

DI CIÓ, Alberto A., 1991, "La lesión subjetiva en el art. 954 del C. C", EL DERECHO 40, Argentina.

DI PAOLA, Ricardo A., 1994, "Algunas cuestiones acerca del vicio de lesión", LA LEY, tomo B, Argentina.

FREIRE AURICH, Juan Francisco, 1998, "Lesión subjetiva: Inadmisibilidad del ofrecimiento subsidiario del reajuste equitativo del contrato", LA LEY t. C. Argentina.

GARIBOTTO, Juan Carlos, 1989, "El vicio de lesión. Evolución en el derecho civil argentino", EL DERECHO, t.130, Argentina.

GENTILI, Aurelio, 2004, "Dejure: lequilibrio del contrato nelle impugnazioi", Revista di Diritti Civile, n. 1, ed. CEDAM, Padova, Italia.

MOISSET de ESPANÉS, Luís, 1974, "Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento", JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

MOISSET de ESPANÉS, Luís, 1970, "La lesión (artículo 954 del Código Civil) y algunos códigos modernos", JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

MOISSET de ESPANÉS, Luís, 1979, "La lesión en los actos jurídicos" (tesis doctoral), impresa en la Universidad Nac. de Córdoba, Argentina.

MOISSET de ESPANÉS, Luís "La lesión subjetiva y sus elementos", LA LEY 1984-B, Argentina.

MOISSET DE ESPANÉS Luis, "El abuso del derecho", <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho>.

MOISSET de ESPANÉS, Luís, 1980 "Lesión (art, 954 Cód. Civil). Problemas de la "renuncia anticipada" y de la "confirmación" del acto viciado", LA LEY, tomo A, Argentina.

MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La lesión y el art. 671 del nuevo código civil de Paraguay", <http://www.acader.unc.edu.ar>. Argentina.

MOISSET de ESPANÉS, Luis, 1974, Lesión subjetiva Algunos problemas vinculados con la aplicación del nuevo artículo 954 del Código civil, <http://www.acader.unc.edu.ar>. Argentina.

MOLINA, Juan Carlos, 1969, Abuso del derecho, lesión e imprevisión, ed. Astrea, Bs. As. Argentina.

MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro, 1999, "La lesión subjetiva en materia comercial", LA LEY, t. B, Argentina.

MORIXE, Horacio, 1929, Contribución al estudio de la lesión, ed. La facultad, Bs. As, Argentina.

PIZARRO, Ramón Daniel, 1997, "La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el artículo 954 del Código Civil", JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

RAFFO VENEGAS, Patricio y Sassot, Rafael Alejandro, 1971, "La lesión", JURISPRUDENCIA ARGENTINA. Argentina.

RECABARREN, Guillermo Max Petra, 1971, "El instituto de la lesión en la historia", JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

RECABARREN, Guillermo Max Petra, 1971, "La lesión objetiva-subjetiva", JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

RIVERA, Julio Cesar, 1994, Instituciones del derecho civil. Parte general, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina.

RIVERA, Julio Cesar, 1985, Homenaje al Dr. Guillermo A Borda, ed. La Ley, Bs. As. Argentina.

RIVERA, Julio Cesar, 1999, "La lesión en el proyecto de código civil de 1998", LA LEY, tomo F. Argentina.

RIVERA, Julio Cesar, 1992, Instituciones de derecho civil. Parte general, Abeledo- Perrot, Buenos Aires,

RIVERA, Julio Cesar, 1977, "Prueba de la simulación y la lesión". Revista de Derecho Privado y Comunitario, n. 12, ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. Argentina.

SINGER, Ignacio, 1974, "Acerca de la posibilidad de ofrecer en subsidio el reajuste en la acción por lesión", JURISPRUDENCIA ARGENTINA, tomo 24. Argentina.

SPOTA, Alberto, 1966, "La lesión subjetiva. Una doctrina Argentina", LA LEY, 122, Argentina.

SPOTA, Alberto, 1952, "La lesión subjetiva", LA LEY t. 6, Argentina.

SPOTA Alberto G. SAGO, Jorge, 1999, "La lesión en la Ley 17.711", EL DERECHO t. 180, Argentina.

VENINI, Juan Carlos, 1970, "Lesión subjetiva", JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

VENINI, Juan Carlos, 1977, "Recapitulando sobre la "lesión", tomo I, JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

ZAGO, Jorge A, 1981, El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión, ed. Universidad, Argentina.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2015) "Algunos comentarios a la figura de la lesión en el nuevo Código Unificado". Revista IN IURE [en línea] 15 de Noviembre de 2015, Año 5, Vol. 2. pp. 29-45. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LAS CAMPAÑAS ELECTORALES NEGATIVAS

Guillermo Eduardo Elías Sánchez

Abogado y Procurador. Adjunto en la
Cátedra de Derecho Internacional Público
y Comunitario Universidad Nacional
de La Rioja. Carreras de Abogacía,
Escribanía y Ciencias Políticas.

Palabras claves:

*Proceso electoral.
Campañas electorales.
Comunicación política.*

Key words:

*Electoral process .
Election campaigns.
Political communication.*

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito el examen de los caracteres que exteriorizan las llamadas campañas políticas negativas que son aquellas en las cuales los candidatos en un proceso electoral, tratan de posicionarse socavando la reputación del candidato opositor.

Abstract

This paper aims examining the characters calls externalize negative political campaigns are those in which candidates in elections , try to position undermining the reputation of the opposition candidate .

I) INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis de los caracteres que presentan las llamadas campañas políticas negativas que son aquellas en las cuales los candidatos en un proceso electoral, buscan posicionarse socavando la reputación del candidato opositor para que se degraden las percepciones que de él tienen los votantes. El interés por el análisis de este aspecto de la comunicación política está dado en que si bien desde hace varias décadas la comunicación negativa es utilizada en las campañas electorales, en los últimos años se ha notado un incremento en este tipo de prácticas. Es así como se evidencia que en los procesos electorales se imponen las tácticas de ataque, las descalificaciones y la maximización de los errores de los opositores, por sobre las propuestas concretas de los candidatos como plan de acción.

II) COMUNICACIÓN POLÍTICA

La comunicación política es un área interdisciplinar que toma conceptos de la comunicación, la ciencia política, el periodismo, la sociología, la psicología, la historia y otros campos relacionados. Su objeto de estudio es el papel de la comunicación en el proceso político. Es decir, analiza el modo en que la política es comunicada por los políticos y los medios de comunicación a los ciudadanos, estudiando las relaciones entre los procesos comunicativos y los procesos políticos. (García Beaudoux y otros: 2005:14).

Por su parte Wolton la define como el espacio en que se intercambian los discursos contradictorios de los tres actores que tienen legitimidad para expresarse públicamente sobre política: los políticos, los periodistas, y la opinión pública a través de los sondeos. (Crespo Ismael y otros: 2008:25).

Esta definición hace hincapié en la interacción de discursos contradictorios entre los diversos actores.

Pero la comunicación política no es solamente un espacio para el intercambio de discursos, sino también un espacio de confrontación y alianzas, de lógicas, preocupaciones y articulaciones diferentes que, como conjunto de mensajes que circulan en el interior de un sistema político condicionan su actividad. En este espacio de confrontación, alianzas y discursos, se dan las campañas electorales cuya finalidad es comunicarse con el electorado. La comunicación es el medio por el cual la campaña comienza, procede y concluye. Sin comunicación no existe campaña política.

Las campañas electorales son rituales de persuasión. Ese intento de persuasión se lleva a cabo a través de una serie de estrategias de comunicación en la que se mezclan personalidades y cuestiones políticas. El que busca persuadir realiza una "recomendación" y esta consiste básicamente en que el elector vote por un candidato y no vote por otro es decir que se busca influir. El influir en la conducta de los votantes no se circunscribe solamente a la "conversión" de los mismos, sino que se extiende a otras formas de persuasión como es por ejemplo el reforzar o fortalecer las actitudes existentes, formar una respuesta (la decisión del indeciso), activar (llevar a quienes ya mantienen la actitud deseada a que actúen según su dictado) y desactivar (hacer que la gente pierda interés y no participe). (Martín Salgado Lourdes: 2002: 23).

En las campañas electorales los medios de comunicación cumplen un papel fundamental siendo vehículos eficaces al momento de persuadir a los votantes. De todos los medios existentes la Televisión es sin dudas la fuente de información que llega a una mayor cantidad de votantes.

III) EL DISCURSO DE CAMPAÑA

Como se dijo anteriormente el propósito de una campaña electoral está en persuadir al votante, buscar influir en su conducta para que adopte una determinada conducta cuya finalidad está en que vote por un candidato y no vote por otro. Para ello es necesaria la comunicación, y esta se da en el llamado "discurso político". Este puede definirse como "una construcción de carácter persuasivo que permite comunicar ideas y propuestas, referidas a objetos públicos y/o políticos, tanto a través de palabras como de imágenes, por lo que se dice explícitamente y también por lo que se sugiere. En base a esta definición puede definirse al discurso político de campaña como:

cualquier manifestación, mensaje o expresión codificada en imágenes, gestos y/o palabras, dirigida de modo intencional a una audiencia - los votantes-, con la finalidad de persuadirla mediante la recomendación explícita o implícita de votar por una opción política y/o de no votar por otra, para favorecer a un candidato y/o partido en el proceso electoral. (García Beaudoux y otros: 2005:32).

Esta construcción discursiva no se transmite tan solo con las palabras, sino que hoy en día con un medio de comunicación masivo como la televisión que llega a millones de hogares, se transmite fundamentalmente con imágenes. Estas tienen un fuerte peso en la decisión que tienen los votantes sobre el voto. Señala García Beaudoux que dada la predominancia de la televisión en los escenarios de contienda electoral, los líderes deben expresarse ante millones de electores que dirigirán sus miradas no solo al desarrollo verbal de su propuesta sino al despliegue físico, a sus gestos, movimientos y fluidez discursiva. (García Beaudoux: 2005: 33).

Un candidato puede definirse como una persona honesta a través de sus palabras, pero la honestidad también puede ser comunicada de forma no verbal, contemplando directamente al candidato en sus expresiones. En los anuncios políticos, la palabra hablada se ha transformado en algo accesorio de las imágenes. Por lo tanto el análisis puramente lingüístico del discurso aparece como insuficiente, debido a la gran cantidad de datos que nos proporcionan las imágenes.

IV) CLASES DE COMUNICACIÓN POLÍTICA: POSITIVA Y NEGATIVA.

Los mensajes que se transmiten en una campaña electoral pueden clasificarse de distintas maneras según la intención que los mismos persigan. Puede efectuarse una clasificación general de los mensajes publicitarios en dos grandes grupos que son los de carácter positivo y negativo. Pueden enumerarse razones para la utilización de comunicación positiva. Primero mejorar el reconocimiento del nombre del candidato. Segundo aumentar y asociar el nombre del candidato a características positivas de liderazgo. Tercero demostrar similitudes y empatía con los votantes. Cuarto desarrollar una imagen heroica del candidato. Y por último se procura relacionar al candidato con figuras o grupos reconocidos de prestigio. Un ejemplo de esto fue el caso de la campaña mexicana de López Obrador quien se asoció con la clase intelectual de su país a través del apoyo de algunos intelectuales, entre ellos la escritora Elena Poniatowska quién filmó un spot de televisión atacando a Felipe Calderón y pidiendo el voto para López Obrador.

V) LA CAMPAÑA NEGATIVA

El término "campaña electoral" sin duda tiene una connotación de

tipo militar. Es así como los textos clásicos del ataque y la defensa en política se concibieron dentro de ese esquema donde la lucha por el poder tuvo una lógica militar. Los textos de Tsun Tzu, Von Clausewitz, Maquiavelo y otra serie de autores que se estudian para analizar el ataque y la defensa en la política y en la guerra tienen esa lógica. El conflicto político está pensado para una guerra en la que importa eliminar o someter totalmente al enemigo. (Duran Barba y otro: 2010: 391). Por esta razón y entendida la palabra "campaña" en este sentido, es que desde hace un largo tiempo la comunicación negativa es la que viene abundando en los procesos electorales.

La utilización de la publicidad negativa en las campañas electorales tiene como finalidad socavar la reputación de un candidato para que se degraden las percepciones que de él tienen los votantes. Existe acuerdo entre los académicos de que se considera campaña negativa cuando más del 60% de la publicidad desplegada tiene ese signo (García Beaudoeux: 2005:209).

Para definir una campaña negativa podemos decir que es aquella que *más que ocuparse de remarcar las virtudes de un candidato apunta a resaltar los defectos del adversario: un candidato no realiza sus elementos propios positivos sino que destaca lo negativo que representa al oponente.* (García Beaudoeux: 2005:211) Se procura desprestigiar al oponente en cuestiones personales exponiendo verdades a medias que se exponen como completas. Al mismo tiempo los acusadores se colocan en el papel de virtuosos, y dotados de una serie de valores socialmente aceptados.

La utilización de estrategias negativas durante las campañas electorales no es nueva. En Estados Unidos durante la campaña para la presidencia en el año 1800, los federalistas difundieron que Thomas Jefferson tenía varias amantes esclavas y que había tenido

un hijo con una de ellas. Y en 1828 el candidato y futuro presidente Andrew Jackson fue tachado por sus adversarios de inculto, analfabeto y carente de experiencia.

Durante los últimos años se ha observado un crecimiento de la misma como consecuencia de una multiplicidad de factores que tienen que ver con la personalización de la política, por ganar espacio sobre los adversarios y sobre todo para ganar espacio en los medios de comunicación, teniendo en cuenta que para estos siempre son buenas las malas noticias.

Si hay razón por la cual los candidatos frecuentemente recurren a la campaña de desprestigio de sus oponentes es por una sencilla razón: "porque muchas veces funcionan". Esto encuentra razón en la psicología humana, por dos razones: primero la información que produce más impacto en los receptores es la negativa, y es lo que se conoce como efecto de negatividad, que es la tendencia a que la información negativa reciba mayor consideración que la información positiva. (García Beaudoux: 2005: 210) El efecto de la negatividad alcanza también a los candidatos presidenciales, haciendo que las debilidades de carácter se vean más importantes que las fortalezas en los juicios que la opinión pública elabora.

Un dato relevante es que algunos estudios demostraron que las primeras impresiones negativas eran más difíciles de cambiar que las primeras impresiones positivas. En síntesis: la información negativa influye más y es más fácil de retener que la positiva en el ánimo del votante. (Crespo Ismael y otros: 2008:204).

Es por este tipo de estrategias que los consultores políticos se esfuerzan en conseguir cada vez más información sobre los opositores para descubrir que puntos débiles presentan y en ese caso poder "atacar". Analizan de talles de campañas anteriores, de

la trayectoria profesional de los candidatos y toda otra información extraída de los medios de comunicación. Pueden hacerse ataques contra el carácter, las acciones, las intenciones, el pasado, los colaboradores o las políticas del candidato.

Ahora bien dentro de lo que se considera anuncios de ataque es necesario realizar una distinción entre aquellos que son de "simple ataque" y aquellos que son de ataque por el contraste entre candidatos. El electorado puede distinguir entre ambos.

La comunicación negativa persigue una serie de finalidades: Primero puede ser utilizada para crear una serie de sentimientos negativos hacia el contrario, para generar sentimientos positivos para el candidato propio, no intenta tanto persuadir el cambio de voto sino apunta a disminuir la participación de votantes del candidato contrario, busca desarrollar o aumentar la asociación del candidato contrario con asuntos considerados negativos por los votantes, y también se usa para relacionar al candidato con figuras o grupos altamente desprestigiados. (Johnson- Cartee y Copeland). (Crespo Ismael y otros: 2008:207).

Muchos políticos piensan que la realización de una campaña negativa no les traerá mayores perjuicios y que el único afectado es el atacado. Esto no es así y la experiencia ha demostrado que en una gran cantidad de situaciones quien ataca, si lo hace infundadamente y de manera muy agresiva termina perjudicando su imagen.

VI) EFECTOS DE LA CAMPAÑA NEGATIVA

No obstante ser frecuente que los candidatos realicen campañas negativas respecto de sus oponentes, ha sido planteado por algunos estudios que dichas campañas generen una serie de efectos no

deseados, como es el de no concurrir a votar, o votar en blanco, debido al desencanto experimentado con la política.

