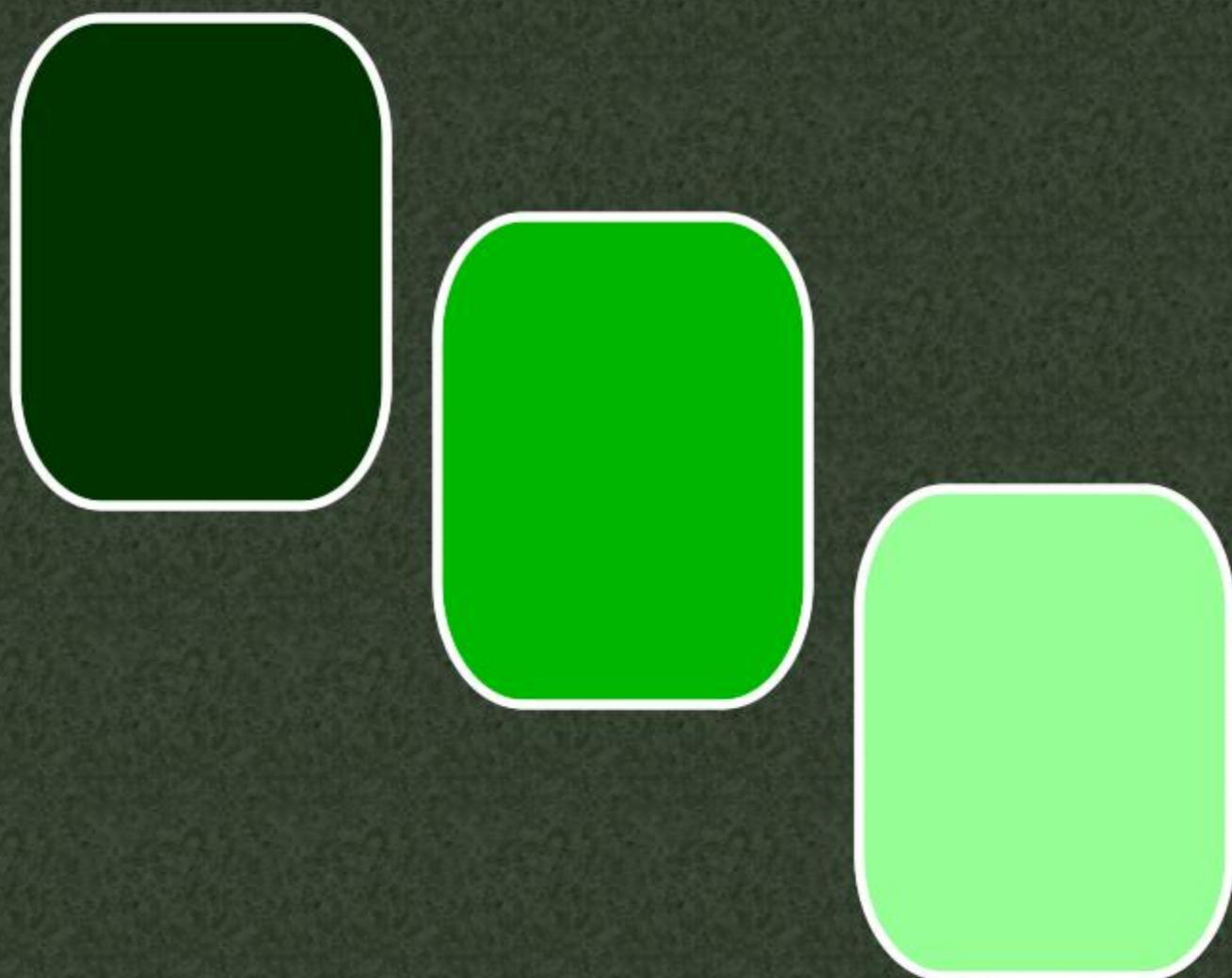


Segundo Número

ISSN 1853-6239

In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



Noviembre de 2011. Año 1. Volumen 2.

Universidad Nacional de La Rioja



Autoridades UNLaR

Rector:

Dr. Enrique Daniel Nicolás Tello Roldán

Vicerrector:

Lic. Sergio Eduardo Martin

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Ab. José Nicolás Chumbita

Secretario Académico:

Mg. Marcelo Bonaldi

Revista IN IURE

Directoras:

Ab. Myrtha Argañarás de Mundet

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

IN IURE

AÑO 1 – VOL. 2 –

Dirección:

**Myrtha Argañarás de Mundet
Elsa Manrique**

Coordinación:

Maximiliano Bron



IN IURE

Segunda edición: 1 de Noviembre de 2011, La Rioja, Argentina.

IN IURE

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

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011

© IN IURE, 2011

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Myrtha Argañarás de Mundet y Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

Índice

Myrtha Argañarás y Elsa Manrique: "El primer número: Presentación de In Iure" pp. 8-11

Orlando Muiño: "Actividad bancaria y derechos de l consumidor" pp.12-44

María Antonia de la Rúa: "El error sobre los presupuestos de las causas de justificación" pp. 45-62

Mónica Necchi: "Responsabilidad notarial" pp. 63-144

María Cristina Amuchastegui: "El espejo de Próspero" pp. 145-152

Elsa Manrique: "La lesión: Concepto-Elementos" pp. 153-170

Elías Ricardo Adi: "Las faltas éticas en el plagio" pp. 171-176

Alejandra Nader: "Delitos contra la integridad sexual" pp. 177-193

María Celeste Rinaldoni: "El concepto jurídico – penal de culpabilidad y su evolución dogmática" pp. 194-211

Sebastián García Amuchástegui: "El delito de envenenamiento o adulteración dolosa de agua potable " pp. 212-233

Ana Luz Moyano Aciar: "democracia: ¿La mejor alternativa par gobernar un estado?" pp. 234-242

María Verónica Ruiu: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad" pp. 243-264

Federico Robledo: "Los actuales horizontes del federalismo en MERCOSUR y OMC" pp. 278-302

Fernando Romero: "Acciones derivadas de la tutela sindical" pp. 303-311

EL SEGUNDO NÚMERO

Presentación de In Iure

Ab. Myrtha Argañarás de Mundet

Prof. Emérita de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora de la Carrera de Abogacía y Procuración

Ab. Elsa Manrique

Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora Carrera de Escribanía y del Instituto
de Derecho Notarial

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

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

Fecha de Publicación:
01/11/2011

Dirección de la Revista:

Myrtha Argañarás de
Mundet

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

Las Carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración, pertenecientes al Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, de la Universidad Nacional de La Rioja, presentan la segunda edición de la Revista Digital "IN IURE".

Este nuevo encuentro implica continuar con el análisis, estudio y debate de diferentes temas que resultan de gran interés y actualidad para la comunidad del derecho y del notariado.

En esta nueva instancia se ha mantenido el principio fundante de la Revista, es decir, la apertura a todas aquellas personas que deseen realizar un aporte significativo y técnico a la Comunidad Científica.

En estas páginas encontraremos trabajos sobre distintos temas, así el Dr. Orlando Manuel Muiño realiza un trabajo sobre la aplicabilidad del régimen tuitivo de defensa del consumidor a la actividad bancaria, tema que es muy controvertido

actualmente. Manifiesta que sumado a ello, los cambios operados tras la reforma impuesta a la Ley de Defensa de la Competencia N° 24.240, mediante el dictado de la Ley 26.631, impuso un nuevo análisis a la cuestión.

Posteriormente, la abogada María Antonia de la Rúa analiza cual ha sido el tratamiento asignado al error sobre los presupuestos de las causas de justificación – también denominada justificación putativa–, por las distintas corrientes dogmáticas y/o sistemas de imputación y cuales han sido las razones para ello. Así, examina si las razones han sido exclusivamente dogmáticas vinculadas al texto legal y/o con el sistema de imputación elegido, y/o si en su tratamiento se han privilegiado las consecuencias político-criminales y/o de justicia material que acarrea la adopción de una u otra solución.

Por su parte La Escribana Mónica Necchi, aborda el tema de la responsabilidad notarial en sí misma, analizando previamente cuál es la naturaleza jurídica de la actividad que desarrolla el notario. No se trata de una cuestión meramente doctrinaria ni de un inútil ejercicio intelectual. Sostiene que de conformidad a la posición doctrinaria que adopte derivará una responsabilidad del notario contractual o extracontractual por un hecho ilícito que no constituye delito.

Seguidamente la abogada María Cristina Amuchástegui realiza un breve análisis de ideas propias de la modernidad: tales como el liberalismo, el Marxismo y la democracia en el contexto latinoamericano. Nos refiere que tanto Iberoamérica como Angloamérica compartían las culturas políticas de sus respectivas madres patrias, como bien dice Richard Morse en su obra "El Espejo de Próspero".

La abogada Elsa Manrique en su presentación analiza algunos matices del instituto de la lesión y sostiene que en los actos jurídicos debe imperar la equidad, la buena fe, la lealtad y la licitud, estos principios son propios de todos los negocios jurídicos. La lesión es un menoscabo que se produce cuando la prestación que corresponde realizar a una de las partes excede a la debida por la otra.

Seguidamente el Escribano Ricardo Adi efectúa un análisis del delito de plagio en la ciencia de la educación, ya sea cumpliendo el rol de alumno, como así también en la función del docente, al momento de hacer un estudio sobre un eje temático, científico y valorativo, manifiesta que se recurre siempre a realizar un análisis

metodológico del tema en estudio y donde se formulan interpretaciones dogmáticas de grande personajes científicos que de alguna manera a priori trataron y estudiaron el contenido que estamos estudiando.

La abogada Alejandra Andrea Nader hace una reflexión sobre la incongruencia plasmada por el legislador en el cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, relativa a la escala penal que propone para la agravante de las figuras de los párrafos segundo y tercero con relación a las escalas penales previstas para ellas.

La abogada Celeste Rinaldoni nos introduce en la temática de la comisión de un hecho delictivo -típico y antijurídico-, y manifiesta que no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen ciertos casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal.

El abogado Sebastián García Amuchástegui nos refiere que en la República Argentina al igual que en la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, se encuentra inmersa dentro de un sistema normativo de índole supranacional que afecta, según la adopción que cada país haga del mismo, el orden jurídico interno.

A continuación, la abogada Ana Luz Moyano Aciar aborda el tema de la Democracia donde plantea que el ser humano a lo largo de su vida desea conseguir objetivos, muchos de los cuales no pueden alcanzarse por sí mismos, en consecuencia, se asocia para lograr esa meta. A fin de que esta asociación funcione, se necesita un orden, una organización, normas demarcadoras que determinen y expliquen ¿cómo?, ¿por qué?, ¿para qué? y ¿para quienes? deben seguirse esos procedimientos a la hora de tomar decisiones.

La abogada Verónica Ruiu examina uno de los aspectos en que se encuentra comprendido en la responsabilidad parental es la obligación alimentaria. Nos manifiesta que esta obligación pesa no sólo sobre el progenitor que convive con su hijo menor de edad, sino también, sobre el progenitor no conviviente.

Posteriormente la abogada Myrtha Argañarás de Mundet admitiendo que el Derecho a la Educación, integra los Derechos Humanos, destaca la importancia de reconocer la modalidad de Educación en situación de encierro y los derechos a la misma de las personas privadas de la libertad.

Más adelante el abogado Federico Robledo desarrolla la integración regional con las integraciones interprovinciales y con el principio de subsidiaridad como pilar del federalismo, centrando el análisis en el federalismo en las relaciones internacionales y los procesos de integración y en sus actuales horizontes en MERCOSUR y en la OMC.

Para finalizar el abogado Fernando Romero analiza que actualmente se encuentra legislada la protección del funcionario sindical, en la Ley 23551, de asociaciones sindicales. Pero existe una franja amplia de trabajadores, que se encuentran fuera de dicha tutela, y ante la exposición de sus ideas o reclamos, o no contar con los requisitos de la Ley 23551, el empleador puede despedirlos sin invocar causa alguna, aplicando el régimen general, pudiéndose dar casos de discriminación ante la falta de esa protección.

De esta manera desde la Universidad Nacional de La Rioja se insta a la transferencia de conocimientos y a la socialización de diversos temas, no sólo por parte de docentes investigadores de esta Casa de Altos Estudios sino también de aquellas personas que no forman parte de esta Institución pero confían en nuestras actividades y trayectoria a nivel nacional e internacional.

Agradecemos al señor Rector Dr. Enrique Tello Roldán, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Abogado José Nicolás Chumbita, al Señor Secretario Académico Magister Marcelo Bonaldi, que siempre nos han brindado apoyo incondicional para la publicación de esta revista.

Cita de este artículo:

ARGAÑARÁS, M. y MANRIQUE, E (2011) "El segundo número: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.08-11. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ACTIVIDAD BANCARIA Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR (Antes y después de la reforma a la LDC)

Dr. Orlando Muíño

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular de las asignaturas Derecho Comercial I, II y III de la Universidad Nacional de La Rioja. Profesor Titular de la asignatura Derecho Privado VIII en la UNC.

Palabras Clave:

defensa del consumidor,
contratación masiva.

Key Words:

consumer protection, mass
recruitment.

Resumen

La aplicabilidad del régimen tuitivo de defensa del consumidor a la actividad bancaria resulta un tema debatido. Además, los cambios operados tras la reforma impuesta a la Ley de Defensa de la Competencia n° 24.240 mediante el dictado de la Ley 26.631, impuso un nuevo análisis a la cuestión.

Abstract

The applicability of the regime's defense Tuitiva consumer banking is a debated issue. In addition, the changes after the reform imposed on the Law of Competition No 24,240 through the enactment of Law 26,631, set a new analysis to the question.

La aplicabilidad del régimen tuitivo de defensa del consumidor a la actividad bancaria ha resultado un tema controvertido.

Sumado a ello, los cambios operados tras la reforma impuesta a la Ley de Defensa de la Competencia n° 24.240 (en adelante LDC), mediante el dictado de la Ley 26.631, impuso un nuevo análisis a la cuestión.

En efecto, la impronta de la contratación masiva, con las nuevas modalidades de contratación, el poder creciente de ciertas empresas que actúan en el mercado y la publicidad comercial, entre otras variables, nos han colocado frente a un fenómeno característico de nuestra época.

Ello, a su vez, nos ha obligado no sólo a repensar el concepto, la eficacia vinculante y la interpretación del contrato mercantil, sino que, además, ha generado todo un movimiento de carácter mundial tendiente a la defensa de los consumidores (¹).

En ese contexto, en época reciente y luego del tiempo transcurrido desde la sanción de la primigenia Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (²), se ha producido una importante reforma de su preceptiva, mediante el dictado de la Ley 26.631 (³).

Se ha buscado responder (⁴) "a las principales necesidades relevadas de la experiencia en la aplicación concreta de la misma, como a las nuevas necesidades del país y del extranjero en la materia".

El objetivo principal perseguido es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, para establecer una situación de equidad y de equilibrio que, se entiende, es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado.

¹ Cfr. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, pág. 245, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

² Sancionada el 22/9/1993 y promulgada parcialmente el 13/10/1993.

³ Sancionada el 12/3/2008 y promulgada por decreto 565/2008, del 3/4/2008, y publicada en el B.O. del 7/4/2008.

⁴ Cfme. Proyecto 1061-D-2006, cuyos fundamentos pueden consultarse en Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias de 2006, Comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, orden del día 306, impreso el 26/5/2006, p. 11 y ss.

En efecto, las normas "protectorias" del "derecho del consumidor" –por su calidad de orden público, según definición de la propia ley- actúan "recortando" o "acotando" la autonomía de la voluntad, para evitar que el negocio que concierten los individuos, y que da nacimiento a un "acto de consumo", pueda desnaturalizar aquellas normas de vigencia preeminente. Esa es, cabalmente, la operatividad del orden público: no se desconoce el contrato, que es, sin duda, la cantera más rica que sirve de vehículo a la satisfacción de las necesidades económicas del hombre. Sólo se "regula" esa libertad contractual para que se ejerza sin exceso, sin lesión de determinados intereses connotados por el "bien común" (5).

REGIMEN DE LA LEY 24.240. ENCUADRE.

La legislación originaria (24.240) caracterizaba (6) al "contrato de consumo", como el celebrado a título oneroso entre un consumidor final –persona física o jurídica-, con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social.

Al referir a los *contratos de consumo* no se está significando un tipo contractual determinado, sino que, por el contrario, se está haciendo alusión a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos (7).

El término *consumidor* proviene de la ciencia económica, aunque actualmente integre también el lenguaje jurídico. Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares.

⁵ Cfme. Casielo, Juan José, *Deber de información y buena fe. El derecho del consumidor*, nota a fallo, en LL, 1999-B-269.

⁶ Cfr. Stiglitz Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., *Derechos y defensa del consumidor*, p. 101, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1994.

⁷ Cfme. Wajntraub, Javier H., *Defensa del consumidor*, pág. 11, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002.

Lo que busca el consumidor es hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios (⁸).

En cambio, el *empresario*, a diferencia del consumidor, adquiere el bien por su *valor de cambio*, esto es, para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución (⁹).

Ello no excluye, en principio, que los empresarios puedan en algunos supuestos revestir la calidad de consumidores, empero la complejidad de la cuestión radicará fundamentalmente en la dificultad de acreditar que el destino asignado a los bienes y servicios contratados por una compañía, no es un proceso de comercialización y distribución, y para ello, la regla general es la exclusión.

La jurisprudencia, ha resuelto sobre el punto que: "a los fines de la aplicación de la ley 24.240, son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios como destinatarios finales –en el caso, persona jurídica que adquirió un rodado para traslado de sus miembros y empleados-, ya sea a título personal, familiar, social o de su círculo íntimo. La ley 24.240 de Defensa del Consumidor es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial –en el caso, traslado de sus miembros y empleados-, pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien (¹⁰).

Resulta habitual, en las definiciones legales, que el consumidor sea asimilado a la figura del contratante, denominándosele consumidor jurídico, frente al consumidor material que sin haber contratado la cosa o el servicio puede utilizarlos.

⁸ En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.

⁹ Cfme. Botana García, Gema A., *Curso sobre la participación jurídica de los consumidores*, coord.. Gema A. Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, Mc-Graw Hill, Madrid, 1999, pág. 28.

¹⁰ Cám. Nac. Com., sala A, fallo del 21 de noviembre de 2000, in re: "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro", DJ, 2001-2-345.

Sin embargo, no siempre el concepto de consumidor material coincide con el jurídico. Por ejemplo, el *usuario*, es quien usa sin contratar, pudiendo ser un invitado, un familiar o un tercero, y en nuestra legislación está equiparado al consumidor (¹¹); o, el *afectado* o expuesto a prácticas comerciales, en referencia a situaciones como la publicidad ilícita; o, el *cesionario*, quien debe ser considerado contratante, ya que al transferirse la posición contractual debe gozar de las mismas prerrogativas que el cedente (¹²).

Pero además, el consumidor es calificado en función del destino que le asigna a los bienes o servicios que dispone, por lo que resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar (¹³), siempre que sea para uso privado. De esta manera, la fórmula legislativa patria habla de "consumo final o beneficio propio o de su grupo familia o social".

A la postre, conviene precisar que el consumidor no es un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusivamente a esa cuestión (¹⁴).

A su vez, la *relación de consumo* resulta una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes. Se coincide en que debe definirse la relación de consumo "de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente, siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debiendo comprender todas las situaciones posibles" (¹⁵).

¹¹ Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, pág. 88, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

¹² Cfme. Wajntraub, Javier H., *Las nociones de consumidor tras la reforma de la ley 24.240*, pág. 154, Secc. Doctr. LL.

¹³ Cfr. Stiglitz, Rubén S., *Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera, Derecho del consumidor*, nro. 9, dir. Gabriel A. Stiglitz, Juris, Rosario, 1998, pág. 4.

¹⁴ Cfme. Botana García, Gema, *Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, pág. 60, Ed. La Ley, Madrid, 2005.

¹⁵ Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, pág. 88, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

ANÁLISIS DEL AMBITO PERSONAL EN LA LEY 24.240.

En el derecho argentino, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, en su art. 1º, definía al *consumidor* o *usuario* como toda persona física o jurídica que contrata determinados negocios o servicios a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social.

A su vez, en el art. 2º (párrafo segundo) excluía de la definición a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

De esta forma, sólo si el destino es de aprovechamiento final habrá un "consumidor final". La LDC lo determinaba con dos descripciones, una positiva y otra negativa (¹⁶).

La positiva: es consumidor quien contrata "para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1º).

La negativa: no son consumidores, a tenor del art. 2º, segundo párrafo, "quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Finalmente, en el art. 2º se establecía que se encuentran obligados al cumplimiento de esta ley todo proveedor de cosas o servicios, aclarando que se entiende por tal "cualquier persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan, comercialicen cosas o presten servicios.

¹⁶ Cfme. López de Zavalía, Fernando J., *Contratos de consumisión*, pág. 466, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996.

De manera tal que sólo los consumidores o usuarios definidos en el art. 1º se encontraban protegidos por la ley en tanto y en cuanto se relacionaren con un proveedor de cosas o servicios, definidos en el art. 2º.

A la inversa, si se presenta el segundo aspecto mas no el primero, los proveedores de cosas o servicios no estarían alcanzados (obligados) por la misma.

Además, resulta pertinente recordar que esta cuestión, en cambio, no se presenta cuando se interpreta la normativa sectorial de las instituciones financieras (circulares dictadas por el Banco Central de la República Argentina), que son de cumplimiento obligatorio para las mismas, independientemente del carácter del cliente, es decir si éste se trata o no de un consumidor (¹⁷).

ANÁLISIS DEL ÁMBITO MATERIAL EN LA LEY 24.240.

Según el texto de la versión originaria del art. 1º LDC, para que el consumidor quede protegido debe contratar a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

- a) la adquisición o locación de cosas muebles;
- b) la prestación de servicios;
- c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada"

¹⁷ Cfme. García Cruces González, *La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n° 46, pág. 409 y ss.

A LA LUZ DE ESTOS PARÁMETROS ¿RESULTABAN INCLUÍBLES LAS ENTIDADES FINANCIERAS?.

Conforme el análisis realizado, en nuestro entendimiento, las entidades financieras se encuentran incluidas en la LDC, art. 2º, pues se trata de personas jurídicas de naturaleza pública o privada que en forma profesional prestan servicios, considerado el término en sentido amplio (¹⁸).

Por otra parte, la ley no excluía de su preceptiva a las entidades financieras en forma expresa, ni a los contratos bancarios, habiendo, en el art. 36 último párrafo incluido, por lo menos en materia de créditos para consumo, a las entidades financieras, por cuanto prescribió que "el Banco Central de la República argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley".

En síntesis, cabe encuadrar a las entidades financieras como proveedoras de bienes y servicios en el sentido de la definición del art. 2º de la LDC.

¿Y LOS CLIENTES BANCARIOS SON CONSUMIDORES?

Un arduo problema se planteó respecto de la interpretación del ámbito personal de aplicación, es decir, determinar si el usuario celebra el negocio para consumo final, esto es, si se trata de destinatario final de los servicios bancarios (o beneficio propio o de su grupo familiar o social).

¹⁸ Como lo hace el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, es decir: "cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral"; art. 3º, párr. 2º del Código de Defensa del Consumidor del Brasil, ley 8078 del 11 de setiembre de 1990, citado por Daniel E. Moeremans, *Contratos Bancarios y Ley de defensa de los consumidores*, a quien seguimos en este tema, LL, 1997-E-1267.

a) Para responder a este interrogante, un sector de la doctrina ⁽¹⁹⁾ entiende que resulta útil para el análisis, recordar que las operaciones bancarias tradicionales pueden ser de tres tipos: activas, pasivas y neutras.

Las primeras son aquellas en las cuales el banco concede crédito al cliente, es decir asume un rol de acreedor, y es por ello que el negocio contablemente se ubica en el activo.

Las segundas son aquellas en las cuales una institución recibe créditos de los clientes, asumiendo la posición de deudor y por lo tanto el negocio se contabiliza en su pasivo. Por último, existen operaciones en las cuales el banco ni concede ni recibe crédito y por lo tanto no figuran ni en su activo ni en su pasivo, sino que son servicios que presta a terceras personas, por ej. cobranzas de impuestos, etcétera.

Pues bien:

En las operaciones activas se puede afirmar sin lugar a dudas que el cliente es el destinatario final cuando se trata de créditos para consumo. Incluso la propia ley en el art. 36, tal como lo hemos apuntado, los incluye expresamente.

No obstante, se presentaban dudas cuando se trata de créditos para emprender alguna actividad productiva o de comercialización, pues el segundo párrafo del art. 2º excluyó los casos en que los servicios sean para integrarlos en procesos de producción y/o comercialización.

La legislación alemana de protección a los consumidores de crédito, excluye de su ámbito de aplicación el caso de que el mutuario utilice el crédito para su empresa, salvo aquéllos préstamos destinados a usarse como capital inicial para la constitución de una persona jurídica y siempre que el préstamo no supere determinada suma.

¹⁹ Moeremans, cit.

Respecto de nuestro derecho, éste sector considera que este supuesto no estaba amparado expresamente por la LDC. Por cierto, ello no significa que los mutuantes se encuentren totalmente desprotegidos, pues, por un lado, -conforme manifestamos- se puede aplicar analógicamente la LDC y, por otro, las normativas sectoriales se aplican independientemente de la calidad de "consumidor" del cliente bancario, y por último, se debe aplicar el derecho común (arts. 1198, 954, 1071, etcétera).

ii) En cuanto a las operaciones pasivas las dudas se acrecientan, pues pareciera ser que quien deposita dinero o títulos en una entidad financiera no puede ser calificado como destinatario final sino más bien como una persona que pone en circulación dinero o bienes en el circuito financiero ⁽²⁰⁾.

Esta opinión ha sido rebatida ⁽²¹⁾ sosteniéndose que, por tanto en el caso de depósito a la vista como a plazo, siempre el banco presta un servicio (sea de caja y custodia, sea sólo de custodia) que utiliza el cliente como destinatario final, y por lo tanto caen dentro de la protección legal.

Nosotros compartimos esta última opinión, sobre todo atendiendo la hecho de que la ley argentina es más amplia que otras (como por ej. la española), en el sentido de que no sólo ampara al usuario o consumidor cuando negocia para su consumo final, sino también cuando lo hace para su beneficio propio o de su grupo familiar o social.

iii) En cuanto a las operaciones neutras, se consideraba que al no existir un vínculo comercial entre la entidad bancaria y el cliente no se aplican las disposiciones citadas, ya que de existir alguna controversia entre ambos la cuestión se regiría por disposiciones extracontractuales, sin dejar de aclarar que puede aplicarse la preceptiva de la ley de protección al consumidor teleológicamente, tal como lo hemos propiciado.

²⁰ Posición sostenida por García Cruces, cit.

²¹ En contra en el derecho español Embid Irujo, con referencia a Galán, *La protección del usuario de servicios bancarios*, conferencia pronunciada en las Jornadas de Avila, España, 1992, citado por Moeremans.

b) Para el otro sector (²²), además de la preceptiva constitucional, que de acuerdo con el art. 42 de la Constitución Nacional, introducido por la reforma de 1994, los usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a la protección de sus intereses económicos, debiendo las autoridades proveer a la protección de esos derechos y la legislación establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, los propios dispositivos de la ley 24.240 ameritan una interpretación amplia toda vez que:

a) La ley regula no sólo la relación de consumo sino también de crédito con destino al consumo (arts. 19 y 36 LDC).

b) La relación de consumo comprende servicios;

c) Las entidades bancarias pueden considerarse proveedoras de servicios pues son personas jurídicas que los prestan profesionalmente a consumidores o usuarios y no están expresamente excluidas ni ellas (art. 2º) ni los servicios financieros o los que correspondan a las llamadas operaciones "neutras" (art.19).

De esta manera, las dificultades de asimilación de la relación de crédito bancario a la de consumo no se propagan a la prestación de servicios bancarios, ya que éstos están separadamente comprendidos en el citado art. 19, que se refiere a servicios de cualquier naturaleza (²³);

d) El mandato al Banco Central de la República Argentina para que adopte las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en la ley (art. 36, párr. 2º), confirma su inclusión dentro de la ley, ya que la actuación de la autoridad de

²² Cfr. Rossi, Hugo E., *La Ley 24.240 y el denominado consumidor o usuario bancario*, en CAeIDB, t. II-485.

²³ En una posición particular se encuentran Héctor A. Benébaz y Osvaldo W. Coll, *Sistema Bancario Moderno*, t. II, pág. 528, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, para quienes la ley 24.240 es aplicable a las entidades financieras en tanto en cuanto éstas desarrollen principalmente actividades de servicios, quedando excluido de esta operatoria el negocio tradicional del mutuo que prevé el art. 558 del Código de Comercio. Ello se debe, según su opinión, a que la doctrina ha negado el concepto de cosa al dinero, considerándolo esencialmente una unidad de cambio.

control y regulación del sistema financiero tiene en este aspecto alcance reglamentario de preceptos de fondo sobre crédito para consumo; el eventual incumplimiento de la manda reglamentaria no puede postergar la realización de los fines de la ley, potenciados por los de la reforma constitucional posterior;

e) Las operaciones de crédito no comprendidas en el art. 36 no están por eso excluidas del ámbito de aplicación de la ley, porque por otro lado que no estén destinadas a consumo no implica necesariamente la incorporación de fondos a un proceso productivo; eso no ocurrirá si quien las celebra con la entidad bancaria es un simple cliente carente de organización empresaria; la ley 24.240 excluyó a aquellas en las cuales el mismo receptor de los fondos incorpora éstos al proceso productivo que él mismo organiza o gestiona mediante una estructura empresarial (sea empresa unipersonal o persona jurídica con objeto de producción o intercambio de bienes y servicios);

f) Todas las operaciones de inversión de ahorros en el sistema financiero tiene un componente de servicios (custodia de fondos, su inversión para procurar el interés pactado por "spread").

¿LOS NEGOCIOS BANCARIOS QUEDAN COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL?

Otra cuestión a analizar resultaba si los negocios bancarios estaban comprendidos en el ámbito de aplicación material de la ley; es decir, si se trataba de uno de los negocios mencionados en el art. 1º, letras a), b) o c). Excluimos del análisis la onerosidad de los contratos, pues por definición los negocios bancarios son onerosos.

i) Con respecto a la letra a) del art. 1º (la adquisición o locación de cosas muebles), en principio no estarían incluidos en ninguno de los negocios

tradicionalmente bancarios, a excepción de los servicios de locación de cajas de seguridad y de *leasing* operativo de cosas muebles (²⁴).

ii) Con relación a la letra c) del art. bajo comentario (la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada) pueden darse caso de entidades financieras que construyan y enajenen inmuebles destinados a vivienda o efectúen contratos de *leasing*, los que también quedarían comprendidos (²⁵).

iii) Finalmente, los casos previstos en la letra b) serán los más frecuentes, pues la LDC sólo menciona la "prestación de servicios", debiendo entenderse tal expresión en sentido amplio, es decir comprensivo de toda clase de servicios, aunque los mismos estrictamente no sean los previstos en el Código Civil para el contrato de locación de servicios.

Jurisprudencia:

Los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicio financiero a consumidores finales (Cám. Fed. Corrientes, fallo del 11 de mayo de 2000, en "Banco de la Nación Argentina c. Hernández, Juana A.", LL, 2001-A-649.

²⁴ Recuérdese que la ley 25.248, en su art. 26 señala que al contrato de *leasing* se le aplican subsidiariamente las reglas del contrato de locación, en cuanto sean compatibles, mientras el tomador no ha pagado la totalidad del canon y ejercido la opción, con pago de su precio. No son aplicables al *leasing* las disposiciones relativas a plazos mínimos y máximos de la locación de cosas ni las excluidas convencionalmente.

²⁵ En este sentido el dictamen de la Comisión de la Cámara de Senadores proponía –según refiere Moeremans, a quien seguimos- la aprobación de un texto cuyo art. 1º último párrafo rezaba: "las operaciones referidas a bienes inmuebles estarán sujetas a esta ley cuando quienes lo provean lo hagan en calidad de constructores, comercializadores o intermediarios de viviendas para venta al público o cuando otorguen al consumidor el derecho a usar o disfrutar de bienes inmuebles durante lapsos determinados de tiempo dentro de cada mes, año u otro período de tiempo, cualquiera sea la denominación de estos contratos". Véase Rev. Antecedentes Parlamentarios, año 1994, n° 1, pág. 30.

Las relaciones jurídicas en las que es parte del Banco de la Provincia de Buenos Aires comprenden las de índole financiera, sujetas al poder de policía financiero de la esfera local, y las de consumo sujetas a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor –en el caso, se aplicó una sanción a la entidad por considerarse abusivas ciertas cláusulas de un contrato-, las cuales confluyen en la entidad bancaria autárquica provincial sin excluirse mutuamente (Cám. Nac. Cont. Admin., Sala III, fallo del 19 de setiembre de 2001, en "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. SICyM", LL, 2001-D-60).

De acuerdo a lo prescripto en los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, en la medida en que el acto esté destinado a contratar la prestación de un servicio a título oneroso y para consumo final del cliente, el prestador se halla obligado al cumplimiento de la norma de defensa del consumidor, resultando plenamente aplicable aquella normativa al contrato de cuenta corriente bancaria suscripto entre el banco depositario como sujeto adquirente (Cám. Nac. Fed. Cont. Admin., Sala IV, fallo del 10 de febrero de 2000, en "Banco Caja de Ahorro S. c. Secretaría de Comercio e Inversiones" – Disp. DNCI 2641/1996. ED, boletín del 27/12/2000, pág. 56).

EL NUEVO REGIMEN (LEY 26.361).

a) El nuevo texto legal argentino modificó el concepto de consumidor, enmarcado en la tendencia a la ampliación, principalmente, en razón de una cantidad de situaciones en las cuales el adquirente se encuentra en similar condición de debilidad que la del consumidor, pero sin calificar dentro de la categoría (pequeños comerciantes, profesionales liberales, etc.) (²⁶).

A diferencia del sistema anterior, el legislador se propuso abarcar una mayor cantidad de situaciones que las hasta ahora previstas. Para ello eliminó los posibles

²⁶ El principio protectorio se acentúa en situaciones en las que aparece una mayor vulnerabilidad a la verificada en el promedio de los casos. Es el denominado subconsumidor o bystander y hace referencia a los niños, ancianos, analfabetos, etc. Cfme .Wajtraub, cit. ibidem.

objetos de los contratos de consumo tal como estaban contemplados, esto es, a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios y; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda...

De ahora en más, habrá contrato de consumo cuando se configuren los extremos de la relación de consumo, en los términos descriptos por la ley (proveedor y consumidor) y no se trate de un supuesto expresamente excluido (v.gr. profesionales liberales dentro de ciertas circunstancias).

b) Producto de la nueva noción de "sujeto tutelado" por el régimen especial protectorio de consumidores y usuarios, a partir de las modificaciones introducidas, forzosamente deberemos acudir a otro concepto que se le vincula directamente, cual es el de "relación de consumo", al punto tal que se afirma que integran un todo inescindible (²⁷), puesto que un "consumidor" será tal, en la medida en que lleve a cabo su "acción de consumir" en el marco del escenario fáctico y jurídico que la ley toma como contexto para su aplicación.

La laxitud con la que ahora aparece definido el concepto legal del sujeto protegido por la norma, sumado a la indeterminación de la "relación de consumo", nos enfrentará a nuevos sujetos "consumidores", ya sea en concreto o en grado potencial, ya individuales o colectivos, que difícilmente podrán encuadrarse en un único concepto teórico que contenga todas las hipótesis y, a la vez, delimite con cierto rigor los contornos de la figura amparada.

Estas innovaciones significan, apriorísticamente, el punto de partida para una expansión verdaderamente trascendental del universo de relaciones jurídicas que quedan ahora comprendidas por el régimen especial. Recordemos que la anterior redacción del art. 1º LDC, en su elemento objetivo, circunscribía su aplicación a aquellos "contratos a título oneroso" que tenían por objeto algunas de las

²⁷ Cfr. Rusconi, Dante D., *La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*, pág. 15, JA, 2008-II, fasc. n° 9

operaciones a las que hacía expresa referencia; y los sujetos amparados eran las personas físicas o jurídicas que contrataban esos bienes para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social (²⁸).

El vínculo jurídico que tiene por un lado al consumidor o usuario y del otro al proveedor había permanecido innominado en la redacción originaria de la LDC, que, lo circunscribía a las consecuencias derivadas de los contratos de consumo.

La *relación de consumo* recibió su bautizo legal en el art. 42 de la Constitución Nacional de 1994 como plataforma para la exigibilidad de los derechos de los consumidores y usuarios, llegando a temerse, en un principio, que la expresión "relación de consumo" del art. 42, fuera asimilada a la de "contratación a título oneroso" contenida en la ley, encorsetándose a un estrechísimo campo el vigor de estos derechos. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales de distintos fueros y jurisdicciones aventaron aquellos recelos, tanto desde el punto de vista objetivo como del subjetivo, superando en mucho los alcances originarios de la tutela legal.

En alguna medida, esta expansión ocurrida en el campo de los pronunciamientos judiciales, y propiciada también desde la doctrina autoral mayoritaria, intenta ser recogida por la nueva redacción dada a la norma (²⁹).

Insistimos:

1) *Respecto de los conceptos de consumidor y proveedor.*

El concepto de consumidor continúa estructurado con relación a la concepción económica de consumo, es decir que el sujeto debe actuar en el mercado como

²⁸ Debe recordarse que el decreto reglamentario 1798/1994 de la Ley de Defensa del Consumidor hizo extensiva la tutela legal a aquellas personas que "en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo, muestras gratis)".

²⁹ La alusión al vínculo contractual oneroso, al igual que el enunciado de contratos de consumo a los que la Ley de Defensa del Consumidor ceñía su aplicación en los tres incisos del art. 1 han desaparecido; como contracara, se difumina el vínculo raíz de la relación de consumo, dando paso al alumbramiento de un nuevo universo de relaciones de consumo cuyos límites aparecen, en principio, casi inasibles y llevan a nuestro ordenamiento a campos aún inexplorados para el Derecho del Consumidor, comparado más evolucionado; Cfme. Rusconi, Dante D., cit. ibidem.

"destinatario final" de los bienes o servicios; esto significa que el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndose a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios; idea que aparece reafirmada en el texto vigente cuando señala que el bien o servicio ha de ser empleado para uso privado, familiar o social.

Además, encontramos la circunstancia de haberse derogado la previsión contenida en el art. 2º, párrafo 2º, en cuanto disponía que no tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquiriesen, almacenaren, utilizaren o consumieren bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Sin embargo, resulta relevante poner de relieve que esa derogación deja sin materia al texto correlativo del decreto reglamentario, razón que haría pensar en su pérdida de virtualidad; disposición que resultaba sumamente limitativa para las personas jurídicas de carácter lucrativo.

En consecuencia, cabe concluir que el sentido de la reforma ha sido admitir a esa categoría de personas jurídicas dentro de la protección legal cuando actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, es decir, de su objeto social o giro comercial (³⁰).

Ello concede un margen de protección a las pequeñas y medianas empresas cuando actúan fuera de su ámbito profesional, donde pueden presentar la misma vulnerabilidad que la persona física (³¹).

³⁰ Cfr. Hernández Carlos A., *Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (El diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)*, en edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Universidad Nacional del Litoral, 2005, pág. 197; tb. Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos A., *Anotaciones sobre el reciente Código de Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina*, en RCyS, diciembre de 2005, pág. 3.

³¹ En este sentido, Frustagli y Hernández, cit. idem, refieren a un fallo de la justicia francesa donde se aplicó la ley sobre cláusulas abusivas a un agente inmobiliario que había adquirido un sistema de alarma para la protección de sus locales, considerándose comprendido en la normativa protectora porque con relación al contenido del contrato estaba en la misma situación de ignorancia que cualquier otro particular.

En lo referente a la noción de "proveedor" se mantiene en general la conceptualización amplia que efectuaba la ley 24.240, tendiente a alcanzar a cualquier sujeto que, por su actuación profesional en el mercado, se sitúa del lado de la oferta de productos y servicios.

En este sentido, el nuevo texto del art. 2º resulta más abarcativo, pues enuncia un mayor número de actividades que pueden ser desarrolladas; así, se incluyen ahora tareas tales como "montaje", "construcción", "concesión de marca", etc.

2) *Respecto de la relación de consumo.*

El nuevo art. 1º, al suprimir los tres incisos del texto originario, elimina la delimitación del ámbito objetivo que acotaba el alcance de la ley 24.240. Esto importa extender su ámbito de aplicación, en consonancia con el art. 42, CN., ya que ahora queda condicionado a la noción amplia de la relación de consumo, entendida –de acuerdo con el nuevo art. 3- como vínculo jurídico entre consumidor y proveedor, que podrá tener fuentes diversas: un contrato; un acto ilícito o un acto jurídico unilateral ⁽³²⁾.

Pero fundamentalmente, en nuestra opinión, esta voluntad inclusiva queda de manifiesto también el párrafo final del art. 3º, cuando se señala que "las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzada por otra normativa específica".

³² Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, cit, pág. 74; La relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la LDC, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual, Cfme. Hernández – Frustagli, cit.

OTROS ASPECTOS.

La importancia de la aplicación de la LDC a quienes puedan ser considerados consumidores bancarios, se proyecta tanto sobre la concertación y cumplimiento de los contratos bancarios con sobre otras cuestiones o medios que hacen a su protección previa (aun a la etapa precontractual en particular) y posterior.

En este sentido, serán de aplicación disposiciones como los arts. 4° (deber de información), 7° (obligatoriedad de ofertas a destinatarios determinados), 8° (publicidad contractual vinculante), 19 (contenido obligatorio de la oferta o publicación de servicios), 37 sobre cláusulas abusivas que se tendrán por no convenidas y anulabilidad total o parcial del contrato a pedido del afectado y su integración judicial y 40 sobre responsabilidad en toda la cadena de comercialización, etc.

La necesidad de interpretar los términos de la aplicabilidad de la LDC, se ve también fuertemente incidida por la escasa regulación en la ley de fondo de los contratos bancarios sobre crédito y servicios y la consiguiente creación de dicha regulación predominantemente en forma unilateral por la parte predisponente de la relaciones jurídicas (el banco) mediante contratos tipo o por adhesión a condiciones generales, eventualmente condicionada en alguno de sus aspectos por normas del BCRA.

EL CONTRATO BANCARIO COMO CONTRATO POR ADHESIÓN.

Existe una única referencia de la LDC a los contratos por adhesión (art. 37) del que el contrato bancario es indudablemente una de sus principales aplicaciones (³³).

³³ En el art. 37 se enuncian dos cláusulas abiertas y otras tantas que, por abusivas, se las declara no convenidas. A continuación, en el art. 38, bajo el título de "contratos de adhesión" se establece que la autoridad de aplicación

En consecuencia, tratándose los contratos bancarios de contratos por adhesión a condiciones generales, las cláusulas abusivas que contengan se hallan disciplinadas por la LDC, sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de derecho común (arts. 18, 21, 953, 1038, 1039, 1066, 1071 y 1198, Código Civil).

CLÁUSULAS ABUSIVAS. CASUÍSTICA.

Conforme determina el dec. 1798/94, reglamentario de la LDC, "se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

Como se advierte, la definición legal contiene dos elementos inescindibles:

- a) el desequilibrio que resulte del cotejo provecho/sacrificio entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato importará abuso si,
- b) perjudica inequitativamente al consumidor o usuario.

El banco ante una circunstancia de hecho concreta, ve consolidada su posición dominante en el contrato a través de la inclusión de cláusulas de contenido sustancial o procesal que, a título de ejemplo, le permitan:

- a) Suprimir o limitar las consecuencias dañosas que podrían serle atribuidas, derivadas del incumplimiento contractual.
- b) Rescindir unilateral e incausadamente el contrato sin que igual derecho le sea conferido al usuario.

(Secretaría de Industria y Comercio) "vigilará que los contratos de adhesión" no contengan cláusulas abusivas. Cfr. Stiglitz, Rubén, S., cit., a quien seguimos.

c) Modificar unilateralmente e incausadamente el contrato.

d) Excluir el derecho del cliente de demandar la rescisión del contrato o una indemnización por daños, cuando la prestación prometida por el banco no es efectuada total o parcialmente en el plazo convenido o a falta de indicación de plazo, en uno razonable o usual.

e) Reservarse, sin motivos valiosos y especificados en el contrato, el derecho de fijar unilateralmente la fecha de ejecución de su obligación.

f) Variar el objeto, el contenido o las modalidades de la operación de manera unilateral.

g) Establecer incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y estén consignados por separado en forma específica.

h) Abreviar plazos de prescripción.

i) Incluir cargas formales dirigidas al cliente de observancia estricta (documental o a exigencias especiales de correspondencia), consistentes en denuncias o declaraciones que le deban ser dirigidas.

j) Prever la extensión de la adhesión del usuario a cláusulas que no haya tenido la posibilidad de conocer antes del perfeccionamiento del contrato.

k) Establecer la prórroga de la competencia cuando se deban dirimir sus conflictos con los clientes, de manera tal que importe para el usuario sustraerlo de sus jueces naturales y/o un desplazamiento que, por lo distante u oneroso, suprima, restrinja, obstaculice o haga dificultosa la defensa en juicio.

l) Consagrar la inversión de la carga probatoria en perjuicio del cliente o usuario.

m) Excluir o limitar al usuario la oponibilidad de excepciones por incumplimiento del banco.

Como se advierte, es característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un *desequilibrio significativo* entre los derechos y las obligaciones de las partes derivadas del contrato, en perjuicio del primero.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el banco sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual predispuesto al cliente.

Con ese poder de negociación, supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del cliente.

Es precisamente la *desventaja exagerada* lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del usuario de servicios bancarios, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

Dicho en otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del banco (profesional), o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del cliente, sin que de la correlación de los polos provecho/sacrificio surja una contrapartida en beneficio del usuario o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Otros caracteres complementarios de la cláusula abusiva consisten en:

- a) Que no haya sido negociada individualmente.
- b) Que la cláusula objetada le haya sido presentada al usuario ya redactada.
- c) Que el usuario no haya podido participar (o influir) en su contenido.
- d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe.
- e) Que el desequilibrio sea relevante o significativo ⁽³⁴⁾.

CLÁUSULAS EXCLUIDAS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVAS.

A la luz de lo desarrollado, no revisten carácter de abusivas aquellas cláusulas de las que de su aplicación resulten:

- a) Ventajas o sacrificios análogos para ambas partes, ya que la relación de equivalencia o el principio de la máxima reciprocidad de intereses se halla preservado.
- b) Perjuicios sólo para el banco, ya que este último no podría hacer valer la desventaja que resulta de un contenido contractual del que es su único autor.
- c) Desequilibrio no excesivo ni manifiesto ya que el equilibrio contractual no implica una simetría a rajatabla entre ventajas y sacrificios. De allí que la

³⁴ La Directiva 93-13 de la C.E.E. utiliza la frase desequilibrio importante; el Code de la Consommation de Francia y el art. 1469 bis del Código Civil de Italia: desequilibrio significativo; la ley de Bélgica sobre "Prácticas del comercio, información y protección del consumidor": desequilibrio manifiesto; el Código de Defensa del Consumidor de Brasil: desventaja exagerada, cfme informa Stiglitz, cit.

desnaturalización de la relación que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que exista desproporción significativa.

d) Que hayan sido negociadas por ambas partes.

CLÁUSULAS ABIERTAS. CONTROL JUDICIAL.

Las dos cláusulas abiertas incluidas por la ley argentina (art. 37, inc. a) ley 24.240) son aquellas por las que se establece que "se tendrán por no convenidas":

a) las cláusulas que desnaturalizan, alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés y las que:

b) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

La expresión "desnaturalización de la relación obligacional" debe entenderse en el sentido que, por aplicación de una o más cláusulas se altere significativamente la relación, de suerte tal que "las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos" del usuario, conforman una especie de la primera.

Así, en lo atañe a la relación contractual bancaria, la desnaturalización del vínculo vendrá dada cuando del objeto o del efecto de la cláusula resulte:

a) la ampliación de los derechos del banco con daño al usuario;

b) la reducción o supresión de las obligaciones del banco;

c) la reducción o supresión de los derechos del cliente;

d) la ampliación de las cargas u obligaciones del usuario.

Y de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

LAS OPERACIONES DE VENTA A CRÉDITO. CONEXIDAD.

Se ha destacado que la operación de crédito al consumo se configura sin perjuicio de la técnica empleada para la financiación, siempre que los bienes o servicios contratados estén destinados a satisfacer necesidades personales o familiares del consumidor ⁽³⁵⁾.

Se entiende por crédito o financiación para el consumo, a todo aquel que una persona física o jurídica en ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito, o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional.

Existen fundamentalmente dos modalidades de consumo financiado:

a) que el consumidor haya celebrado con el vendedor una venta a plazos, instrumentado cada uno de los plazos pendientes de pago en títulos-valores. Aquí, el proveedor podrá transmitir esos documentos al prestamista que en definitiva financia la operación. En este caso, el agente financiero tiene derecho a obtener del consumidor el pago de los plazos pendientes, aunque no esté contractualmente relacionado con él;

b) que el consumidor haya celebrado dos contratos distintos y con dos sujetos diferentes (de consumo con el proveedor y de crédito con el prestamista). El

³⁵ Wajntraub, Javier H., *Protección...* con cita de Japaze, María Belén, "Financiamiento para el consumo", en *Defensa del consumo*", coord.. Ricardo L. Lorenzetti y Gustavo J. Schötz, Abaco, Buenos Aires, 2003, ps. 229 y ss.

consumidor estipula un contrato de préstamo, y el dinero así obtenido lo utiliza para pagar todo o parte del precio del bien, celebrado por tanto una compraventa con pago al contado (³⁶).

Empero, en nuestro sistema no existe una normativa específica que contemple la financiación o el crédito para el consumo, lo que constituye una preocupación que la doctrina ha venido señalando.

La LDC sólo regula un aspecto particular del tema que se vincula estrictamente a la información exigible en aquellos contratos de crédito destinados a procurar la adquisición de un bien o servicio en los términos del art. 1º de la LDC.

Al propio tiempo, respecto de la materia bajo análisis, sin perjuicio de la autoridad de aplicación específica de la legislación de defensa del consumidor, el art. 36 prevé en su último párrafo que para los casos en los que la oferta de crédito para el consumo sea realizada por parte de entidades sometidas a la jurisdicción del Banco Central de la República Argentina, éste "adoptará las medidas conducentes" para que aquéllas cumplan con lo indicado en la ley 24.240 al respecto.

En el ámbito estrictamente bancario, se afirma (³⁷) que la protección del cliente de servicios bancarios reposa sobre dos pilares básicos:

³⁶ Además, como se ha puesto de resalto (vide Bergel, Salvador D. – Paolantonio, Martín, "Responsabilidad civil de las entidades financieras en las operaciones de crédito al consumo", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 18, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 281 y ss. cit. idem), desde la celebración del acuerdo hasta su efectivo cumplimiento pueden acaecer diversas vicisitudes: incumplimiento total de la prestación comprometida, cumplimiento parcial, incumplimiento defectuoso por vicios en la cosa entregada o en el servicio prestado, etc. Son, en todo caso, supuestos clásicos de incumplimiento contractual que las legislaciones han atendido, en general, teniendo en cuenta el interés del acreedor. Así, cuando el incumplimiento del deudor amenaza dicho interés, se le reconocen diferentes remedios: resolución y excepción por incumplimiento, acción por incumplimiento, acción por disminución de precio, etc., sin descartar las acciones complementarias por daños derivados del incumplimiento contractual. Todo ello demuestra la insuficiencia de las previsiones legales para la temática en estudio.

³⁷ Cfme. Wanjtraub, Javier H., *Las cláusulas abusivas y ambiguas en la contratación bancaria*, en "La Voz del Foro" n° 8, Revista del Colegio de Abogados de San Juan, 2003, pág. 15.

a) La protección directa, referido a las regulaciones que actúan directamente sobre el contenido de los contratos celebrados entre los bancos y sus clientes, ordenando la manera en la que éstos deben ser redactados para no incurrir en abusos.

Entre ellas se sitúan las normas que establecen prerrogativas del consumidor frente al incumplimiento obligacional en que pudieran incurrir las entidades bancarias (art. 10 bis) y las que reglamentan la redacción de las cláusulas de los contratos (arts. 37, 38 y 39). Dentro de este último aspecto, existen en la práctica una serie de condiciones generales usuales, entre las que podemos señalar:

Las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato en caso de muerte del deudor, infracción de normas, etc.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Las cláusulas de repercusión sobre el cliente de errores o actuaciones negligentes.

La cláusula de compensación con cualquier saldo de las cuentas abiertas a nombre del cliente o sus fiadores.

La emisión de un pagaré en blanco en forma de garantía, etc.

b) La protección indirecta, tópico vinculado con aquellas disposiciones que deben cumplir las entidades y que no tienen carácter contractual, pero que, al contemplar sanciones para el caso de no ser observadas, puede considerarse que protegen de manera indirecta al cliente.

Las más habituales en este ámbito se refieren a la publicación de la información vinculada con las tasas de interés (art.36), a las comisiones por servicios ofertados (arts. 7º y 8º), respecto del valor vinculante de la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, etcétera.

La jurisprudencia, sobre el particular, tiene resuelto: "La infracción establecida en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 se configura por la falta de precisión en la documentación que se extiende con motivo de una operación de crédito para la adquisición de cosas o servicios, no siendo necesaria la existencia de intencionalidad fraudulenta en su autor. Ello es así, pues tal norma pretende preservar a los consumidores de inequívocos en la naturaleza y alcance de los servicios que se ofrecen al público, y que pueden generar en los posibles interesados comportamientos erróneos en relación a su interés respecto del verdadero servicio ofrecido (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., sala III, fallo del 8/4/99, in re: "Solanas Country S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", LL, 2000-A-139).

"La competencia asignada por el art. 36, párr. 2º, ley 24.240 al Banco Central de la República Argentina, como autoridad de aplicación de dicha norma se encuentra circunscripta a: a) aquellas prestaciones que involucren el otorgamiento de crédito y b) dentro de ese tipo especial de operaciones, a aquellas en que el crédito otorgado o dado como objeto del contrato suscripto sea destinado para el consumo. La fórmula utilizada en el art. 36, párr. 2º, ley 24.240 está indicando la voluntad del legislador de dejar fuera de la órbita de del Banco Central de la República Argentina, en lo referente a la aplicación de dicha norma, a aquellas operaciones distintas de la adquisición de un crédito para consumo. Dado que el capital que se encuentra depositado en la cuenta corriente bancaria pertenece al titular y no al banco, no se puede interpretar que las operaciones realizadas en el giro normal de la mentada cuenta puedan ser entendidas como "operaciones de venta de crédito para consumo", quedando en consecuencia excluidas del poder de policía del Banco Central que a su respecto establece el art. 36, párr. 2º, ley 24.240 (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4a., fallo del 10/2/2000, in re: "Banco Caja de Ahorro S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", JA, 2000-IV-229)

El art. 36 LDC también ha sufrido un importante cambio con la sanción de la ley 26.361, en lo que respecta a nuestra materia bajo análisis, con la inclusión de la expresión "operaciones financieras para consumo", lo junto al mantenimiento de la fórmula originaria "operaciones de crédito para consumo", provoca una ampliación considerable del sistema y aventa dudas en torno a la aplicabilidad del régimen a las operaciones financieras.

Las sucesivas reformas de la ley 24.240 fueron formulando un adecuado programa protectorio que admite la expansión de los efectos del contrato de consumo hacia el más amplio campo de la relación de consumo (³⁸), en los siguientes casos: a) En el cumplimiento de las obligaciones de información y de seguridad; En el régimen de garantías legales, en particular en las que aseguran el buen funcionamiento de las cosas comercializadas (arts. 11, 13 y conc.), y la provisión de repuestos y servicios post venta (art. 12); y c) En la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa o servicio prestado (art. 40, reincorporado por la ley 24.999). Resulta evidente que el débito que emerge para los proveedores en los supuestos reseñados se sustenta en la conexidad negocial reconocida por el legislador (³⁹).

Sin embargo, la LDC, en su versión anterior a la hoy reformada, no abordaba las cuestiones de coligación más usuales, en especial, las propias de las operaciones de crédito con fines de consumo, exteriorizadas a través de redes de negocios, interdependientes entre sí.

La cuestión adquiere relevancia dado que, con frecuencia, para acceder a bienes o servicios en el mercado se le impone al consumidor la necesidad de recurrir a la asistencia financiera de un sujeto distinto del proveedor, generalmente, una entidad crediticia indicada por éste en virtud de un acuerdo de colaboración suscripto entre ellos. De tal manera se exige la concurrencia de tres negocios

³⁸ Cfr. Fresneda Saieg, Mónica y Frustgali, Sandra, *La expansión de la eficacia del contrato en la Ley de Defensa del Consumidor*", JA, 1997-III-674.

³⁹ Cfme. Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos, Parte General*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004 pág. 595, cit, Frustgali, Sandra A., y Hernández, Carlos A., *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual*", pág. 3, JA, 08-II, n° 9.

diversos, a saber: el contrato de colaboración celebrado entre los proveedores, el contrato de provisión de la prestación principal (contrato de compraventa, contrato de obra, prestación de servicio, etc.) y el préstamo con fines de consumo. Esta realidad comercial aparecía parcialmente regulada en el incompleto art. 36, ley 24.240, que sólo aludía al "contrato de préstamo", sin mencionar su posible vinculación al contrato de provisión.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia intentaron suplir la carencia legal en orden a los efectos operados en el contrato de préstamo hacia el de provisión, o de este último hacia el de financiamiento, destacamos que la reforma introducida por la ley 26.631 avanza en el sentido correcto, al establecer en el párrafo 4º del art. 36 que "La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y/o gastos éste hubiere efectuado".