Se han señalado tres posibles efectos de las campañas negativas:

1) El efecto búmeran: este es el efecto de rebote que se produce cuando como consecuencia de la campaña negativa se forman en el electorado sentimiento o evaluaciones negativas hacia el atacante. Así si un fuerte ataque a un candidato se percibe como falso por la audiencia, o como indocumentado o injustificado, puede crear más sentimientos negativos hacia el creador del spot que hacía el candidato que constituía el objetivo del mismo. Una forma de neutralizar este tipo de efectos negativos es impulsando los mismos a través de terceros, es decir organizaciones que no tengan que ver con el partido político del candidato promotor del spot.

2) El síndrome de víctima: si los votantes perciben un anuncio como injusto o deshonesto, pueden generar sentimientos positivos hacia el candidato atacado y desarrollar empatía. Esta razón subyacería en el voto underdog (votar a un candidato porque se considera que está siendo injustamente atacado. (García Beaudoux: 2005: 213).

3) Doble deterioro: Esto ocurre cuando la publicidad negativa evoca un efecto perjudicial tanto hacia el candidato atacado como hacia quien lo produce (Merrit 1984) (García Beaudoux y otros: 2005:213). Esta es la causa por la que algunos autores sostienen que el uso de campañas negativas produce un grave daño en el sistema democrático, al generar un descreimiento en la clase política en general, y consecuentemente una paulatina falta de participación en los comicios.

No obstante estos posibles efectos, tal como se dijo párrafos atrás, el resultado frecuente en las campañas negativas es que la gente presta más atención a las campañas negativas que a las positivas.

VII) ESTRATEGIAS NEGATIVAS

Las campañas electorales suelen utilizar una gran variedad de estrategias negativas para influenciar a los electores y entre ellas se encuentran por ejemplo: la apelación al miedo, el ataque directo, las yuxtaposiciones, y los ataques implícitos.

A) Apelación al miedo

Un mensaje que apela al miedo del votante intenta hacerle ver la posibilidad de un acontecimiento desagradable, de una amenaza, y le muestra que puede hacer para evitar ese resultado. Un ejemplo de publicidad negativa en la cual se apela al miedo es el spot de la campaña del Presidente Lyndon Johnson en el cual puede verse a una niña desojando una margarita, y cuando llega al número diez, la cámara se acerca al ojo de la pequeña y enfoca la detonación de una bomba atómica en la cual puede verse la característica forma de hongo nuclear. Luego se escucha en off la voz del candidato diciendo: "Esto es lo que está en juego". "Hacer un mundo en el que todos los niños de Dios puedan vivir, o entrar en la oscuridad. Debemos amarnos los unos a los otros o debemos morir. Luego hay un fundido negro y se ven las últimas palabras: Vota por el Presidente Johnson el 3 de Noviembre, los desafíos son muy grandes para quedarse en casa". En este spot se apelaba al miedo a la utilización de armas nucleares y se lo relacionaba sin mencionarlo al candidato republicano Barry Goldwater quien proponía usar la bomba atómica en Vietnam. El comercial se emitió solo una vez pues la

reacción crítica de la gente así lo aconsejó.

No obstante la apelación al miedo resulta eficaz en muchos casos, la mayoría están de acuerdo que para que este surta efecto tenga que ser creíble, es decir el comunicador debe convencer al receptor de que el resultado negativo es probable que ocurra y de que él puede hacer algo para evitarlo. (Martín Salgado Lourdes: 2002:238).

Los temores como arma de campaña juegan un papel especial en países en los que hay dos vueltas electorales. En segunda ronda los electores que deciden son los partidarios de quienes han sido eliminados, obligados a escoger entre dos candidatos a los que rechazaron en la primera oportunidad. En esta situación los electores eligen "un mal menor", razón por la cual es el momento en que los candidatos que pasan a esta instancia alientan una serie de temores en los votantes sobre lo que podría pasar si gana el adversario.

B) El ataque directo

Los ataques directos al adversario son los que más rechazo provocan en el auditorio moderado o indeciso. Diversos estudios han concluido que los anuncios negativos son más eficaces cuando se tratan cuestiones políticas o programas que cuando hablan del carácter del candidato o sus cualidades. (Martín Salgado Lourdes: 2002:238).

Estos ataques directos si bien persiguen como finalidad votar en contra del candidato atacado, muchas veces en opinión de algunos autores, suelen provocar como efecto el que el elector no vote en absoluto, es decir que estimula a la abstención. Con esto se plantea el debate de si el uso de determinadas técnicas durante la campaña electoral no ataca el fundamento de una de las funciones de las

campañas electorales: la participación electoral y por ende el reforzamiento del compromiso cívico. (Crespo, Garrido, Riorda 2008). Sobre esto no hay acuerdo unánime entre los actores ya que de los estudios realizados, no ha podido establecerse a ciencia cierta, la existencia de una relación de causalidad entre publicidad negativa y participación electoral.

El ataque directo que pretenda ser eficaz debe guardar ciertas condiciones. En primer lugar que no resulte demasiado ofensivo de manera tal que se termine victimizando al agredido y provoque un efecto búmeran.

En los sistemas electorales con doble vuelta suele darse el caso de que uno de los candidatos que ha pasado a la segunda etapa, haya realizado en la primera vuelta una campaña absolutamente negativa, atacando directamente a todos los candidatos opositores. Esto puede generar grandes problemas para este candidato cuando en segunda vuelta pretenda conseguir el voto de los electores cuyos candidatos fueron atacados en la primera etapa.

C) Las yuxtaposiciones

Llamamos yuxtaposiciones a los mensajes que tienden a comparar a un candidato con respecto al otro, resaltando las fortalezas de uno que suelen ser los puntos débiles del otro. Los anuncios que yuxtaponen información no su el en ser tan criticados porque tienen un carácter más descriptivo que argumentativo. La lógica que subyace en los mismos es la que tiende a proclamar la superioridad de un candidato frente a su oponente. Generalmente estas comparaciones se traducen en anuncios publicitarios en donde se ponen de manifiesto datos estadísticos que pueden ser fácilmente corroborables por el elector.

Se ha comprobado que este tipo de publicidad es más efectiva en sectores que tienen un nivel educativo mayor (Johnson- Cartee y Copeland). (Crespo Ismael y otros: 2008:212).

D) Ataques implícitos

Los ataques implícitos son "aquellos mensajes que tienen en cuenta las debilidades del adversario, pero no lo mencionan directamente". (Martin Salgado Lourdes: 2002:240) Su eficacia deriva de que el ataque es evidente pero no lo parece tanto y es un ejercicio de interpretación pública de un hecho con negatividad, por lo que generalmente no produce negatividad en el emisor. (Crespo Ismael y otros: 2008:213)

Jimmy Carter en las elecciones primarias de 1980 hizo un buen uso de esta táctica contra Edward Kennedy quien se presentaba por primera vez como candidato tras el accidente de Chappaquiddick en el cual murió su secretaria y presunta amante. Los spot televisivos si bien no mencionaban directamente a Kennedy lo mencionaban indirectamente al mencionar las virtudes de Carter "como un buen hombre de familia, como un buen marido".

Otra táctica de ataque implícito que suele realizarse es aquella en la cual se utilizan en las publicidades las mismas palabras del candidato atacado. Por ejemplo en la campaña presidencial de Bill Clinton en 1992 se utilizaron spot publicitarios en donde se combinaban cortes televisivos en los cuales hablaba Bush, entremezclados con datos estadísticos que contradecían los dichos de este.

VIII) LA RÉPLICA

Cabe preguntarse si es conveniente responder o no los ataques que se realizan en tiempos electorales. Todo depende del caso que se trate. A veces es conveniente responderlos y a veces es conveniente guardar silencio. En determinados casos el contestar un agravio lejos de aclarar la situación y dejar airoso al candidato que se defiende del ataque, termina perjudicándolo. Muchas veces candidatos que exhiben pocas chances de ganar en las elecciones acuden a menudo a este recurso para lograr atención en los medios de comunicación. Al político que ha sido agraviado le cuesta no responder al ataque por aquello de que “el que calla otorga” y termina publicitando a su oponente. Este fue el caso del candidato Enrique Ayala en Ecuador quien en las elecciones del 2002 provocó al candidato a diputado Febres Cordero diciendo que “si era elegido legislador y encontraba en la Cámara al ex presidente, lo correría a golpes de escoba”. La estrategia le resultó eficaz ya que Febres Cordero dedicó mucho tiempo y dinero en responderle a Ayala, lo cual determino que este creciera en votos, capturando los votos negativos que el ex Presidente tenía en la Provincia de Guayas.

En otros casos se ha utilizado la estrategia de no responder a los ataques del contrincante y esto ha terminado perjudicando al atacado. Por ejemplo esto es lo que sucedió con el candidato a presidente por los Estados Unidos Michael Dukakis en las elecciones presidenciales de 1998, quien pensó que los ataques de George Bush eran tan poco creíbles que no afectarían su imagen, por lo tanto no hizo nada para despejar dudas. Terminó perdiendo las elecciones.

Martín Salgado citando a Bryan sostiene que hay cuatro tipos de defensa frente a un ataque: “**la negación**” de las imputaciones: yo no lo hice, **la explicación**: “mi versión de la historia es... “en este caso se reconoce que las acusaciones de la historia es...”; que la de oposición son ciertas, pero pueden explicar porque se incurrió en determinadas conductas y afirmar que se las volvería a realizar si

fuera necesario, **la disculpa**: “ocurrió y lo lamento”, y por último **el contraataque**: “lo que mi adversario ha hecho es mucho peor”. En este caso como no se pueden refutar las inculpaciones en lugar de responder a las acusaciones se toma la ofensiva con un nuevo ataque para distraer a los votantes del anuncio negativo inicial. (Martín Salgado Lourdes: 2002: 242) Lo habitual es combinar más de un tipo. Las disculpas suelen ir acompañadas de una explicación.

IX) LA INOCULACIÓN

La inoculación es una estrategia que se obtiene de la investigación sobre la resistencia a la persuasión. Se trata de motivar al receptor y consolidar sus actitudes para hacerle menos susceptible a posteriores intentos de persuasión. El nombre de esta estrategia surge como analogía de la inoculación médica. En ella una persona recibe pequeñas dosis de un virus debilitado para que desarrolle anticuerpos al virus y así sea capaz de resistir cuando se encuentre con el virus real.

Mc Guire señaló tras experimentos que a una persona se le puede inocular contra un mensaje persuasivo, de manera tal que esa persona pueda contra argumentar y resistir la persuasión. (Martín Salgado: 2002: 243).

Aplicando esta teoría en los procesos electorales los candidatos pueden desactivar posibles mensajes negativos que se van a utilizar en su contra antes de que se produzcan.

Un ejemplo es el del candidato a Presidente Bill Clinton que en las elecciones de 1995 previendo de que se lo iría a acusar de ser un demócrata “gastador” que iba a subir los impuestos, se definió a sí mismo como “un nuevo demócrata”.

Autores como Pfau y Kensky han evaluado la eficacia de la inoculación en una serie de trabajos de campo realizados llegando a la conclusión de que la inoculación es una alternativa viable y prometedora para provocar la resistencia a la influencia de los mensajes políticos de ataque. Señalan que la inoculación desvía el impacto de los mensajes políticos de ataque de tres maneras: primera mina la influencia potencial de la fuente de los ataques. Segundo: desvía el contenido específico de los mismos y por último reduce la probabilidad de que los ataques políticos influyan en la intención de voto de quienes lo reciben. La inoculación puede tener por último, otra ventaja estratégica y es la de aumentar la simpatía por la víctima del ataque. La inoculación sugiere sinceridad, lo cual puede crear empatía con el auditorio. (Martín Salgado. 2002: 244).

X) CONCLUSIONES

Como fuera dicho al comienzo, el discurso de campaña electoral persigue una finalidad persuasiva, busca influir en el electorado para que el mismo vote o no por una determinada opción. Este discurso puede tomar dos formatos: puede ser positivo o negativo.

En los últimos años hemos podido advertir el crecimiento que ha tenido la publicidad negativa en las campañas electorales que persiguen como finalidad más que ganar el voto del ciudadano, el retirárselo al candidato contrario. Es por ello que se recurre a las distintas técnicas de ataque que fueron desarrolladas supra, entre las cuales el ataque directo es quizás el recurso más utilizado.

En lo que se refiere a la literatura que trata de manera especializada la influencia que tiene la campaña negativa en la conducta de los electores, no hay consenso. Es así como mientras

algunos autores sostienen que las campañas negativas producen como consecuencia una disminución de la participación ciudadana, atentándose de esta manera contra el sistema democrático, otros consideran que por el contrario las campañas negativas son necesarias en toda democracia, logrando una mayor participación de los electores en los comicios. Sobre este punto los estudios no son concluyentes ni en un sentido ni en otro.

Pero no obstante los riesgos de realizar una campaña negativa son evidentes, frecuentemente se utilizan por distintas razones. Primero porque a la clase política le interesa acceder al poder o conservarlo a cualquier precio, razón que los motiva a realizar una campaña sucia. Segundo porque algunas veces cuando el ataque está bien realizado y de manera oportuna, socava la reputación del candidato opositor; generalmente esto ocurre cuando el ataque se realiza de manera implícita destacando las virtudes de un candidato que son los defectos del opositor.

En resumen y en opinión personal las campañas electorales negativas generan más perjuicios que beneficios, ya que deterioran el sistema democrático y deterioran la imagen de la política misma, introduciendo pautas de poca civilidad y comportamiento responsable de la clase política. Por ello es que resultaría plausible que los sistemas electorales introdujeran normas sancionatorias destinadas a desalentar en los candidatos este tipo de prácticas.

XI) BIBLIOGRAFIA

CRESPO ISMAEL, GARRIDO ANTONIO, RIORDA MARIO. 2008. *La conquista del Poder. Elecciones y campañas presidenciales en América Latina*. Editorial La Crujía. Buenos Aires.

DURAN BARBA JAIME Y SANTIAGO NIETO. 2010. *El Arte de ganar*. Editorial Debate. Buenos Aires.

GARCIA BEAUDOUX VIRGINIA, D'ADAMO ORLANDO, SLAVINSKY GABRIEL. 2005. *Comunicación Política y campañas electorales. Estrategias en elecciones presidenciales*. Editorial Gedisa. Barcelona.

MARTINEZ PANDIANI GUSTAVO. 2007. *Marketing Político. Campañas, Medios y Estrategias electorales*. Edición cuarta. Ugerman editor. Buenos Aires.

MARTIN SALGADO LOURDES. 2002. *Marketing político. Arte y ciencia de la persuasión en democracia*. Editorial Paidós. Barcelona.

SABATO HILDA y otros. 2011. *Historia de las elecciones en la Argentina. 1805* – Editorial El Ateneo. Argentina.

Cita de este artículo:

ELIAS, G. (2015). "Las campañas electorales negativas". Revista IN IURE [en línea] 15 de Noviembre de 2015 Año 5, Vol. 2. pp. 46-63. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA

Estelly Díaz Fernández

Abogada, JTP: Cátedra Derecho Civil V
de la Carrera de Abogacía de la UNLaR.
JTP: Cátedra Detección de Fraudes y otros
Delitos Económicos de la Carrera
Tecnicatura en Seguridad con
Orientación Ciudadana de la UNLaR.

Palabras claves:

*Hijo- Gestación-
Maternidad- Familia.*

Key words:

Son, gestation, Family
maternity.

Resumen

Un hijo, representa la posibilidad de trascender los límites temporales a través de la posteridad. ¿Qué sucede cuando una pareja ve frustrado el deseo de tener un hijo? Es la maternidad subrogada una opción para evitar esa frustración? Para quienes quieren creer que estos procesos son nuevos o novedosos, no lo son para nada, solo la ciencia que los hace más perfectos.

Abstract

A son, represents the possibility of transcending the temporal limits through posterity. What happens when a couple thwarted the desire to have a child? It is surrogacy is an option to avoid that frustration ? For those who want to believe that these.

1-Introducción

En la antigüedad, la fecundidad implicaba la memoria de los pueblos, un hijo era garante del recuerdo de sus mayores y daba continuidad a su comunidad.