Dado que de la operación global resulta implícita la voluntad de las partes de conferir a un negocio el carácter de presupuesto del otro, resulta adecuado que el legislador haya previsto que la no concesión del crédito sin culpa atribuible al consumidor facultará a éste a exigir la operación sin implicancias patrimoniales a su cargo, por tratarse de un supuesto de eficacia condicionada.

Queda sin resolver la situación en la cual el crédito ha sido acordado pero la prestación del contrato de provisión no ha sido ejecutada en todo o en parte, lo que puede incluso plantear la necesidad de extender la ineficacia del contrato de provisión hacia el de financiamiento. Lo dicho no significa desconocer que en el primer supuesto el consumidor podría suspender los efectos de aquel contrato a través de la articulación de la excepción de incumplimiento contractual, y en el segundo, esgrimir la inutilidad del mantenimiento de la vigencia del negocio de crédito frente a la extinción del contrato de provisión, en ambos casos con sustento

en la concurrencia de fines que torna interdependientes o recíprocas las prestaciones de los negocios coligados.

Los efectos señalados (⁴⁰) encuentran sustento constitucional, dado que el art. 42 de la Carta Magna constituye un aporte invaluable, ya que no puede eficazmente pensarse en la protección del consumidor desde la visión aislada de cada contrato sino, antes bien, desde la más amplia que suministra la operación jurídica y económica global concertada.

Se explica así que nuestra jurisprudencia se halla mostrado proclive a reconocer la coligación propia del contrato de préstamo con fines de consumo, no sólo en sus manifestaciones principales, sino también en orden a los efectos de los contratos accesorios puestos al servicio de la referida operación.

Así se ha admitido Jurisprudencialmente (⁴¹) que: "Cuando existe una operación económica única como es la adquisición de una motocicleta por un precio en dinero, que ha implicado la realización de una pluralidad de contratos – compraventa y mutuo-, donde el comprador y el mutuante es la misma parte y el vendedor y el mutuante son partes distintas, se ha configurado una conexidad contractual o contratos conexos, en donde las vicisitudes de cada contrato repercuten en el otro que le resulta conexo".

En otro causa (⁴²) en la cual se discutía si se encontraba o no operada la prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro colectivo de vida, vinculado a una operación de préstamo hipotecario, se sostuvo que: "Los elementos mencionados y las constancias de la documentación que se analiza, obrantes en autos, están mostrando un plexo de relaciones, una red contractual que vincula a las partes en contratos dependientes, que no se pueden tomar aisladamente, donde el actuar del tomador beneficiario, los titulares del seguro encargados de pagar junto

⁴⁰ Frustgali – Hernández, *ibidem*.

⁴¹ Cám. Civ. y Com. de Tucumán, sala 3ª. *Aguaisol, Enrique v. Oscar Barbieri S.A.*” fallo del 20/8/2003, LNOL 1/1001.1982.

⁴² Cám. Civ. y Com., Minas, Paz y Trib., de Mendoza, 4ª. Fallo del 10/11/2006, en autos: *Martínez de vizcaya, Norma E.*, LNOL 70035184, cit. *idem*. ant.

con las cuotas del préstamo, la prima del seguro de vida contratado y la aseguradora, evidencian el funcionamiento de un sistema integrado, con una finalidad económica que se satisface en el conjunto y trasciende la individualidad de cada contrato. Conforme a este panorama, no se puede sostener que exista una desvinculación entre la aseguradora, y el banco tomador beneficiado, que permita afirmar que la aseguradora resulte ajena al reclamo de la cancelación total del préstamo que la actora dirige al banco. Por el contrario, debido a esta conexidad contractual, el reclamo surte sus efectos frente a la obligada al pago del siniestro contratado por la entidad bancaria... En consecuencia, y conforme a lo dispuesto por el art. 3986, Cód. Civ., debe considerarse auténtica la comunicación y emplazamiento que la actora efectúa por la nota de fs. 25, no exigiéndose para la constitución en mora la utilización de términos sacramentales, por lo que se produce la suspensión de la prescripción acaecida con fecha 14/9/2001, que se prolonga por el término de un año, pues no hay menor término que corresponda a la prescripción de la acción".

En este sentido, no puede omitirse la importancia de la reforma, que al reconocer ciertos efectos de los contratos coligados con consumidores abre un camino al que puede recurrirse por vía analógica.

CONTRALOR ADMINISTRATIVO.

En nuestro país, el ejercicio del control administrativo sobre las cláusulas abusivas de los contratos de consumo, es realizado a través de la Secretaría de Industria y Comercio que es la autoridad nacional de aplicación de la ley 24.240. Dicha autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas (art. 38). Además, notificará al proveedor que "haya incluido cláusulas de las previstas en el art. 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije (art. 38, dec.-ley 1798/94).

En el ámbito específicamente bancario, la Comunicación B.C.R.A. 2423 ⁽⁴³⁾, por la que se creó a partir del 1 de julio de 1996 el "servicio de atención al usuario del sistema financiero", estableciendo que:

a) El Banco Central se constituye en receptor de consultas y reclamaciones que efectúen los usuarios vinculados con inconvenientes de orden operativos en sus operaciones con los bancos y que impliquen deficiencias en la calidad del servicio;

b) Se hallan excluidas de reclamación las cuestiones referentes al nivel de tasas de interés "cobradas y/o pagadas" y al valor de las comisiones cobradas si es que éstas "fueron notificadas y aceptadas al momento de celebrarse el contrato";

c) Si el Banco Central considera que del reclamo se debe correr traslado a la entidad, ésta dispondrá de diez días para "emitir una respuesta concreta" al recurrente la que deberá serle dirigida por carta certificada. La demora de la entidad en responder al reclamo se sanciona con una multa diaria de \$50 hasta un máximo de diez días;

d) Las entidades bancarias deberán destacar en lugar visible la existencia de este servicio, el procedimiento para efectuar los reclamos y el área que se encarga de ello.

A modo de breve epílogo, bien cabe entender que el propósito que animó al legislador, a través de las reformas incorporadas a la ley de defensa del consumidor, no es otro que alejar los debates existentes en orden a la incidencia de la ley sobre ciertas esferas, y entre ellas, en nuestro parecer, la actividad financiera.

Cita de este artículo:

MUIÑO, O. (2011) "Actividad bancaria y derechos del consumidor". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.12-44. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

⁴³ Del 28 de marzo de 1996.

EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Ab. María Antónia de la Rúa

Abogada y especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Córdoba. Docente por concurso de la Cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

Palabras Clave:

Justicia, error, dolo, culpabilidad, causas de justificación.

Key Words:

Justice, error, fraud, guilt, causes of justiciación.

Resumen

En el presente trabajo se pretende examinar cual ha sido el tratamiento asignado al error sobre los presupuestos de las causas por las distintas corrientes dogmáticas y/o sistemas de imputación y cuales han sido las razones para ello. Asimismo, se intenta examinar si las razones han sido exclusivamente dogmáticas vinculadas al texto legal y/o con el sistema de imputación elegido, y/o si en su tratamiento se han privilegiado las consecuencias político-criminales y/o de justicia material que acarrea la adopción de una u otra solución.

Abstract

This word seeks to examine what has been the treatment of the error on the budgets of the various currents causes dogmatic and / or imputation systems which have been the reasons for it. Likewise, attempts to examine whether the reasons have been exclusively linked to dogmatic legal text and / or the chosen imputation system, and / or its treatment have been privileged political consequences and / or criminal justice that brings the material adoption of one or another solution.

I. INTRODUCCIÓN.

El propósito del presente trabajo es examinar cual ha sido el tratamiento asignado al error sobre los presupuestos de las causas de justificación –también denominada justificación putativa–, por las distintas corrientes dogmáticas y/o sistemas de imputación y cuales han sido las razones para ello. Así, pretendo examinar si las razones han sido exclusivamente dogmáticas vinculadas al texto legal y/o con el sistema de imputación elegido (Positivismo Jurídico, Normativismo, Finalismo, Funcionalismo Moderado), y/o si en su tratamiento se han privilegiado las consecuencias político-criminales y/o de justicia material que acarrea la adopción de una u otra solución.

II. ERROR. CARACTERIZACIÓN

El conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud de es un presupuesto de la pena, y un principio básico de la moderna dogmática penal², que además se vincula al principio de culpabilidad³, cuyo carácter constitucional está ampliamente aceptado.

A partir de la irrupción del finalismo, en la doctrina actual se distingue conceptualmente, los casos que el sujeto "desconoce la situación típica" de aquellos en que falta "el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho"⁴. En el primer caso el sujeto tendría un "error sobre lo que hace" y en el segundo sobre si lo que hace "está prohibido o no", denominándolos error de tipo y error de prohibición⁵.

Problemas particulares se han planteado en relación al tratamiento que debe dársele al error sobre los presupuestos típicos de las causas de justificación. Se entiende por tal, el caso en que el sujeto si bien conoce la situación típica, la conoce mal (porque por ejemplo cree ser agredido por otra persona y se "defiende" de ella causándole lesiones) y por ende cree que actúa justificadamente. Así, las opiniones

se dividen para precisar su naturaleza dogmática, su ubicación sistemática, los efectos que produce su presencia, cuanto la fundamentación para ello.

III. NATURALEZA DOGMÁTICA. TRATAMIENTO EN CADA UNO DE LOS SISTEMAS

Al igual que sucede en el tratamiento del error de prohibición, el *positivismo jurídico* y el *finalismo ortodoxo*⁶ le atribuyen al error sobre los presupuestos típicos de las causas de justificación, una distinta naturaleza dogmática y un diverso tratamiento jurídico, vinculado a su particular concepto de dolo y a la ubicación sistemática distinta que le asignan a dicho elemento. Particular importancia tuvo en la discusión el texto del Código Penal Alemán⁷, que permitía una definición de dolo, diferenciada de la conciencia de la antijuridicidad, como lo proponía el finalismo.

El debate entre ambas corrientes se fundó además de las razones dogmáticas arriba reseñadas (texto legal, concepto y ubicación sistemática del dolo), en las consecuencias político-criminales que aparejaba la adopción de una u otra como se verá.

III.1. En el primero de los sistemas, su concepto de dolo –ubicado sistemáticamente en la culpabilidad– caracterizado como *Dolus malus*, que requiere el conocimiento de los hechos y de la significación antijurídica de la acción⁸, esto es, la intención de realizar el hecho conociendo de su carácter ilícito, conduce al tratamiento unitario del error. Tanto el error que impide el conocimiento de los hechos como el que impide el conocimiento de la antijuridicidad excluye el dolo. La *Teoría Estricta del Dolo*, –denominación que hace referencia al concepto de dolo que incluye la conciencia de la antijuridicidad– señala que el error esencial (sea de hecho o de derecho) invencible conduce a la impunidad (por falta de dolo y culpa) y el vencible excluye el dolo, pero se responde por imprudencia. En el marco de esta

teoría, el conocimiento de la antijuridicidad deber tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, es decir, debe ser actual y referido al momento del hecho, y su falta determina la ausencia de dolo. Así, *la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación, (ya sea que se considere que impide al autor conocer los hechos o el carácter prohibido de su conducta) constituye un error esencial que excluye el dolo, y por ende la culpabilidad, no siendo relevante discutir si se trata de un error de hecho o de derecho (o dicho en términos finalistas de tipo y de prohibición).*

Se le han realizado las siguientes críticas: a) la *distinta naturaleza* que tiene el *conocimiento* vinculado a los *hechos* del vinculado a la *antijuridicidad*, en el que mientras el primero es un simple acto de percepción visual⁹, el segundo es un acto psicológico más profundo que no se produce en un momento determinado, sino que es consecuencia de un largo proceso de aprendizaje, de internalización de pautas de conducta y sistemas de valores, impone un tratamiento diferente, en el que el conocimiento de la antijuridicidad sería inactual; b) Desde el punto de vista *normativo y político criminal* la Teoría Estricta del Dolo *no puede ser consecuente con sus propias premisas*, en lo que hace al *conocimiento actual de todos los elementos del tipo* que muchas veces está ausente (ej. Calificantes del robo, edad de la víctima en delitos sexuales, delitos cometidos en situación de arrebató pasional o en cortocircuito), e incluso para la actualidad del conocimiento *de la antijuridicidad* (que falta en el caso de delitos pasionales y del delincuente profesional), ya que una aplicación estricta de dicha teoría permitiría en estos casos sólo el castigo del delito imprudente si estuviera tipificado; c) También por las dificultades probatorias sobre dicho extremo¹⁰ y, el temor a que cualquiera que alegase desconocer la antijuridicidad hubiese de ser absuelto en muchos casos, con el peligro de que ello fuera falso, d) Además su rechazo se debe también a las *consecuencias político-criminales* por las inadmisibles lagunas o atenuaciones de punibilidad que se generan en los sistemas que castigan la imprudencia como *numerus clausus* o en el caso de los errores burdos en los que parece inconveniente que haya que dejar de aplicar la pena del delito doloso y conformarse con la de la imprudencia, y

finalmente e) Se critica que la teoría del dolo trata como un simple problema psicológico individual lo que en el fondo es un problema de atribución que tiene que constatarse comunicativamente¹¹.

III.2. Por su parte el finalismo, "redujo el dolo al conocer y querer los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación antijurídica. El *dolo* se convirtió en *dolo natural*. Al pasar el dolo de la culpabilidad al injusto, no paso con él el conocimiento de la antijuridicidad"¹² que permanece allí. La *teoría estricta de la culpabilidad*¹³ funda su tesis en que el conocimiento de la antijuridicidad no es un contenido del dolo, sino del juicio de reproche que se realiza en la culpabilidad. Además dolo y conocimiento de la antijuridicidad son conceptos distintos y con distinta función dogmática, y que por ende no requieren el mismo grado de conciencia (el del dolo es actual, la antijuridicidad es sólo potencial). Así, entonces se distingue entre *error de tipo* en el que el sujeto "desconoce todo o alguno de los elementos del tipo de injusto" que excluye el tipo, del *error de prohibición* en que el autor "desconoce el estar prohibida la realización de la conducta"¹⁴, que no excluye el dolo, que quedó afirmado en el tipo, sino que disminuye con posibilidades de atenuación de la pena para el delito doloso cuando el error es evitable o excluye la culpabilidad si es inevitable. Así en este sistema, tanto el *error sobre la existencia y límites de una causa de justificación como el que recae sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación son tratados como un error de prohibición (indirecto o de permisón)*. Ello por cuanto el sujeto que cree actúa justificadamente (ya sea porque conoce mal la norma o mal la situación de hecho¹⁵), es víctima de un error que no le impide conocer la situación típica: el sujeto "conoce y quiere realizar la conducta descripta en el tipo objetivo". Así dicho error, no excluye el dolo, y sólo excluye o atenúa la culpabilidad.

III.3. Entre ambas, aparece la *Teoría Limitada o Restringida de la Culpabilidad*: (ENGLISH, KAUFFMAN, WESSELS, RUDOLPHI, STRATENWERTH, WEBER, ROXIN), -cuyo representante más notable es CLAUD ROXIN- que propone diferenciar el tratamiento para el error sobre la existencia y límites de una causa de justificación de los casos en que el error recae sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación.

El primero debe ser tratado, tal como lo proponía la Teoría Estricta de la Culpabilidad, como error de prohibición, en tanto que el *error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación debe ser tratado como error de tipo*, aplicando por analogía la solución prevista para el error de tipo o remitiendo a la consecuencia jurídica que él supone. Pese a no tratarse de un error de tipo en sentido estricto se lo trata como tal.

Las razones para la distinción son las siguientes:

a. En el caso del error sobre los presupuesto objetivos de las causas de justificación, el sujeto quiere algo que la ley permite, no según su concepción subjetiva sino según el juicio objetivo del legislador y por tanto es "fiel al derecho", pero yerra en su apreciación de los hechos, cosa que no sucede en los casos de error sobre la existencia y límites de las causas de justificación, en que el sujeto quiere algo prohibido. Por el contrario quien actúa en error de prohibición posee una falsa concepción del Derecho y lo injusto;

b. Existe una analogía entre el error sobre los presupuestos de las causas de justificación y el error de tipo, "pues en ambos se da efectivamente una *imprudencia de hecho*", ya que en ambos hay una *apreciación errónea de la situación fáctica*"; y

c. El argumento de la consecuencia jurídica, que sostiene que aunque el hecho sigue siendo doloso, "conviene que sea tratado con la pena del delito imprudente, basándose para ello en consideraciones de justicia material que permiten una corrección a la rígida concepción de la teoría estricta de la culpabilidad"¹⁶.

d. Además si al sujeto se le reprocha un delito doloso, se borra la diferencia entre dolo e imprudencia, ya que "actúa dolosamente quien se decide por una conducta que esta prohibida por el ordenamiento jurídico (aun cuando no conozca esa prohibición) y también quien se guía por representaciones que también en un enjuiciamiento objetivo se dirigen a algo jurídicamente permitido, y produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado"¹⁷.

e. En estos casos se neutralizan los impulsos de alarma e inhibición que emanan normalmente del tipo¹⁸.

f. Se rechaza la crítica de las lagunas de punibilidad que se producen al no existir en la mayoría de los casos una conminación penal para la imprudencia porque "... no se puede demostrar la necesidad político criminal de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica"¹⁹.

En conclusión, las discusiones se han centrado sobre si dicho error excluye el dolo o sólo la conciencia de la antijuridicidad. Vinculado a ello se discute si es un error de tipo y como tal repercute en el tipo o si por el contrario es un error de prohibición que repercute sobre la culpabilidad. Finalmente cual es el tratamiento que debe asignársele teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que van desde el castigo como delito doloso atenuado –facultativa u obligatoriamente– o como delito culposo –por su analogía con el error de tipo, o remitiendo a la consecuencia jurídica que el supone– hasta la impunidad.

IV. TRATAMIENTO DEL TEMA POR LA DOCTRINA NACIONAL

Nuestra dogmática, no ha sido ajena a dicho debate, y también el tratamiento propuesto ha sido variable. Al carecer nuestro Código de una definición de dolo, la doctrina se ha esforzado por elaborar una en base a una interpretación sistemática de las normas del mismo, proponiendo desde una definición de dolo que incluye el conocimiento de la antijuridicidad –el denominado *dolus malus* o dolo romano–, similar a las propuestas por los autores alemanes que adherían al positivismo jurídico, a una sin dicho conocimiento –el denominado dolo natural– como proponía el finalismo welzeliano. Además se ha discutido si el dolo debe ubicarse sistemáticamente en el Tipo o en la Culpabilidad. Por otro lado, la fórmula utilizada por el Código para regular el error, "... error o ignorancia de hecho no imputable (...) que impide (al autor) la comprensión de la criminalidad del acto" también ha generado una importante discusión sobre cual es el alcance de dicha expresión –error de hecho– de derecho (penal-extrapenal), de tipo –de prohibición–, así como cual es el alcance de la expresión comprensión de la criminalidad (ilicitud, dañosidad

social, etcétera), con diversos fundamentos que en parte adhieren a los modelos arriba examinados.

Vinculado a lo anterior se ha discutido intensamente, si debe admitirse el error de prohibición como eximente de responsabilidad penal, a pesar de la fórmula utilizada por nuestro Código penal “... error de hecho no imputable...”, vinculando actualmente la discusión al carácter constitucional del principio de culpabilidad.

En cuanto a la naturaleza dogmática del error sobre los presupuestos de las causas de justificación –si es un error de hecho o de derecho respetando la fórmula legal o planteado en términos finalistas de tipo o de prohibición– si su presencia excluye o no el dolo, y las razones para ello, tampoco la doctrina nacional ha sido pacífica. No obstante, existe consenso en tratarlo como un error esencial que cuando es inevitable exime completamente de responsabilidad al autor. La mayor divergencia se plantea sobre los efectos que produce cuando el mismo es evitable.

IV.1. Posición de RICARDO C. NÚÑEZ

Extrae el concepto positivo del dolo de la fórmula utilizada por el art. 34 inc. 1 del CP, como reverso del error o ignorancia de hecho excluyente de la comprensión por parte del autor de la criminalidad del acto o de la dirección de su acción. El dolo requiere el conocimiento del hecho, de las circunstancias que fundamentan el tipo delictivo y de su antijuridicidad. No obstante, no admite como excluyente del dolo el error de derecho penal²⁰.

Caracteriza el sistema del error en el Código Penal Argentino, partiendo del texto del art. 34, inciso 1 del CP, señalando que “a los efectos de excluir el dolo, sólo admite la eficacia del error de hecho” y no al de derecho cuya distinción vincula a la regla jurídica y la materia regulada por ella²¹.

Al error de hecho lo define como el que recae “sobre elementos o circunstancias objetivos o normativos que fundamentan la criminalidad del hecho objeto de la regulación jurídico penal”²².

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Son errores de hecho “los errores cuyo objeto son las circunstancias, que estando al margen del tipo, estructuran una situación de justificación o de inculpabilidad”²³, que si son esenciales excluyen el dolo y si son evitables conducen a la responsabilidad por imprudencia.

Aunque adopta un concepto de dolo que requiere el conocimiento de los hechos y de la antijuridicidad, no admite, por razones dogmáticas, el error de prohibición como excluyente del dolo ni tampoco como excluyente del reproche por la culpabilidad al margen del dolo. En síntesis, rechaza que el error de Derecho penal pueda funcionar como eximente de responsabilidad.

IV.2. Posición de SEBASTIÁN SOLER

Señala que el dolo es una forma de culpabilidad. La caracteriza como una expresión técnico-jurídica, que no se identifica ni voluntad, ni con representación ni con intención, en el valor natural y psicológico de estos términos. “El dolo supone siempre eso y algo más: la relación a un orden normativo, frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógica calificado como lícito o ilícito”. El dolo presupone entonces la conciencia de la criminalidad del acto²⁴. Propone la siguiente definición “existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado”²⁵. En cuanto al contenido del dolo señala que “... el sujeto deberá tener conocimiento, previsión de un hecho cuya valoración legal le es también conocida. Ese saber consta, pues, de dos aspectos: el uno se refiere a circunstancias de hecho y el otro vincula ese hecho a una valoración jurídica...” “esa valoración jurídica hecha por el individuo no debe entenderse como una apreciación jurídicamente específica de la ilicitud de la figura, sino como un juicio genérico acerca de la antijuridicidad de la conducta...”, que no es el conocimiento concreto de la punibilidad²⁶.

Señala que, si bien la ley argentina no cuenta con una definición de dolo, la base para su definición debe extraerse del texto del art. 34 del CP, interpretado sistemáticamente. No admite el error de derecho penal como excluyente del dolo ni como eximente de responsabilidad penal.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Trata los casos de “justificación putativa”, como casos de error esencial ya que todas las figuras delictivas, presuponen su comisión antijurídica. Señala que en casos como este queda “... excluida la culpabilidad, o solamente excluido el dolo y subsistente la culpa, según concurren o no plenamente los requisitos del error excusante...”²⁷ ya que “... cuando se yerra sobre la existencia de causas objetivas de justificación el error (...) versa sobre la situación la que se estima justificada y efectivamente lo sería, si los hechos se correspondieran con la representación...”.

IV.3. Posición de ENRIQUE BACIGALUPO

Expresa que “obra con dolo el que sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción”. El dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. No se requiere el conocimiento de la antijuridicidad de la acción ni de la punibilidad²⁸. En consecuencia el error sobre los elementos del tipo objetivo excluyen el dolo, al que apoya en el art. 34 inc. 1 del CP²⁹.

Señala que si bien el error sobre la desaprobación jurídico penal, y el error de prohibición no tienen una regulación expresa en el Código Penal Argentino, su relevancia deriva del principio de culpabilidad, con una formulación más amplia que la tradicional: no sólo la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, sino de la punibilidad. Dicho error asume diversas formas, entre las que se encuentra “La suposición errónea de las circunstancias que de haber concurrido habrían determinado la exclusión de la punibilidad –causas de justificación o de punibilidad– es decir las eximentes putativas”. Si es invencible excluye la culpabilidad y responsabilidad penal y si es vencible sólo cabe la posibilidad de una atenuación de pena³⁰; se pronuncia entonces por la *Teoría Estricta de la Culpabilidad*.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Rechaza la *teoría de los elementos negativos del tipo* porque “... desconoce una diferencia valorativa entre el comportamiento del que ‘no sabe lo que hace’ (...) y el de quien sabe lo que hace (...) pero cree hacerlo en forma justificada (...) porque (...) quien sabe que lesiona un bien jurídico ajeno se debe cerciorar cuidadosamente de lo que hace, cosa que no puede hacer quien ignora que produce un daño. Esta diferencia valorativa requiere que el ordenamiento jurídico sea más estricto en la exclusión de la pena por efecto del error de lo que propone la teoría de los elementos negativos del tipo...”. Así para el autor citado, “... sólo excluirá la pena para el delito doloso si el error es inevitable, es decir, cuando no provenga de un actual descuido del autor; de esta manera se exige un mayor cuidado antes de la realización de una acción típica y se distribuyen de una manera más justa los riesgos de la vida social”³¹.

IV.4. Posición de MARCELO SANCINETTI

Luego de examinar críticamente la utilidad de la teorías del error, las que caracteriza como una simple “fórmula de solución lingüística”³² sin que exista la menor seguridad acerca del “contenido real de la fórmula” por la vaguedad de la expresión “error de prohibición evitable”, que se traduce en que las teorías del error presentan un ropaje verbal de alta abstracción, para discutir el conflicto social concreto³³. Propone afrontar investigaciones jurisprudenciales prolijas que nos indiquen “que situación de hecho” *merece impunidad ante cierto déficit de conocimiento y cual merece castigo, ante un autor incrustado en tal y cual marco cultural ya que sólo un estudio de este tipo puede ser útil para relacionar la necesidad de castigo con las exigencias del principio de culpabilidad*³⁴, que permita reconstruir un catálogo de situaciones punibles y no punibles con prescindencia de las teorías (ej. reglas sobre la evitabilidad) decidiendo en base a justicia y conveniencia de la solución no el análisis teórico normativo.

No obstante termina pronunciándose, aunque de manera no definitiva, por una *Teoría de la culpabilidad Limitada*, sin descartar “las consecuencias político-criminales de la teoría de la culpabilidad estricta; *numerus clausus* de delitos

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

imprudentes en el ámbito del error de tipo, *numerus apertus* para el error sobre los presupuestos justificantes, ya que aquí decide la conveniencia de la solución, no el análisis teórico normativo”.

IV.5. Posición de ZAFFARONI - SLOKAR - ALAGIA

Señalan que el concepto de dolo puede elaborarse de la fórmula prevista en el art. 42 del CP “fin de cometer un delito”³⁵, ya que las tentativas de construirlo a partir del inciso 1 del art. 34, eran sostenibles en estructuras analíticas naturalistas y en las neokantianas plegadas a la teoría del dolo (*dolus malus*), señalando que la consciencia de la antijuridicidad queda fuera de los conocimientos, pues no agrega nada al fin típico.

Se pronuncian por la *Teoría Estricta de la Culpabilidad*, rechazando la Teoría del Dolo ya que a su juicio plantea dos consecuencias insalvables una de tipo *sistemática*, “Como lleva a una concepción unitaria del error, que no distingue entre el error de tipo y el exculpante, todo error invencible elimina el dolo y todo error vencible da lugar a culpa, por lo que la consecuencia sistemática más notoria es que debe admitir la tentativa culposa” a la que califican de monstruo lógico y b) otra que denomina *político penal* ya que “se penaría la culpa de no informarse y quedaría con total irrelevancia jurídica la voluntad dirigida a la realización del tipo objetivo, lo que además de ser grave por sí, también lo es porque deja en la impunidad total los casos en que no haya tipo culposo, todo ello sin contar los problemas que plantea la participación”³⁶. También rechazan la teoría limitada de la culpabilidad, ya que tiene las mismas consecuencias sistemáticas y político penales que la teoría del dolo³⁷.

Por otro lado critican la reducción de pena en virtud de la disminución de culpabilidad, propuesta por quienes se enrolan en alguna de las variantes de la teoría limitada de la culpabilidad fundada en razones político criminales, ya que las mismas no son claras “... especialmente porque quienes pueden beneficiarse con esas penas del delito culposo son, por regla general, los agentes del propio estado...”, y en la ley argentina carecería de asidero.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Así el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, es tratado dentro de los errores exculpantes como error de prohibición indirecto, señalando “... que no es posible sostener que la justificación putativa elimine el dolo, el que queda afirmado en el nivel de la tipicidad...”³⁸. Para el caso que se trata de un error vencible, en el que el sujeto actúe sin el conocimiento del contenido del injusto, la culpabilidad será de menor intensidad, atenuación obedece a que su comprensión tuvo dificultades que no se son imputables totalmente. Rechaza la aplicación del art. 35 del CP y propone hacer uso de los criterios y límites del art. 41 sin perjuicio que se imponga pena por debajo del mínimo para acatar leyes de mayor jerarquía (constitucional e internacional) que prohíben la imposición de penas que excedan la cuantía señalada por el grado de culpabilidad³⁹.

IV.6. Posición de RICARDO ALVAREZ

Señala que *en los casos en que el sujeto cree actuar justificadamente*, no existe error típico alguno, desde que en ellos el agente quiere completar el tipo objetivo con defecto de su comprensión valorativa (error de prohibición indirecto)⁴⁰.

Lo califica como un “error indirecto de prohibición”, que es estructuralmente próximo al error de tipo, y su trato diferencial (en relación al error de prohibición) se explica por las consecuencias político-criminales desfavorables que supondría castigar su vencibilidad con la pena del delito doloso. Además señala, “... la sola voluntad justificante, sin contención objetiva, suprime o al menos disminuye el disvalor de la acción, originado una respuesta meramente culposa si se encuentra prevista...”.

Propone que en el caso de vencibilidad del error de prohibición indirecto, *debe ser castigado como si fuera un error de tipo*, siempre que exista el tipo culposo invocando una “analogía *in bonam partem*”⁴¹, en la medida que su empleo favorezca la libertad. Rechaza la utilización del art. 35 del CP, como lo propone BACIGALUPO porque “la hipótesis del exceso (art. 35) no comprende a quienes jamás ingresaron al espacio de permiso y no tendría entonces razones –que no sean las de tal autor– para extender su regencia a denominadas las eximentes putativas”⁴².

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Señala además como argumentos: 1) Si la doctrina no ha logrado resolver el punto, si la misma ley se invoca para fundar interpretaciones encontradas ¿puede descargarse sobre el autor la alternativa más gravosa, transfiriéndole el costo más alto de la disputa?; 2) Rechaza la propuesta de SANCINETTI (*numerus clausus* de delitos imprudentes en error de tipo y *apertus* para los presupuestos justificantes), como de *lege ferenda*, y además porque fundarse “en la justicia y conveniencia de la solución” introduce inconstancia e inseguridad en el estudio técnico.

IV.7. Posición de JORGE E. DE LA RÚA

Al analizar el alcance asignado a la expresión error de hecho, por la doctrina nacional, –teniendo en cuenta la fórmula utilizada por el art. 34 del CP–, señala “... adolecen del defecto de circunscribir el error en su relación con el dolo, cuando lo es con la culpabilidad en general. Es decir tiene incidencia también en la culpa (...). La razón correcta reside, conforme a la propia fórmula legal, en que tal error elimina, en el caso concreto, los poderes de comprensión y dirección de un sujeto capaz, por su falta de saber en relación a los elementos fácticos o normativos integradores del “hecho” (por ello el error de derecho penal no es error de hecho) delictivo, o en la culpa, sobre la previsibilidad del resultado”⁴³.

Al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación lo trata como un error esencial, en cuanto “determina en el autor un contenido espiritual que no se corresponde con todas las condiciones de la figura que son determinantes para su imputación típica, o que se corresponde como creencia con una situación de justificación o de inculpabilidad”⁴⁴, que si es inevitable, excluye la culpabilidad⁴⁵, y si es evitable posibilita su castigo por imprudencia.

En conclusión en la doctrina nacional, no ha habido un tratamiento uniforme sobre el Error en los Presupuestos de las Causas de Justificación para precisar su naturaleza dogmática y los efectos jurídicos que produce su presencia cuando es evitable, y la evolución sufrida por las distintas teorías expuestas no obedece sólo razones dogmáticas, sino, en buena parte a motivaciones político criminales.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

V. NUESTRA POSICIÓN

Nuestro Código no cuenta con una definición de dolo, ni permite una conclusión unívoca que se identifique con alguno de los conceptos elaborados por la dogmática moderna –el denominado dolo romano o el denominado dolo germano–.

Tampoco puede afirmarse de manera categórica que adhiere a la Teoría del Dolo o de la Culpabilidad ni a alguna de sus variantes.

En la doctrina nacional, la definición de dolo ha encontrado apoyatura tanto en el texto del art. 34 inc. 1 del CP como reverso del error o ignorancia del hecho que impide la comprensión de la criminalidad del acto, como del fin del autor de cometer un delito determinado (art. 42 del CP) y las razones que han presidido la discusión no son exclusivamente dogmáticas (vinculadas al texto legal y o sistema de imputación elegido)⁴⁶ sino político criminales (vinculadas a la utilidad y función político criminal que debe cumplir en el marco de la teoría del delito el concepto de dolo, la función del derecho penal y a la conveniencia, necesidad o magnitud del castigo que resulta adecuado).

Considero que el dolo debe quedar ubicado en el tipo por la vigencia en nuestro sistema jurídico del principio de culpabilidad –cuya constitucionalidad esta ampliamente aceptada–, ya que de ese modo se delimita con mayor precisión el ámbito de libertad de los ciudadanos –que está prohibido bajo amenaza de pena.

En materia de error la fórmula “... error o ignorancia de hecho no imputable que impide la comprensión de la criminalidad...”, tiene un alcance más amplio que el lingüístico –comprensivo tanto del error de hecho cuanto del derecho extrapenal lo que es pacíficamente aceptado por la doctrina nacional– que cuando es esencial impide al autor la comprensión de la criminalidad del acto. Considero que actualmente debe admitirse por razones constitucionales incluso el error de derecho penal, vinculado al reconocimiento del principio de culpabilidad y a la función que cumple el tipo penal como norma de motivación.

El error sobre los presupuestos de las causas de justificación, cuando es evitable es un error que indudablemente disminuye la comprensión de la criminalidad que disminuye el injusto. Considero que si bien no es un error de tipo,

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

por cuanto el sujeto no desconoce estar realizando una conducta típica indudablemente pretende como señala ROXIN permanecer fiel al derecho, y por ende en su tratamiento conviene que sea tratado como tal.

Actualmente se señala con acierto que ninguno de los sistemas dogmáticos del delito tiene validez absoluta, y que en todo caso los mismos tienen estrecha relación con la teoría de la pena que se adopte y con la función social que se asigne al derecho penal⁴⁷. Por lo que la discusión deberá partir de dicha premisa.

NOTAS:

¹ El presente trabajo fue publicado en el libro homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa “*Derecho Penal y democracia. Desafíos actuales*”, Edit. Mediterránea, Córdoba, 2011, p. 217/234.

² Ver MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El error en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, ps. 15 a 42.

³ Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 725, quien señala que “La persona que no puede saber (...) en la situación concreta que está actuando de un modo que habilitaría el ejercicio del poder punitivo sobre ella, no puede ser sujeto pasivo de esta sin violar reglas elementales de racionalidad, que importarían la negación del principio de legalidad...” del que el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia al imponer que cuando por cualquier causa el sujeto no puede comprender o conocer, no puede ejercerse poder punitivo. Por su parte RICARDO ALVAREZ, señala que frente al texto del 34 del CP la admisibilidad del error de prohibición como eximente debe encontrarse en las normas sustantivas y operativas de la Constitución Nacional que acuñan el principio de culpabilidad., al que ubica con GUSTAVO BRUZZONE en el art. 33 de la CN al que califica como tipo abierto de garantías. BACIGALUPO también le reconoce carácter constitucional.

⁴ Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Tecfoto, Barcelona, 1998.

⁵ La denominación propiciada por el Positivismo Jurídico: error de hecho, de derecho, actualmente ha sido abandonada, ya que dicha denominación no se correspondía con el contenido asignado a cada uno de dichos errores aún por los autores que se enrolan en dicha corriente y por las dificultades vinculadas a precisar su alcance.

⁶ Las doctrinas desarrolladas por FRANZ VON LISZT y HANS WELZEL respectivamente.

⁷ “Según la doctrina alemana la teoría de la culpabilidad ha encontrado un apoyo legal decisivo en el & 17 StGB 1975; mientras que el & 16 StGB declara que actúa sin dolo quien lo hace desconociendo alguna circunstancia perteneciente al supuesto de hecho legal (lo que se interpreta como error de tipo)”, ver MIR PUIG, SANTIAGO, p. 562.

⁸ Ver MUÑOZ CONDE, *El error en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 26.

⁹ “... hasta una aprehensión del significado social o jurídico de ese objeto a través de una valoración paralela en la esfera del profano”. Ver op.cit., MUÑOZ CONDE.

¹⁰ La *Teoría Limitada del Dolo*, aparece a los fines de evitar las lagunas de punibilidad que provocaba la aplicación rigurosa de la Teoría del Dolo cuando faltaba el conocimiento actual, para lo cual equipara los casos de conocimiento actual de la antijuridicidad con la “ceguera o enemistad frente al derecho”, que MEZGER fundamenta en imperiosas necesidades de la vida social.

¹¹ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 31.

¹² MIR PUIG, SANTIAGO, op. cit., p. 562.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

¹³ Según ROXIN esta teoría lleva dicha denominación, porque contempla todos los errores conducentes a la suposición de una conducta conforme a Derecho sin excepción (estrictamente) como problemas de culpabilidad. Según esta teoría “un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su comportamiento es un problema de atenuación o exclusión de su culpabilidad, pero que no afecta al dolo”.

¹⁴ MIR PUIG, SANTIAGO, op cit., p. 253.

¹⁵ O bien porque cree existente una causa de justificación inexistente o le da una extensión que la justificante no tiene –conoce mal la norma– o bien porque cree haber sido agredido ilegítimamente –conoce mal la situación de hecho–.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, op cit., p. 39.

¹⁷ ROXIN, op cit., señala en consecuencia el dolo de injusto requiere el conocimiento de las circunstancias del tipo legal, y la no suposición de las circunstancias justificantes. Así “Quien yerra sobre una circunstancia de la que depende el injusto de su conducta no sabe lo que hace y obra sin dolo delictivo, porque aquello que se representa no merece desaprobación jurídica. Por el contrario, actúa en error de prohibición quien sabe lo que hace, pero cree erróneamente que puede actuar así” (p. 584).

¹⁸ ROXIN, CLAUS, op cit., p. 585.

¹⁹ ROXIN, op cit.

²⁰ El dolo es “la determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa en la cual, exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y dirija su acción”. Si bien señala que “Teóricamente la solución correcta debiera ser que el autor del delito obra con dolo sólo si ha conocido los hechos y el derecho que fundamentan la criminalidad de la conducta que ha observado (...). Sin embargo a esta meta, (...), no ha llegado nuestro ordenamiento legal”. Ver *Tratado*, p. 49.

²¹ Por otro lado, en el Tratado señala además que el art. 20 del CC, rige en materia penal, no sólo porque el Código Penal no dispone lo contrario, sino porque enuncia un principio de carácter común que obedece a la necesidad de mantener la unidad fundamental del ordenamiento jurídico positivo (ver *Tratado de derecho penal*, t. II, 2ª reimpresión, Lerner, Córdoba, p. 109).

²² NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edic. actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Lerner, 1999.

²³ En el Tratado señala que representan errores esenciales sobre las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad del hecho, que si bien simulan circunstancias extrañas a la figura, de existir volverían legítima la conducta (op. cit., p. 115).

²⁴ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, actualizado por Guillermo Fierro, 5ª edic., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988, p. 124.

²⁵ Op cit., p. 135. Es la definición adoptada en el proyecto de 1960.

²⁶ Op. cit., p. 137.

²⁷ Op cit., p. 113.

²⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª edic. renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 82.

²⁹ Op. cit., p. 89.

³⁰ Op. cit., p. 141.

³¹ Op. cit., p. 68.

³² También expresa que sólo constituyen una confrontación en la que predominan las diferencias de formulación más que de resolución de conflictos reales.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

³³ Así expone que en la materia “la versión limitada domina la discusión, ya que la mayoría de los autores se pronuncian por que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación tendría que ser tratado con los efectos del error de tipo para lo cual se han ensayado tres caminos –Teoría de los Elementos Negativos del Tipo que rechaza por cuanto “la tensión entre la teoría de la culpabilidad estricta y la limitada no se puede resolver por la discusión teórico-sistemática sobre un concepto de ilícito dualista (tipo y antijuridicidad) o monista (teoría de los elementos negativos del tipo), la Tesis del tratamiento analógico a partir de las analogías que tiene con el error de tipo y con el error de prohibición , y la Teoría del Injusto Personal–.

³⁴ Ver SANCINETTI, op. cit., p. 22.

³⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 519.

³⁶ Op. Cit.

³⁷ Op. cit., p. 732.

³⁸ Op. cit., p. 732.

³⁹ Op. Cit., p. 731.

⁴⁰ Op. cit., p. 29.

⁴¹ Op. cit., ps. 66/67.

⁴² Op. Cit., p. 67.

⁴³ DE LA RÚA, JORGE, *Código penal argentino. Parte general*, 2ª edic., Depalma, Buenos Aires 1997, nº 137, p. 491.

⁴⁴ DE LA RÚA, JORGE, op. cit., nº 152, p. 497.

⁴⁵ Op. cit., nº 171, p. 502.

⁴⁶ Según BACIGALUPO “... ni la estructura del sistema ni el contenido de las categorías surge del texto de la ley...” *ya que el texto es ambiguo.*

⁴⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 208 y ss.

Cita de este artículo:

DE LA RÚA, M. A. (2011) “El error sobre los presupuestos de las causas de justificación”. *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.45-42 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Ab. Mónica Necchi

Escribana, Especialista en Derecho
de contratos y daños.
(Universidad de Salamanca, España).

Palabras Clave:

Responsabilidad, daños,
asesoramiento.

Key Words:

Responsibility, damages,
advice.

Resumen

El notario también responde por sus actos antijurídicos independientemente del daño que hayan producido. Su fundamento lo hallamos en la naturaleza de la actividad desarrollada por el notario. Nos referimos a la responsabilidad administrativa y disciplinaria que no son excluyentes entre sí, ni incompatibles con una responsabilidad penal y civil.

Abstract

The notary is also responsible for their wrongful acts regardless of the damage occurred. We find its foundation in the nature of the activity of the notary. We refer to the administrative and disciplinary responsibility are not mutually exclusive, or incompatible with criminal and civil liability.

INTRODUCCION

El presente trabajo aborda un tema cuya extensión y profundidad fue objeto de tratados y discusiones doctrinarias arduas y aún no zanjadas.

Para abordar el tema de la responsabilidad notarial en sí misma, previamente debemos saber cuál es la naturaleza jurídica de la actividad que desarrolla el notario. No se trata de una cuestión meramente doctrinaria ni de un inútil ejercicio intelectual. De la posición doctrinaria que adoptemos derivará una responsabilidad del notario contractual o extracontractual por un hecho ilícito que no constituye delito (considerando al notario como funcionario público).

Por eso trataremos la "responsabilidad notarial" desde una posición doctrinaria determinada y asumida, sin desarrollar los debates que se suscitaron en cada tema y redactar esta reflexión adoptando el estilo de las "sentencias" españolas, sin referencia a autores o citas doctrinarias.

La jurisprudencia considerada interesante por sus aciertos como por sus desaciertos se transcribirá al final del presente, sin formar parte del mismo, pero cuya lectura consideramos importante para comprender el contenido de las conclusiones.

Describiremos la actividad notarial desde un punto de vista personal como parte actora (la redactora es notaria en ejercicio) pero también como juez de nuestro propio trabajo profesional.

Haremos referencia a las responsabilidades que pesan sobre el notario en distintos ámbitos, consagradas incluso normativamente en las leyes que reglamentan el ejercicio profesional.

Nos detendremos especialmente en la FE DE CONOCIMIENTO y EL ESTUDIO DE TITULOS por las consecuencias penales y civiles que han generado y que generan una abundante jurisprudencia y un caso especial el de la RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO TITULAR por LOS ACTOS DE SU ADSCRIPTO.

Finalmente resumiremos nuestras conclusiones que iremos adelantando a lo largo de esta exposición, siempre considerando la importancia del bien jurídico tutelado en el actuar notarial: la seguridad jurídica a través de la fe pública.

I.- LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Antes de entrar en el tema específico, el lector advertirá que utilizamos mayormente el vocablo NOTARIO con todas sus variantes pero también (y para no ser reiterativos) nos referimos al ESCRIBANO. ¿Qué diferencia existe entre uno y otro? ¿Pueden considerarse sinónimos? Siendo también un tema discutido y opinable, aclaramos que utilizamos para la redacción de este trabajo indistintamente los términos de notario y escribano. Técnicamente el notario (en este caso la especie) es un escribano (género) que llamamos de registro, es decir que actúa en un registro de protocolos, portantes de la fe pública, en cambio un escribano es el profesional del derecho especializado en la materia pero que no es depositario de la función fedataria, es decir se trata de un escribano que no ha accedido a un registro de escrituras públicas. No obstante, la **Ley 9020** del Notariado de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo **196** bajo el título de Denominación del Notario aclara que: "La denominación de notario utilizada en esta ley equivale a la de escribano público o escribano, usada en la anteriores leyes orgánicas del notariado y en la legislación general". Pero en la misma Ley artículo **1º** establece que "A los efectos de esta ley sólo es notario quien conforme a las prescripciones se encuentre habilitado para actuar en un registro notarial de la Provincia"

El notario ¿es un funcionario público o un profesional del derecho con una función especial?

Nos enfrentamos a uno de los debates que engendraron posturas opuestas no sólo a nivel nacional sino en el notariado latino mundial. Así encontramos que algunos países lo consideran funcionario público (y dentro de este concepto son dependientes del poder judicial y otros del poder ejecutivo o administrador). En cambio para la mayoría de los países que han adoptado el sistema de notariado latino, es un profesional en ejercicio de una función pública.

Concretamente, hay argumentos muy sólidos a favor de una postura como de la otra. Nosotros consideramos sin ninguna duda que el notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. La función pública que desarrolla no lo convierte en funcionario público. Apoyamos esta posición doctrinaria en el mismo derecho administrativo para el cual es funcionario público según reúna la persona,

los siguiente requisitos: 1) responsabilidad del Estado por los actos del escribano. En nuestro caso, el Estado no responde nunca por el comportamiento antijurídico del notario; 2) relación de subordinación jerárquica: el notario, como dice el Dr. Alberto J. Bueres, elige a sus empleados, la sede de la notaria, los horarios, las ausencias, las vacaciones, cobra honorarios, es decir es un profesional independiente y no responde a directivas de un superior: la redacción del instrumento público es propia y exclusiva autoría de quien lo autoriza es decir del notario. Por supuesto que la especial función que desempeña y siempre velando por el interés jurídico protegido, el legislador ha reglamentado minuciosamente su actuación. La reglamentación del ejercicio profesional no implica subordinación jerárquica, es decir no convierte al notario en un funcionario público. 3) retribución: es el requirente en virtud del contrato profesional que celebra con el notario quien abona los honorarios. El notario no recibe ningún emolumento por parte del Estado, ni viáticos ni compensación por gastos, es decir no hay ningún tipo de vinculación de subordinación económica con el poder ejecutivo que lo designa. Apoyando esta posición podemos citar los siguientes artículos del Código Civil que establecen una separación entre escribanos públicos y funcionarios con el uso de la disyunción "o". **Art. 973:** La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar. **Art. 979:** Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1. Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley. 2. Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado. La mención de escribano público está reservada solamente a las escrituras públicas: arts. 997, 999, 1000 a 1008, 1025, 1035, 1223 y 1810 del C. C, la nota al art. 1112, los art. 980, 982, 985, 990, 992 y 993 que refieren al oficial público pero como unidad de comportamiento que deben respetar tanto el funcionario y el escribano cuando confeccionan los instrumentos públicos.

Al adoptar esta posición como profesional del derecho y no como funcionario público, el notario responde frente al requirente contractualmente y en los términos de los arts. **520 y 521 del Código Civil Argentino. Art. 520:** En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Y **art. 521.** Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas. En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del artículo 505⁴⁴.

En cambio si sostenemos que el notario es un funcionario público su responsabilidad se basa en el art. **1112** del C. C. "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título." (El Título refiere a las Obligaciones que nace de los hechos ilícitos que no son delitos).

Resumiendo consideramos al notario como un profesional de derecho en ejercicio de una función pública que lo obliga frente al requirente por incumplimiento contractual, y por supuesto si la actuación del notario produce un daño a un tercero completamente ajeno a la relación contractual deberá responder frente a ese tercero extracontractualmente.

⁴⁴ 505. Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:

1. Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado.

2. Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor.

3. Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, o el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida o modificada por una causa legal.

[Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, derivase en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superan dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.] (Párrafo agregado por ley 24.432.)

Partiendo de esta posición que hemos apenas esbozado, entonces nos referiremos al tratamiento de las responsabilidades que derivan de la actuación notarial cuando ésta no se ajusta a derecho.

Queremos recalcar que la función notarial es única e inescindible: no compartimos la postura de quienes ven en el notario un profesional y un funcionario público cuando da fe en los instrumentos públicos haciendo en cada caso una distinción si realiza su actividad como dador de fe o como profesional. La naturaleza jurídica del notario es compleja pero única. Es el ejercicio de la función pública que le transfiere el Estado, no como delegación ni como concesión, sino como depositario, el que ha originado la confusión de la naturaleza jurídica de la actividad notarial. La dación de fe no lo convierte en un funcionario público sino que ejerce una función pública que no es lo mismo.

II.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA O FISCAL

El notario asume una responsabilidad administrativa o fiscal que tiene su fundamento legal en las Leyes impositivas nacionales o provinciales (Derecho Público) que crean los impuestos (en virtud de la Potestad Tributaria del Estado) y determinan quienes son los responsables de velar por su efectivo pago, otorgándole el "honor" al notario de considerarlo agente de RECAUDACION Y DE INFORMACION en todos los actos en que él intervenga. En la Provincia de Buenos Aires se encuentran las disposiciones pertinentes en el Código Fiscal Ley 10.397 y modificatorias (Texto Ordenado por Resolución 39/11). La ley califica al escribano como Agente de Recaudación en su artículo 294 respecto del Impuesto de Sellos. Este impuesto grava los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso imponiéndole sanciones por su incumplimiento y de la deuda que por impuesto inmobiliario pese sobre un inmueble objeto de algún acto en el que interviene el notario. Resumimos la función de agente de recaudación de una manera simple: si el notario no retuvo o no le abonaron, llegada la fecha de vencimiento de la obligación la abona el escribano. La ley refiere a la obligación solidaria entre el escribano y el obligado al pago (requirente). No existe tal solidaridad. El estado reclama el pago al

escribano quien en los hechos es el único responsable frente a la administración pública. También es agente de recaudación de Tributos Nacionales siendo de aplicación la LEY 24.769, Régimen Penal Tributario, que en el Título de Apropiación indebida de tributos en su ARTICULO 6º dice que "Será reprimido con prisión a dos a seis años el agente de retención o percepción de tributos nacionales que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido... ". Pero no sólo actúa como agente de percepción de tributos nacionales y provinciales sino como agente de INFORMACION de todas las operaciones determinadas en distintas disposiciones cuyo incumplimiento formal (falta de presentación de la declaración jurada) acarrea también una sanción.

Estas obligaciones son evidentemente legales e inherentes a la función pública que desempeña el notario y que el Estado ha aprovechado para convertir al notario en un empleado "económico" (no recibe ningún salario por ese trabajo) y "solvente" para cumplir con la voracidad recaudadora fiscal, frente a la cual no hay eximente de responsabilidad alguna. Por eso corrijo la expresión obligación porque la obligación en el derecho civil nace de un acuerdo de voluntades. En este caso es un DEBER LEGAL.

III.- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA o PROFESIONAL

Todo notario en el República Argentina que desee desarrollar su actividad como escribano de registro, deberá previamente matricularse en el Colegio de Escribanos que corresponda a la jurisdicción del lugar elegido para ejercer su profesión. No vamos a desarrollar el tema del acceso a la función notarial porque no es materia objeto de este trabajo. Partimos entonces de la colegiación obligatoria del notario para que el notario pueda ejercer su profesión. Cada provincia organiza los colegios, la forma de colegiación, el acceso a la función, la reglamentación del ejercicio, los deberes del notario, cómo y quién controlará su actuación y quien aplicará las sanciones en caso de incumplimiento. Me circunscribiré a la Provincia de Buenos Aires donde ejerzo para explicar cómo y sobre qué bases se hace al escribano responsable y qué sanción le corresponde en su caso.

Aclaro previamente que consideramos que el término más apropiado para distinguir esta responsabilidad es el de DISCIPLINARIA porque la responsabilidad profesional (según la denomina parte de la doctrina y algunas leyes del notariado) es comprensiva de todo lo atinente al notario y por lo tanto comprendería la penal, civil, disciplinaria y administrativa o fiscal.

En general la potestad disciplinaria es ejercida por los colegios notariales pero sus decisiones pueden ser revisadas judicialmente.

En la Provincia de Buenos Aires, la Ley 9020/78 con todas sus modificaciones es la Ley del Notariado que regula el ejercicio de la actividad notarial en toda la Provincia. En el título III Capítulo I específicamente se establecen las normas sobre la Jurisdicción Notarial que es ejercida por las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata, capital de la Provincia, por un Juzgado Notarial con sede también en La Plata y competencia en toda la Provincia y por el Tribunal Notarial, determinando la competencia de cada uno de ellos. Este último (el Tribunal Notarial) compuesto por notarios y dependiente del Colegio de Escribano entiende según el artículo 41 solamente en las causas relativas a falta de ética y las que afecten la dignidad de la investidura o del prestigio del notario y en el artículo 65 establece que las faltas de ética son objeto de las siguientes sanciones: 1) amonestación, 2) suspensión por tres meses. Si se reiteran las sanciones del tipo 2) suspensión, será el Poder Ejecutivo quien decide en definitiva la medida a aplicar. En cambio las sanciones de apercibimiento, multa, suspensión de hasta dos años y destitución son aplicadas por el Juzgado Notarial. El Juzgado Notarial tiene la misma jerarquía y corresponde a un Juez de Primera Instancia y forma parte del Poder Judicial.

Como la "responsabilidad disciplinaria" se origina en faltas a los deberes notariales o más genéricamente hablando en un incorrecto desempeño de la función, podríamos decir que estamos más cerca de un régimen penal que de un régimen de responsabilidad civil. Creemos que por tal motivo, por la gravedad de las "sanciones" deberían estar bien determinadas, "tipificadas" en los ordenamientos locales sobre todo aquellas que podrían llevar a la destitución del notario e incluso determinar la sanción correspondiente a cada falta y no dejarlo librado al "buen criterio" del Juez interviniente.

En nuestra Provincia se encuentran contempladas normas mínimas sobre el proceso que se desarrolla en sede del Juzgado Notarial que se complementan con normas procesales penales. Creemos que deberían dictarse normas procesales específicas en materia disciplinaria como también las faltas y las sanciones que correspondan a cada falta. Así se garantizaría el derecho constitucional al debido proceso y que la ley que crea la falta sea anterior al hecho del proceso. Los principios penales creemos deben ser adaptados y aplicados a un proceso disciplinario. Pero con esto no queremos decir que hay una superposición y menos aún un doble proceso sobre una misma cuestión, no se viola en ningún momento el principio "non bis in ídem" porque las sanciones disciplinarias son de distinta naturaleza que las penales por ser distintas las finalidades perseguidas y los bienes jurídicos tutelados (en ese sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Este proceso disciplinario, que culmina con una sanción (si fuere el caso), se justifica porque tiene por fin garantizar a la comunidad la CORRECTA E INOBJETABLE conducta del notario, depositario de la fe pública y por lo tanto la protección del "débil" (en sentido jurídico) que deposita su confianza en ese profesional que directamente velará por sus intereses patrimoniales pero también personales o familiares.

En este punto, la responsabilidad disciplinaria es justamente inversa a la responsabilidad civil del notario. En este caso el DAÑO CAUSADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES NO ES DETERMINANTE PARA LA IMPOSICION DE LA SANCION.

IV.- RESPONSABILIDAD PENAL

Aunque sea evidente queremos aclarar que esta responsabilidad penal implica al notario que comete un delito TIPIFICADO en el Código Penal Argentino en el ejercicio de sus funciones y no como un ciudadano común que comete un ilícito penal.

No es justamente el objeto específico de nuestro estudio pero es una conducta antijurídica que genera un deber de reparar el daño causado.

Quiero señalar, que como se verá en los fallos transcritos, que el notario ha sido objeto de condenas que no correspondían al tipo por no entender los Jueces Penales como funciona la dación de fe.

Los delitos que puede cometer el notario en ejercicio de sus funciones o que tienen por causa la función notarial y no como funcionario público (porque descartamos esta postura) son los siguientes: Capítulo III. Falsificación de documentos en general; **ARTICULO 292.-** El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado... **ARTICULO 293.-** Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Y en el Capítulo Violación de Secretos y de la Privacidad: **ARTÍCULO 156.** - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

IV.- 1.- FALSEDAD MATERIAL

El primero de los Artículos el 292 refiere a la falsedad material de un instrumento público y el Artículo 293 a la falsedad ideológica.

¿Qué es una falsificación? Existe un concepto de "uso" que es simple y claro: falsificar es cambiar la verdad por la mentira "conscientemente", falsificar no es "equivocarse"

¿Qué debe entenderse por documento y por instrumento público?