La falta de descendencia, estaba asociada a un castigo divino. Todas las bendiciones bíblicas se vinculan a la multiplicación de la progenie. Así es como un hijo, representa la posibilidad de trascender los límites temporales a través de la posteridad.

El deseo de un hijo, en la mujer, deviene desde edad muy temprana, en sus fantasías y en sus juegos, representa el ser mama: "cuida a sus bebés, los lleva a pasear, les da órdenes, etc."

¿Qué sucede cuando una pareja ve frustrado el deseo de tener un hijo?

La esterilidad, tiene diferentes significados para el hombre y la mujer. Si para el hombre la esterilidad puede ser asociada erróneamente en sus pensamientos inconscientes a la impotencia, al "no poder", para la mujer toma la significación de "no ser".

Podemos decir, que a través de los tiempos, en cada época, donde puede dominar la religión, el cientificismo o la era cibernética, dando diferentes significaciones a lo que es ser padres, ser hijos, conformar una familia, lo que queda intacto es el deseo de ser padres.

2- Historia¹

Para quienes quieren creer que estos procesos son nuevos o novedosos, no lo son para nada, solo la ciencia que los hace más perfectos. En el Código de Hammurabi, la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación. El Código establecía garantías sociales para las madres subrogadas que tuvieran hijos. Esto data del año 1780 a.c.

En las antiguas Grecia y Roma también se empleaba la maternidad subrogada tradicional y fue muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril, Estratonica, que personalmente selecciono entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crio a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos. En la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizó en China, Corea y Japón. Esto sin mencionar Génesis, la primera madre de alquiler conocida en la historia se remonta unos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Caanaán, cerca de Hebrón. El Antiguo Testamento (Génesis 16) libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. Y Sarai, mujer de Abram no le paria, y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo pues, Sarai a Abram: "ya ves que Jehova me ha hecho estéril, ruegote que entres a mi sierva, quizá tendré hijos de ella".

3-Concepto

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la practica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido

¹ Quaini, Fabiana Marcela, Gestación por sustitución, alquiler de vientre, donación de gametos, embriones. <http://www.lexaustralis.com/>

al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado².

4-Aspecto médico

En la Argentina una de cada seis personas tiene problemas de fertilidad. Pese a no ser legal, a partir de este año se quintuplicaron las consultas, sobre todo, a partir de las confesiones de famosos que hablaron del uso de esta técnica para tener bebés

Desde el punto de vista médico, una vez elegida la madre sustituta, con la evaluación médica completa se deben coordinar los ciclos menstruales de la pareja de los padres biológicos con los de la madre sustituta. La coordinación se hace con pastillas anticonceptivas y después con distintas medicaciones para estimular a los ovarios a que desarrolle varios folículos y óvulos en la madre biológica y pastillas que se le dan a la madre sustituta para estimular el útero

Las razones de los comitentes para acudir a esta técnica pueden ser variadas: desde los casos de mujeres con imposibilidad fisiológica para quedarse encintas o riesgo de salud propia o del feto en caso de embarazo, hasta las que por inconveniencia personal o profesional no desean someterse a las transformaciones y vicitudes propias de un embarazo, pasando por quienes, como les ocurre a los varones, solos o en pareja, presentan una imposibilidad biológica esencial para gestar.

² Sánchez Aristi, Rafael, "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos" -<http://www.fundacionmhm.org>.

5-Modos

La maternidad por sustitución o subrogada se puede dar de dos formas:

- ♦ La primera denominada "Madre portante" una mujer acepta realizar llevar adelante el embarazo de un embrión conformado por gametos de una pareja estéril. En este caso hay una madre genética y otra gestante

- ♦ La segunda llamada "Madre gestante" una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir. En este caso la madre portadora y la genética coinciden.

6-Dilemas

Los problemas que genera este tipo de convención son múltiples, pudiendo ser dividido en

- ♦ Éticos, por la disociación de la maternidad y la contratación sobre el cuerpo humano, aun cuando esta contratación sea gratuita.

Los móviles que animen en cada caso a los comitentes o a la gestante a la hora de acudir a la gestación por sustitución influirán en el juicio ético que merezca su respectiva conducta. Las objeciones éticas puestas a la conducta de la gestante tienen que ver con la instrumentalización o cosificación de su función reproductora, que la reduciría a la función de un puro vaso o repositorio para cumplir fines reproductivos ajenos. En especial cuando actué a cambio de una retribución económica se suele advertir el peligro de que se produzca una explotación de mujeres con pocos recursos económicos por parte de aquellas otras, de clase acomodada, que prefieran no ocuparse personalmente de gestar a sus hijos. En cuanto a los comitentes, el principal punto de inflexión tiene que ver con la exigibilidad o no de una conducta alternativa, consistente en la adopción de niños ya

nacidos, en lugar de situarse como impulsores de la venida al mundo de una criatura a la cual será objeto de un desamparo automático y planificado por parte de quien la gestó y dio a luz. Desde el punto de vista ético también debe valorarse la posición en la que quedan el hijo nacido de una gestación por sustitución y la propia criatura en fase de gestación. En cuanto al primero, algunas distorsiones podrían derivarse del efecto disociador de la maternidad que provoca la gestación por sustitución, aunque en último extremo no parece que su situación sea muy diversa de la de los niños fruto de las técnicas de reproducción asistida convencionales, o de aquellos que resultan desamparados y son dados en adopción. En cuanto al nasciturus, hay que tener presentes los problemas que pueden surgir cuando se detecte alguna clase de riesgo para la salud del feto, pues puede recibir información y participar en la decisión que haya que tomar, dependiendo de si se trata de la realización de pruebas diagnósticas, la aplicación de una terapia o tratamiento prenatal, o la interrupción del embarazo

- ♦ Biológicos, por la dificultad de evitar que la madre gestante tenga relaciones sexuales al tiempo de la concepción, lo que provoca la indeterminación de la paternidad

- ♦ Jurídicos, por la indeterminación de la maternidad.

¿Hay una condena social por este tipo de tratamiento?

La sociedad ve esto como algo tremendamente inusual que se sale de lo común y como si fuera ciencia ficción, pues se relaciona este tipo de tratamientos con las personas públicas que lo hicieron. Tenemos una persona sola como Ricardo Fort, que tuvo a sus hijos por esta vía, entonces se puede cuestionar que un hombre solo lo esté haciendo. Después Flor de la V, una persona travesti, casada con un hombre, entonces se mezcla el tema del matrimonio igualitario. Por eso ciertos grupos critican este tipo de tratamiento, por brindar posibilidades a esas parejas que quizá están llenas de amor y que quieren brindar al cuidado de unos niños.

7-Mitos

Las falsas creencias o mitos más comunes sobre este tema son:

- ♦ Que la subrogada tendría como único motivo de hacerlo el económico y por lo tanto, para ella sería solo un negocio
- ♦ Que la mujer que lleva al niño en su vientre lo siente como hijo propio
- ♦ Que el niño nacido necesariamente sufrirá
- ♦ Que las mujeres que llegan a estos tratamientos lo hacen solo por comodidad

La experiencia de quienes (profesionales, agencias, etc.) tratan con los pacientes demuestra que no es así cuando se cuidan todos los aspectos y a todos los que participan. Se trata más bien, de un acto esperanzarte.

8-Legislación Argentina

En Argentina no hay una ley que regule expresamente la gestación por sustitución, tampoco hay ninguna que lo prohíba.

En el nuevo Código Civil y Comercial que ya entró a regir, se erradico la normativa que contemplaba la gestación por sustitución. Correspondiendo a los jueces en cada caso concreto considerar y decidir sobre cada proceso gestacional que se realiza por hoy en Argentina, atendiendo a cada caso en concreto y al interés superior del niño nacido o por nacer.

Empero a la erradicación que realizó el digesto, es preciso recordar- en pro del tema que trato- que la Constitución Nacional en su artículo 19, Tratados Internacionales y demás normas, se protege por sobre todas las cosas este tipo de situaciones donde todo ser humano tiene derecho a constituir, ampliar su propia familia, más especialmente cuando por razones médicas de riesgo de vida u otras

no es posible para la mujer llevar a cabo la gestación del embrión. El Estado no debe inmiscuirse en la vida privada de las personas³.

Sin perjuicio de ello, parte de la doctrina Argentina concuerda en afirmar que los contratos de maternidad o maternidad por sustitución, son nulos ya sea que la contratante haya aportado sus propios óvulos o que el ovulo sea de una extraña. En ambos casos se considera que el contrato es inválido porque:

- A) Viola el orden publico.
- B) Su objeto se encuentra fuera del comercio.
- C) Es inmoral.
- D) Desdobla la maternidad.
- E) Altera el estado civil de las personas⁴.

A la luz de esta afirmación se hace necesario referirme al texto del **ARTÍCULO 17 del Código Civil y Comercial que expresa**: "*Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*". Y me interrogo...puede ser objeto de un contrato el cuerpo humano? Si. Hay en la maternidad subrogada un fin afectivo? Un fin terapéutico, científico? Un fin humanitario o social? Concluyo que si -aunque el análisis puede tener adherentes o no- y se refleja a mi entender en la voluntad procreacional; en el avance de la ciencia como oportunidad para aquellos que por cualquier razón no pueden concebir (infertilidad; parejas trans, gay, etc.); en razones médicas de riesgo de vida u otras en las que no es posible llevar a cabo la gestación del embrión; en el derecho inalienable de tener un hijo y de conformar una familia.

A mi entender predicar la nulidad no es una solución suficiente para la problemática que es la posibilidad de la realización de la maternidad por otro.

³ Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales. 2004, La Ley.

⁴Medina, Graciela, 1997, "Maternidad por sustitución – Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana." –. LA LEY.

Dicho de otra manera, es biotecnológicamente posible que una mujer lleve adelante el proceso de embarazo de un niño que genéticamente es de otra mujer, esta posibilidad no se pierde por la declaración de nulidad del contrato que la origina, por ello cuando se gesta un niño por encargo además de declarar la nulidad del pacto que unió a las partes, hay que solucionar el problema de quien es la madre y determinar si es posible la adopción de la criatura o permitir la gestación sustituta.

En la jurisprudencia el tema ha sido ya receptado por la Corte Interamericana, en el fallo "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)" de diciembre del 2012, se refirió a que en manifiesta afirmación de la vida han nacido en el mundo de 5.000.000 de personas que no existirían de no ser por las técnicas de reproducción asistida y se refiere expresamente a las técnicas de reproducción asistida y no excluye a la gestación por sustitución. Considero al embrión como una cosa y no una persona.

Por otro lado el fallo "Mennesson y Labassee c/Francia TEDH" del año 2014, recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. La relación existente entre el niño así gestado y los padres de intención constituye un vínculo familiar de hecho que en, interés del menor, prohibir los efectos derivados de la gestación por sustitución en la filiación del menor, que sirve de fundamento al establecimiento de una relación de vida familiar, tal exclusión no termina de encontrar, en realidad, una suficiente justificación.

El primer fallo de maternidad subrogada/gestación por sustitución en Argentina, data de junio de 2013, en el cual la jueza María del Carmen Bacigalupo, a cargo del Juzgado Nacional Civil del juzgado N° 86 donde se solicitó la inscripción de un recién nacido a nombre de los padres procreacionales y biológicos que acudieron a una maternidad subrogada proceso que se llevó a cabo en Argentina ,

para tener a su hija en Argentina, ordeno la inscripción de la niña nacida en la Ciudad de Buenos Aires en el Registro Civil a nombre de sus padres procreacionales, en una sentencia sin precedentes en el país. Se refirió a “que no existe aún regulación legal que habilite o prohíba la maternidad subrogada de la que valieron los peticionantes para el acceso a la maternidad y paternidad, esto es la maternidad mediante la subrogación de vientre y aun cuando no se conoce si el proyecto de Código Civil que contempla la gestación por sustitución o maternidad subrogada pueda o no convertirse en ley pero sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada”. Dijo la juez que “el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera”. Los argumentos terminan dado la pauta que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada, merece una respuesta en este caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle y contemplando sin duda la inexistencia de ley que la prohíba. La fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge entre del informe de ADN. Lo que sin duda afirma el principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la correspondencia de la realidad biológica y demás consideraciones formuladas en el decisorio. Resalta la Magistrada seguidamente que se ha sostenido así bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que:

“el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tampoco lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo”⁵.

⁵ JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 86xpte. 38316/2012 - “NN O D G M B M s/ Inscripción de nacimiento”.

Se hace necesario, por ultimo hacer referencia a las conclusiones que sobre el tema se vertieran en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Bahía Blanca/2015, donde con atino- a mi humilde entender- se concluyo: **"Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida"**.

9-Relación con figuras vigentes en nuestro derecho.

10.1-Adopción⁶:

De alguna forma el estudio y eventual tratamiento legal de la gestación por sustitución no puede hacerse de espaldas la regulación sobre adopción, por cuanto si las técnicas de reproducción asistida tradicionales ya vienen a suponer una especie de tertium genus entre la filiación natural y la adoptiva, la proximidad de la gestación por sustitución a la adopción es mucho más evidente, dada la escisión que en aquella se da, por definición, entre el hecho obstétrico y la voluntad o deseo de ser padre/madre, la cual se acentúa cuando los comitentes no hayan aportado el material reproductor y por lo tanto carezcan de vinculo genético con la criatura. La eventual regulación legal de la maternidad subrogada debería prever unos requisitos parejos a los de la adopción, en el sentido de requerir un certificado de idoneidad de los comitentes, una autorización judicial para la formalización definitiva de sus efectos en el plano de la filiación del niño, o la intervención por una entidad pública del contrato de maternidad subrogada a fin de otorgar eficacia al consentimiento previo de la mujer portadora relativo a la entrega del niño. Solo bajo estas estrictas condicione podría admitirse que la filiación natural de un niño fruto de este procedimiento se atribuya a la persona o pareja comitente. Un acercamiento de este tipo evitaría las consecuencias indeseables que en la práctica produce una prohibición radical como

⁶ Sánchez Aristi, Rafael, "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos" - <http://www.fundacionmhm.org>.

la que actualmente existe. Por otro lado la homologación de esos contratos por una autoridad judicial permitiría garantizar que todos los consentimientos se han prestado de forma voluntaria y tas haber recibido oportuno asesoramiento legal y médico, y que tanto los comitentes como la portadora reúnen las condiciones psicofísicas adecuadas para asumir el rol que cada uno de ellos se propone.

En línea con otros ordenamientos que ya han regulado la figura, lo más apropiado sería prohibir que la madre gestante pudiera ser remunerada, más allá de la cobertura de los gastos conectados con la gestación, así como limitar el catálogo de indicaciones que permitirían acudir a un contrato de gestación por sustitución.

Desde otra óptica cabría interrogarse si esta figura, la adopción, no se vería en vías de extinción con la posibilidad de un hijo así gestado (con material genético de uno o ambos padres). Máxime teniendo en cuenta que muchas parejas adoptantes prefieren que sea un niño recién nacido.

Lo cierto es también que, no podemos desconocer que los niños en estado de adoptabilidad en la realidad existen y son cada vez más; apelando a la existencia de corazones que los reciban y protejan.

10-Ámbito Laboral⁷

En lo laboral la pregunta que cabría hacerse es si la mujer gestadora gozara de la licencia por maternidad, siendo que tiene obligación de entregar él bebe recién nacido. Qué pasaría con las demás cuestiones del derecho laboral de la mujer embarazada como la indemnización por despido?

Resulta de aplicación indudablemente aquí el art. 177 de la Ley 20.744. Sin lugar a dudas el primer periodo determinado de licencia le corresponderá a la madre sustituta.

⁷ Ley de Contrato de Trabajo, art. 177 y 245.
www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/.../texact.htm.

Cabe así es interrogarse lo relativo al segundo periodo, teniendo en cuenta que debe entregar al niño recién nacido. Lo cierto es que, la mujer, antes y después del nacimiento, también está cubierta por el régimen de enfermedades inculpables. Circunstancias en las que podríamos encontrar tal vez el amparo legal para el post parto de la madre gestante a nuestro entender. Ahora, bien para que proceda esta cobertura el único requisito es que la dolencia debe producirse fuera del tiempo de la licencia por maternidad lo que no ocurriría en el caso de marras. Aun cuando pareciera que todo está perdido la solución estaría en que también se regula que si se produce la interrupción del embarazo, cesa la licencia por maternidad y la trabajadora debe reintegrarse al trabajo, pero si sufre las consecuencias de un debilitamiento, físico o psíquico, resulta aplicable el régimen de enfermedades inculpables.