Sebastián Soler, el gran maestro de Derecho Penal Argentino⁴⁵, en su obra Derecho Penal Argentino, dice que "Documento es una atestación escrita en palabras, mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación

⁴⁵ SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V, pág. 354. Ed. TEA, Bs.As. 1951

jurídica". Pero para que ese documento pruebe un hecho o un acto debe tener un autor expreso, determinado o conocido. Un escrito anónimo no genera ningún delito. En el Derecho Penal el documento siempre tiene como soporte el papel escrito, siendo el género y el instrumento la especie, éste último público o privado.

¿Puede un notario incurrir en el delito de falsedad material? La respuesta afirmativa se impone: un notario puede confeccionar un instrumento público falso materialmente en el todo o en parte. Ejemplo el notario expide un testimonio de una escritura que no tiene matricidad, o de una escritura que no pasó por falta de una firma de los comparecientes o habiendo sido otorgada expide un testimonio que no coincide con la matriz y tiene un sello falso de inscripción del Registro de la Propiedad Inmueble. ¿Es común este tipo de delito? No he podido encontrar (no digo que no lo haya) ningún fallo condenatorio por falsedad material.

IV.- 2.- FALSEDAD IDEOLOGICA

En cambio en la jurisprudencia penal encontramos innumerables fallos condenando a un escribano por falsedad ideológica. Si hay que atacar un acto documentado en instrumento público, el abogado de la parte querellante recurre en primer lugar a la denuncia por **FALSEDAD IDEOLOGICA**, tan mal entendida y aplicada por los Jueces penales.

¿Cómo describimos de manera simple a este delito de falsedad ideológica? Es la que refiere al contenido del documento. El documento es mentiroso, dice algo que no pasó o pasó de manera diferente. Pero siempre para que haya tal delito debe ser falso el contenido del HECHO que el documento está DESTINADO A PROBAR y del cual PUEDA resultar perjuicio.

No todo lo que no es verdad en un documento constituye un delito cuando no refiere al acto o hecho que el documento prueba. Por ejemplo en una escritura pública que instrumenta una compraventa debe probar que la cosa vendida era la que se consignó y no otra, que el precio fue pagado y que la cosa fue entregada. Si se afirmó que no había cargas impositivas y dicha declaración es falaz no constituiría un delito típico porque el instrumento no estaba destinado a probar deudas fiscales.

Tampoco constituye falsedad ideológica el consignar un estado civil que no era porque la escritura pública no está destinada a probar estados civiles de los comparecientes. Esta prueba la otorgan con los certificados o partidas expedidos por el Registro Civil y de Capacidad de las Personas. Ni el compareciente que declara que es soltero cuando en realidad es casado ni el escribano que sabe que es casado pero consigna soltero por cualquier motivo que fuere, ninguno de los dos incurre en falsedad ideológica aunque nos resulte chocante, porque falta un elemento del tipo penal que es el hecho que el documento está destinado a probar.

Al final del presente trabajo hemos transcripto algunos sumarios de los tantos fallos penales condenando al escribano por falsedad ideológica NO SIENDO EN NINGUN CASO.

Conclusión de los fallos en sede penal: en la mayoría (y específico el 90%) se condenó al escribano por falsedad ideológica (art. 293 del C.P.) cuando había sustitución de persona, incluso sin dolo de la parte del escribano, solamente porque insertó una manifestación que resultó falsa.

La fe de conocimiento como veremos en su momento y adelantándome al tema es un JUICIO que el escribano realiza sobre la identidad. POR LO TANTO COMO JUICIO que emite el escribano NO ES PASIBLE DE FALSEDAD IDEOLOGICA. Por supuesto que si positivamente el escribano sabe que tal persona no es quien dice ser comete falsedad ideológica porque afirma una falsedad sabiendo que es una mentira. Lo que en definitiva nos remite a lo afirmado en el párrafo precedente: afirmar algo que percibió el escribano como verdadero y es falso. También comete falsedad ideológica cuando el notario afirma que firmó en su presencia (**PRINCIPIO DE INMEDIATEZ**) y no firmó y luego resultó ser una firma apócrifa. Nos extenderemos más detalladamente sobre el tema al tratar puntualmente la fe de conocimiento.

Un pequeño comentario merece la condena por falsedad ideológica por FALTA DE CAPACIDAD DE HECHO del compareciente que muchos jueces penales han considerado como una obligación del notario y cuya afirmación, no siendo así, lo condena por el delito de falsedad ideológica.

Para poder condenar a un escribano por afirmar que una persona es capaz debemos recurrir al Código Civil que regula lo que una escritura pública debe contener y la sanción que corresponde cuando no se consigna o se consigna erróneamente.

A esto se refieren los artículos **1001 a 1005** del Código Civil. Me permito transcribir los artículos por la importancia de su contenido que hacen a la esencia de la función notarial. Artículo **1001 (antes de la reforma)**: La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorgan, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio, o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa. El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes (derogado por la Ley 26.140), y concluida la escritura debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano. Cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzguen pertinente, podrá requerir la presencia y firma de dos testigos instrumentales. En este caso, aquél deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de los mismos. Artículo **1003**: Si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo ... Es en los artículos **1004 y 1005** del Código Civil donde están las sanciones cuando falta alguno de los requisitos del 1001 y 1003: Artículo **1004**: Son nulas las escrituras que no tuvieron la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de trescientos pesos moneda nacional.

Artículo **1005**: Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha.

No hay más nulidades que las que la Ley de fondo establece por lo tanto si no doy fe de conocimiento NO HAY NULIDAD sino sanción disciplinaria al notario pero la escritura es válida. Y si volvemos a leer el artículo 1001 y 1003 no exige en ningún momento consignar la CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

¿Cuál es la capacidad que el notario debe tener en cuenta que establece el artículo 1001? La MAYORIA DE EDAD, que el compareciente sea mayor de edad. Además que ese mayor de edad tenga capacidad de derecho es decir que no tenga ninguna interdicción, ni medida judicial que impida la libre disposición de sus bienes. Pero el notario no puede ni debe emitir un juicio de capacidad de hecho es decir el estado de salud mental del compareciente porque no es un idóneo en la materia. Apoya nuestra postura el artículo **3616** del Código Civil que establece que "La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario..." y esta cuestión es muy importante a los fines de la aplicación de una sanción del Código Penal cuando el escribano afirma que es capaz y se trata de un interdicto. Así se ha condenado a un escribano por falsedad ideológica al afirmar como capaz quien se encontraba inhibido en el Registro de Buques o en la Provincia de Santa Fe, pero no estaba inhibido en la Provincia de Buenos Aires en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y a los fines de otorgar una compraventa de inmueble. La inhibición, mientras no exista un registro único nacional, se juzgará para cada acto cuya inscripción registral esté ordenada por las leyes en un registro determinado y teniendo en cuenta la jurisdicción provincial.

Por supuesto que se descarta el juicio de capacidad que debe efectuar el escribano ante una persona con capacidad mental o física disminuida siempre que comprenda el acto a otorgar y así lo exprese por el medio que fuere.

IV.- 3.- SECRETO PROFESIONAL

Por último el notario también ha sido frecuentemente condenado por haber trascendido hechos o actos amparados por el secreto profesional. Es secreto todo aquello que llega a conocimiento del escribano en ejercicio de su función o en

ocasión de su función sea por confidencia directa del requirente o porque llegó a su conocimiento incluso en forma indirecta, pero lo importante es que sólo es conocida por el notario y el requirente. Cuando está al alcance del conocimiento de otras personas no constituye secreto. Esa revelación no constituye delito cuando hay justa causa como sería el caso de la propia defensa del notario. Creemos que el secreto profesional ante un proceso judicial en el cual el escribano es testigo configura una cuestión ética que el escribano deberá considerar en cada caso.

Independientemente de la responsabilidad civil de guardar secreto, lo que el Código Penal tipifica es la divulgación del secreto por quien está legalmente obligado a guardarlo por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, y lo que es más llamativo es la potencialidad de causar daño, y no hubiere por supuesto justa causa.

El notario es un profesional si consideramos como profesional a todo aquél que tiene un a) conocimiento especial en un tema, aspecto técnico, b) debe colegiarse para poder ejercer su actividad profesional, c) cuyo ejercicio está regulado por normas éticas y esta sometido a un poder disciplinario. Por lo tanto es sujeto activo en la comisión de este delito PERO REMARCAMOS NO COMO FUNCIONARIO PUBLICO.

Al considerar al notario como profesional del derecho en ejercicio de una función pública y posicionándonos en la relación contractual entre requirente y notario, se trata de un delito de acción privada es decir sólo el supuesto damnificado puede o no iniciar la acción, y una vez iniciada desistirla, e incluso perdonar al acusado (art. 73 inc. 2 del Código Penal Argentino). De lo contrario estaríamos en el caso del art. 157 del Código Penal Argentino, refiriéndose al funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos. En este caso sería un delito que puede iniciarse de oficio y no puede renunciarse y cuyo proceso debe de oficio seguirlo el Poder Judicial independientemente de la voluntad de la víctima.

¿Cuándo hay indiscreción y cuándo delito? El daño o la potencialidad del daño que se causa cuando se revela un secreto es el límite que los separa.

Será cuestión de apreciación judicial de las circunstancias del hecho para que el delito se configure o no, teniendo en cuenta la importancia del concepto de daño real o potencial.

Por último debemos recordar siempre la relación entre la responsabilidad penal y civil que establece el mismo Código Civil en su artículo **1101**: Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes: 1. Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos. 2. En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. Tenemos entonces tres situaciones a considerar: 1) la sentencia penal condenatoria: el juez civil no puede desconocer el hecho ni la culpa del demandado, corresponde al juez civil establecer si existe culpa concurrente y fijar la indemnización. 2) la sentencia penal es absolutoria: en sede civil hace cosa juzgada sobre la inexistencia del delito pero es independiente de la existencia de culpa (diferentemente considerada en el fuero civil y en el penal: delito que se configuran solamente con dolo y que excluyen la culpa y en cambio en ámbito civil el actuar antijurídico exige una mínima culpa), 3) la sentencia penal declara el sobreseimiento: este caso es independiente para el fuero civil, no obliga de ninguna manera al juez civil tanto en lo que respecta al hecho como la culpa.

V.- RESPONSABILIDAD CIVIL O NOTARIAL

¿Dónde comienza la actividad notarial que conlleva responsabilidad cuando no es realizada conforme a derecho?

Desde que el requirente se presenta en nuestras escribanías y solicita simplemente un asesoramiento o una actuación documental concreta o más simplemente desde que efectúa la "rogatio".

El escribano recibe al compareciente, lo asesora, algunas veces en forma verbal otras por medio de un dictamen, investiga la voluntad real de las partes, informa sobre distintas alternativas o soluciones a dar a la cuestión, y antes de actuar ya en la etapa de la documentación de la rogatio debe examinar si es competente territorial o materialmente para actuar, cuestiona sobre la identidad del o de los requirentes, reflexiona sobre la capacidad de los mismos para otorgar ese

acto en particular y luego comienza ya toda la actividad documentadora del notario para finalizar con la redacción de un instrumento válido y suficiente para probar lo que el contenido dice que es, por supuesto que se incluye la inscripción respectiva si se trata de un documento con vocación registral. En este estado se entrega al requirente el instrumento confeccionado, y contento el requirente se retira de la notaría previo pago de los honorarios y gastos. Pero la función notarial no termina tampoco en ese momento, el notario debe conservar la matriz del instrumento que feliz el requirente retiró y si eventualmente lo pierde expedir nuevas copias.

Vamos a ver a lo largo de todo ese proceso las distintas obligaciones y deberes que debe observar el escribano y que responsabilidad le cabe en caso incumplimiento.

Desde ya podemos adelantar que para nosotros y congruentemente con la naturaleza jurídica del notario como profesional del derecho que ejerce una función publica, la relación que une al escribano con las partes consecuentemente (haya sido o no designado por ambas o por una parte) es una RELACION CONTRACTUAL de LOCACION DE OBRA, a la cual se le aplican los artículos 520 y 521 del Código Civil⁴⁶. Para el caso que el incumplimiento constituya a la vez un delito penal podría aplicarse la responsabilidad extracontractual como lo establece el artículo 1107⁴⁷ del C.C. como han sostenido algunos, pero personalmente considero que ver en cada caso si la responsabilidad es contractual o extracontractual es dividir la actuación del notario por un lado como profesional y por el otro como funcionario público (posición a la cual no adherimos). No podemos escindir las tareas profesionales y las documentales porque la actuación del notario es inescindible. El requirente contrata a un escribano al cual le abona los honorarios y gastos correspondientes para que el profesional le entregue un título o instrumento perfecto, inobjetable, que goce de plena fe, con oponibilidad erga omnes. Esto no representa un esfuerzo, un intento de parte del notario poniendo toda su ciencia y arte y mucha diligencia para que "pueda resultar un instrumento público". El notario debe al requirente un instrumento con las características referidas al igual que el contratista que se obliga

⁴⁶ Art. 520 del C. C.: En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencias inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Art. 521 del C. C.: Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

⁴⁷ Art. 1107 del C. C.: Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título, si no degeneran en delitos del derecho criminal.

a entregar una casa terminada y en condiciones de habitabilidad y que no se caiga cuando sople una brisa. El instrumento que entrega el notario es igual que la casa que recibe el locatario de obra del constructor. Es decir el notario se obliga a EJECUTAR UNA OBRA, una obra intelectual materializada en un instrumento público. No hay entre notario y requirente una locación de servicios porque simplemente no hay subordinación a las directivas de locatario. La obligación que asume el notario es de RESULTADO. Al requirente le basta con probar el incumplimiento (por ejemplo una escritura pública que no cumple con algunos de los requisitos exigidos por el Código Civil artículos 1001 a 1003), y la culpa del notario se presume. El escribano solamente puede eximirse de responsabilidad probando una causal de exoneración. Siendo la que escribe una notaria podría pensarse que soy un juez riguroso de mi propio trabajo. Pero no cabe otra conclusión frente al bien jurídico tutelado del cual hicimos mención en nuestra introducción. No obstante veremos en qué casos seré más indulgente con el actuar del notario "no muy diligente"

A esta altura de la reflexión nos preguntamos ¿cuál es la responsabilidad que genera el actuar no ajustado a derecho del notario (siempre con relación a su función) con la otra parte que no lo contrató y con los terceros que resultan perjudicados con su mala o deficiente intervención?

Para el caso del co-contratante que no designó al notario, la responsabilidad es contractual porque al momento de aceptar su intervención da su consentimiento incorporándose como parte en el contrato, (ya sea que se interprete como adhesión o como consentimiento tácito).

Para el caso del tercero no contratante que resultó dañado por el actuar del notario, la responsabilidad es extracontractual (art. 1109 del C. C.)⁴⁸

Todos los "deberes" que a continuación se enumeran y cuyo contenido se desarrolla no implica ignorar todo el cúmulo de otros deberes que pesan sobre el notario. No olvidemos que es una actividad **ESTRICTA Y DETALLADAMENTE REGULADA** insistimos por el bien jurídico protegido. Pero justamente lo que no detalla, ni reglamenta la ley es la **DECISION JURIDICA** que toma el notario de actuar en tal o cual sentido al redactar una escritura pública. Justamente en esta libre

⁴⁸ Art. 1109 del C. C.: Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil...

decisión jurídicamente hablando, SIN SUBORDINACION JERARQUICA NI INTELLECTUAL, reside el carácter de profesional que tiene el notario (posición a la cual adherimos) y no de funcionario público.

V.- 1.- DEBER DE IMPARCIALIDAD

Aclaremos que no hablamos de "cliente" que es una expresión que dejamos para uso exclusivo del abogado porque precisamente no es nuestro cliente ni nosotros somos su escribano. No somos escribanos de una parte (sobre todo de la que nos designó) sino simplemente escribano. Y no es una mera cuestión terminológica sino que responde al **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** con que debe actuar el notario consagrado normativamente en nuestra Ley del Notariado de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 35 inciso 5. Consecuentemente para que el escribano conserve la imparcialidad le está prohibido actuar en cuestiones donde se encuentren interesados en forma personal o sus parientes y así lo establece el Código Civil artículo **985**. "Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados..." Tan importante es el respeto de este deber de imparcialidad que la norma de fondo declara sin ningún valor el acto donde la imparcialidad puede verse afectada porque estamos violando el derecho constitucional a la igualdad (art. 16 C. N.). La dación de fe no puede crear una desigualdad entre quien es "cliente" y quien no lo es.

VI.- 2.- DEBER DE ASESORAMIENTO

Mencionamos al comienzo de este título que la rogatio comienza con el estudio del caso es decir el deber de **ASESORAMIENTO** que en la Ley Notarial 9020 de la Provincia de Buenos Aires ya citada, en el artículo 35 inciso 2 lo impone como DEBER NOTARIAL. La misma ley referida en su artículo 128 y tratando ya del tema de la competencia notarial en razón de la materia establece en el inciso 1) que integran la actividad del notario el asesoramiento en materia notarial e instrumental con la formulación en su caso de dictámenes orales y escritos. El escribano ha

dejado de ser un documentador para ser un operador del derecho, un orientador jurídico para que el requirente obtenga el resultado deseado. Habrá responsabilidad CONTRACTUAL cuando el notario por impericia, negligencia o dolo emita un dictamen o confeccione un documento que produzca un perjuicio que le sea imputable y sea consecuencia del incumplimiento de su deber de un correcto y prudente asesoramiento. Algunos autores ubican la responsabilidad derivada del asesoramiento como EXTRACONTRACTUAL por tratarse de la violación de un deber general e indeterminado propio de la función del notario.

Nosotros entendemos que es una responsabilidad contractual e incluso de resultado porque es la base que sustenta el efecto deseado: un dictamen sostenible o un documento eficaz, que refleje la verdadera voluntad de las partes y con todas las características que ya hemos mencionado. En la jurisprudencia no hemos hallado casos donde se haya tratado como instituto autónomo, incluso tampoco se ha hablado de una responsabilidad por mal asesoramiento salvo en forma indirecta porque el perjuicio resultó del acto declarado nulo cuando la ley de fondo prohibía su otorgamiento habiendo negligencia en el asesoramiento por parte del notario tal como lo explica la sentencia dictada por la Cámara Nacional Civil Sala D. el 5 de febrero de 1981 en autos Pena, Serafina c/ Mognono, Alicia. En dichos autos se condenó al escribano que otorgó un acto nulo como es el testamento conjunto recíproco, cuya actuación no puede ser excusada ni aún con la conformidad de ambas partes otorgantes y alegando la imposibilidad de negar su ministerio, cuando la misma ley le vedaba autorizar el acto (publicado en El Derecho, tomo 95, año 1982, pág. 261).

¿Qué pasa si un escribano asesora correctamente a las partes y éstas insisten en otorgar el acto de una manera distinta a la aconsejada por el notario y del que resultó en definitiva un perjuicio? Nos encontramos frente a dos deberes del notario en contradicción: el deber de asesorar correctamente y el deber de prestar el ministerio.

V.- 3.- DEBER DE PRESTAR EL MINISTERIO

El **DEBER DE PRESTAR EL MINISTERIO** está contemplado expresamente en la Ley Notarial 9020 en el artículo 131 el cual establece que la prestación profesional es en principio inexcusable y enumera taxativamente los casos en que el notario podrá rehusarse entre los cuales y que considero es aplicable al caso es la existencia de impedimentos LEGALES, físicos o éticos. La prestación del servicio notarial precisamente por la finalidad que cumple es de tal entidad que la Ley incluso reglamenta el aspecto recursivo determinando el procedimiento que el requirente debe seguir en caso de negativa. Cuando hay contraposición de ambos deberes, debe priorizarse la prestación del servicio frente al correcto asesoramiento. Creemos que lo prudente y diligente es analizar primero si legalmente lo querido por las partes es posible, porque habiendo una prohibición legal, existe el impedimento legal para denegar el servicio. No habiendo prohibición legal y el acto podría resultar atacable o causar perjuicio, el notario deberá solicitar la firma de una minuta insistida que le servirá como prueba al notario de su actuar diligente en el asesoramiento pero igualmente deberá prestar su servicio notarial.

Debemos distinguir lo que es un asesoramiento prudente, diligente, en definitiva correcto de una cuestión doctrinariamente discutible en la cual el notario toma una posición determinada de manera fundada. Si una sentencia lo interpreta en forma adversa, no habría nexo causal entre lo actuado por el notario y el resultado obtenido porque no podría imputarse la conducta del escribano como causal del perjuicio. En este sentido al adoptar un determinado criterio o doctrina jurídica consideramos que el notario también es un "creador de derecho", equiparándolo en este sentido a la jurisprudencia como "fuente de derecho". La actuación documentaria del notario es también creadora de derecho y cito un caso concreto de nuestra actividad profesional: un bien adquirido por una mujer casada, con dinero que le donó el padre sin que el notario dejara constancia de tan "pequeña gran" circunstancia. Advertidos los requirentes de esta "omisión", se otorga una escritura complementaria a la de adquisición del bien donde declara el cónyuge no titular que ese bien es propio del otro pero que no se había consignado en la escritura de compra. Este instrumento notarial que cambia el carácter del bien de

ganancial a propio no implica un desplazamiento patrimonial entre cónyuges prohibido por el Código Civil y sin que haya una norma que lo autorice expresamente pero tampoco ninguna que lo prohíba cambiamos el carácter de un bien de ganancial a propio. Por supuesto la requirente está advertida de "posibles" observaciones del título por otros colegas que no compartan el criterio. Entre dos males éste es el menor. Sin pasar por los tribunales ni habiendo una norma que lo exprese, creamos derecho: un instituto que llamamos "cambio del carácter del bien"

V.- 4.- EL DEBER DE IDENTIFICAR: EX FE DE CONOCIMIENTO

Un tratamiento más detallado merece el deber del notario de dar **FE DE CONOCIMIENTO** que resultó el pilar fundamental para la vía acusativa y condenatoria de la actuación notarial y sobre la cual corrieron ríos de tinta pero pieza fundamental para sustentar un título válido, eficaz y oponible.

El 30 de agosto de 2006 fue sancionada la Ley 26.140 publicada en el Boletín Oficial el 20.09.2006. La Ley 26.140 modificó los artículos 1001 y 1002 del Código Civil. Esta Ley plasmó normativamente el pensamiento doctrinario y la tendencia jurisprudencial que hacía mucho tiempo se imponía de lege ferenda en nuestro país; pero por sobre todo reflejó una realidad social y demográfica que distaba mucho de ser aquella que existía al momento de sancionarse el Código Civil. A su vez la modificación consagró una aspiración del notariado largamente acuada.

Por la importancia de la tan mentada y discutida FE DE CONOCIMIENTO que derogó la Ley 26.140, la referencia a autores prestigiosos que han escrito abundantemente sobre el tema antes de la reforma es insoslayable.

La fe de conocimiento por su contenido amerita ser objeto de un trabajo de investigación exclusivo pero por razones de brevedad me referiré someramente al tema sin que ello implique desmerecer la importancia que tuvo y que tiene en nuestro derecho.

Luego de analizar la reforma, volveremos sobre la afirmación "modificó" para preguntarnos en qué cambió la situación del notariado con la sanción de la Ley 26.140, si es que efectivamente la cambió y si el cambio beneficia o podría perjudicar la actuación notarial.

V.- 4.- a) ARTICULO 1001 DEL CODIGO CIVIL antes y después de la Reforma de la Ley 26.140.

En el **artículo 1001** del Código Civil, la Ley 26.140 solamente suprimió una parte de una frase que es la siguiente: "El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes" permaneciendo el resto de su articulado con la redacción anterior. La eliminación de esa expresión del artículo DEROGO por lo menos normativamente la antigua y problemática FE DE CONOCIMIENTO.

La fe de conocimiento, que provocó largas discusiones doctrinarias y graves problemas judiciales para los escribanos, podemos definirla adoptando el concepto elaborado en el II Congreso Internacional de Notariado (MADRID 1950)⁴⁹: DACION DE FE DE CONOCIMIENTO ha de ser... "la calificación o el juicio que el notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela" Creemos que, independientemente del concepto que cada uno pueda tener o de la posición jurídica adoptada al respecto, es una noción consensuada no solamente por doctrinarios de nuestro país sino por el notariado latino en general, razón por la cual vale por la fuerza que la sustenta además de ser suficiente por si.

Sin entrar tampoco en un análisis filosófico sobre la noción de conocimiento, podemos agregar que el conocimiento históricamente se concebía como trato y fama, o contacto personal del escribano con el otorgante del acto. Este concepto devino por la explosión demográfica prácticamente imposible de concebir y aplicar en nuestras escribanías, y la fe de conocimiento es abandonada como idea de trato y fama para convertirse en fe de identidad o identificación.

⁴⁹ II Congreso Internacional de Notariado (Madrid, 1950) (citado por Bueres, Alberto y Highton, Elena. "Código Civil", T.II-C, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 94)

La fe de identidad es un juicio de certeza que emite el escribano estableciendo que tal persona es la misma que se supone que es, es decir que se corresponde con un nombre y apellido determinado. Como juicio que emite debe estar basado en una convicción que adquiere el escribano por distintos medios a elección del mismo notario.

Como más adelante se desarrollará en detalle, la doctrina y la jurisprudencia desde hacía mucho tiempo había dejado de lado la idea de conocimiento como trato para dar lugar a la concepción de juicio de certeza sobre la identidad del compareciente. Por lo tanto podríamos pensar que la fe de conocimiento aún antes de la reforma de la Ley 26.140 había desaparecido. La institución no había desaparecido sino que había cambiado de ropaje.

El artículo 1001 refería y refiere respecto de las personas que otorgan una escritura pública que la misma debía contener entre otros elementos los datos personales de los otorgantes enumerándolos: nombre y apellido, su estado de familia, si son mayores de edad y domicilio o vecindad. Lo enumerado son circunstancias personales del o de los comparecientes pero que no integran la fe de conocimiento sino que son datos para individualizar a la persona ante una eventual homonimia como así también por la incidencia que esos datos personales tienen en su actividad personal y patrimonial y que determinan la legitimación para poder realizar determinados actos. Todas estas circunstancias NO SE CONSIDERAN INTEGRANTES DE LA FE DE CONOCIMIENTO. Son manifestaciones que las comparecientes realizan al escribano y éste recepta pero cuya autenticidad no verifica. Por lo tanto si no son veraces no pueden ser considerados como enunciados falsos que contiene la escritura, imputables al escribano, porque simplemente el escribano recoge la manifestación de los comparecientes, no tiene obligación de verificar si son correctos. La omisión de alguno de los datos personales enunciados salvo el nombre y apellido no acarrear la nulidad de la escritura pública tal como lo expresa el artículo 1004 del Código Civil, sino que implican un incumplimiento de los deberes del escribano pudiendo ser subsanables, aclarando que estamos siempre refiriéndonos a un actuar negligente del escribano y excluyendo cualquier conducta dolosa del

mismo porque sino estaríamos frente a un actuar delictivo y no simplemente sancionable disciplinariamente. Así como la omisión de algún dato personal del compareciente (excluido el nombre y apellido) no implica la nulidad de la escritura, la falta de mención de la fe de conocimiento tampoco es uno de los elementos mencionados por el artículo 1004 del Código Civil que conlleva la nulidad sino que es también subsanable y cuya omisión es punible del punto de vista disciplinario para el escribano. En este caso también se aplica la reflexión precedente respecto del actuar del escribano culposo y no doloso.

No siendo el tema de esta investigación brevemente podemos indicar que doctrinariamente se han propuesto como medios de subsanación de la falta de fe de conocimiento, hoy justificación de identidad: 1) la nota marginal, 2) la escritura complementaria sin compareciente si no hubiere suficiente lugar para colocar una nota marginal, 3) manifestación del notario ante otro notario que lo consignará en una escritura que da fe de conocimiento referenciando a los comparecientes y la escritura en cuestión. Esta omisión siendo SUBSANABLE, no estando sancionada de nulidad tal como la misma ley de fondo lo establece, ni tampoco alterando las manifestaciones de las partes, y que se trata sólo de un juicio que emite el escribano, no vemos obstáculo para que pueda hacerlo por nota marginal o escritura complementaria, y no habiendo tampoco sustitución de persona, NO daría derecho a reclamo alguno por parte del requirente sin perjuicio de la sanción disciplinaria que le cupiera..

¿La fe de conocimiento o fe de identidad está comprendida en el artículo 993⁵⁰ del Código Civil? ¿Hace plena fe hasta que sea argüida de falsa?

La respuesta debe ser categóricamente NEGATIVA. La fe de conocimiento o fe de identidad no está amparada por el artículo 993 del Código Civil. Los instrumentos públicos hacen plena fe SOLAMENTE respecto de HECHOS que el oficial público (incluido escribano) declara como cumplidos por él mismo o que pasaron en su presencia. La fe de conocimiento o de identidad es como ya se

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

⁵⁰ Art. 993. El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia.

definió un juicio que emite el escribano afirmando que una persona es tal y no tal otra. La identidad no es un hecho percibido *de visu et audibus suis sensibus*. Es una investigación que realiza para manifestar una convicción a que ha arribado. Como opinión o juicio no es algo que ve u oye. La dación de fe a la que alude el artículo 993 del Código Civil refiere a HECHOS PERCEPTIBLES POR LOS SENTIDOS. El escribano escucha cuando una parte dice vendo y la otra manifiesta que acepta, el escribano ve la mancha en la pared cuando realiza una constatación, el escribano toca algo húmedo. El escribano anota lo que ve, escucha, toca, gusta o huele y tal como lo percibe lo debe expresar. Esa manifestación que algo pasó por sus sentidos o que algo hizo el mismo hace plena fe hasta que sea argüido de falso.

Incurriría el escribano en falsedad si ante la manifestación que es un hecho que percibe por sus sentidos, consigna intencionalmente otra distinta. Por ejemplo el estado civil es una declaración del compareciente que el escribano no constata y recepciona por sus sentidos. Si el compareciente resultó casado, no incurre el escribano en falsedad. En cambio si el compareciente es casado y lo manifiesta pero el escribano consigna que es soltero de manera intencional y a sabiendas que coloca algo que no fue dicho de esa manera incurre en falsedad.

Pese al cambio de ropaje de la fe de conocimiento, el escribano tiene obligación de identificar al compareciente pues es esencial que una declaración de voluntad destinada a modificar una situación personal o patrimonial del dicente para que produzca tal efecto emane de quien puede crear ese cambio. De no ser así, todo el contenido del acto que la escritura está destinada a contener y probar caería pues partimos de un acto que no puede ser imputable a quien dice producirlo. En ese sentido la IDENTIFICACION ES INDISPENSABLE para LA LEGITIMACION de los otorgantes. IDENTIFICAR es un DEBER del escribano que es necesario que cumpla con prudencia, diligencia y razonabilidad por los medios que crea convenientes. Es un deber insisto no excusable como tal porque a partir de la identificación de los comparecientes, todo el andamiaje escriturario y como consecuencia el negocio jurídico se sostiene, Si no hay identificación del compareciente no hay acto o negocio jurídico imputable a persona alguna como

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

tampoco hay legitimación alguna para producirlo. Todo el negocio jurídico se construye a partir de la identidad de los otorgantes.

Esta obligación de identificar a los comparecientes debe ser entendida en un sentido amplio que comprende al otorgante (quien manifiesta la voluntad jurídica que producirá efectos sobre su persona u otra o sobre su patrimonio u otro), al testigo, al intérprete, al firmante a ruego, etcétera, es decir en general todo el que se presenta ante el escribano para firmar una escritura pública DEBE ser identificado.

V.- 4.- b) ARTICULO 1002 DEL CODIGO CIVIL antes y después de la Reforma de la Ley 26.140

La Ley 26.140 modificó **el artículo 1002** del Código Civil que en su texto actual dice: "La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios:

- a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano;
- b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación;
- c) Por exhibición que se hiciere al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes".

En la redacción del derogado artículo 1002 del Código Civil, el legislador estableció un medio legal supletorio para permitir al escribano aceptar la intervención en un acto solicitado por el o los otorgantes de los cuales no podía dar fe de conocimiento. Las mismas partes proporcionaban al escribano dos testigos para acreditar la identidad de los comparecientes que a su vez eran conocidos por el escribano. Este medio de justificación de identidad fue considerado como supletorio porque podía acudir a él siempre que el artículo 1001 no fuese aplicable. Este medio fue poco usado incluso antes de la obligatoriedad del documento de identidad, por ser de por sí un medio difícilmente aplicable. A partir de la sanción de la Ley 17.671 que crea el documento nacional de identidad y su obligatoriedad para la identificación, el artículo 1002 cayó definitivamente en desuso, y durante mucho tiempo y la unanimidad de la doctrina bregaba por su derogación. Es en este artículo en su anterior y original redacción que la Ley de fondo ya habla de IDENTIDAD.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

El artículo 1002 en su nueva redacción comienza con la palabra "identidad". Ya hemos explicado el sentido de la noción de identidad cuando nos referíamos a la fe de conocimiento. Para precisar aún más esta noción y ya en la situación concreta de juicio de identidad que va a producir el notario, podemos afirmar que refiere al nombre y apellido con los cuales una persona ha sido registrada en el Registro Nacional de las Personas creado por Ley 13482 y cuyas funciones y competencias regula la Ley 17.671 publicada en el B.O. el 12/03/1968.

Al momento de la sanción del Código Civil, el notario podía dar fe de conocimiento solamente con el trato (es decir conociendo en el sentido propio de la palabra) o en su defecto podía solicitar dos testigos de conocimiento. Recordemos que cuando comenzó a regir el Código Civil no existían otros medios para acreditar la identidad como impresiones dactiloscópicas, fotografías, documentos de identidad emanados de autoridad competente, registro de antecedentes, y todos los demás avances técnicos actuales que permiten identificar a una persona con una certeza casi absoluta. Esa es la razón por la cual solamente se contempló a los testigos como medio supletorio para acreditar identidad. Pero el desarrollo tecnológico convirtió de hecho al antiguo artículo 1002 en inaplicable o muy poco usado. Efectivamente la sanción de la Ley 17.671 en el año 1968 creó el Documento Nacional de Identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas y en su artículo 13 estableció la obligatoriedad de su exhibición para probar la identidad de las personas incluidas en esa ley "sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuera su naturaleza y origen". Estos documentos oficiales permitieron al escribano cuando no conocía a las partes y sin necesidad de solicitar la presencia de testigos acreditar la identidad de los comparecientes. Con la exhibición de los documentos como uno de los medios que el notario podía invocar pero manteniendo el criterio que la fe de identidad era un juicio de certeza, el escribano podía dar fe de conocimiento.

Con la vigencia de la ley 17.671 y la obligatoriedad que establecía en su artículo 13 de utilizar el documento nacional de identidad como único medio de acreditar la identidad de una persona, se cuestionó la subsistencia del artículo 1002 del Código Civil. Efectivamente la Ley 17.671 era una ley de fondo posterior a la vigencia del Código Civil y especial en cuanto a la materia que regulaba. Por lo tanto

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

el artículo 13 de esta ley habría derogado tácitamente lo establecido en el artículo 1002 del Código Civil.

El nuevo artículo 1002 sigue diciendo: "la identidad de los COMPARECIENTES ..." Expresamente la obligación de identificar se extendió a toda persona que se presenta ante un escribano para firmar una escritura y no sólo se circunscribe al otorgante del cual es una especie tal como se explicó precedentemente la distinción entre otorgante y compareciente. El escribano debe identificar al otorgante, al testigo, al firmante a ruego, al traductor, al testigo del acto, al requirente y todos los presentes que firman un acta notarial, etcétera.

"La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios". La ley emplea el verbo "DEBERA JUSTIFICARSE" con lo cual se mantiene la obligatoriedad de identificar pero no bajo la forma de DACION DE FE sino como obligación de justificar. Según el diccionario de la Real Academia Española JUSTIFICAR es probar algo con razones convincentes, testigos o documentos. El escribano debe entonces probar la identidad de los comparecientes. A tal fin la misma ley le provee los medios en los incisos a), b) y c) del artículo en cuestión.

¿El escribano debe hacer uso de los medios establecidos legalmente en el orden establecido o puede utilizarlos libremente?

El mismo texto legal da la respuesta: "por cualquiera de los siguientes medios". No obstante expresamente el Dictamen de la Academia Nacional del Notariado, manifestó que la elección de los medios de justificación de identidad es libre por parte del escribano y que no hay jerarquía entre los medios y pueden ser utilizados en forma simultánea o indistinta .

¿Es necesario mencionar el medio utilizado en el texto de la escritura?

El texto del artículo no lo dice expresamente pero se puede inferir de las expresiones utilizadas: "deberá justificar" (como se prueba si no es diciéndolo), "afirmación del conocimiento" (expresa que conoce), "declaración de dos testigos" (como declaran si no es consignándolo en la escritura), "deberá individualizar el documento" (como individualizo si no es indicando cual documento se me exhibe). Por lo tanto debe haber una expresión del escribano.

¿Qué pasa si omite indicar el medio por el cual se identifica?

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

La solución es la misma que para el caso de la omisión de la fe de conocimiento. El artículo 1004 no fue reformado y por lo tanto no lo indica como causal de nulidad y puede ser subsanado siendo el acto válido. En cuanto a la subsanación me remito a lo manifestado respecto de la subsanación de la fe de conocimiento.

V.- 4.- b).- A) ANALISIS INCISO A)

Pasando a analizar puntualmente cada inciso, respecto del a) "Por afirmación del conocimiento por parte del escribano", por este medio permanece vigente el primitivo y más antiguo medio de identificación notarial: el conocimiento del escribano. Pero el conocimiento se mantiene en los términos expresados precedentemente y elaborados por la doctrina antes de la reforma de la Ley y no ya bajo FE DE CONOCIMIENTO sino como medio de identificación afirmando el conocimiento del compareciente. Nos remitimos a todo lo expresado respecto de la fe de conocimiento o fe de identidad pero aclarando que el conocimiento no se expresa como fe sino como afirmación de conocimiento. No obstante cabe aclarar que al reconocer también como medio de identificación el documento nacional de identidad, este primer inciso a) (conocimiento) puede interpretarse de dos maneras: 1) que la idea de conocimiento ha vuelto a circunscribirse sólo para los casos de trato (sentido restringido) (porque de lo contrario acudimos al documento idóneo conjuntamente con otros para adquirir la certeza de la identidad) o 2) que el conocimiento se considera en un sentido amplio como juicio de identidad que el notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela" .

V.- 4.- b).- B) ANALISIS INCISO B)

Inciso b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación. Sin encontrar, tanto en la doctrina como en los fundamentos de la ley, una justificación para tamaño retroceso en el avance logrado con la derogación del viejo artículo 1002, lo que sacamos por la puerta volvió a entrar por la ventana. Nos encontramos nuevamente frente al conocimiento de los testigos por parte del escribano para justificar la identidad por

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

este medio. Ese conocimiento exigido al escribano torna ilusorio la utilización de este medio. Si a poco tiempo de la sanción del Código Civil, este artículo comenzó a caer en desuetudo por imposibilidad de aplicación, actualmente encontrar a dos personas que el escribano conozca y que a su vez conozcan al desconocido es una misión imposible. No se explica el porqué de su mantenimiento en pleno siglo XXI en un mundo globalizado, informatizado, y anónimo. Sabemos todo de todos pero no nos conocemos, no conocemos ni al vecino que vive en el departamento de al lado, y el legislador pretende nuevamente conseguir dos personas conocidas del escribano en el sentido de conocimiento porque bien lo aclara el artículo "que deberán ser de conocimiento del escribano" y a su vez el conocimiento del escribano no tiene otra interpretación que la del inciso a) conocimiento por ya tenerlo identificado. Creo que este inciso b) nació para ser letra muerta, así como el anterior artículo 1002, estuvo sentenciado a muerte desde su concepción, este inciso también tendrá el mismo destino. Tratando de salvar la vida del inciso y la posibilidad de utilización como medio de identificación, podemos interpretar que si al otorgante de un acto o negocio jurídico lo identifico con la exhibición del documento nacional de identidad (artículo 1002 inciso c) además de haber realizado un análisis de todos los elementos aportados para llegar a tal convencimiento, ¿por qué no podría efectuar lo mismo con el testigo del otorgante e incluso pedirle testigo al testigo? ¿Cuál es la causa del tratamiento desigual de los testigos (simples comparecientes) con el otorgante del acto, por qué es más flexible el tratamiento de la identificación del otorgante y no la del testigo? Así como la doctrina, la jurisprudencia que entendía sobre el funcionamiento de lo notarial (ya volveremos sobre este punto) y la realidad de lo que acontecía en las escribanías impusieron otro tratamiento al derogado artículo 1002, considero que en el caso del inciso b) ocurrirá lo mismo. Personalmente me he encontrado en la difícil situación de un requirente que perdió su documento (al cual se le otorgó un simple papel de constancia no idóneo para acreditar identidad aunque emane del Registro Civil) que necesita mis servicios profesionales para labrar un acta notarial y no puede encontrar dos testigos que sean de mi conocimiento. ¿Qué actitud tomo? ¿Le niego la prestación de mis servicios, ocurriendo lo mismo con los demás colegas, y lo dejamos sin protección a su derecho? ¿Qué pasa si de esa negativa resulta un perjuicio para el requirente?

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

Creo que la interpretación del inciso b) es identificar a los testigos de conocimiento por los mismos medios que al otorgante y con la misma prudencia y diligencia. Finalmente el artículo agrega que “y serán responsables de la identificación”. Consecuencia evidente es el desplazamiento de la responsabilidad por sustitución de persona, del escribano al testigo pero queda subsistente la responsabilidad por la identificación de los testigos por parte del escribano. ¿Deberíamos advertir al testigo que asume esa responsabilidad y además consignarla en la escritura? A la pregunta respondo afirmativamente en los dos casos, no solamente advierto que es responsable sino también consigno que así lo manifiesta (ver las propuestas de redacción).

Finalmente con relación al conocimiento de los testigos, si la letra de la ley no distingue ni aclara el sentido del término, podemos interpretar que el conocimiento de los testigos también se puede lograr por la exhibición del documento y el juicio de certeza sobre su identidad actuando con prudencia y cautela.

V.- 4.- b).- C) ANALISIS INCISO C)

Por último y para terminar el análisis de la reforma del artículo 1002 nos resta el inciso c) que es en definitiva el más arduo, cuestionado y aplicado mucho antes de la reforma. El inciso dice: “Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes”.

¿Qué se entiende por documento idóneo? El diccionario de la Real Academia Española lo define como: “adecuado y apropiado para algo”.

¿Cuál es el documento apropiado para acreditar la identidad? Un documento emanado de autoridad competente. La respuesta nos la brinda la ley 17.671 en su artículo 13 ya citado que establece como obligatorio para acreditar la identidad la exhibición del documento nacional de identidad. Además de la idoneidad legal también debe gozar de idoneidad material que juzgará el escribano. Es decir que el documento no se encuentre adulterado, ni borrado, que sea legible, que la fotografía puede identificar a la persona, es decir que sea un documento materialmente apropiado. El escribano puede solicitar documentos complementarios para un convencimiento racional de la idoneidad del documento para el caso que el legal no

MÓNICA NECCHI: “Responsabilidad notarial”

estuviere en condiciones. Sería conveniente que el escribano también agregue estos documentos complementarios en caso que necesite presentarlos como prueba de su diligencia.

Por último el inciso c) exige, (al decir DEBERA), individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes. La reproducción certificada puede serlo por el escribano ante quien se exhibe, quien podrá invocarlo habiendo sido ya agregado, como un documento habilitante, siempre que no haya pasado mucho tiempo y las características del documento y la personas estén distorsionadas, o se hayan agregado a un protocolo depositado en el archivo correspondiente. También puedo agregar fotocopia certificada por otro escribano o por otra autoridad con potestad certificante pero debe exhibirse el original al escribano que acredita la identidad, porque la ley exige la exhibición del documento idóneo y esto no se cumple si no es con el original del documento.

¿Qué dice la jurisprudencia civil? A modo de CONCLUSION examinados (que se encuentran referidos al final de este escrito bajo el título de JURISPRUDENCIA CIVIL entre los cuales aconsejamos especialmente la lectura del impecable fallo "ANAEROBICOS ARGENTINOS SRL c/ DETRY, AMARO N. – C. N. Civ., Sala F. 31/5/1984 integrada por Jorge E. Beltran, Gustavo A. Bossert, César D. Yañez), podemos decir que hay una uniformidad de criterio civil en considerar a la fe de conocimiento como juicio de identidad con amplitud de medios de acreditación considerando todos a la exhibición del documento de identidad como uno de ellos pero no en forma excluyente. La obligación del escribano es de resultado: el otorgamiento de una escritura válida en la cual los comparecientes hayan sido identificados correctamente POR UN ACTUAR DILIGENTE DEL ESCRIBANO, que en ese caso lo exime de responsabilidad. El ardid, el engaño que provoca la sustitución de persona que impide cumplir con la obligación de resultado no le es imputable como actuar ajeno, como caso fortuito o fuerza mayor de la cual no responde.

Debemos insistir en que la errónea identificación de los comparecientes por parte del escribano no constituye falsedad ideológica ni siquiera con dolo eventual, porque no es un actuar del notario que entre en el tipo penal de falsedad ideológica si sólo obra con imprudencia o negligencia. Solamente cabe hablar de falsedad

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

ideológica cuando con dolo directo asevera una identidad que no es tal sabiéndolo y con la posibilidad de causar perjuicio.

Conclusiones respecto de la obligación notarial de identificación del compareciente:

El concepto de fe de conocimiento concebido por la doctrina nacional como fe de identidad mucho antes de la reforma de la Ley 26.140 consagró una realidad: la identidad del compareciente podía acreditarse por los medios que el escribano creyera más convenientes especialmente la exhibición de documento nacional de identidad a partir de la sanción de la Ley 17671/68 que estableció su obligatoriedad.

La actual fe de identidad fue suprimida por la justificación de identidad de los comparecientes por cualquier medio que enumera el actual artículo 1002 del Código Civil sin establecer ningún tipo de jerarquía entre los mismos y libremente utilizados por el escribano.

La acreditación o justificación de identidad por parte del escribano sigue siendo un deber notarial sobre el cual se sustenta la legitimación del actuar de los comparecientes.

No constituye la justificación de la identidad de los comparecientes un supuesto de dación de fe pública por el escribano contemplada por el artículo 993 del Código Civil. La acreditación de la identidad del compareciente (antes fe de conocimiento) NO HACE PLENA FE por no tratarse en ningún caso de la existencia de un hecho sino en un JUICIO de certeza respecto de la identidad que emite el escribano.

La falsa identidad del compareciente acreditada en juicio no constituye la falsedad ideológica contemplada en el artículo 293 del Código Penal por la misma razón expresada anteriormente salvo el actuar doloso del escribano.

La reforma dejó subsistente como medio para identificar al compareciente el conocimiento del escribano que hoy más que nunca se circunscribe exclusivamente al conocimiento por trato aunque esta noción fue abandonada hace tiempo. Si no conocemos por trato, debemos acudir al documento idóneo y otros medios para adquirir la convicción respecto de la identidad ahora expresamente consignados normativamente.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

La reforma no contempló la situación de la identidad de los testigos de conocimientos manteniendo el viejo criterio de imposible aplicación antes y menos en la actualidad, de ser a la vez conocidos por el escribano en el sentido de conocimiento. La reforma DEBIO contemplar la posibilidad de identificar a los testigos por parte del escribano por cualquiera de los medios aplicables a los demás comparecientes. Así como la realidad y la doctrina morigeraron la situación de la fe de conocimiento antes de la reforma, en este caso de los testigos se debería proceder de la misma manera porque sino en definitiva tiene un tratamiento más gravoso que el otorgante del acto que se presenta como indocumentado.

El escribano para obtener un juicio de certeza de identidad puede acudir a todo tipo de medios de prueba, y es a él a quien compete valorarlos, puede solicitar la impresión digito pulgar al lado de la firma, efectuar cotejo de firmas, comprometer a las partes con la declaración que se conocen, evitando que el co-contratante que demanda resulta que nada vio ni percibió como anormal cuando es el que más trató con la supuesta parte.

La acreditación de identidad sólo con la exhibición del documento nacional de identidad puede tornar mecánica nuestra intervención en el juicio de identidad y provocar mayores causas de juicios por "falsedad ideológica " que antes de la reforma, por lo que el escribano debe ser cauteloso y obrar con prudencia conforme artículo 902⁵¹ del Código Civil.

El notario debe al requirente un opus, una escritura pública con todas las características de tales, y dentro de ese opus está el deber de identificar a los comparecientes. Ese deber lo convierte en una obligación de resultado frente al requirente.

En definitiva esperamos que la reforma del Código Civil que tanto fue promovida y ansiada no se convierta en un boomerang para aquellos que por tener ahora normativamente plasmada la acreditación de identidad con la exhibición del documento torne negligente o imprudente la actuación notarial.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

⁵¹.Art. 902: Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

V.- 5.- ESTUDIO DE TITULOS

Hemos deliberadamente omitido la palabra "deber" al referirnos al estudio de títulos porque NO EXISTE en todo el territorio de la República Argentina ninguna NORMA QUE LO IMPONGA COMO OBLIGATORIO.

La Ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 156 derogado por el Decreto – Ley 9.872/82 en su inciso II nos daba una definición del estudio de títulos: "análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega con exigencia de referenciar las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que corresponda mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y las circunstancias por las que obraron, hasta hallar un título traslativo desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo (veinteañal) que determinan los arts. 4015 y 4020 del C. C. "A su vez el mismo artículo en el apart. 1º y 2º establecía que "Todo notario de registro deberá efectuar el estudio de títulos y antecedente de los bienes sobre los cuales se pretende constituir, modificar o transmitir derechos reales, por si o por intermedio del profesional debidamente habilitado que designe. El notario quedará relevado del cumplimiento de la exigencia precedentemente establecida cuando media expresa petición de la parte o partes interesadas en el acto notarial para que no se efectúen tales estudios, formulada por escrito. Tal petición deberá ser archivada por el notario por el lapso que fije la reglamentación."

La Provincia de Buenos Aires impuso el estudio de títulos como obligación pero dispensable y por lo tanto no es de orden público sino no se podría relevar. Hoy no hay tal obligación, sin embargo el escribano por tradición y por la convicción que debe efectuarlo para un buen cumplimiento de su actuación notarial y así obtener un título perfecto, por la muy mentada "ES DE BUENA PRACTICA NOTARIAL" realiza este estudio de título que por otra parte las entidades crediticias solicitan y por escrito como condición para el otorgamiento del mutuo con garantía hipotecaria.

La Ley 17.711 del año 1968 modificatoria del Código Civil reemplazó el texto del artículo **1051** por el siguiente: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable."

A partir de la reforma mencionada la buena fe del adquirente a título oneroso quedó ligada al estudio de títulos por la jurisprudencia y por la doctrina.

El estudio de título puede detectar nulidades en los antecedentes que surjan de los mismos títulos pero no puede advertir vicios, defectos, o nulidades ocultos o por lo menos que no pueden ser advertidos sin una investigación extraprotocolar que de ninguna manera podemos aceptar como estudio de títulos sino tendríamos que cambiar el nombre de estudio de título por investigación detectivesca, por ejemplo si hubo vicios de la voluntad (error, dolo, violencia), falsificaciones de firmas, sustitución de personas, si el otorgante era incapaz o interdicto y tantas otras irregularidades que de un estudio de título no pueden surgir y que sin embargo pueden dar lugar a la evicción respecto del adquirente. Tal el caso de la venta del "non domino". La doctrina se pregunta si realmente se trata de un acto nulo o de un acto inexistente. Si nos enrolamos en la teoría de la inexistencia entonces el tercero adquirente ni teniendo buena fe ni un "perfecto estudio de títulos" puede evitar la evicción porque el acto NUNCA EXISTIO, por lo tanto NO TRATANDOSE DE UN ACTO NULO O ANULABLE no está protegido por el último párrafo del art. 1051 del C. C. El propietario nunca vendió porque nunca firmó ni tuvo la intención de vender.

Por lo tanto creemos que el "estudio de títulos" es una obligación de naturaleza contractual de medio. El notario pondrá todo el cuidado, la diligencia y la prudencia para que los títulos estén en legal forma pero no puede garantizar el resultado: el adquirente puede ser vencido en su derecho y verse despojado de la cosa que adquirió con buena fe creencia. Entendemos por buena fe creencia la convicción del adquirente de actuar conforme derecho, y que la apariencia lo llevó a esa seguridad de comportamiento ajustado a las normas, o error excusable. En cambio no es excusable si es consecuencia de una negligencia culpable (art. 929 del C. C.)⁵² Se ha sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente que el adquirente que no realiza un adecuado estudio de títulos no puede alegar su buena fe. Consecuentemente el estudio de títulos deviene una exigencia para el adquirente y un deber para el notario.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

⁵² Art, 929. El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable.

Entonces si el estudio de título no va a cubrir al adquirente de una posible evicción, debemos limitar este instituto a su realidad funcional.

Nosotros sostenemos, haciendo un análisis desde el punto de vista estrictamente normativo (y no del deber ser), que

1) **no es una obligación legal** porque no hay ley que la imponga. Por lo tanto es una obligación contractual o convencional que puede pactarse con un tercero que no es el notario para efectuar el estudio de título (escribano llamado referencista) o con el notario mismo. Siendo una obligación convencional es **DISPENSABLE**. Pero, y aquí comienza el contrasentido, si consideramos que el notario dentro de su deber legal de asesoramiento debe advertir al adquirente sobre la importancia del estudio de título y al negarse lo estamos llevando a no poder invocar el art. 1051 del C. C. frente a una evicción porque la buena fe exigida por el art. 1051 es la buena creencia (basada en un estudio de títulos) y no la mera buena fe registral (me baso en lo que el registro informó). El adquirente no puede invocar buena fe porque no quiso efectuar el estudio de títulos. La buena fe registral no tiene cabida en nuestro sistema jurídico porque los registros de la propiedad inmueble no son convalidantes de nulidades, su función es inscribir documentos no realidades extra registrales y son meramente declarativos y no constitutivo de derechos; la registración no subsana defectos (art. 4 de la Ley 17801 que organiza los registros de la propiedad inmueble en todo el territorio de la Nación). Por lo tanto la buena fe creencia que es la convicción del adquirente de estar actuando conforme derecho caería cuando el adquirente decidió no efectuar el estudio de títulos.

2) El estudio de títulos **debe limitarse a la verificación de la matricidad del título inmediato antecedente** (verificar si la escritura existe y fue otorgada en el registro de protocolos correspondiente). Todo lo demás surge del mismo testimonio que expide el notario coincidente con la matriz. De la simple lectura del testimonio surgen eventuales defectos. ¿Por qué lo limitamos sólo a ese título que puede ser de meses anteriores y “desamparar” al adquirente y no poder invocar ni la prescripción adquisitiva de 10 años (buena fe y justo título) o la de 20 años (posesión pública, pacífica e ininterrumpida) que se opondría a cualquier pretensión reivindicatoria.? Porque la respuesta a esa pregunta retórica está en la base misma de la existencia del notariado: las escrituras públicas dan fe del contenido salvo

MÓNICA NECCHI: “Responsabilidad notarial”

querella de falsedad. Si el título anterior inmediato y los mediatos fueron confeccionados por notarios que "consideramos diligentes", los títulos no merecen ser revisados por otro "par" colocándonos en el lugar del controlador de los actos del precedente. Todo lo que nos lleva a contradicciones y cuestiones sin sentido. Pero lo más grave a nuestro juicio, es que los notarios son inspeccionados como en el caso de la Provincia de Buenos Aires por el Juzgado Notarial y por el Colegio de Escribanos en forma obligatoria por así establecerlo la Ley 9020 en su art. 59: "la inspección de los registros notariales se llevará a cabo por lo menos dos (2) veces al año en forma ordinaria. Las visitas de carácter extraordinario en averiguación de denuncia o hechos irregulares... cuantas veces sea necesario". En el artículo siguiente número 60 enumera todo lo que una inspección debe verificar que coincide con lo que el notario debe "inspeccionar" en un estudio de títulos. Entonces supone que "todos los títulos antecedentes han sido inspeccionados". Lo que nos lleva a concluir que si sólo debo verificar como sostuvimos la matricidad de un título si tiene un año de antigüedad por prudencia y para evitar que no se hubiere inspeccionado al notario efectuarlo en la forma como refiere la doctrina y jurisprudencia. Más allá de ese año, si el Colegio o el Juzgado Notarial no efectuaron la inspección correspondiente es un tema que excede al notario y a este trabajo. ¿O acaso la doctrina y la jurisprudencia han convertido de hecho al notario en un "inspector" olvidando que ese rol lo debe cumplir el órgano competente?

3) **No corresponde hacer constar la dispensa del estudio de título en la escritura pública.** Esto equivaldría a hacer confesar al adquirente su mala fe. El requirente se presenta ante el notario para realizar un acto determinado, deposita toda su confianza en el profesional que ha elegido. El requirente en el 99% de los casos es una persona que no sabe ni entiende de estudio de títulos ni buena fe creencia. Creemos que el deber de asesoramiento no incluye la obligación de advertir sobre la conveniencia de efectuar el estudio de título. O lo hace el notario "porque es de buena práctica notarial" o simplemente otorga la escritura con la correspondiente verificación de la matriz referida al punto 2).

4) **La buena fe exigida por el art. 1051 del C. C. no debe estar relacionada al estudio de títulos como cuestión determinante de su existencia.** En todo caso debería probar el subadquirente que el estudio de títulos

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

hubiera sido irrelevante. Creemos humildemente que una postura correcta es la manifestada en la XXVI Jornada Notarial Argentina celebrada en Córdoba en el año 2002, al tratar el tema I referido a *Nulidades instrumentales*, que planteó la cuestión del estudio de títulos. En dicha Jornada hubo un criterio casi unánime de representantes de todo el país, que se reflejó en el punto 10 de su despacho, en el que se dijo: "... que el estudio de títulos no es un elemento determinante de la buena fe que exige el art. 1051 del Código Civil, pues el actuar diligente es cumplido por el notario con la calificación y control de legalidad del último título que legitima al transmitente el que, a su vez, se funda en sus antecedentes". A pesar que la doctrina mayoritaria civilista (pero no así la doctrina notarial) y la jurisprudencia siguen exigiendo el estudio de títulos para justificar la buena fe del adquirente del art. 1051 del C. C., en la realidad de nuestras escribanías la práctica notarial es la que referimos.