En lo que atañe a la estabilidad laboral, es dable recordar que reza la norma que toda mujer tiene garantizado el derecho a la estabilidad en el empleo durante la gestación. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere la norma precitada, pero para algunos especialistas laborales "la estabilidad es relativa". Si bien, la legislación garantiza continuidad en el empleo de "toda mujer durante la gestación", por otro lado le permite al empleador despedir a la trabajadora, mediante el pago de una "indemnización especial" que se suma a la común por despido arbitrario establecida en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

CONCLUSIÓN

Tanto una mujer sola como un hombre solo, parejas heterosexuales u homosexuales tienen el derecho inalienable de tener un hijo y de conformar una familia. La ciencia avanza mucho más rápido que las leyes y por lo tanto debemos adecuarnos a las realidades y necesidades de hoy.

¿Quién es la verdadera madre? Para nosotros, es la que pensó al niño e hizo todo un recorrido para poder tenerlo en sus brazos y que tuvo que pasar por muchos momentos de elaboración, de pérdidas para llegar al cariño.

Dejando a criterio de los lectores y como pregunta con un sinfín de respuestas de ¿qué pasaría en Argentina si se logra sortear lo jurídico? ¿Y el principio de identidad biológica? ¿Qué pasaría si dentro del lapso del tiempo de la gestación fallece la madre quien se haría cargo de sus hijos anteriores?

BIBLIOGRAFIA

-Medina, Graciela, 1997, "Maternidad por sustitución – Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana." –. LA LEY.

- Código Civil y Comercial de la Nación. 2014. (Directores: Rivera, Diego y Medina Graciela).Tomo 2, La Ley.

-Régimen de Contrato de Trabajo Comentado -tomo 1 arts. 1 a 79-
(Director: Miguel Ángel Maza), La Ley.

- Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales. 2004,
La Ley www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/.../texact.htm.

- Medina, Graciela, 1997, "Maternidad por sustitución - Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana", La Ley.

- Ley de Contrato de Trabajo.
www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/.../texact.htm.

Cita de este artículo:

DIAZ FERNÁNDEZ, E. (2015). "Gestación por sustitución o maternidad subrogada". Revista IN IURE [en línea] 15 de Noviembre de 2015 Año 5, Vol. 2. pp. 64-78. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

CASO 1

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. MANDATO CONSTITUCIONAL. DAÑO MORAL. MULTA.

Descripción del caso (1):

Apeló la accionada T A la sentencia dictada que hizo lugar a la demanda por cumplimiento de contrato promovida en su contra por la Sra. E. A., condenándola a instalar la línea telefónica objeto de autos y a abonar a la actora una multa civil, y daño moral.

Sumario:

1.- En efecto, tal es así que incluso el art. 346CPCC prevé para el supuesto en que una de las partes no concorra a la audiencia, que queda también notificada en el acto de todas las resoluciones que allí se dicten, mientras que cuando el rito ha preferido que en la etapa de prueba la notificación sea en el domicilio real, lo ha establecido de modo expreso, como lo hizo en el art. 395 en cuanto a la citación para la declaración de parte. Finalmente, a fs. 64 el juez tuvo por denunciado el incumplimiento de la demandada de lo dispuesto a fs. 41, sin que el interesado se manifestara al respecto.

2.- La relación jurídica que vincula a las partes como ha sido conceptualizada en la instancia de grado, es de consumo por cuanto la demandada, T A S.A., se dedica de modo profesional a la comercialización de servicios, por lo que resulta proveedor en los

términos del art. 2 de la Ley 26.361 a favor de un consumidor. Ello así, es aplicable el art. 42 de la Constitución Nacional, y la normativa consumeril, sus directrices y principios.

3.- En correlación con ello debe contemplarse que el art. 5º del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico (R.G.C.S.B.T.), establece que "El cliente tiene derecho a ser tratado por los prestadores con cortesía, corrección y diligencia, y a obtener respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento" (art. 5º), mientras que las prestadoras de telefonía básica, conforme lo prevé el "Pliego de Bases y Condiciones" -art. 10.1.2-: "...están obligadas a asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de la prestación de los servicios públicos a su cargo", y según el punto 10.1.8 que establece las metas del servicio, las prestadoras están obligadas a dar cumplimiento a las metas obligatorias y no obligatorias.

4.- La prescindencia de plazos en esta obligación suya, que se desprende de la postura defensiva de T A S.A. no se condice con la normativa vigente. Si bien no hay respuestas unívocas sobre el lapso temporal respectivo, no hay dudas en que no se trata de una potestad discrecional de las prestatarias. En efecto, hay quienes consideran que cuentan con 90 días para concretarlo. Tribunales provinciales basados en información de la Comisión Nacional de Comunicaciones, han considerado que el tiempo de espera de una solicitud no puede ser mayor a los 90 días

5.- En este sentido, ha sido apuntado que el Reglamento General de Calidad del Servicio Básico Telefónico (Resolución N°25.839/96 de la Secretaría de Comunicaciones) en su art. 18º establece que: "Las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico (LSB) deberán cumplir con determinadas metas de carácter obligatorio y otras no obligatorias según se detallan más abajo, conforme lo establecido en el Capítulo X del anexo I (Pliego) del Decreto N° 62/90 y los instrumentos administrativos modificatorios...".

6.- El mencionado Reglamento incluye entre las metas de carácter obligatorio un detalle descriptivo en el que se encuentran: 1. Penetración de la red, 2. Eficiencia de llamadas, 3. Eficiencia de Servicio de Operador, 4. Incidencia de fallas en la red telefónica local y 5. Tiempo de espera para la instalación. Este último punto expresa que: "...Ninguna solicitud pendiente al 31/12/96, podrá tener un tiempo de espera mayor que 180 días, y al 31 de diciembre del 2000, un tiempo de espera mayor que 90 días..." (conf.: Resolución N°4606/08 de la Defensoría del Pueblo Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ver en www.defensoria.org.ar).

7.- En sustento a esta tesis se mencionó que la Resolución N° 25.839/1996, tiene entre sus propósitos reincorporar el principio de universalidad, entendido como "... la promoción del carácter universal del servicio básico telefónico a precios justos y razonables...", asegurando la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad del mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto N° 1185/1990, al tiempo que se preserva el concepto "a favor del cliente". "Estos enunciados, nos brindan la línea directriz con la cual ha de interpretarse la norma, en la que a lo largo de su articulado puede observarse la clara finalidad de buscar la optimización en la calidad del servicio básico telefónico, de consuno con el mandato constitucional que garantiza la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y el derecho de los usuarios a un trato equitativo y digno (arg. art. 42 de la Constitución Nacional)".

**Cámara de Apelaciones Sala Primera en lo Civil y Comercial.
Expt. N° 5054/C"A. E. C/ T. A S.A. S/ SUMARISIMO
(CIVIL)"Juzgado Civil y Comercial N° 3, Gualaguaychú. / / / -**

CUERDO:-En la ciudad de Gualaguaychú, Provincia de Entre Ríos, a los trece días del mes de agosto de dos mil quince, se reúnen los Señores Miembros de la Excm. Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualaguaychú, Dres. Guillermo Oscar Delrieux, Ana Clara Pauletti y Gustavo A. Britos para conocer del

recurso interpuesto en los autos caratulados: "A. E. C/ T. A S.A. S/ SUMARISIMO (CIVIL)" respecto de la sentencia de fs. 77/81. De conformidad al sorteo oportunamente realizado, la votación tendrá lugar en el siguiente orden: PAULETTI, DELRIEUX, BRITOS. Estudiados los autos la Excma. Sala propuso las siguientes cuestiones a resolver: ¿Es justa la sentencia apelada?, y ¿qué resolución corresponde dictar? A LAS CUESTIONES PLANTEADAS LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO: -I.-Apeló la accionada T AS.A. la sentencia dictada a fs. 77/81 que hizo lugar a la demanda por cumplimiento de contrato promovida en su contra por la Sra. E. A., condenándola a instalar la línea telefónica objeto de autos en el domicilio sito en calle X N° XXXX, entre X y X (X) de esta ciudad de Gualeguaychú y a abonar a la actora las sumas de pesos diez mil (\$ 10.000,00) en concepto de multa civil, y pesos quince mil (\$15.000,00) en concepto de daño moral, importes que se estimaron a la fecha de la promoción de la demanda, e intereses hasta su efectivo pago conforme a la tasa activa que establece el BNA, todo en el término de diez (10) días. Impuso las costas a la accionada y reguló honorarios. En sus fundamentos el juez de grado expuso que la demanda tenía por objeto el cumplimiento de contrato de consumo contra T AS.A., requiriendo la instalación de una línea telefónica, con más la imposición de multa civil y pago de daño moral, y que a ello se resistió la accionada sosteniendo que no existe obligación de efectuar la instalación reclamada ya que nunca se comprometió a efectuarla, y cuestionó la procedencia de los rubros reclamados. Señaló a continuación que a tenor de los hechos alegados por las partes, correspondía aplicar al caso la ley de Defensa del Consumidor, por la cual en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece la ley, prevalece la más favorable al consumidor, el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización, cuando la prestación del servicio público domiciliario

se interrumpa o "sufra alteraciones", se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora"; los proveedores deben 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, y que las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios, los cuales pueden efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo; mientras que dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme la reglamentación. De la prueba extrajo que a fs. 1/3 del cuaderno de pruebas de la actora obra copia certificada de la misiva con aviso de recibo remitida por la actora, recibida en fecha 10 de febrero de 2014 y no contestada, donde se intimó circunstanciadamente y en base a los hechos relatados a posteriori en la demanda la instalación de la línea objeto de autos, acotando a su respecto que cabía sobre la demandada una obligación de expedirse que dejó incumplida -art. 4 de la ley 24.240-, de donde el silencio tenía en la especie el alcance de una manifestación de voluntad, y debía interpretarse en el sentido de la asunción de la obligación cuyo cumplimiento reclamó la actora. También consideró en ese sentido el incumplimiento de la demandada a la intimación cursada en oportunidad de realizarse la audiencia preliminar, respecto de la documental interesada en la demanda -registro del art. 27 de la LDC y/o el que corresponda a los reclamos que efectuó la actora con motivo de la instalación de la línea objeto de autos-. Al respecto aludió que conforme al art. 374 del CPCC, si el documento se encontraba en poder de una de las partes, y se intimaba su presentación, la permitía presumir en su contra cuando por otros elementos de juicio resultaba manifiestamente verosímil su existencia y contenido, y agregó que la obligación de los proveedores de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obraran en su poder

para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio, surgía del art. 53, ley 24.240. Con ello concluyó que la conducta procesal de la accionada debía valorarse como un elemento de convicción corroborante de las pruebas existentes para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. Sumó que la demandada informó que las obras para la instalación de la línea serían iniciadas en un plazo que no cumplió, y tuvo en definitiva por acreditada la obligación de instalar la línea telefónica requerida por la actora, y vencido el plazo respectivo para realizarla, anticipando que haría lugar a la demanda por cumplimiento de contrato. Estudió los daños invocados, conceptualizó a los daños punitivos, destacó los múltiples reclamos formulados por la actora, las manifestaciones formuladas por la empresa en sede administrativa y el incumplimiento del compromiso asumido en sede judicial, para concluir que el comportamiento de la accionada era merecedor de aplicación de la multa reclamada, y en base a la prueba producida la estimó en pesos diez mil (\$ 10.000,00) a la fecha en que se debió cumplimentar la prestación comprometida. Tuvo en cuenta los presupuestos que debían darse para habilitar la reparación del daño moral, que surgía de las declaraciones testimoniales que la actora, vivía con su pareja y su hijo menor de edad, y que al no tener teléfono carecía de acceso al servicio a alarma monitoreada por vía telefónica, debiendo recurrir a un servicio de monitoreo satelital -conforme informe de la firma "Prevención 24" obrante a fs. 60/62-, lo cual resultó ineludible en atención a los múltiples hurtos cometidos en la zona, estimando procedente el rubro y fijando el monto de la indemnización respectiva en la suma de pesos quince mil (\$ 15.000,00). Distribuyó las costas conforme al principio objetivo de la derrota, y admitió la demanda en los términos reseñados. II.-Obra a fs. 88/92 el memorial de agravio de la parte demandada, quien expuso como primera queja que la sentencia violaba el art. 18 CN y el art. 31 inc.4 del CPCC, ya que consideró incumplida una obligación contractual de efectuar la instalación de una línea telefónica en el domicilio de la actora cuando no existía

ninguna norma legal ni contractual que la estableciera; descartó que la relación fuera de consumo, y sostuvo que T A nunca aceptó el pedido de la accionante porque al ser formulado verificó la ausencia de cupos y la imposibilidad técnica de cumplimentar la solicitud, y que de hecho se informó a la Sra. A. el rechazo de su pedido, al punto que nunca expidió la boleta para el pago del cargo de instalación de la línea, mencionando en abono a su postura el art. 18 del Reglamento de Calidad del servicio Básico Telefónico, reiterando que no medió un contrato de servicio de telefonía fija, pues T A no asumió ningún compromiso, ni tuvo obligación de informar a la actora, mientras que la notificación dispuesta en la audiencia preliminar al abrirse a prueba el juicio, nunca se notificó a la accionada, lo cual debió además hacerse en el domicilio real. Luego se atacó la recepción del daño punitivo, reiterando que esa parte no incumplió ninguna carga de acompañar el registro establecido en el art. 27 LDC porque no se le notificó la intimación ordenada en el auto de apertura a pruebas. Acotó que de todas maneras no se encontraban presentes los presupuestos necesarios para la procedencia de la multa, mencionando en su aval la postura de este Tribunal en autos "A. c/ T". Finalmente se afirmó que el daño moral admitido se basó en meras conjeturas y no en un daño concreto, ya que no se dejaron expuestas alteraciones disvaliosas en el bienestar psíquico de la accionante, y que el único argumento fue que se debió acudir al servicio de un monitoreo satelital lo cual no puede relacionarse con el daño moral, con lo que la indemnización resultó infundada. Se pidió la revocación del fallo con costas III.-A fs. 94/96 se agregó la contestación formulada por la apelada, quien del primer agravio replicó que la línea reclamada ya fue instalada y se encuentra funcionando. Que cuando la actora solicitó el servicio (17/10/2013), la empresa nunca manifestó que no lo realizaría, ni abundó en los detalles mencionados en el recurso, sino que se comprometió a instalarlo dentro de los 15 días posteriores, lo que ocasionó que una vez vencido ese lapso se comenzaran los reclamos, y que eso lo

prueba que el 12/12/2013 un empleado de T. A se presentó en el domicilio para extender un cable previo a la instalación, mientras que la operadora de la empresa explicó a la clienta que el servicio sería cobrado con la factura relativa al primer mes de consumo; se acotó que la supuesta falta de cupos, no fue invocada nunca en sede administrativa, y que el apoderado quedó notificado de la documentación a presentar dispuesta en la audiencia preliminar. Se sostiene seguidamente que la condena del daño punitivo fue bien encuadrada en el art. 52 bis de la ley 24.240, cumpliendo sus presupuestos, y que además en caso de duda debía interpretarse a favor del consumidor, destacando que no es preciso acreditar daño alguno porque se trata de una multa ejemplificadora, mientras que el obrar doloso fue así calificado al demandar debido a los múltiples reclamos que debió realizar la actora antes de arribar a sede administrativa, por las manifestaciones realizadas por la empresa allí y luego los compromisos incumplidos en sede judicial. Respecto del agravio destinado al daño moral, se señaló que el mismo fue abonado en prueba testimonial y que además se trata de un daño que surge "in re ipsa" y repasando los argumentos con los que se sustentó la petición respectiva, se pidió se rechace el recurso con costas. IV.-Así resumidos los antecedentes del caso corresponde dejar sentado que la presente sentencia se dicta ya vigente el nuevo Código Civil y Comercial (ley N°26 .994). No obstante ello, conforme a la jurisprudencia labrada respecto del art. 3 CCiv y doctrina relativa al art. 7 CCyC, la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso (conf.: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", págs.100/104).Liminarmente también debo señalar que en atención a la colocación de la línea telefónica denunciada por la accionante en su contestación de agravios, se ha tornado de abstracto tratamiento la impugnación efectuada por la demandada a la porción de la condena que la obligaba a suministrar dicho servicio. No obstante lo cual, dado

que el incumplimiento apreciado por el "a quo", dio lugar a la condena de daño moral y daños punitivos, la revisión reviste el mismo alcance propuesto en el recurso. Establecido ello, advierto que la cuestión de fondo discutida es similar a la resuelta por esta sala en el Expt.Nº4296/C, "A. C. G. C/ T A S.A. Y/O RESPONSABLE S/ ORDINARIO DAÑOS YPERJUICIOS", del 02/09/2014 y en Expt.Nº 4706/C, "B. H. D. C/ T A S.A. S/ ORDINARIO(CUMPLIMIENTO DE CONTRATO)", del 18/02/2015, en donde si bien trataban de un traslado domiciliario de línea telefónica, y en este caso de la instalación de línea nueva, lo cierto es que la demandada aquí tampoco se ocupó de justificar la demora en concretar el servicio pedido, ni de mostrar que no incumplió con ello la normativa que rige sobre las condiciones con las que debe prestar el servicio público que tiene a su cargo. Por el contrario, la actitud procesal asumida en todos los supuestos, ha sido la de negar que pese sobre ella obligación temporal alguna de llevar a cabo un servicio de ese tipo pedido por un cliente suyo (la actora ya lo era, ver demanda fs. 4 y vta.).El juez de la causa tuvo como plataforma fáctica que la actora solicitó la instalación de nueva línea el 17/10/2013y hasta el mes de Febrero que intimó epistolariamente ese servicio, realizó numerosos reclamos telefónicos que fueron contestados por la empresa con diferentes y contradictorias respuestas referidas al cumplimiento de la solicitud. La incontestación a la carta documento motivó el inicio de la instancia administrativa ante la oficina municipal de defensa al consumidor, donde fracasaron las audiencias conciliatorias pero allí el representante dejó asentado que efectivamente existía un trámite de pedido de instalación de línea promovido por la actora(que se identificó), demoras técnicas del sector de instalación, y en definitiva el incumplimiento de la accionada(ver fs. 9, 15 del expediente administrativo apiolado en cuaderno de pruebas actora). Ya en julio de 2014 la accionante se comunicó nuevamente con el número telefónico 112 de reclamos, y se le hizo saber que se le dio de baja a su pedido por el plazo transcurrido y ante la imposibilidad de instalar

la línea solicitada, oportunidad en que la usuaria formuló un trámite de queja. Tales hechos fueron tenidos por ciertos por el juez de la causa a partir del incumplimiento a la intimación cursada en la audiencia preliminar para presentar documentación en su poder, y del deber del proveedor de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obraban en su poder conforme a la obligación establecida en el art.53 LDC. El razonamiento sentencial es acertado, ya que era la empresa quien estaba en mejores condiciones de contradecir a la actora con prueba válida acerca de la realidad de los reclamos y las respuestas brindadas, lo cual no hizo la accionada en su contestación de demandada, ni luego al serle intimada en la audiencia preliminar la presentación del registro del art. 27 LDC y/o el que corresponda a los reclamos que efectuó la Sra. A. con motivo de la instalación de línea que se trata. Según lo establece el art. 27 de la LDC (texto según ley 26.361), las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios, que pueden efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo. La misma norma establece que los reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme la reglamentación, y que las empresas prestadoras de servicios públicos deben garantizarla atención personalizada a los usuarios. De modo que se trata de información que la accionada debió acompañar con su responde de demanda dada suposición defensiva, pero aun así tuvo la oportunidad de hacerlo en el tiempo de la intimación que en los términos del art. 374 CPCC se le cursó en la audiencia preliminar en el punto I.B. -fs. 41 y vta.-, de lo cual quedó efectivamente notificada T AS.A. en el mismo acto, como de las restantes cuestiones allí resuelta la postura ritualista esgrimida por el apelante para atacar el razonamiento del sentenciante basado en el incumplimiento de esa parte a dicha intimación, resulta infundada. En efecto, tal es así que incluso el art. 346CPCC prevé para el supuesto en que una de las partes no

concurra a la audiencia, que queda también notificada en el acto de todas las resoluciones que allí se dicten, mientras que cuando el rito ha preferido que en la etapa de prueba la notificación sea en el domicilio real, lo ha establecido de modo expreso, como lo hizo en el art. 395 en cuanto a la citación para la declaración de parte. Finalmente, a fs. 64 el juez tuvo por denunciado el incumplimiento de la demandada de lo dispuesto a fs. 41, sin que el interesado se manifestara al respecto. De modo que el agravio vertido al respecto es improcedente. V.-La relación jurídica que vincula a las partes como ha sido conceptualizada en la instancia de grado, es de consumo por cuanto la demandada, T A S.A., se dedica de modo profesional a la comercialización de servicios, por lo que resulta proveedor en los términos del art. 2 de la Ley 26.361 a favor de un consumidor. Ello así, es aplicable el art. 42 de la Constitución Nacional, y la normativa consumeril, sus directrices y principios. En correlación con ello debe contemplarse que el art. 5º del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico (R.G.C.S.B.T.), establece que "El cliente tiene derecho a ser tratado por los prestadores con cortesía, corrección y diligencia, y a obtener respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento" (art. 5º), mientras que las prestadoras de telefonía básica, conforme lo prevé el "Pliego de Bases y Condiciones" -art. 10.1.2-: "...están obligadas a asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de la prestación de los servicios públicos a su cargo", y según el punto 10.1.8 que establece las metas del servicio, las prestadoras están obligadas a dar cumplimiento a las metas obligatorias y no obligatorias. En este pleito iniciado el 19/08/2014, el incumplimiento alegado consiste en la excesiva demora de la instalación de línea telefónica pedida el 17/10/2013. La prescindencia de plazos en esta obligación suya, que se desprende de la postura defensiva de T A S.A. no se condice con la normativa vigente. Si bien no hay respuestas unívocas sobre el lapso potestativo respectivo, no hay dudas en que no se trata de una potestad discrecional de las prestatarias. En efecto, hay quienes consideran que cuentan con 90

días para concretarlo. Tribunales provinciales basados en información de la Comisión Nacional de Comunicaciones, han considerado que el tiempo de espera de una solicitud no puede ser mayor a los 90 días (CACdia, CyC 1, 06/12/2012, Z., J. P. c. T AS.A. s/sumarísimos (civil), LLLitoral 2013 (marzo), 205). En este sentido, ha sido apuntado que el Reglamento General de Calidad del Servicio Básico Telefónico (Resolución N°25.839/96 de la Secretaría de Comunicaciones) en su art. 18° establece que: "Las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico (LSB) deberán cumplir con determinadas metas de carácter obligatorio y otras no obligatorias según se detallan más abajo, conforme lo establecido en el Capítulo X del anexo I (Pliego) del Decreto N° 62/90 y los instrumentos administrativos modificatorios...". El mencionado Reglamento incluye entre las metas de carácter obligatorio un detalle descriptivo en el que se encuentran: 1. Penetración de la red, 2. Eficiencia de llamadas, 3. Eficiencia de Servicio de Operador, 4. Incidencia de fallas en la red telefónica local y 5. Tiempo de espera para la instalación. Este último punto expresa que: "...Ninguna solicitud pendiente al 31/12/96, podrá tener un tiempo de espera mayor que 180 días, y al 31 de diciembre del 2000, un tiempo de espera mayor que 90 días..." (conf.: Resolución N°4606/08 de la Defensoría del Pueblo Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ver en www.defensoria.org.ar). Otra lectura proveniente de la justicia capitalina concluye que el plazo que las empresas tienen para otorgar el servicio es de dos meses (CNFedCivyCom, Sala II, 22/10/2013, "B., A. E. c. T AS.A. s/incumplimiento de servicio de T Aunicaciones", en LL, on line). En sustento a esta tesis se mencionó que la Resolución N° 25.839/1996, tiene entre sus propósitos reincorporar el principio de universalidad, entendido como "... la promoción del carácter universal del servicio básico telefónico a precios justos y razonables...", asegurando la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad del mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto N° 1185/1990, al tiempo que se preserva el concepto "a

favor del cliente". "Estos enunciados, nos brindan la línea directriz con la cual ha de interpretarse la norma, en la que a lo largo de su articulado puede observarse la clara finalidad de buscar la optimización en la calidad del servicio básico telefónico, de consuno con el mandato constitucional que garantiza la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y el derecho de los usuarios a un trato equitativo y digno (arg. art. 42 de la Constitución Nacional)". Se acotó a ello, que el capítulo tres de la mentada resolución fija las "Metas de Servicio, Expansión y de Calidad a Cumplir por los Prestadores del Servicio Básico Telefónico", y dentro de estas discrimina entre aquellas que revisten carácter de obligatorias de las que no lo son. Ahora bien, dentro de las primeras destaca el acápite 5º que se relaciona con el tiempo de espera para la instalación, y que del cuadro que precede a la nota 1, se desprende con claridad que la aplicación de la norma no se limita al 31 de diciembre de 2000, sino que con posterioridad al citado año el gráfico prevé como plazo a cumplir para las sucesivas instalaciones el término de dos meses. "Tal es el alcance que debe dársele a la expresión "largo plazo" que figura en el recuadro, exégesis que, por cierto, es la que más se armoniza con los objetivos fijados por la norma, en particular con la optimización del servicio. "Parece absurdo considerar que si lo que se busca es el mejoramiento en la prestación del servicio de telefonía fija, la norma hubiera fijado un término de cumplimiento y luego dejara al arbitrio de cada una de las compañías telefónicas la estimación discrecional de los plazos para efectivizar la instalación de nuevas líneas. Sostener que ante el requerimiento de un servicio público esencial, el concesionario pueda brindarlo cuando le plazca, colisiona con los principios de continuidad y regularidad, que la norma, como he señalado, recepta". En definitiva, sea el plazo de dos meses o de 90 días, lo cierto es que existe una acotación temporal para el cumplimiento de la obligación aquí discutida, y que en la especie, en ambos supuestos, el mismo se encontraba vencido al tiempo del reclamo administrativo y mucho más del inicio del

presente juicio, al cabo del cual y recién en esta segunda instancia (contestación de fecha 16/06/2015) informó la actora que le fue instalado el servicio telefónico en su domicilio. A partir de lo expuesto, es claro que pesaba sobre T A una obligación de origen legal que fue incumplida sin justificación. La demandada ha prescindido del marco legal expuesto, y en ningún momento explicitó en el juicio los motivos de su falta de servicio tempestivo. No está además discutido que el interesado continuó abonando el mantenimiento de la línea, ni los sucesivos reclamos que efectuó de tipo epistolar (obrantes entre las constancias documentales reservadas) y por medio del servicio telefónico de atención al cliente detallados en las misivas, a cuyo respecto la requerida respondió evasivamente, sin satisfacer su obligación de información al cliente (arts. 4 y 25 LDC), mostrando no solo un claro incumplimiento de los deberes que la empresa tiene asignados (arts. 5, 34 y 39 del Reglamento General del Servicio Básico Telefónico), sino un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de los derechos del actor (STJujuy, 30/10/2013, "M., J. J. c. T AS.A. s/ violación a la ley 24.240", en: DJ,07/05/2014, 70). Más aun, en la etapa postulatoria la hoy apelante esgrimió en su defensa razones poco precisas que ni siquiera se propuso probar: ausencia de cupos en la zona del domicilio, supeditación de la línea a importantes inversiones, la realización de nuevas obras o ampliación del plantel disponible (contestación de demanda fs.22vta.). Mostró así una actitud prescindente de los derechos del usuario reclamante, y del principio de colaboración en base a cual es aceptado que debe cargar con la prueba, quien está en mejores condiciones de probar, y precisamente era esa parte quien contaba con los medios para dejar expuesto los hechos que le impidieron dar satisfacción al actor en tiempo razonable. En ese mismo sentido frente a similar supuesto, fue entendido que: "La demandada sólo se dedicó, tanto en sede judicial como extrajudicial, a esbozar diferentes excusas para justificar su demora, sin aportar prueba alguna que justifiquen o

avalen sus dichos, siendo que conforme al principio de las cargas dinámicas previsto en el art. 53 de la LDC estaba en su cabeza acreditar las cuestiones que hacían a la resolución de la causa”(C6aCivyComCordoba, del 08/04/2014, “B., O. A. c. T AS.A. s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de apelación”, en: RCyS2014-VI, 154). Tal conducta desplegada antes y durante el pleito, sin especificaciones de índole técnica ni prueba idónea sobre los obstáculos para el cumplimiento del servicio, muestra una suerte de displicencia contraria a la buena fe y eficiencia con la que los prestadores de servicios públicos deben cumplir con sus obligaciones. He corroborado pues, la ilicitud del incumplimiento que ocasiona "per se" un daño al privar al ciudadano de un servicio público del que en la actualidad no puede prescindirse, máxime cuando está ligado a la vigilancia y seguridad de la vivienda emplazada en un sector de la ciudad que registra frecuencia de actos de delincuencia, como se esgrimió y probó testimonialmente en el presente caso, punto que además no puede desconocer el juzgador por formar parte del público y notorio. Tampoco los planteos sobre la cuestión son procedentes. VI.-En cuanto a la determinación de los daños realizada en la sentencia e indemnizaciones reconocidas, que la demandada también objeta, comienzo por señalar que la indemnización del daño moral reconocida se encuentra fundamentada en la sentencia, en las tres declaraciones testimoniales colectadas en la causa, de las que extrajo las circunstancias familiares de la actora viviendo en lugar alejado, expuesto a los robos, y la necesidad de recurrir ante la falta de línea telefónica al sistema de vigilancia por monitoreo satelital, todo de lo que concluyó sobre el "grado de sufrimiento extra padecido". En cuanto el apelante no se hace cargo de ese razonamiento lógico aplicado por el sentenciante, dicho extremo del fallo, lo considero no refutado idóneamente, correspondiendo declarar su deserción. No está demás apuntar sin embargo, que esta Cámara ya ha convalidado decisiones del tipo basadas en declaraciones testimoniales que dieron cuenta de las

aflicciones generadoras de la perturbación del espíritu como consecuencia del incumplimiento contractual de la accionada, al imposibilitar por un lapso prolongado de disponer del servicio de alarma y de comunicarse por no disponer de la línea de teléfono fijo (Expt.Nº 4363/C, "N.J. M. C/ T A S.A. S/ SUMARISIMO", del 29/04/2014), acotándose a su vez con cita de doctrina que "... se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la L.D.C. específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas sólo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico" (GHERSI, Carlos A., Los nuevos daños en el derecho de consumo, en comentario al fallo de la CNCiv., Sala F, "G. A. M. c/ Maxim Software S.A.", 8/2/2011", AR/JUR/4981/ 2011, cit. autos "B. M. G. C/T AS.A. S/ SUMARISIMO (CIVIL)". Expte. Nº 4954/C, del 11/06/2015). Pasando al daño punitivo regulado en el art. 52 bis LDC (según ley 26.361), doctrina y jurisprudencia, han dejado en claro que se trata de sanciones o multas civiles que proceden a pedido de parte, que están destinadas a culpables de conductas extremadamente reprobables por su gravedad, y que pueden sumarse al resarcimiento ordinario (extra a lo resarcitorio), con fines disuasivos de la reiteración de actos similares y ejemplificadores para quienes pretendan imitarlo (conf.: Fundamentos al Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en relación a las proyectadas "sanciones pecuniarias disuasivas", del art. 1748 eliminado por el Poder Ejecutivo; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada, en RCyS, 2013-X, 15; GALDÓS, Jorge M., La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto, LL, 2012-C-1254). De modo que el instituto reúne un doble fin, punir graves inconductas del accionado, y además prevenir hechos de igual tipo para el futuro. Sobre ese último aspecto, las condenas punitivas deben producir un impacto social que funcione