VI.- RESPONSABILIDAD DEL TITULAR POR LOS ACTOS DEL ADSCRIPTO

La figura del "adscripto" a un registro notarial y no a un escribano es propia del notariado argentino o por lo menos la legislación argentina le dio origen. La palabra adscripto viene del latín adscriptum que quiere decir agregar a una persona al servicio de algo o alguien. Es la figura del COLABORADOR. Es un colaborador del registro notarial. La adscripción nació en respuesta al numerus clausus de los registros notariales, dando la posibilidad a un profesional del derecho a ejercer como notario.

El adscripto según lo establece la Ley 9020 en su art. 20 tendrá igual competencia que el titular y actuará en la oficina de éste y en sus mismos protocolos. Lo reemplazará en caso de ausencia o impedimento transitorio y si vacare el Registro, asumirá su interinato... "

El art. 21 de la Ley 9020 establece que "el titular responderá solidariamente de la actuación del adscripto". Aquí nos encontramos repentinamente rompiendo el esquema del notario que responde por sus actos contractualmente. En el caso del adscripto, el notario responde tanto contractual como extracontractualmente de un

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

modo reflejo, indirecto o por el hecho de un tercero. Se trata de una responsabilidad objetiva basada en la noción de garantía, apartándose de la noción de culpa. La doctrina tradicional justifica esta responsabilidad en la culpa in eligendo e in vigilando en que incurre el notario que designa un adscripto, porque es una decisión propia del notario titular que así como lo designa, lo puede hacer cesar en cualquier momento, a su simple solicitud sin invocar causa. Otros justifican esta responsabilidad por el hecho del otro en la relación de dependiente que tiene el adscripto en un sentido amplio. Pero justamente por los deberes y derechos que la misma ley acuerda al adscripto no se trata de un dependiente del notario. Otros basan la responsabilidad en el riesgo creado por el titular al designar un adscripto por la posibilidad de ocasionar un daño a otro con su actuar.

La jurisprudencia ha tratado de morigerar la responsabilidad objetiva en este caso extendiendo la responsable del adscripto al titular sólo en los actos "susceptibles de su apreciación y cuidado", tomando así conceptualmente lo establecido en la Ley del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hoy Ley 404 sancionada el 15/6/2000 que repite el artículo 23 de la Ley derogada 12.990: Art. 48.- Los adscriptos, mientras conserven tal carácter, actuarán en el respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular y simultánea e indistintamente con él, en las oficinas de éste, bajo su dirección y responsabilidad, reemplazándolo en los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio. El titular es responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de sus adscriptos, **en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado**.

El notario titular deberá responder por los actos del adscripto económicamente (nunca penalmente por ser responsabilidad personalísima del adscripto) cuando pudo haber controlado su actuación. Esta posición de la jurisprudencia si bien atenúa la responsabilidad, da origen a una casuística (analizar cada caso en particular) y que habría que definir a priori.

Ejerciendo la profesión y teniendo un adscripto que no es ni socio ni empleado sino un colaborador como lo explica el origen de la palabra y la función de esta figura en la Ley, no podemos concebir que deba responder por el daño causado por el adscripto en el caso por ejemplo de una sustitución de persona, por un mal

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

asesoramiento, por falsedad ideológica, por violación del secreto profesional. Podemos controlar todo lo que está plasmado en la escritura pública, pero no el contenido, ni la identidad de los otorgantes ni la decisión sobre lo que es más conveniente para el requirente porque entra en la esfera de la actuación común de un profesional con la mismas características de independencia de criterio y de actuación que el titular. Lo contrario sería convertir al titular en vigilante al lado del adscripto y debería firmar como "co-notario", como "el curador lo hace respecto del inhabilitado". Si lo que busca la ley estableciendo esta solidaridad legal es ampliar la garantía, es decir que el damnificado puede asegurarse su reparación económica, hay muchas soluciones alternativas que no van en detrimento del patrimonio del titular constituyendo un abuso de derecho. No siempre el titular tiene una situación económica más ventajosa que el adscripto. Entonces nos preguntamos ¿a quién extendemos la responsabilidad cuando el notario actúa sin adscripto? Para ello el Colegio de Escribanos contrata un seguro de mala praxis personal y voluntario para los casos de culpa excluyendo por supuesto el dolo. ¿No bastaría con este seguro para el caso del adscripto? ¿Por qué exigir esta responsabilidad al titular por un hecho ajeno (adscripto) y no establecer la solidaridad de los Colegios profesionales con el titular con el mismo fundamento?

Conociendo la realidad del funcionamiento del adscripto en la notaría no podemos comprender el fundamento de esta responsabilidad objetiva.

CONCLUSIONES

El notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. No debe ser considerado funcionario público.

Responde en forma contractual con relación a las partes y extracontractualmente frente a daños sufridos por terceros como consecuencia de su actuación profesional.

Su responsabilidad es contractual y de resultado. El opus consiste en un título "perfecto", suficiente por si mismo, y oponible frente a terceros.

Para que el notario responda civilmente deben darse los requisitos de toda responsabilidad o sea: antijuridicidad, relación causal, factor de atribución y daño.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

Normalmente encontraremos el actuar culpable y no doloso del notario. La tipificación de esa culpa en el caso de un profesional podemos definirla como "impericia", es decir, el desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes propios de la profesión que ejerce y para el cual resulta ser idóneo. En el caso del notario la misma es obrar con la previsión y diligencia necesarias con ajuste a todas las normas que reglamentan su ejercicio.

El notario también responde por sus actos antijurídicos independientemente del daño que hayan producido. Su fundamento lo hallamos en la naturaleza de la actividad desarrollada por el notario. Nos referimos a la responsabilidad administrativa y disciplinaria que no son excluyentes entre sí, ni incompatibles con una responsabilidad penal y civil.

La fe de conocimiento ha sido derogada y sustituida por un deber de identificar a los comparecientes por los medios que determina la ley siendo siempre un juicio que emite el escribano. La errónea identificación del compareciente por tratarse de una conclusión del notario no constituye falsedad ideológica.

La supresión de la fe de conocimiento y su reemplazo por la identificación del compareciente no puede dar lugar a una actividad mecánica de simple cotejo. En su actuación, el notario debe extremar el deber de diligencia y prudencia por las consecuencias que implica su actuación frente a los intereses sociales, por consignar identidades erróneas.

Excepcionalmente el notario debe asumir una responsabilidad refleja o por el hecho ajeno en el caso del adscripto. No encontramos fundamento a la misma por lo que bregamos por su supresión porque no hay interés social implicado en esta responsabilidad mayormente que en las otras actividades. Esta búsqueda de mayor solvencia frente al damnificado se puede perfectamente garantizar con la contratación de un seguro de mala praxis. Con mayor razón el titular no puede responder por los actos del adscripto cuando no son susceptibles de su apreciación y cuidado. Nos referimos a todos aquellos que constituyen emisión de juicio, expresión de lo que pasa por los sentidos del adscripto.

La responsabilidad notarial es amplísima y constituye una pesada carga para el notario que debe, en cada acto que realiza, actuar con excesiva prudencia y diligencia y no con una mera una prudencia y cautela. En el otro extremo de la

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

actuación notarial, cuando la misma se judicializa por un supuesto "mal desempeño" del notario, también la misma excesiva prudencia debería exigirse a los Jueces que muchas veces condenaron a notarios por delitos que no constituían tales o que dieron lugar a demandas en los que el notario no debió ser parte, infligiéndole un daño moral irreparable. Ese daño moral daría lugar a un reclamo judicial por parte del notario.

¿Qué imagen queda del notario que es demandado civilmente por mala praxis y ni qué hablar cuando es "meramente procesado" penalmente?

No hay compensación económica que le devuelva el buen nombre, la confiabilidad y la tranquilidad.

En definitiva el notario es un profesional como otros pero por la naturaleza de la prestación que brinda ha sido detalladamente reglamentada y controlada por la seguridad jurídica que brinda la dación de fe de la que es depositario.

Queremos insistir sobre la naturaleza de este trabajo que no es más que una REFLEXIÓN sobre nuestra profesión y las consecuencias de nuestros actos no ajustados a derecho, poniendo énfasis en el bien jurídico protegido en toda nuestra actividad notarial que es la SEGURIDAD JURIDICA que garantiza el notariado y que ampara a toda la comunidad por igual, a través de la DACION DE FE de la que somos depositarios.

JURISPRUDENCIA PENAL

1) S., E., - C.N.CRIM.,. SALA 5, 10/9/2001. Se condena al escribano por falsificación de documento público por dar fe de conocimiento en lugar de acreditar la identidad por el artículo 1002 del C.C. con lo cual otorgó plena fe a la falsa identidad de la vendedora.

2) C.NAC. CRIM. Y CORR. FED. SALA 1º - 14/12/81 (J.A. - 982 - III - 561) La certificación de firma hecha por un escribano es un instrumento público y en consecuencia al dar fe de la identidad del firmante de un documento sin conocerlo ni requerir los mínimos recaudos para identificarlo comete delito de falsedad ideológica

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

en instrumento público. Cito este fallo que si bien es de larga data refiere a la certificación de firma que no es fácil encontrar.

3) G., M. – C.N.CRIM., SALA 4º . Causa 18278 – 11/6/2002. Procesa al escribano por falsedad ideológica CON DOLO EVENTUAL (art. 293 del C.P.) porque sin conocer a las partes con un triplicado de DNI. con foto borrosa y pegada certificó la firma cuando se representó la posibilidad de la sustitución de persona y no tomó medidas para adquirir la certidumbre.

4) TRINCHITELLA, M. – C.N.CRIM., SALA 1º - Causa 27.60 – 17/11/2005. El Código Civil prevé la fe de conocimiento (1001 C.C.), la conducta del escribano no puede limitarse a verificar si la persona que concurre a su escribanía tiene un documento a su nombre sino además deben extremarse ciertos recaudos. Se procesó al escribano por el delito de falsedad ideológica.

5) SANZ, ALEJANDRO M. y otros, C.N.CRIM., 8/3/2008. Se condenó al escribano por falsedad ideológica por una incorrecta identificación del compareciente por la sola exhibición del DNI. Consideró que en esta situación se hace inexcusable que el profesional lleve adelante su cometido con mayor prudencia e idoneidad, debió extremar los recaudos. Ni siquiera menciona el fallo si actuó con dolo incluso eventual. 6) BRAVO, MONICA E. y otros. C.N.CRIM. Y CORR. SALA 1º - 23/12/2008. No basta el actuar negligente de los escribanos, se requiere acreditar su aporte doloso en la confección de escrituras ideológicamente falsas (art. 293 C.P.) PERO SE CONFIGURA TAMBIEN CON DOLO EVENTUAL es decir la representación que pudo tener de la posibilidad cierta de insertar datos falsos. Expresamente manifestó el tribunal que la reforma de la ley 26140 no cambia en nada lo dicho porque vino a plasmar obligaciones del escribano es decir desplegar una actividad más cuidadosa que la mera exhibición del documento.

7) "Al dar fe de la identidad del firmante de un documento, sin conocerlo ni requerir los mínimos recaudos para identificarlo, resultando luego la falsedad de la firma certificada, el escribano interviniente comete el delito de falsedad ideológica en instrumento público. (C.Nac. Crim. y Corr. Federal, Sala 1ª, 14/12/81 - "de la Cruz Ibáñez, Edgardo M.") JA 1982 - III - 561.

8) Incurrir en el delito de falsedad ideológica, previsto y penado por el art. 293 CP., el escribano público que en condición de tal certifica la firma de una persona - que

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

había fallecido algunos meses antes del acto notarial - , en los formularios de transferencia de la titularidad de un automotor; resultando de ello el perjuicio que exige el art. 293 cit., ya que se ha burlado el derecho del adquirente del rodado, quien ve frustrada la legal transferencia de la propiedad. (C Nac. Crim. y Corr., Sala 2ª, 30/4/84 -"Rodríguez, Norma L.") JA 1985 - II - 497.

9) La certificación de firma que resulta falaz por ser apócrifa la misma, deteriora la fe pública, que puede provocar perjuicio, por lo que esa forma de actuar configura el delito de falsedad de instrumento público agravado. (Sup. Trib. Entre Ríos, Sala Penal y del Trabajo, 16/6/86 - "Gouman, Gloria B.") JA 1987 - II - 10.

JURISPRUDENCIA CIVIL

Los fallos que a continuación se citan TODOS REFERIDOS A SUSTITUCION DE PERSONAS o ERROR EN LA IDENTIFICACION POR PARTE DEL ESCRIBANO, son de reciente data a excepción de uno que si bien es de 1984 por la profundidad y justeza de sus conceptos civiles y sobre todo notariales, es referente de autores y numerosos fallos que han sabido recepcionar más que su decisorio, su enseñanza.

1) ANAEROBICOS ARGENTINOS SRL c/ DETRY, AMARO N. – CNCiv., Sala F. 31/5/1984. (Jorge E. Beltran – Gustavo A. Bossert – César D. Yañez). 2º INSTANCIA. - Buenos Aires, mayo 31 de 1984. - La sentencia apelada

¿es ajustada a derecho?

El doctor Beltrán dijo:

1º Trataré, en primer lugar, el agravio de la actora, debido a que los agravios de los terceros tratan de un aspecto accesorio de la decisión cual es la imposición de costas.

2º Se ofende aquélla debido a que el a quo no hace lugar a la pretensión de daños y perjuicios reclamada. Alega que el escribano Amaro N. Detry es responsable de la sustitución de persona en la escritura por haberse limitado a cotejar el documento de identidad exhibido por la firmante, a quien no conocía con anterioridad. Antes de abocarme a la consideración de este tema considero necesario dejar sentado ciertos principios que resultan rectores en la materia. Siguiendo a Jorge Bollini en su artículo "Fe de conocimiento" (Revista del Notariado, 772 - 1980, págs. 907/913)

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

cabe recordar, en primer lugar, que el antecedente inmediato para nosotros de la fe de conocimiento, se encuentra en la legislación española captada en el Fuero Real, reiterada dicha doctrina en la ley de Partidas y más adelante en la Novísima Recopilación. La Pragmática dada por los Reyes Católicos en Alcalá de Henares, que es la ley segunda, título veintitrés, libro diez de la Novísima Recopilación dispuso "que si por ventura el escribano no conociere a alguna de las partes que quisieran otorgar el contrato o escritura, que no lo haga, ni reciba, salvo si las dichas partes, que así no conociese, presentasen dos testigos que digan que las conocen y que haga mención de ello al fin de la escritura, nombrando los dos testigos y asentando sus nombres y de dónde son

vecinos y si el escribano conociese al otorgante dé fe de ello en la suscripción". El Fuero Real, en su ley VII, libro I, título X, dice: "ningún escribano público no faga cartas entre ningunos homes, a menos de los conoscer e saber sus nomes, si fueren de la tierra; e si no fueren de la tierra, los testigos sean de la tierra e homes conocidos". Las Partidas, a su vez - ley 54, t. 18, partida 3ª -, dice: "En toda carta que sean fecha por mano de escribano público... tomen por testigos tres homes buenos, que escrivan y sus nomes... e deve ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los homes a quien fase las cartas; quienes son e de que lugar que non pueda y ser fecho ningún engaño." Ahora bien, es fácil seguir que con estas disposiciones se dijera que el escribano daba fe de conocimiento. Empero el fin - según Eduardo Bautista Pondé (voz: "Fe de conocimiento y fe de individualización", Revista del Notariado, nº 790, págs. 1082/1087) - siempre fue utilizar el hecho de conocer para tener la certeza de que una persona, por conocida, era esa misma y no otra, en consecuencia, resulta que el conocimiento es un medio para individualizar. El crecimiento de las ciudades tornó progresivamente más difícil que todos se conocieran. En España, el mantenimiento de esa norma medieval en los textos legales causaba importantes conflictos, de ahí, que se modificara la ley conservando lo de conocer a las partes pero con la alternativa de optar por asegurarse de su identidad por medios supletorios. Nuestro Código Civil que toma en sus arts. 1001 y 1002 las disposiciones a que hace referencia la Novísima Recopilación, establece en su art. 1001 las condiciones que deben contener las escrituras públicas, y entre ellas que el escribano dará fe del conocimiento de las partes. Para el supuesto de que el

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

escribano no pueda dar fe de dicho conocimiento, el art. 1002 le da la solución; podrá valerse de dos testigos de conocimiento que le aseguren la identidad de los contratantes. Entre los medios de identificación, en nuestro sistema, el principio general es el conocimiento de ciencia propia por el notario y, la identificación mediante documentos y testigos de conocimiento, adquieren carácter supletorio. Por otra parte, Bollini (ob. cit.) sostiene que la identidad de los otorgantes en la técnica notarial es fe de conocimiento. Esta identificación pertenece a los actos de ciencia propia, pues se trata de un juicio que emite el notario basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela, como así lo declara el II Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Madrid en el año 1950. No obstante esta afirmación, concluye el referido trabajo quitándole relevancia a la identificación por documentos de identidad, considerando obligatoria hacerla por vía de testigos de conocimiento. Comparte esta postura, Hugo Pérez Montero en su artículo "La legitimación en la función notarial" (Revista del Notariado, n° 749 - 1976, pág. 1223). Hay otros autores que sostienen una posición contraria, así Eduardo Bautista Pondé (ob. cit.) afirma que lo que se pretende con la labor del notario no es que tenga trato o comunicación y hasta que llegase a ser su amigo, sino adquirir la convicción de quién es esa persona, pues el conocer no garantiza esa aspiración, siendo el identificar el más efectivo. Además critica el hecho de que en sede notarial se cuestiona el documento de identidad. Sin seguir alguna de estas posturas extremas, adhiero a la posición de Carlos Pelosi expresada en su artículo "Algunas precisiones en temas notariales" (Revista del Notariado, n° 756, 1977, págs. 1765/1769) en el que afirma que para nuestro ordenamiento notarial no hay medios tasados en la ley a efectos de adquirir la seguridad que el compareciente u otorgante es la persona a que se refiere el acto instrumentado. La fe de conocimiento puede darse incluso respecto de personas que no son de la amistad del escribano o no han tenido mucho trato con él, pero que, en virtud de circunstancias precisas y coherentes, relacionadas entre sí concurren razonablemente a cerciorarse sobre su identidad, pero sin olvidar que el análisis debe efectuarse con la debida prudencia, todo ello a la luz de las reglas que determinan una conducta diligente. La convicción sobre la identidad se adquiere, pues, mediante la concurrencia de una serie o conjunto de

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

hechos que razonablemente operan en el escribano para llevarlo al convencimiento o certeza de que el sujeto instrumental es la persona que se individualiza. Una vez determinado el significado de la fe de conocimiento debo referirme a la responsabilidad de los escribanos de registro. Estos tienen, ante todo, una responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados a los terceros por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 13, ley 12990). Tienen, además, responsabilidad administrativa, si no cumplen con la obligación que las leyes fiscales les encomiendan (art. 29). Responsabilidad penal, si asentaran una falsedad, violaran un secreto profesional contribuyendo al engaño del cliente (art. 31) y, finalmente, responsabilidad profesional si no guardan las reglas de la ética notarial, en cuanto esas transgresiones afectan la institución del notariado, los servicios que les son propios o el decoro del cuerpo (art. 32) (conf. Borda, Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II, pág. 220; Castro, Di Capua y otros, voz: "Responsabilidad civil y penal del escribano", Revista del Notariado, n° 778 - 1981, pág. 1197/1201). La relación de las partes que celebran una escritura de venta con respecto al oficial público que la pasó es de índole contractual, considerándola generalmente como encuadrada en la locación de obra (Trigo Represas, Responsabilidad Civil de los Profesionales, pág. 130; CNCiv., Sala C, E.D., 71 - 399) y no se considera legislada esta situación por el art. 1112 del Cód. Civil, sino por las normas que imponen responsabilidad por el incumplimiento Contractual (arts. 519 y 520, Cód. cit.). La responsabilidad civil del escribano - repito - nace cuando incumple las obligaciones y reglas de la profesión, pero si no existe dolo, culpa o negligencia no puede imputársele un mal desempeño en sus funciones no siendo, en consecuencia, responsable civilmente. En el sub. lite el recurrente admite que fue idóneo el ardid usado, de lo contrario el engaño hubiera sido advertido por alguno de los participantes y, luego sostiene que el a quo debió aplicar las normas civiles respecto a la culpa o negligencia.

¿Qué se debe entender por culpa? En el sentido lato la culpa puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico comprendiendo tanto la violación dolosa como la culpa propiamente dicha. Sin embargo, existe un concepto más estricto de culpa en sentido de negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución, cometidos sin intención. No se cumple por no haber tenido el cuidado de adoptar las

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

medidas necesarias para ejecutar la prestación. La mayor parte de los autores nacionales coinciden en que en nuestro código se ha apartado de todo sistema de tipificación abstracta de la culpa (conf. Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, t. I, págs. 260/281). El art. ,12 del Cód. Civil define la culpa como "la omisión de las diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de persona, tiempo y lugar". En la especie, el escribano tuvo en cuenta un conjunto de hechos; así lo afirma al contestar la demanda de fs. 193/203, diciendo textualmente que "...Los antecedentes obrantes en el registro a mi cargo, certificaciones de firmas previas, protocolización del boleto de venta, entrega por parte del martillero actuante de los elementos necesarios para la confección de la escritura, la presentación efectuada de la vendedora por parte de Ana C. Palluca de Martínez - cedente del boleto - y del martillero Gómez - hombre de reconocida experiencia en el negocio mobiliario - y la presentación de un documento de identidad sin alteraciones visibles, provocaron en mi conciencia la certidumbre de que me encontraba frente a la verdadera propietaria del inmueble que se vendía" y, lo confirma en la contestación a la posición primera de que da cuenta el acta de fs. 325. No le asiste razón al recurrente cuando procura minimizar la relevancia de los antecedentes obrantes en el registro del escribano ya que, como bien lo sostiene el apelado, es cierto que las certificaciones de firmas y la protocolización realizadas por el escribano Corts Rovira no significaron dar fe de conocimiento de las partes, pero, también lo es que este escribano no hubiera actuado de esa forma si hubiera tenido dudas sobre la identidad de la persona que firma el boleto, como así también no habría certificado la firma de ésta. Adviértase que en los certificados de dominio obrantes a fs. 398/399 surge como documento de identidad del propietario la L. C. 879839 y no la que realmente corresponda a Perolo de Seitun, que era N° 3411469, y que esta numeración coincide con la que figura en el boleto y con la del documento exhibido por la vendedora en el acto de la escrituración y que fue consignado en la escritura de marras. Además, la vendedora entregó en el acto a la compradora las llaves del inmueble cuyo dominio se transmitía, poniéndola en posesión del mismo sin oposición de terceros. Ambas circunstancias ayudaron también a formar la convicción al escribano Amaro N. Detry sobre la identidad de Perolo de Seitun. Las argumentaciones del recurrente por las

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

que se imputa al demandado la negligencia de no utilizar como testigos al martillero y a Ana C. Palluca de Martínez, siendo que reconocen que estaban dispuestos a atestiguar sobre la identidad de la vendedora, no perjudican al demandado. Por el contrario, demuestra que Amaro N. Detry no pudo racionalmente dudar de la identidad de la vendedora pues, a todos los antecedentes mencionados se sumó en su momento la presentación de aquélla por el martillero Gómez y Ana C. Palluca de Martínez, que eran clientes de la escribanía y conocidos del escribano. Consecuentemente aquí no hubo negligencia sino las consecuencias de un ardid, bien urdido y ejecutado, porque se indujo al notario a tener por cierto lo que no era; se le mintió induciéndolo a error. Existió, en el caso en análisis, una deliberada preparación del terreno para lograr el propósito delictivo. El escribano Amaro N. Detry llega a la convicción respecto a la identidad de la vendedora por la concurrencia de un conjunto de hechos, de circunstancias coherentes y relacionadas entre sí, las cuales en conjunto - como lo expresa el apelado - formaron los "medios supletorios" para dar fe de conocimiento.

3° Los honorarios percibidos por el escribano deberán ser devueltos al actor, debidamente actualizados, teniendo en cuenta que sobre el punto medió allanamiento.

4° Se agravia el martillero Gómez Caneda porque en la sentencia apelada se establece que los gastos causídicos serán soportados en el orden causado. Alega que esto es aplicable solamente a la litis trabada con el demandado, pero que no puede extenderse a su parte, pues no se le imputó responsabilidad alguna. La imposición de costas también fue motivo de agravio de Ana C. Palluca de Martínez. Sostiene que no es justo que haya tenido que litigar durante varios años y, que ahora que se demuestra su falta de responsabilidad tenga que abonar costas sin fundamento alguno en la sentencia.

Les asiste razón. El a quo establece que los terceristas "quedan sujetos a este pronunciamiento en los términos del art. 99 del rito, no alcanzándoles responsabilidad alguna por los hechos que fueran materia de debate". Por otra parte, la "cuestión novedosa de derecho, fundamento de la imposición de costas en

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

el orden causado, se refiere a la eventual responsabilidad del escribano Amaro N. Detry, pero no afecta a los terceristas". Ahora bien, esta sala ha reiterado - como cita la actora - que el tercero no asume posición de demandado frente al demandante; no puede entonces, imponerse a la actora el pago de las costas de los terceros ya que no fue ella quien los citó en este juicio, ni pretendió litigar en su contra. Es más, las costas devengadas por la participación del tercero en el juicio, demostrada la improcedencia de la citación, deben estar a cargo de quien promovió la intervención estéril que evidencia un exceso de la defensa en detrimento del derecho ajeno (conf. CNCiv., Sala D, marzo 19 - 1982, E.D., 98 - 691)

Por ello estimo que el escribano Amaro N. Detry debe cargar con las costas que corresponden a Gómez Caneda y a Ana C. Palluca de Martínez, pues, no obstante haber pedido la citación de aquéllas nada probó en su contra, por lo tanto, no pudo creerse con derecho a citarlos.

5° Las costas de alzada entiendo que deben ser soportadas en la misma forma que las de primera instancia ya que median las mismas consideraciones.

Por lo expuesto voto para que en definitiva, se confirme la sentencia recurrida en lo principal que decide, ordenándose la devolución de los honorarios, actualizados, según lo dicho en el consid. 4° y se modifique en cuanto a las costas por la intervención de los terceros que se impondrán al demandado. Las costas de alzada serán soportadas en la misma forma que las de primera instancia.