como amenaza disuasoria de futuras conductas desaprensivas, y asimismo, como mecanismo que tienda a desactivar el beneficio obtenido a causa del ilícito. El art. 52 bis LDC establece que la fijación judicial del importe se " graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso", lo cual es válido complementar con lo normado por el art. 49, que fija pautas para la graduación de las sanciones por infracción a la ley, de lo que es dable concluir que para la estimación del daño punitivo deben tenerse en cuenta, por lo menos, los siguientes parámetros: el perjuicio causado por el hecho dañoso, la posición que ocupa el dañador en el mercado, la cuantía del beneficio obtenido por éste, el grado de reprochabilidad o intencionalidad de la conducta, la gravedad de los riesgos sociales y de su generalización y la reincidencia (ZENTNER, Diego H., El daño punitivo entendido como una verdadera sanción disuasiva, en: DJ 11/03/2015 , 7). En el supuesto que nos ocupa, el juez de grado contempló los múltiples reclamos que debió realizar la actora, la incontestación a su interpelación epistolar, la actitud asumida por la empresa demandada en sede administrativa y el incumplimiento al compromiso asumido por ésta ya en el juicio, de efectivizar el servicio sin que lo hubiera hecho. Creo entonces, que la sanción ha sido bien dispuesta, pues la prestataria del servicio público aquí accionada, no sólo no instaló la línea telefónica en el tiempo debido, sino que tampoco dio correcta y amplia información a la usuaria, ni probó que documentó los reclamos y respuestas que se le brindaron como era su obligación, además de excusarse por la demora en razones que nunca explicitó, ni acreditó ni mucho menos expuso que se tratara de obstáculos legalmente contemplados como para eximirla de las responsabilidades por ella asumidas. El monto fijado por este rubro (\$10.000), también lo estimo adecuado, ya que cuantitativamente si el importe fuera nímico, la sanción no cumpliría su fin disuasivo, y examinado bajo las pautas arriba enunciadas, también resulta razonable, de modo que esta queja tampoco puede ser acogida. VII.- He dado respuesta a los agravios vertidos por la demandada, y

encontrándome en condiciones de expedirme sobre las cuestiones propuestas, lo hago por la afirmativa, auspiciando se dicte sentencia, rechazando el recurso tratado, con costas a cargo del apelante vencido. Por ser oportuno, propongo finalmente, se regulen los honorarios por la actuación profesional cumplida ante este Alzada. ES MI VOTO. A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO O. DELRIEUX, DIJO: -Que adhiere al voto precedente por iguales fundamentos. A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. GUSTAVO A. BRITOS, DIJO: -Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234). Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordada la Sentencia siguiente: ANA CLARA PAULETTI GUILLERMO O. DELRIEUX GUSTAVO A. BRITOS (Abstención) ante mi DANIELA A. BADARACCO Secretaria SENTENCIA: GUALEGUAYCHU, 13 de agosto de 2015. Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, por mayoría; SE RESUELVE: -1.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 84 en representación de la parte demandada "T A S.A.", contra la sentencia de fs. 77/81, la que se confirma en todas sus partes. 2.- IMPONER las costas al apelante vencido. 3.- REGULAR los honorarios profesionales, por la actuación en ante esta Alzada, a favor de los Dres. E. M. en la suma de PESOS DOS MIL CIENTO VEINTE CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 2.120,56=11,16 J.) y P.B. D. en la suma de PESOS UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON TREINTA Y NUEVECENAVOS (\$ 1.484,39=7,81 J.); valor jurista \$ 190,00 (arts. 3, 5, 7, 14, 29, 31 y 64 y concs. de la Ley 7046). REGISTRESE, notifíquese y, oportunamente, bajen. GUILLERMO O. DELRIEUX ANA CLARA PAULETTI GUSTAVO A. BRITOS ante mí: DANIELA A. BADARACCO Secretaria

CASO 2

DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑO MORAL. DERECHO A LA INTIMIDAD. INTERES PÚBLICO.

Descripción del caso (2):

Difusión de informaciones por un órgano periodístico.

Sumario:

- 1.- ... los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su análisis tan solo en aquellos elementos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).
- 2.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que cuando un órgano periodístico difunde una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho.
- 3.-... deberá examinarse si la noticia involucra a un funcionario público o figura pública, o bien sobre a un ciudadano privado. En el primer caso, resultará de aplicación la doctrina de la "real malicia", es decir, para hacer responder al medio de difusión deberá encontrarse debidamente acreditado que la noticia fue divulgada con conocimiento de su falsedad, o con notoria despreocupación acerca de su veracidad o falsedad.

4.- ...si el afectado es un ciudadano común que no es funcionario público ni figura pública no juega el factor de atribución que exige la doctrina mencionada en último término, y basta con la simple culpa del emisor de la noticia para comprometer su responsabilidad

5.-... la doctrina "Campillay" como la de la "real malicia", pues ambas parten de la base de que se han afirmado hechos inexactos, o cuya veracidad, al menos, no ha podido ser acreditada.

6....de casos –en los que normalmente aparece afectada la intimidad- el estándar relevante es la existencia o no de un interés público prevaleciente que justifique la difusión de la noticia y valide la intromisión en la esfera privada de las personas.

7. Cabe señalar que en estas situaciones no basta con que la información se refiera a una persona pública o un funcionario público sino que, para validar la intrusión en la intimidad, es preciso que – más allá de eso- medie un interés público concreto que justifique la difusión de la noticia. Pues como lo ha dicho el máximo tribunal nacional: "...en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión..."

8.- ... la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado en los últimos años un nuevo estándar, que se aplica no ya a la afirmación de hechos –ya sean ellos verdaderos o falsos-, sino a la emisión de opiniones o juicios de valor. En este caso debe establecerse nuevamente si esa clase de juicios se refiere a asuntos de interés

público, pues si así fuera existe una total libertad para decir lo que se quiera, con el único límite de las expresiones insultantes.

9.- ... la Corte Suprema de la Nación en la causa "Bruno" donde –a los efectos de dilucidar si debía imputarse responsabilidad al medio demandado- el alto tribunal procedió a un análisis global de las notas relativas al actor publicadas en días sucesivos-

10.-... de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, inhiben la posibilidad de imputar responsabilidad a los medios de prensa por la difusión de informaciones u opiniones. Esto en modo alguno implica que el suscripto comparta los dichos de los periodistas, la mordacidad de sus opiniones –muchas veces excesivamente generalizadoras-, ni la forma sensacionalista en que fue presentada la información, y tampoco significa que se tiene por cierto lo afirmado respecto de los actores en los programas cuestionados.

11.- Puede definirse al daño moral como: "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. 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 perjudicial".

12.- En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del CPCCN, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones.

13.- En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida"

14.- La misma idea se desprende del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente promulgado, a cuyo tenor: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Si bien ese cuerpo normativo recién entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2016 (art. 7, ley 26.994) es indudable que los preceptos que lo integran deben inspirar la interpretación de las normas del Código Civil que todavía se encuentra vigente, en la medida en que recogen –por lo general- la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos Ps del derecho civil.

"O., R. B. y otro c/ A TV S. A. s/ Daños y perjuicios" Expte. n° 95.771/2002 Juzgado Civil n° 27. En la Ciudad de Buenos Aires,

capital de la República Argentina, a los cuatro días del mes de noviembre del año dos mil catorce, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "O., R. B. y otro c/ A TV S. A. s/ Daños y perjuicios", respecto de la sentencia de fs. 1567/1582 y su ampliatoria de fs. 1591, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI - HUGO MOLTENI. A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. La sentencia de fs. 1567/1582 –aclarada a fs. 1591- hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por E. Y. S. de O. y R. B. O., y condenó a América TV S. A., Cuatro Cabezas S. A., R. L. G. y D. T., en forma concurrente, a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 100.000 a la Sra. S. de O., y la de \$ 70.000 al Sr. O., con más los intereses y las costas del juicio. El pronunciamiento fue apelado por Cuatro Cabezas S. A., quien se agravió a fs. 1634/1647, presentación esta que fue respondida por los actores a fs. 1675/1687. Por su parte, a fs. 1652/1656 los demandantes presentaron sus quejas, lo que motivó la réplica de Cuatro Cabezas S. A. a fs. 1689/1691. Finalmente, a fs. 1662/1667, América TV S. A. cuestionó la sentencia en crisis, y sus quejas merecieron la respuesta de los actores a fs. 1698/1710. II. Previo a abocarme al análisis de los planteos formulados por los recurrentes, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su análisis tan solo en aquellos elementos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal). Asimismo, resalto que la cuestión relativa a la responsabilidad atribuida a R. L. G. y D. T., ambos conductores del

programa televisivo "P doc", se encuentra firme por haber sido consentida por estos últimos.

Aclaro también que he visto íntegramente las emisiones de los programas "P doc" y "La cornisa", que se encuentran adjuntadas a la causa en VHS, pero que sólo me referiré a lo largo de este voto a los aspectos que puedan resultar relevantes para la resolución del sub lite. III. Las particularidades que presenta el caso imponen referirse a los distintos estándares creados pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para calibrar la responsabilidad de la prensa. Al respecto, el citado tribunal distingue según que los daños cuya reparación se reclama hayan sido ocasionados por la difusión de informaciones inexactas, de noticias verdaderas, o de simples opiniones. En el primer caso (difusión de informaciones inexactas, o cuya veracidad no ha sido comprobada) resulta aplicable la doctrina "Campillay" (CSJN, Fallos 308:789; 316:2394 y 324:4433, entre muchos otros) que, como es sabido, sostiene la ausencia de responsabilidad de los medios de prensa –y de los periodistas- si han tomado determinados recaudos al difundir la noticia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que cuando un órgano periodístico difunde una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho (Fallos, 308:789, considerando 7º). Ahora bien, si los recaudos enunciados anteriormente no fueron cumplidos por el medio de comunicación, deberá examinarse si la noticia involucra a un funcionario público o figura pública, o bien sobre a un ciudadano privado. En el primer caso, resultará de aplicación la doctrina de la "real malicia", es decir, para hacer responder al medio de difusión deberá encontrarse debidamente acreditado que la noticia fue divulgada con conocimiento de su falsedad, o con notoria despreocupación acerca de su veracidad o falsedad (CSJN, 24/6/2008, "Patitó, José Ángel y

otros c/ Diario La Nación y otros", LL, 30/10/2008, p. 7; ídem, 13/12/11, "Melo, Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios", entre muchos otros). Por el contrario, si el afectado es un ciudadano común que no es funcionario público ni figura pública no juega el factor de atribución que exige la doctrina mencionada en último término, y basta con la simple culpa del emisor de la noticia para comprometer su responsabilidad (CSJN, 1/8/2013, "B., J. M.; M. de B., T. – Tea S.R.L. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.", RCyS 2013-XII, 141; ídem, 27/11/2012, "E., R. G. c/ Editorial la Capital S.A. s/ indemnización", LLOnline AR/JUR/65343/2012). Un estándar distinto juega cuando la información difundida es verdadera. En este supuesto, son inaplicables tanto la doctrina "Campillay" como la de la "real malicia", pues ambas parten de la base de que se han afirmado hechos inexactos, o cuya veracidad, al menos, no ha podido ser acreditada (CSJN, caso "Patitó", ya mencionado, considerando 8º del voto de la mayoría; ídem, 16/11/2009, "Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros", considerando 9º del voto de la mayoría). En este grupo de casos –en los que normalmente aparece afectada la intimidad– el estándar relevante es la existencia o no de un interés público prevaleciente que justifique la difusión de la noticia y valide la intromisión en la esfera privada de las personas (Corte InterAna de Derechos Humanos, 29/11/2011, "Fontevicchia y D'Amico c/ Argentina", LL, 16/3/2012, p. 3; CSJN, 8/5/2007, "O, N. M. c/ T., M. y otro", voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, ED, 17/8/2007, p. 2, con nota de Emilio A. Ibarlucía; esta Sala, 3/11/2009, "A., A. M. c/ Artear S.A. y otros"; esta cámara, Sala K, 31/10/2000, "Romano, Samanta c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros", JA, 11/4/2001, p. 29, con nota de Ramón D. Pizarro; ídem, Sala E, 25/11/2005, "R., H. c/ Ediciones Papparazzi S.A.",; ídem, Sala F, 26/6/2007, "S, R. A. c/ Arte Gráfico Editorial Argentina S.A.", LL, 28/3/2008, p. 3; ídem, Sala E, 7/11/2008, "S., G. A. y otro c/ La Nación S.A. y otro", RCyS, marzo de 2009, p. 78). Cabe señalar que en estas situaciones no basta con que la información se refiera a

una persona pública o un funcionario público sino que, para validar la intrusión en la intimidad, es preciso que –más allá de eso- medie un interés público concreto que justifique la difusión de la noticia. Pues como lo ha dicho el máximo tribunal nacional: "...en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión..." (CSJN, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.", LL 1985-B, 120). Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado en los últimos años un nuevo estándar, que se aplica no ya a la afirmación de hechos –ya sean ellos verdaderos o falsos-, sino a la emisión de opiniones o juicios de valor. En este caso debe establecerse nuevamente si esa clase de juicios se refiere a asuntos de interés público, pues si así fuera existe una total libertad para decir lo que se quiera, con el único límite de las expresiones insultantes (CSJN, causas "Patitó" –considerando 8º del voto de la mayoría- y "Brugo" –considerando 9º del voto de la mayoría-, ya citadas; ídem, 30/10/2012, "Quantín, Norberto Julio c/ Benedetti, Jorge Enrique y otros"; ídem, 14/8/2013, "C. C., R. A. c/ A., S.E. y otros", elDial.com, AA8102). Sobre la base de estos parámetros corresponde ingresar en el análisis de las cuestiones planteadas en el sub lite. Señalo, desde ya, que ambos demandantes son personas públicas y que estuvieron vinculadas al ámbito de la política. IV. Los dichos que los demandantes consideran injuriosos fueron vertidos durante una serie de emisiones televisivas del programa "P doc" que tuvieron lugar los días 12, 16 y 19 de junio de 2002, por América TV. Aclaro que examinaré el contenido de esos programas en su integridad, siguiendo el criterio sentado por la Corte Suprema de la Nación en la causa "Bruno" (Fallos, 324:2419), donde –a los efectos

de dilucidar si debía imputarse responsabilidad al medio demandado- el alto tribunal procedió a un análisis global de las notas relativas al actor publicadas en días sucesivos. En primer término examinaré las quejas referidas a la condena a reparar a favor de la Sra. S. de O.. A tal fin, me referiré en forma liminar a los elementos aportados a la causa que dan cuenta de las investigaciones que se llevaron a cabo respecto de la F Esperanza, presidida en su momento por la nombrada. El 31/10/2000 la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (en adelante, SEDRONAR) resolvió rescindir un contrato con la F Esperanza, por el cual había otorgada a esta última la suma de \$150.000 para la compra, construcción y equipamiento de un centro preventivo asistencial de rehabilitación de adicciones y reinserción social. Esa medida tuvo por causa el informe elaborado por una comisión multidisciplinaria creada para la investigación de la debida aplicación de los fondos entregados a las instituciones beneficiarias por parte de la citada secretaría de estado. En dicho informe se denunció que en la granja para la recuperación de adictos no había actividad alguna, que una de las sedes de la F era una casa que alquilaba la familia O., que otras de las sedes había sido dada en comodato a una familia que manifestó que nunca funcionó en ese lugar aquella F, y en otro de los inmuebles había una empresa denominada "Compratur" (vid. fs. 217 de la causa penal caratulada "S. de O., E. y F Esperanza s/ Defraudación contra la administración pública", primero en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, Secretaría n° 1, de esta ciudad, y luego - como consecuencia de la declaración de incompetencia de este último- ante el Juzgado Federal n° 2, Secretaria Penal n° 4 de San Miguel de Tucumán, expte. n° 1.321/2001, cuyas copias tengo a la vista). Es más, se sostuvo en aquel informe que la ex secretaria general de la F había expresado que la F Esperanza: "no existe, pues todo lo manejaba la Sra. de O. y que cuando ellos se fueron de Tucumán la misma dejó de funcionar" (fs. 1110 de este expediente).

Por este motivo, la SEDRONAR dispuso formular una denuncia penal e iniciar un proceso civil para el recupero de aquel dinero (fs. 1116/1120, también de estos autos). De este modo se inició la causa penal antes mencionada, en la cual se citó a los Sres. Novas, Di Tomaso, Rubachin y Varela, quienes participaron de la comisión multidisciplinaria, y ratificaron el informe ya referido (fs. 36/37, 40, 49/50 y 51 de aquellos autos). El fiscal que actuó ante el juzgado federal en lo criminal y correccional solicitó la indagatoria de la Sra. S. (fs. 119/130, causa penal), pero luego el caso pasó a la jurisdicción de la Provincia de Tucumán, como ya lo reseñé. En esta última sede, y entre otras diligencias tendientes a esclarecer el destino del dinero dado a la F, se ordenó, el 30/10/2001, el allanamiento de algunas de las viviendas que eran propiedad de la mencionada F (vid. fs. 240/241, 250/263 y 267/275, causa penal). Por otra parte, en la causa n° 1.187/2001 (caratulada "Sedronar c/ F Esperanza s/ Incumplimiento de contrato", en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 4, Secretaría n° 7, de esta ciudad, que en fotocopias certificadas tengo a la vista), la SEDRONAR intentó recuperar la suma de \$150.000. Sin embargo, al momento de emitirse los programas televisivos que dieron lugar al presente expediente esa demanda no había sido aún notificada a la F. Hasta aquí he reseñado los elementos con los que se contaba al día 12/6/2002, fecha en que tuvo lugar el primero de los programas que dio lugar al reclamo de los demandantes. Mucho tiempo después, el 2/6/2004, la Sra. S. de O. prestó declaración indagatoria en el expediente penal, y dijo no recordar con precisión los hechos, pero reconoció que habría autorizado el retiro del dinero otorgado por la SEDRONAR. Dijo también que había tomado una licencia a partir del 12/12/1995, y agregó que tenía entendido que aquel dinero se había utilizado para la compra de los inmuebles de la F que presidía (fs. 587/588 de aquella causa). El expediente criminal concluyó el 3/8/2007 con el sobreseimiento de la Sra. S. de O. por prescripción de la acción penal (fs. 1374 y 1522/1545 de esta causa),

resolución que fue confirmada por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán (fs. 1420/1429, 1449 y 1546/1555). Resumido de este modo el conflicto que enfrentó a la co-actora S. con la SEDRONAR, pasaré a analizar, ahora sí, los aspectos de lo decidido que son objeto de crítica por parte de los apelantes. En las propagandas previas a la emisión del primer programa conducido por los codemandados G. y T. se afirmó que se revelarían hechos sorprendentes acerca de "la jefa del más importante clan provincial de la Argentina". Según sostuvo la anterior sentenciante, esa frase no era de contenido agravante, lo que recibe la queja de la actora, quien entiende que esos términos fueron utilizados en un modo peyorativo y de reproche, que transmitiría a los televidentes un mensaje injurioso para con la Sra. S. de O.. Ahora bien, como lo destacó la Sra. juez de grado, la expresión "clan" tiene en el diccionario de la lengua el sentido de aludir a un conjunto de personas unidas por un vínculo familiar, lo cual nada presenta de injurioso. Es de público y notorio conocimiento la popularidad que la familia de la Sra. S. tiene en el mundo del espectáculo y de la política, razón por la cual la referencia al "clan" bien puede entenderse como aludiendo a esa situación. Por lo demás, incluso si se confiriera a esa palabra un sentido peyorativo, destaco que el hecho de haber afirmado que la familia O. constituye un "clan", del cual sería jefa la demandante, no importó sino formular un juicio de valor –más allá de su acierto o desacierto- acerca de una cuestión de innegable interés público (los vínculos políticos, sociales y culturales de la familia), lo que torna aplicable el estándar ya señalado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cual en esta materia rige el principio de la plena libertad de opinión, con la única excepción de las expresiones que puedan calificarse como un insulto, lo que claramente no sucede en el caso. Por otra parte, en el programa del día 12/6/2002 el codemandado G. dijo que la Sra. S. de O.: "malgastó dinero público, despidió a trabajadores a los que no les pagó ni los sueldos ni las indemnizaciones y además dejó en banda

dejo literalmente en la calle a los adictos" (sic). Por estas acusaciones prosperó la demanda resarcitoria. En sus agravios, Cuatro Cabezas S. A. alega que las expresiones vertidas en el programa fueron una información veraz, que se apoyaba en las constancias de la causa penal. Además afirma que, si hubo error en esa información, aquel fue fruto de una investigación periodística, y no de una total despreocupación acerca de la veracidad o falsedad de lo afirmado por el periodista. Asegura que no estaría demostrada la "intencionalidad" (sic). Por su parte, América TV S. A. refiere que al momento del programa la actora estaba siendo investigada, por lo que lo afirmado por G. coincidía con la realidad. En puridad, los dichos de G. que he transcripto más arriba implican la afirmación de tres hechos distintos, a saber: a) que la actora malgastó dinero público; b) que despidió trabajadores sin indemnización, y c) que "dejó en banda" a los adictos. Ahora bien, respecto a la segunda de estas imputaciones (recién identificada como "b") no hay agravio de las partes sobre lo decidido en primera instancia en el sentido de que se trataba de una información verdadera, en base al reconocimiento realizado por los actores en el programa "La cornisa". Por consiguiente, examinaré a continuación, exclusivamente, las restantes dos afirmaciones referidas a las Sra. S., que acabo de enumerar como "a" y "c". En lo atinente a la imputación en el sentido de que la Sra. S. de O. habría malgastado dinero de un subsidio entregado por la SEDRONAR (P "a"), destaco que si bien el programa del 12/6/2002 comenzó con esa manifestación realizada de manera asertiva por parte de su conductor, seguidamente el Sr. G. acotó: "el Estado Nacional está querellando a E. S. porque malgastó \$150.000 (...) compró casas y esas casas no se sabe ahora quién las tiene y ese dinero se esfumó". También manifestó ese conductor: "se puede ver las investigaciones judiciales que el propio Estado encargó e hizo, demuestran que hay una mujer que creó una F que más que a la beneficencia se dedicaba al marketing político, que la desarmó cuando ya no le sirvió más a su marido, que dejó en banda a los trabajadores y a los adictos, y que

sobre todo malgastó dinero público". En el transcurso del primer programa en que se trató este tema se mostró una investigación periodística en la cual G. viajó a Tucumán, señaló los inmuebles que figuraban como propiedad de la F (allí se vio que la quinta estaba abandonada, y una de las casas, alquilada), y se hicieron notas a personas de aquella provincia. Así, fue entrevistada la Sra. Leiva (imágenes grabadas de una nota realizada por el Sr. G.), ex empleada de aquella ONG, quien manifestó que la actora no iba a la F y que, para ella, no se trataba de una ONG sin fines de lucro sino de "una herramienta política". La Sra. Lugones, tesorera de la ONG, declaró en una nota también grabada que no tenía conocimiento de que el Tesoro Nacional hubiera adelantado dinero a la F (una voz en off aseguró que la Sra. Lugones había entregado los \$150.000 a la Sra. S. de O.). No es un dato menor que el fiscal de la causa penal (cuando tramitó en esta ciudad), Dr. Stornelli, a fs. 119/130 de aquellos autos solicitó que se citara a prestar declaración indagatoria a varias personas, entre las que se encontraba la actora, por fraude en perjuicio de la administración pública, en los términos de los arts. 172 y 174, inc. 5º del Código Penal. Esta información fue brindada en el programa del 12/6/2002 por el Sr. G., y en esa oportunidad, además, el Sr. T. leyó un fragmento del dictamen fiscal donde se afirmaba que los imputados "no podrían desconocer" que muchos de los gastos no les eran permitidos (tal como surge de fs. 129 vta., causa penal). Se agrega a lo dicho que en la emisión televisiva del día 16/6/2002 tanto T. como G. repitieron varias veces que se trataba de una demanda deducida por el Estado Nacional. La expresión utilizada por G.: "poco importa en qué va a terminar judicialmente, lo cierto es que el dinero fue pagado y no está" (del día 16/6/2002) es coherente con las pruebas obrantes en el expediente penal para esa fecha, ya que no se sabía cuál había sido el destino del dinero, motivo por el cual la SEDRONAR formuló la denuncia penal y, como ya lo señalé, había un pedido de indagar a la actora por parte del fiscal de la causa. Además, T. dijo en aquel programa que la demandante "había

recibido \$150.000, pero aparentemente se malgastaron". Por su parte, G. apuntó que la investigación había sido efectuada por el Estado Nacional, y aclaró que no tenía un cariz político, pues se había denunciado a siete u ocho fundaciones por similares irregularidades. Por último, en el programa del día 19/6/2002 (en respuesta a los dichos de los actores en "La cornisa", en donde fueron entrevistados por Luis Majul), T. precisó que había una "demanda del Estado Nacional a la F Esperanza que condujo E. S., que malgastó \$150.000 en un programa para ayudar a adictos para que se recuperen de las drogas", y G. acotó: "está basado en expedientes judiciales". Así las cosas, es claro que, en lo que concierne a esas manifestaciones de los periodistas, son de aplicación las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Campillay" antes mencionada, ya que si bien se acusó a la actora de malgastar dinero público, en el programa se dejó en claro que eso surgía de una investigación judicial, que era el Estado Nacional quien había iniciado la causa, y que un fiscal había pedido que se citara a la actora a prestar declaración indagatoria, por lo que puede tenerse por cumplido el requisito consistente en identificar a las fuentes de la noticia. Por lo demás, el contenido de aquellas afirmaciones es sustancialmente coincidente con los elementos ya relatados (entrevistas realizadas en Tucumán, denuncia de la SEDRONAR y dictamen fiscal). A mayor abundamiento, al referirse esos dichos a una figura pública, y versar sobre una temática de interés público, juzgo que –incluso si se soslayara que se han cumplido los recaudos de "Campillay"– la actora tenía la carga de demostrar la "real malicia" del medio, que no ha sido satisfecha en el sub lite. En efecto, la existencia de los elementos que ya he mencionado, sumada a que en el programa se mostraron imágenes de la carátula de la causa civil (sobre incumplimiento de contrato), demuestra que no se actuó con notoria despreocupación acerca de la veracidad o falsedad de la información que se brindó al público. Ello, con independencia de que, a la postre, no haya mediado una condena penal, pues –en los

términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ya he reseñado- no es la eventual falsedad de las imputaciones lo que puede dar lugar a responsabilidad civil de la prensa, sino la adopción o no de ciertos recaudos al difundir una noticia potencialmente inexacta, y la actitud de los periodistas frente a esa posible falsedad. La restante imputación efectuada respecto de la Sra. S. -que he identificado antes como "c"- se refiere al hecho de que la demandante "dejó en banda a los adictos". Al respecto, y más allá de haber efectuado esa afirmación, el Sr. G., en el programa del 12/6/2002, añadió que alguien que pone una F no puede después "alegremente bajar las persianas y desentenderse de eso simplemente porque al marido ya no le conviene que la mujer tenga una ONG". En el mismo sentido, en el programa del 19/6/2002 afirmó: "una ONG no puede ser tratada como una boutique", y aclaró que se trataba de una opinión. Es evidente que todas esas afirmaciones constituyen opiniones de los conductores del programa respecto de acontecimientos de indudable interés público (el desempeño de la actora en una ONG financiada con dinero público y destinada a socorrer a los adictos), lo que torna nuevamente aplicable el ya citado estándar del máximo tribunal nacional en el sentido de que únicamente se configuraría la responsabilidad si para transmitir la opinión en cuestión se emplearan expresiones insultantes, lo cual, una vez más, no sucedió en este caso. Sólo a mayor abundamiento, señalo que al momento del programa existían constancias en la causa penal que parecían indicar un estado de abandono de la F (vid. los informes realizados a fs. 250/263 y 267/275 de esos autos, en lo que se dio cuenta de que la F no funcionaba más para fines de octubre del año 2001), y que, en el programa del 12/6/2002, un médico de la F (el Dr. Sánchez), en una entrevista grabada con el Sr. G., dijo que los profesionales se tuvieron que "hacer cargo" de los pacientes porque un día llegaron y estaban las puertas cerradas. En resumidas cuentas, con respecto de los dichos atinentes a la Sra. S. no encuentro que se hayan

configurado los requisitos necesarios para responsabilizar a las recurrentes, ya sea por aplicación de las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” o porque se trató de opiniones referidas a asuntos de interés público. En cualquier caso, la conducta de los emplazados no fue antijurídica, sino que se enmarcó en el ejercicio del derecho a la libertad de prensa. Por ese motivo, entiendo que debería modificarse la sentencia en crisis y rechazarse la demanda interpuesta por la Sra. E. S. de O., con costas a su cargo. VI. Corresponde ahora analizar las quejas atinentes a la imputación de responsabilidad a los recurrentes a raíz de los dichos relacionados con el Sr. O..

En los programas televisivos que ya he mencionado se aseguró que el cártel de Juárez había aportado dinero para la campaña política del actor, y también, que habían existido casos de corrupción durante la gestión del Sr. O. como gobernador de la provincia de Tucumán. Además, se cuestionó la sinceridad de la imagen pública que el actor cultivaba en sus actos políticos y en eventos sociales. En la emisión del 12/6/2002 se mostró un informe en el cual se menciona que el Sr. Ducler, asesor del Sr. O., estuvo vinculado al narcotráfico. Luego, en los programas del 16 y 19 de ese mismo mes se reprodujo una nota grabada cuyo entrevistado fue el Sr. Ponce, quien fue presentado como agente de Interpol en México. El nombrado aseguró que dinero proveniente del narcotráfico fue destinado a la campaña de O. (ver programa del 19/6/2002). Esta acusación fue ratificada en estos autos por la Dra. Elisa Carrió, en ese entonces presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y de la Comisión Especial Investigadora sobre Hechos Ilícitos Vinculados con el Lavado de Dinero del H. Congreso de la Nación. La testigo informó que, en el marco de la investigación por lavado de dinero del cártel de Juárez en la Argentina, un jefe de Interpol de México dijo que en un cuaderno que se secuestró había un pedido de dinero por parte del Sr. Ducler, persona vinculada a “Palito O.”, y que ese dinero estaba destinado a financiar la campaña política Duhalde–O. (fs. 970 vta., rta. 3ª). En lo que atañe a las acusaciones de corrupción, en el programa del

12/6/2002 una voz en off expresó que durante la gobernación de "Palito" (como también se conoce al actor) hubo varias denuncias de corrupción, pero que no prosperó ninguna: "O. dejó la gobernación sin cuentas pendientes con la justicia". Luego, en la emisión del 19/6/2002 se desarrolló el tema y se dijo que los actos de corrupción habrían tenido lugar en ocasión de la privatización del Banco de la Provincia de Tucumán. Al respecto, se entrevistó en el estudio de televisión al Dr. Vita (quien era entonces diputado nacional por el ARI) y al Dr. Malmierla (ex diputado de Fuerza Republicana), quienes detallaron supuestas irregularidades en la privatización de aquel banco. Otro entrevistado que estuvo en el programa los días 16/6/2002 y 19/6/2002 fue el Sr. Osvaldo Maciel, quien acusó al demandante de lavarse las manos con alcohol después de sus encuentros proselitistas con gente humilde. Este entrevistado afirmó que había sido camarógrafo del Sr. O. durante parte de su campaña política, y admitió haber entregado a los periodistas material que muestra al actor ensayando un discurso político (lo que será motivo de análisis más adelante). Textualmente, el entrevistado dijo: "buscaba desesperadamente limpiarse con alcohol" (emisión del 16/6/2002). Hasta aquí queda claro, a mi juicio, que los dichos que agravian al actor, si bien fueron formulados por los periodistas de manera asertiva, fueron atribuidos a distintas fuentes: Ponce, Vita, Malmierla y Maciel, quienes además fueron entrevistados y ratificaron esas acusaciones. De este modo, se dio cumplimiento a la doctrina "Campillay", ya mencionada, lo que impide la configuración de la responsabilidad civil de los emplazados recurrentes. Otro de los temas que se debatió en las ya mentadas emisiones del programa "P doc" versó acerca de la boda de los actores y la elección de los padrinos. En la emisión del 16/6/2002 se dijo que los padrinos no habían sido los padres del Sr. O., sino una persona que en ese momento dirigía una revista de espectáculos y un jockey conocido en el ambiente, y añadieron que eso obedecía a una cuestión de imagen del demandante. La Sra. juez de grado consideró que ventilar esos

aspectos importó una violación al derecho a la intimidad de los demandantes. Ahora bien, no cabe duda de que el casamiento del matrimonio O.-S. fue difundido por los medios. Una prima de la actora, la Sra. Romano, aseguró en autos que los padrinos de la boda fueron los tíos de la Sra. S., y que las imágenes del casamiento “se ven todo el tiempo. Sin ir más lejos hace dos o tres sábados hicieron todo un programa especial en Crónica donde mostraban el casamiento” (fs. 807, rta. 6ª). Si a eso se suma que los demandantes son figuras conocidas del espectáculo y de la política, no parece que el hecho de haber formulado una opinión acerca de ese evento largamente difundido al público pueda considerarse una intrusión en la esfera íntima del matrimonio. Máxime cuando, como ocurre en el caso, esa opinión no se dirigía a ventilar aspectos privados, sino a poner de relieve una supuesta hipocresía de los actores en su actuación pública, mediante la adopción de decisiones encaminadas directamente a promocionar su figura. Más allá de lo atinado o desatinado de esa idea, de su acierto o desacierto, y del hecho indudable de que debe haber resultado mortificante para los demandantes, lo cierto es que se trata de una opinión sobre asuntos de interés público, que en tanto tal se encuentra amparada por la protección constitucional de la libertad de expresión, en la medida en que no se han empleado términos insultantes para formularla. Por último, se encuentra cuestionada la difusión de las imágenes que fueron obtenidas mientras el Sr. O. ensayaba un discurso político. La anterior sentenciante entendió que esas imágenes habían sido filmadas en un ámbito privado y que, además, su difusión requería del previo consentimiento del actor, y en esas consideraciones sustentó la condena. Contrariamente, los apelantes demandados sostienen se trata de un acontecimiento público, ya que los ciudadanos tienen derecho a conocer las artimañas de un funcionario político en su condición de tal. Por su parte, A TV S. A. afirma que en realidad hubo consentimiento por parte del Sr. O., pues autorizó a que se grabara el ensayo de su campaña política. En el programa del

día 12/6/2002 el Sr. G. prometió mostrar un material referido a "cómo se construye un candidato", y se adelantó una parte del video que luego se reprodujo en forma completa en la emisión del 16/6/2002. En un momento dado, en la mitad de la pantalla se reprodujo un discurso político del Sr. O., y en la otra mitad, una filmación en la que el demandante ensayaba ese acto, comprendidos las palabras que utilizaría, los gestos, y hasta la canción con la que terminaría el discurso dirigido a los simpatizantes. En referencia a esas imágenes, tanto T. como G. dijeron: "Si se pudiera ver de todos los políticos...", y luego T. se refirió a que los políticos ensayan "como si fueran un robot". Asimismo, una voz en off se preguntó: "¿Los argentinos podemos confiar en un candidato como palito y como tantos otros, seguramente, que repite cosas como un actor? ¿Cómo sabemos que no miente? ¿Cómo podemos creer en su palabra? (...)" O. no solo ensayaba las frases, también estudiaba sus gestos hasta el más mínimo detalle" (programa del 16/6/2002). Por su parte, G. aclaró, en esta última emisión, que no es un delito ensayar un discurso, que el candidato estaba en su derecho, pero que también es derecho del ciudadano saber cómo se prepara un candidato, "cómo envuelven un candidato para empaquetarnos a nosotros". La charla que siguió entre los conductores no es relevante para esta litis, dado que en ella no hicieron más que comentar lo que decía el Sr. O. en sus discursos. Estimo que los planteos referidos a la difusión de esa filmación involucran tres aspectos: la lesión del derecho a la imagen del actor, la de su derecho a la intimidad, y la de su honor. Respecto del primer P, pongo de resalto que la regla general según la cual la difusión de la imagen de una persona requiere de su consentimiento cede en presencia de las excepciones contempladas en el último párrafo del art. 31 de la ley 11.723, entre las que se encuentran las imágenes referidas a hechos o acontecimientos de interés público. Juzgo que esta excepción se presenta indudablemente en el sub lite, toda vez que la filmación en cuestión importaba documentar la preparación de un discurso político por parte del Sr. O.. En lo que

atañe a la intimidad, recuerdo que, como ya lo señalé supra, la existencia de un interés público prevaleciente justifica la publicidad de hechos o circunstancias que, en principio, podrían pertenecer al ámbito de la vida privada de las personas concernidas. Por lo demás, en el caso no se ha acreditado que las imágenes hubieran sido registradas de manera clandestina, o en un ámbito privado, sino que –por el contrario- fueron registradas por quien se desempeñaba como camarógrafo para la campaña política del actor, y en un lugar aparentemente preparado para realizar tales ensayos, pues la filmación permite apreciar la presencia de un atril y una cortina de fondo. Sentado entonces que la difusión de la imagen no puede considerarse ilícita en el caso, queda por examinar la posible lesión del honor del Sr. O. como consecuencia de la forma en que se presentó esa información y los comentarios que al respecto hicieron los periodistas. Sin embargo, en este P resulta nuevamente aplicable el estándar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –tantas veces recordado a lo largo de este voto- según el cual la opinión sobre asuntos de interés público (las consideraciones referidas a la forma en que el actor preparaba su discurso, y a su poca confiabilidad, encuadran sin duda en esa categoría) no puede generar responsabilidad civil en la medida en que no lleguen a configurar un insulto. Lo que me lleva a concluir que tampoco por esta vía puede achacarse responsabilidad a las demandadas apelantes. En definitiva, concluyo que tanto en el caso del Sr. O. como en el de la Sra. S. se dio cumplimiento con los diversos recaudos que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, inhiben la posibilidad de imputar responsabilidad a los medios de prensa por la difusión de informaciones u opiniones. Esto en modo alguno implica que el suscripto comparta los dichos de los periodistas, la mordacidad de sus opiniones –muchas veces excesivamente generalizadoras-, ni la forma sensacionalista en que fue presentada la información, y tampoco significa que se tiene por cierto lo afirmado respecto de los actores en los programas cuestionados. Estoy seguro de que los Sres.

O. y S. deben haberse sentido grandemente dolidos y ofendidos por el contenido de las emisiones, pero –como ha tenido oportunidad de señalarlo muchas veces el máximo tribunal nacional- se trata del precio a pagar para salvaguardar la libertad de expresión, pilar fundamental del sistema democrático que estructura nuestra Constitución. Por todas estas consideraciones, estimo que también debería rechazarse la acción entablada por el Sr. R. B. O. contra A TV S. A. y Cuatro Cabezas S. A., con costas al actor, lo que así postulo al acuerdo. VII. La forma en la que propongo resolver la responsabilidad de A TV S. A. y Cuatro Cabezas S. A. torna abstracto entrar en la consideración de los otros cuestionamientos realizados en esta alzada por esos codemandados. VIII. Contrariamente, dado que la condena quedo firme respecto de los Sres. G. y T., corresponde analizar las quejas de los demandantes respecto de las sumas reconocidas en la sentencia en crisis para resarcir el daño moral (\$100.000 a la Sra. S. de O., y \$70.000 al Sr. O.). Puede definirse al daño moral como: “una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. 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 perjudicial” (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del CPCCN, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, LL, 1990-A-655). Ahora bien, en el caso de la lesión de derechos personalísimos, la jurisprudencia ha

señalado de manera constante que cabe presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho (esta sala, 12/3/2010, "L., María Daniela c/ B., Ricardo A.", LLOnline AR/JUR/6090/2010; ídem, 14/2/2007, "C., G. C. c/ Cencosud S.A.", LLOnline AR/JUR/315/2007; ídem, esta cámara, sala D, "Panizzi, Miguel Angel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", LLOnline AR/JUR/11354/2006, entre otros precedentes). En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea se desprende del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la

Nación recientemente promulgado, a cuyo tenor: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Si bien ese cuerpo normativo recién entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2016 (art. 7, ley 26.994) es indudable que los preceptos que lo integran deben inspirar la interpretación de las normas del Código Civil que todavía se encuentra vigente, en la medida en que recogen –por lo general– la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos Ps del derecho civil (vid. el P II.I.1.2. de los fundamentos del anteproyecto presentado por la Comisión Redactora) y que, sobre todo, reflejan la decisión del legislador actual acerca de cómo deben regularse los distintos aspectos de la vida civil de nuestro país. Precisamente por eso, sus normas, incluso antes de su entrada en vigencia, deben ser tenidas en cuenta por los jueces en tanto manifestación de la intención del legislador, que como es sabido es uno de los criterios rectores en materia de interpretación normativa. Por consiguiente, tendré particularmente en cuenta ese criterio para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso. El perito en comunicaciones designado de oficio aseguró que el programa cambió la imagen de los demandantes y que, en el ámbito político, se presume que afectó negativamente a ambos (fs. 1240, rta. 2ª, aps. "a" y "d"). Por su parte, la perito psicóloga designada de oficio diagnosticó: "en la Sra. E. S. un Estado Depresivo Reactivo y en el Sr. O. un Estado Depresivo Larvado. El pronóstico es bueno en caso de ejecución de un tratamiento encaminado a efectuar un duelo por lo vivido y reformular un proyecto vital que incluya las nuevas circunstancias" (fs. 1006 vta., "conclusiones"). Ante la impugnación efectuada en su oportunidad por A TV S. A. (fs. 1016/1017), la experta agregó: "si bien los actores son personas públicas esto no las hace inmunes ni implica que puedan soportar cualquier situación que

desde su subjetividad sea vivenciada como una agresión o desvalorización” (fs. 1021 vta.). Por lo tanto, teniendo en cuenta los fundados términos en los que fue formulada la experticia, así como las respuestas a las impugnaciones, otorgo plena eficacia probatoria a la pericia psicológica presentada en autos (art. 477 Código Procesal). Valorando esos elementos, encuentro que los importes de condena fijados en la instancia de grado son equitativos, por lo que propongo al acuerdo confirmar este aspecto de la sentencia en crisis. IX. En cuanto a las costas de primera instancia juzgo que -como ya lo mencioné- respecto de América TV S. A. y Cuatro Cabezas S. A. deberán correr a cargo de los actores (arts. 68 y 279 del Código Procesal). Ello, sin perjuicio de señalar que ha quedado firme la condena en costas de los Sres. T. y G., quienes consintieron la sentencia de grado. Asimismo, en atención al éxito obtenido en esta instancia por cada una de las partes, entiendo que las costas de alzada por las expresiones de agravios de fs. 1634/1647 y 1662/1667 deberían imponerse a los actores, por resultar sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal). Respecto de los agravios de fs. 1652/1656, deberán ser soportadas por su orden, atento el resultado de aquellos. X. Por todo lo expuesto, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo hacer lugar al recurso de las demandadas y rechazar el de los actores, y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia y rechazar la demanda entablada por E. Y. S. y R. B. O. contra América TV S. A. y Cuatro Cabezas S. A., con costas de ambas instancias a cargo de los actores. Asimismo, voto por confirmar el pronunciamiento recurrido en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, e imponer por su orden las costas atinentes a los agravios de fs. 1652/1656. Finalmente, postulo diferir la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. Los Dres. Ricardo Li Rosi y Hugo Molteni votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Sebastián Picasso. Con lo que terminó el acto. Es copia fiel de

su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, noviembre de 2014. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y se rechaza la demanda entablada por E. Y. S. y R. B. O. contra América TV S. A. y Cuatro Cabezas S. A., con costas de ambas instancias a cargo de los actores. Asimismo, se la confirma en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y se imponen por su orden las costas atinentes a los agravios de fs. 1652/1656. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. Notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase. SEBASTIÁN PICASSO. RICARDO LI ROSI. HUGO MOLTENI

NOVEDADES LEGISLATIVAS

LEYES NACIONALES

- Incorporan al ordenamiento jurídico nacional las Decisiones del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR 53/10 y 52/12 y la Resolución del Grupo Mercado Común del MERCOSUR 33/14

LEY 27.187. 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- Creación de Cargos de defensor oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

LEY 27.183. 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- Aprobación del Acuerdo por Canje de Notas Modificadorio del Estatuto de la Entidad Binacional Yacyretá

LEY 27.184. 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- Acuerdo Marco para el Desarrollo del Proyecto de Regasificación de Gas Natural Licuado con la República Oriental del Uruguay

LEY 27.189. 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- Aprobación de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (OPANAL)

LEY 27.186. 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- Acuerdo de Sede con el Comité Internacional de la Cruz Roja

LEY 27.188. 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Día Nacional de la Lucha contra la Violencia de Género en los Medios de Comunicación

LEY 27.176. 26/8/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Modificación de la Ley de Concursos y Quiebras

LEY 27.170. 29/7/2015. Vigente, de alcance general

LEYES PROVINCIALES

- ♦ Adhesión Provincial a la ley nacional Nro. 26.862- Reproducción Medicamento Asistida-

LEY XVII - NRO. 87. Misiones 1/10/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Incorporase la enseñanza de la temática Trabajo Decente en los establecimientos educativos públicos de gestión estatal y privada.-

LEY VI - NRO. 187. Misiones 1/10/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Adhesión Provincial a la ley Nacional Nro. 26.485 Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.-

LEY IV - NRO. 68. Misiones 24/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Instituto Misionero del Suelo Recurso Estratégico para la Conservación de la Biodiversidad.-

LEY XVI - NRO. 115. Misiones 24/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Código de Procedimiento de Familia

LEY 10.305. Córdoba 23/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Ley de Agricultura Familiar

LEY VIII - NRO. 69. Misiones 10/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Juicio Penal por Jurados. Modifica la Ley 3 (Ley Orgánica del Poder Judicial)

LEY 7.661. Chaco 2/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Ley Provincial de Juventud
- LEY 7.662. Chaco 2/9/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Protección contra la Violencia de Género
- LEY 7.888. Salta 1/9/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Seguro Público Provincial de Salud
- LEY 7.654. Chaco 19/8/2015. Vigente, de alcance general
- Modifica el Código de Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires
- LEY 14.740. Buenos Aires 8/7/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Creación de la Comisión Interministerial RCP -Emergencia Buenos Aires, entre los Ministerios de Salud y de la Dirección General de Cultura y Educación
- LEY 14.749. Buenos Aires 8/7/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Modifica el Anexo del Dec. 878/03 - Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia
- LEY 14.745. Buenos Aires 8/7/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Modificatoria de la ley 14.078 - Nueva Ley Orgánica del Registro de las Personas de la provincia
- LEY 14.748. Buenos Aires 8/7/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires
- LEY 14.743. Buenos Aires 8/7/2015. Vigente, de alcance genera

DECRETOS NACIONALES

- ♦ Declaración en desuso de Buque Tanque A.R.A. "INGENIERO JULIO KRAUSE"
- DECRETO NACIONAL 2.041/2015. 29/9/2015. Vigente, de alcance general
- ♦ Aprobación de la Reglamentación de la Ley N° 25.929 sobre Parto Humanizado

DECRETO NACIONAL 2.035/2015. 24/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Declaración en desuso el Buque Patrullero A.R.A. "MURATURE"

DECRETO NACIONAL 1.972/2015. 21/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Ampliación de Cupo para el Programa de Financiamiento para la Ampliación y Renovación de Flota

DECRETO NACIONAL 1.960/2015. 21/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Aprobación de Modelo de Contrato de Préstamo BIRF a celebrarse entre la y el Banco Internacional De Reconstrucción y Fomento (BIRF)

DECRETO NACIONAL 1.968/2015. 21/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Aprobación del "Plan Nacional de Acción de la República Argentina para la Implementación de la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y Subsiguientes"

DECRETO NACIONAL 1.895/2015. 15/9/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Creación del Centro de Estudios de Política Internacional

DECRETOS REGLAMENTARIOS

- ♦ Expropiación con destino a la construcción, conservación y explotación de la Cuarta Central de uno o dos módulos de energía de fuente nuclear

DECRETO NACIONAL 2.197/2015. 19/10/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Creación de la Escuela Nacional de Gobierno en Salud "Dr. Ramón Carrillo"

DECRETO NACIONAL 2.123/2015. 7/10/2015. Vigente, de alcance general

- ♦ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y Misiones sobre Asistencia de Condenados: Convenio

DECRETO 770/15. MISIONES. 7/10/2015