El doctor Bossert dijo:

1° Respecto a la responsabilidad que el actor atribuye al demandado por los daños y perjuicios que le acarrea el haberse declarado la inexistencia de la compraventa y la nulidad de la escritura en la que aquélla se instrumentó y en la cual el escribano Amaro N. Detry dio fe de conocimiento de la supuesta propietaria vendedora cuando en realidad se trataba de un caso de sustitución de persona, he de agregar algunas consideraciones a los sustanciosos argumentos con que el doctor Beltrán funda su voto. Empezaré analizando cuál es, a mi parecer, el objeto concreto de conocimiento del que debe dar fe el escribano, a tenor de los arts. 1001 y 1002 del Cód. Civil;

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

luego aludiré al medio por el cual puede acceder a ese conocimiento, para lo cual revisaré la amplitud de la letra legal y las circunstancias históricas vinculadas a la institución jurídica en análisis, tanto de la época de la sanción del código y sus precedentes históricos como las actuales; finalmente, las conclusiones que así obtenga, las cotejaré con el proceder del demandado, para derivar en un análisis concreto de su responsabilidad. A) El art. 1001 señala genéricamente que el escribano debe dar fe

de que conoce a los otorgantes, Sin agregar exigencias sobre particularidades, estado de familia u otros datos personales de éstos. Considero entonces, que la norma limita su requerimiento a una fe de identidad, teniendo en cuenta que el art. 1002, cuando ofrece el medio destinado a suplir la fe que por ciencia propia debería dar el escribano, se conforma con que las partes justifiquen ante él su identidad personal con dos testigos; me parece razonable interpretar que, si a través de la norma que establece el medio supletorio, se precisa el contenido de lo que debe conocerse, es decir, la identidad de las partes, también éste debe ser el objeto del conocimiento obtenido por el escribano por ciencia propia o más precisamente, a través de un juicio de certeza propio, aunque el art. 1001 no se haya ocupado de describirlo. La identidad es la "determinación de la personalidad, individual a los efectos de todas las relaciones jurídicas" (Enciclopedia Espasa); es el "hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca" (Diccionario Manual de la Real Academia Española). De manera que no son los otros atributos personales los que el escribano debe conocer, sino, específicamente, la identidad personal del otorgante, la individualización del mismo, el saber quién es, o más precisamente, sólo quién es. Concuerdan sobre que se trata de dar fe de la identidad de los otorgantes, Machado (art. 254, párr. 3º, Cód. Civil), Baldana (Derecho Notarial Argentino, t. III, págs. 423 y 652), Soares (La reforma de la ley, pág. 52), Huc (Comentaire théorique pratique du Code Civil, t. VII, núm. 62 bis), entre otros autores. La declaración de la II Jornada Notarial del Cono Sur, Asunción, 1977, expresa: "La fe de conocimiento sólo se refiere a la identidad del otorgante, no extendiéndose a su estado de familia y a otros atributos mutables." También CNCiv., Sala 1ª Capital, abril 23 - 1948, L.L., 50 - 876. En coincidencia con este criterio, Borda (Tratado. Parte General, t. II, núm. 1020), señala que el notario

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

no se halla obligado a dar fe de que sean verdaderos los datos referidos al estado de familia de las partes ni a verificar su exactitud, aunque los escribanos suelen asentar tales datos que los propios sujetos le suministran, pues "la obligación de conocer a las

partes no se extiende a tales detalles" (En el mismo sentido: Carlos Pelosi, "Naturaleza de la función notarial y extensión de la fe de conocimiento", en Revista del Notariado, 1970, pág. 1250; Mustápic, Tratado de Derecho Notarial, t. I, pág. 210 y sigtes.; José M. Paz, Derecho Notarial Argentino, pág. 209; fallo de primera instancia, juez Peltzer, febrero 23 - 1970, Revista del Notariado, 1970, pág. 1242). Por cierto, quedan al margen de esta afirmación los casos en que el estado de familia atañe, justamente, a la habilidad del otorgante para realizar el acto (v.gr., los negocios jurídicos contemplados por el art. 1277, en los cuales el escribano además de la fe de conocimiento de identidad que dará habrá de atender al estado de familia para considerar exigible la

conurrencia de la voluntad del otro cónyuge en el acto). B) Aclarado entonces que, conforme a este razonamiento se trata de una fe sobre la identidad personal, es necesario analizar ahora si puede el escribano dar fe de que conoce la identidad de los otorgantes en virtud de documentos de identidad que se le exhiben y circunstancias a ellos vinculadas, o si solo puede hacerlo, para cumplir adecuadamente con la preceptiva legal, en virtud de un conocimiento personal, de sujeto a sujeto, que él tenga desde antes con las partes. La redacción ("que conoce a las partes") comienza sugiriendo, a través de una interpretación vulgar de la expresión, que sólo puede tratarse de un conocimiento personal, obtenido en el trato. Pero yendo más allá de este

modo de analizar la expresión utilizada, tenemos, en primer lugar, y por lo dicho en el punto A), que el escribano, en sustancia, debe dar fe de que conoce la identidad de las partes, y también que la norma no ha señalado - específica y excluyentemente - el modo por el cual el escribano ha de haber negado a ese conocimiento. Por cierto el conocimiento concebido por Vélez - y de allí la expresión utilizada - acorde con los precedentes históricos que tuvo a la vista y a los que hizo referencia en su ilustrado voto el doctor Beltrán, era el conocimiento personal, de sujeto a sujeto, ya que esto, en esa época, no sólo era posible, sino que además era

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

el único medio posible. Pero, aunque éste haya sido el criterio inspirador de la norma, originado en la circunstancia histórica del tiempo de su sanción, no se incluye en la misma una especificación que excluya los modos por los cuales el escribano puede llegar a un cabal conocimiento sobre la identidad de las partes. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho que el art. 1002 ha señalado un medio supletorio, pues éste funciona cuando el escribano no puede llegar a través de un juicio de certeza propio a una convicción sobre la identidad de las partes. Al tiempo de la sanción del Código Civil se carecía de medios técnicos idóneos de identificación personal, de registros públicos organizados en debida forma a tales efectos y no existían, por tanto, documentos de identidad personal extendidos por el Estado con respaldo en asientos registrales. En jurisdicciones locales, podía expedirse una papeleta donde constaba el nombre del ciudadano, lo que se hacía a pedido del mismo, o en el caso de delincuentes a efectos de hacer constar en su dorso el cumplimiento de la pena y poder así, el portador exhibir dicha constancia a las autoridades que lo requiriesen. La justicia y la policía contaban con ciertos asientos sobre el nombre, señas y datos particulares de los delincuentes reincidentes. En 1889 se creó la Oficina de Identificación Antropométrica, para aplicar el sistema ideado por Bertillon, basado en medidas corporales, pero sólo se lo utilizó con detenidos, pues se consideraban lesivas las mensuraciones. El sistema dactiloscópico inventado por Vucetich, se comenzó a aplicar en la Policía de la provincia de Buenos Aires, a efectos identificatorios, en 1891. La cédula de identidad, con los elementos de identificación con que hoy cuenta - su número, fotografía del sujeto, señas, firma e impresión dactiloscópica, se origina, en Capital Federal, en una disposición del 24 de

abril de 1907, extendiéndose entonces la cédula de identidad N° 1 al comisario José Rossi (Adolfo Rodríguez, Cuatrocientos años de Policía en Buenos Aires, pág. 179). Con posterioridad fue creada la libreta de enrolamiento. Es por esa inexistencia, al tiempo de la sanción del Código Civil, de un documento de identidad oficial basado en constancias de registros públicos, que en aquella época sólo era posible a un escribano llegar a una convicción sobre la identidad de los otorgantes, a través de su conocimiento personal, o supletoriamente por testigos. Pero habiendo variado la circunstancia histórica, estos instrumentos de carácter público, expedidos en base a

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

registros oficiales, representan un medio infinitamente más idóneo, que el mero trato social, para contribuir a formar un juicio de certeza sobre la identidad. Y esto coincide con la finalidad de la disposición legal: que el escribano cuente con la mayor certeza posible sobre la identidad del otorgante. He señalado hasta aquí, por qué no era posible al escribano, al tiempo de la sanción del código, llegar a una convicción que no se basara en el trato personal o social. Pero también debe apuntarse, para mostrar la variación de la circunstancia histórica que hace el entorno de la norma, que en esa época, a diferencia de lo que ocurre ahora, era posible, en la mayoría de los casos, fundar la convicción en el conocimiento personal o social. Antiguamente, y en nuestro país todavía a la época del código, la escasa población y la estructura social de las ciudades determinaban un modo de vivir y negociar basado en el conocimiento personal de los sujetos y en el alto valor que poseía la palabra, que, entonces, se trasladaba con naturalidad al modo de ser identificados aquéllos por parte del notario. Es obvio que ese modo de identificación ya no puede ser la norma en las ciudades actuales de varios millones de habitantes. Se tornarían improbables, en el plano de la realidad, la concreción de la mayor parte de las escrituras, si ellas dependieran del conocimiento personal y previo del escribano con ambos contratantes o con dos testigos que a su vez conozcan a los contratantes. Esta doble variación de las circunstancias históricas (que le hace decir a Borda, Tratado. Parte General, núm. 1020, que el sistema del código es "un verdadero anacronismo", y determina que el proyecto de 1936 (art. 257) y el anteproyecto de 1954 (art. 266) admitieran expresamente la justificación de la identidad con documentos) tornan, conforme al discurso que vengo desarrollando, legítimo el proceder del escribano que en la actualidad, y tal como sucede desde hace decenios, busca en los instrumentos públicos, y en circunstancias que con ellos concuerdan, los medios más idóneos para

formar su convicción sobre la identidad de los otorgantes. Desde otro ángulo se advierte que en virtud de esa realidad que describimos, y llamamos la actual circunstancia histórica, difícilmente un notario extendería hoy una escritura en la que el enajenante no exhibiera su documento de identidad, permitiéndose así el cotejo con los asientos registrales; y esto, aún cuando lo conociera en forma personal y, simplemente por ese trato, lo identificara con un nombre coincidente con el del

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

titular registral. Tan cierto es que la identificación por documentos forma parte de la práctica notarial, que el propio actor no se sorprendió ni objetó que el escribano utilizara en la escritura la misma fórmula ritual para dar fe de conocimiento respecto a él (adquirente) y respecto de la vendedora, no obstante que, como surge de autos, ningún conocimiento personal existía entre la compradora y el notario. En España, la regulación legal sobre la fe de conocimiento, ha receptado expresamente estos aspectos de la actual realidad, y conforme a la modificación introducida en 1946 al art. 23 de la ley de 1862, se señala, entre los "medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del notario... La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidas por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas. El notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con la del compareciente". Quizás sea útil recordar que el imperio de esa misma realidad, ha producido, entre nosotros, variaciones en el funcionamiento de otros institutos; por ejemplo, para el ejercicio efectivo y pleno de las facultades derivadas de su carácter de heredero, el poseedor hereditario de pleno derecho, requiere el auto de declaratoria, no obstante el sentido que, desde sus precedentes históricos, informa a la figura recogida por el art. 3410; es ejemplo, también, la importancia que en el originario art. 3430 se le confería, para resolver sobre el valor de los actos del heredero aparente, el parentesco de éste con el difunto y a "la posesión pública y pacífica (que) ha debido hacerle considerar como heredero", a diferencia del requisito que ha introducido la ley 17711 (E.D., 21 - 961), en reemplazo de aquéllos, de haber "obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento"; es ejemplo, también, la evolución sufrida por el régimen de transmisión de la propiedad inmueble, cuya registración no se prevé en el código, se concreta poco después, con objeto de publicidad y de seguridad (Fueyo Laneri, Teoría General de los Registros, pág. 38) y conservación de los derechos, culminando esta evolución, afín a la realidad del tráfico económico y jurídico, con la reforma del art. 2505, en 1968, art. 20 de la ley 17801 (E.D., 23 - 921); evolución esta, que en los últimos decenios ha empezado a concretarse también respecto de diversos muebles registrables.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

C) Pero aunque el escribano recurra al control del documento de identidad que se le exhibe para iniciar o completar la formación de un juicio de conocimiento, debe obtener su convicción íntima y racional sobre la identidad de los otorgantes analizando, con la diligencia, el escrúpulo y la prudencia que su función exigen, la totalidad de los elementos, precisos y coherentes entre sí, con los cuales pueda formar un acabado juicio de certeza (conf. Pelosi, "Algunas precisiones en temas notariales", en Revista del Notariado, 1977, nº 756, pág. 1765 y sigtes.; Diez Pastor, Fe de conocimiento, pág. 9; Carlos Emérito González, Teoría general del instrumento público, pág. 316; José Negri, "La fe de conocimiento", en Publicaciones del II Congreso Internacional del Notariado Latino, t. III, pág. 365 y sigtes.; Nelli Simonetta, "Acto notarial e identidad personal de las partes", en Revista Notarial, Roma, mayo - junio, 1976, pág. 714 y sigtes.; conf. "Conclusiones. Quinto Congreso del Notariado", celebrado en Roma, "Segundo Congreso del Notariado de Madrid", 1950; Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil). Con criterio coincidente, se ha señalado que "la sola exhibición del documento de identidad no siempre ha de ser suficiente para satisfacer el deber, pues en muchos casos será menester acudir a otros remedios - v.gr., pruebas papilares, dactiloscópicas, etc. - " (CNCiv., Sala D, febrero 8 - 1983, L., 283.414, con primer voto del doctor Bueres). Conforme a ello, el escribano, no puede conformarse con la exhibición que ante él se hace de un documento de identidad, sino que debe efectuar el análisis de los elementos y datos que del mismo surgen en relación al sujeto y en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que habrá de instrumentar, debiéndose extender, tal análisis, a circunstancias que rodean a la operación y que de un modo u otro pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes. Haciendo aplicación de estas nociones, considero que el demandado ha actuado con la diligencia y la prudencia que su función exige al analizar - según surge de autos - los elementos de convicción con los que formó su juicio de certeza sobre la identidad de la vendedora. Tales elementos fueron: a) La libreta cívica de la vendedora. Respecto a la misma, no se limitó a constatar su posesión por parte de quien decía ser su titular, sino que además ha tenido en cuenta el número de dicho documento que coincidía con el que señala el certificado de dominio obrante a fs. 408/414; ha de haber tenido en cuenta también la coincidencia entre la edad de la

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

propietaria (74 años) y la mujer que se presentó invocando ser tal, respecto a lo cual, diversos testigos, en el expediente penal, declararon que era una persona mayor, de 75 a 80 años. Del conjunto de las declaraciones de quienes estuvieron presentes en la escrituración, surge que, exhibido el documento de la vendedora, nadie advirtió nada extraño, lo que obliga a pensar que existía coincidencia entre su portadora y la fotografía. b) El certificado de dominio ya mencionado donde coinciden los datos con los de la supuesta vendedora, incluido el documento de identidad exhibido al escribano. No es exacto, como se señala en la demanda, que el accionado haya requerido el certificado de dominio obrante en el expediente penal a fs. 49 sin señalar el número de documento de identidad; este certificado fue solicitado en 1973, o sea varios meses antes de intervenir Amaro N. Detry, por Domingo Rubeano, y en su fotocopia, obrante en el sumario penal, el espacio correspondiente al número de documento aparece, curiosamente, cubierto por una mancha. c) Con anterioridad (el 26 de diciembre de 1973) a la escritura, la supuesta vendedora entregó la posesión a los adquirentes, y estos se hallaban entonces en posesión pacífica del inmueble al tiempo de tomar intervención el demandado, para la celebración de la escritura. d) También con anterioridad, el escribano Harrington había efectuado el estudio de títulos que concluía sosteniendo la titularidad del inmueble por parte de la vendedora. e) El originario boleto de compraventa - que después fue cedido al actor - fue objeto de certificación de firma por parte del escribano Rovira, constando en dicho acto el mismo número de documento de identidad que luego se le exhibió al demandado. Cabe aclarar - para no extender indebidamente las consecuencias de esta intervención, anterior de otro notario - que el escribano Corts Rovira era adscripto en la escribanía de la que es titular el demandado, lo que implica la extensión de la responsabilidad de éste en cuanto a las consecuencias de los actos cumplidos por aquél, en su función notarial. f) Le fueron entregados al escribano, sin ninguna dificultad, el título y demás elementos vinculados al dominio del inmueble para la confección de la escritura. g) Tuvo intervención en el negocio de compraventa, en la redacción del boleto, y sin duda fue quien hizo designar escribano al demandado, y estuvo, asimismo, presente en la escrituración, el martillero Gómez Caneda, con actuación en la plaza desde 1945, conocido desde mucho tiempo atrás por el demandado a quien le había llevado

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

"otras operaciones anteriormente". Es elocuente, para interpretar el proceso de formación del juicio de certeza en el escribano, advertir que este martillero señaló que de habérselo solicitado el escribano, no habría tenido reparo en atestiguar, en la escritura, que la vendedora era quien decía ser. Del mismo modo se expresó Ana C. Palluca de Martínez, adquirente originaria y cedente del boleto al actor, que estuvo presente también en la escrituración. Debe destacarse que el propio actor, en su expresión de agravios, admite la utilización de otros medios idóneos como "el documento de identidad y los testigos" para formar el escribano su juicio, cuando no conoce de antemano a las partes; aunque señala que la negligencia del escribano consistió en no incluir en la escritura a los testigos desconocimiento con que contaba (Martínez y Gómez Caneda) lo cual ya fue refutado acertadamente por el a quo, y consistió además, esa supuesta negligencia, en haberse limitado a tomar por cierta la identidad que surgía del documento exhibido, lo cual queda desdicho por la relación que he hecho precedentemente sobre los elementos de convicción que convergieron a formar el juicio del escribano. D) La diligencia puesta por el escribano, según el análisis precedente, fue acorde a las circunstancias, lo que a la luz de los arts. 511 y 512 lo exime de culpa. El negocio jurídico fracasó por el engaño que él, la compradora, la cedente del boleto y el martillero sufrieron. La habilidad con que fue desarrollado el ardid doloso, destinado a producir con éxito la sustitución de persona, está elocuente y detalladamente descrito en el sumario penal. Al no haber sido inscripta la declaratoria de herederos de la verdadera propietaria, fallecida 24 años antes, la maniobra resultó posible. Y se vio facilitada por el informe del Registro de la Propiedad, donde no se objetó ni observó el errado número de documento de identidad que se señaló en el certificado. La Corte Suprema (octubre 10 - 1974, E.D., 58 - 245), en un juicio que se demandó a la provincia por el informe erróneo expedido por el registro sobre el propietario del inmueble y en el cual, debo aclarar, el escribano no fue citado como tercero, lo que entonces limitó el análisis, señaló, no obstante esa limitación, que los elementos de juicio demostraban que "el notario utilizó los medios adecuados para el conocimiento e identificación del deudor (se constituía una hipoteca), llegando así a una convicción racional que a la postre resultó errónea como consecuencia no sólo de las maniobras y argucias (del tercero) sino del propio informe erróneo del Registro de la

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

Propiedad". Creo necesario completar el análisis desde el ángulo de la naturaleza de la obligación asumida por el escribano.

Coincidimos en que la responsabilidad del escribano frente a los clientes que solicitan sus servicios es de índole contractual (ver, por todos, CNCiv., Sala C, noviembre 5 - 1976, E.D ., 71 - 399, voto del doctor Alterini), dado que deriva del incumplimiento de un contrato de locación de obra. En la distinción que, con distinto énfasis, buena parte de la doctrina efectúa entre obligaciones de medios y de resultados, las asumidas por el locador de obra se emplazan en esta última categoría. Adjudicado a Demogue el origen de esta distinción, ya en Francia es cuestionada, o al menos relativizada, por diversos autores (Ripert y Boulanger, Colin, Capitant y Julliot de la Morandière, Esmein, entre otros). En nuestro país, frente a la abundante doctrina que recoge la distinción, diversos autores la rechazan (Acuña Anzorena, Borda, Belluscio), y otros señalan su carácter relativo (Atilio Alterini, Ameal, López Cabana, Llambías, Zannoni). Señala Belluscio ("Obligaciones de medios y de resultados", L.L., 1979 - C - 19) que la distinción carece de sustento ontológico (conf. Alterini, Ameal, López Cabana, Curso de Obligaciones, t. II, núm. 1217 bis) y que, contra lo que expresan sus sostenedores, no deriva en una clara distinción sobre la distribución de la carga de la prueba - según la cual, en las de medios, el acreedor debería probar la culpa, la falta de diligencia del deudor, y en las de resultado le sería suficiente aprobar el incumplimiento, pues en base a él la culpa se presume -, ya que en uno y otro caso, el deudor podrá probar la existencia de un impedimento derivado de la fuerza mayor que quiebra el nexo causal (conf. Acuña Anzorena, "Responsabilidad contractual...", J.A., 53 - 33, sec. doctr.; Borda, "Problemas de la culpa contractual", L.L., 111 - 925; Zannoni, "Obligaciones de medios y de resultados", J.A., 1983 - III - 168).

Aunque el escribano asumió la obligación de extender una escritura destinada a transmitir el dominio al actor, y asumió así, por la naturaleza del contrato, la obligación de obtener este resultado, igualmente quedará eximido de responsabilidad ante la frustración, si acredita, como ha hecho en autos, que desplegó la mayor diligencia posible de acuerdo a las circunstancias y que la frustración del resultado pretendido acaeció por el ardid doloso, bien tramado y bien ejecutado por terceros, que no estaba a su alcance evitar o prever. Señala Mosset

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

Iturraspe (Responsabilidad por daños, t. I, pág. 223) que el derecho moderno reacciona frente a la identificación de lo fortuito con los hechos naturales, y entre los hechos del hombre que caen dentro del concepto, se hallan "los hechos de terceros" por los que el deudor no debe responder. Bueres, "Responsabilidad civil de los escribanos" (en Revista Jurídica Argentina del seguro, la empresa y la responsabilidad, nº 2) sosteniendo la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, e incluyendo entre éstas a la asumida por el escribano, expresa que siendo menester alcanzar el fin, objeto o efecto perseguido por el acreedor, que es el resultado que califica la obligación, el escribano "sólo podrá eximirse de responsabilidad probando el caso fortuito lato sensu" (pág. 21); concepto que corrobora al señalar que valdrá como causal de eximición de responsabilidad en la obligación de resultado "la causa ajena" (pág. 30). Partiendo también de la apuntada distinción, Trigo Represas ("Casos y falta de culpa", L.L., 1981 - B - 283) señala que en las obligaciones de resultado, para eximirse de responsabilidad, el deudor deberá "acreditar que su incumplimiento fue inimputable, por caso fortuito o fuerza mayor, o alguna otra causal eximente". Converge, y resulta aplicable, el principio de protección al inocente, recogido en los arts. 935, 942 y 943 del Cód. Civil en virtud de los cuales, si

el dolo que afecta la validez del acto proviene de tercera persona, y el dolo fue ignorado por la parte, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses. Es que el dolo "se traduce en un error provocado", y se concreta a través de

una maniobra engañosa que debe poseer entidad suficiente para engañar a una persona precavida, y que persigue la ejecución de un acto o negocio jurídico o de un acto ilícito. El error así provocado, vicia el proceso deliberativo interno del sujeto pasivo (Brebba, Hechos y actos jurídicos, t. I, pág. 407 y sigtes.). Adviértase que el dolo de terceros no sólo afectó el contrato entre comprador y vendedor, sino también el contrato entre el escribano y las partes antes quienes se comprometió a extender una escritura, y es por haber dado origen, dicho dolo de terceros, a la falta de obtención del

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

resultado prometido por el escribano, que el mismo resulta invocable para la solución de esta causa. Es decir, el resultado pretendido se frustró por esa acción dolosa.

2º En cambio, tiene razón el quejoso cuando en su expresión de agravios pide que se ordene el reintegro de lo abonado al demandado por honorarios profesionales. A fs 198 vta. el demandado se allano a esta pretensión. Lo cual, por otra parte, habría sido, a mi modo de ver, procedente aunque no mediara allanamiento, por aplicación del art. 793, ya que se trataría de un pago sin causa (conf. Morello, Indemnización del daño contractual, t. I, pág. 221; Busso, t. III, pág. 323). A los efectos de la recomposición del rubro que se ordena devolver, se actualizará el monto del honorario abonado desde la fecha en que ello ocurrió hasta la de su efectivo pago al actor, conforme a la variación que señalan los índices de precios al por mayor - nivel general - que publica el Indec.

3º Sobre la distribución de las costas adhiero a lo expresado por el doctor Beltrán, con la consiguiente modificación de lo resuelto en primera instancia.

4º Por lo expuesto, voto para que se confirme la sentencia en lo principal que decide, con la salvedad señalada en el consid. 2º de mi voto, y se modifique lo relacionado con la distribución de las costas en la forma señalada por el doctor Beltrán.

El doctor Yáñez adhiere al voto del doctor Bossert.

- Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia recurrida de fs. 580/585, en lo principal que decide, ordenándose la devolución de los honorarios, actualizados, según lo dicho en el consid. 3º, y se modifique en cuanto a las costas por la intervención de los terceros, que se impondrán al demandado. Las costas de alzada deberán ser soportadas en la misma forma que las de primera instancia. - Jorge E. Beltrán. - Gustavo A . Bossert. - César D. Yáñez (Sec.: Susana M. R. Lima).

2) **CHORBAJIA de KASABIAN, Lucía c. E.S.T. - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala D - 16/4/2004. (Bueres, Mercatante, Martinez Alvarez). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D 16/04/2004.** - Buenos Aires, abril 16 de 2004.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Bueres dijo:

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

I. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fs. 1081 dejó sin efecto el fallo de la Sala "L" de esta Cámara (fs. 923 a 924), la cual, a su vez, revocó el decisorio de primer grado de fs. 867 a 874 vta. (este último rechazó la demanda, con costas en el orden causado). La actora expresó agravios a fs. 884 y ss., y la demandada sólo cuestionó el asunto de la distribución de las costas (fs. 895 y 895vta.). Frente a la decisión de la Sala "L", la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 929 y ss), denegado por dicha Sala (fs. 969 a 970) y admitido por vía de queja por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. a) Con carácter previo al análisis de los datos fácticos aportados por las partes en sustento de la pretensión y oposición, diré que la "fe de conocimiento" -en la terminología del Código Civil- o "fe de identificación" en el léxico de algunos autores (Núñez Lagos, R., Estudio del valor jurídico del documento notarial, Ed. Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1945, p. 1071), requiere precisamente al notario cerciorarse de la "identidad" de las partes del acto. Sobre el respecto, y con mayor detalle, se ha dicho que esa fe de identificación es el estado psicológico, subjetivo, racionalmente formado por el propio notario (Mengual y Mengual, j. M., Elementos de derecho notarial, Ed. Bosch, Barcelona, 1933, t. II, vol. II, p. 151). También se enfatiza en que la fe de identificación refiere que el asegurarse la identidad de una persona, supone tanto como asegurar la identidad de la misma con su nombre, que es el verdadero signo individual, con el sujeto que se lo atribuye (Monasterio y Galí, A. La fe de conocimiento en el derecho constituyente, Ed. Imp. J. Jesús, Barcelona, 1905, p. 19). Bajo otra luz, se expresa que el significado del instituto apunta a un juzgamiento del notario para decidir con ciencia propia si de los elementos de convicción surge clara e indubitable la identidad pretendida (Negri, J. A. La fe de conocimiento, Revista del Notariado, nro. 732, p. 2288), y, en fin, Argentino I. Neri, fundándose en varias opiniones doctrinales, concluye que el conocimiento es una cuestión (o un juicio) de "sindéresis", vale decir, de discreción, de entendimiento y capacidad natural para discernir los hechos y juzgar rectamente con acierto; es una cuestión anímica, a base de aportes intelectuales y sociales en la cual el convencimiento y la convicción son recíprocamente el medio y el fin para juzgar el acto notarial. Por lo que se observa -añade el autor- el conocimiento de

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

una persona parece cosa fácil, pero sin embargo no es así. Como acto derivado de la apreciación humana es falible, puede fallar por error o engaño, por apreciación directa o indirecta, por influjo de hechos notorios que revelando la filiación de una persona, haya creado en uno mismo un estado conciencia (Neri, Argentino I, Tratado teórico y práctico de derecho notarial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, t. III, p. 443).

Las "Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" -en las que formulé una ponencia- (año 1982), establecieron de forma unánime que la denominada fe de conocimiento exige al escribano realizar un juicio de certeza. La sola exhibición del documento de identidad no es suficiente -al menos en general- para satisfacer el susodicho deber (conclusiones 14 y 15).

Indudablemente, se quiso poner énfasis en que la mera presentación de un documento o carné de identidad, fría, mecánica, automática, no es bastante en muchas ocasiones para conformar la dación de fe (en igual sentido: Martínez Segovia, F., Fe de conocimiento, Revista Internacional del Notariado, 1952, nro. 15, p. 213; Yorio, E. M., Extensión y límites de la fe de conocimiento y el art. 1277 del Código Civil, Revista Notarial, nro. 836, p. 84). Claro está que el notario podrá aducir que tuvo razones fundadas para prestar confiabilidad en el documento, cuando su examen, unido a unas circunstancias concurrentes -que pueden ser medios supletorios típicos o no serlo (p. ej. presentación del compareciente por persona allegada al notario, conocimiento anterior que no alcanza un grado tal como para llegar a la identificación, confrontación de rasgos fisonómicos del sujeto con los datos que surgen del documento, actitud empírica, sentido común, intuición, etc., del notario-, lo conduzcan a la convicción sobre la identidad. Vale decir, que el documento de identidad no basta, de suyo, para dar fe de identificación, pero puede ser eficaz cuando se lo encarna en el juicio de certeza (ver mi obra Responsabilidad civil del escribano, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 93 a 96).

En las mencionadas "Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", también se sostuvo que cuando el escribano no conoce a las partes (se entiende que por conocimiento personal o directo), igualmente puede autorizar la escritura si

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

adquiere la convicción sobre la identidad, sin ninguna necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento -como parecería surgir de la dicción textual de los arts. 1001 y 1002 del Código Civil-.

Con esos significativos conceptos se puso de manifiesto que la fe de identificación no es la comprobación simple, tasada, esquemática, de la identidad del otorgante por medio de la exhibición del documento, ni tampoco es necesario que el notario conozca a este último por trato, ni, en fin, que deba recurrir para dar fe al procedimiento de testigos. Por tanto, se adoptó un criterio hermenéutico amplio, funcional, que soslayó el sentido gramatical de los arts. 1001 y 1002, para arribar a la conclusión de que el escribano debe realizar un juicio de certeza, desplegando un quehacer intelectual que dependerá de las circunstancias, y cuyos elementos (los del juicio) han de ser convenientes escogidos por el profesional. Los mentados arts. 1001 y 1002 tienen origen en la ley 7, título 8, libro 2, del Fuero Real, y contienen un principio recogido de las doctrinas del *ius commune* de Bolonia que siguieron el pensamiento de Baldo, quien sostuvo la necesidad de que el notario conociera a las partes, en contra de las ideas de Juan Andrés para quien no era necesario ese recaudo para autorizar la escritura, pues el escribano tenía que dar por cierto lo cierto y como dudoso lo dudoso (Mustapich, J. M., Tratado teórico-práctico de derecho notarial, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1955-1957, t. I, ps. 201 y 202. Los principios del Fuero Real son similares a los que contienen las Leyes de Partidas y la Novísima Recopilación -ver mi obra Responsabilidad civil del escribano, cit., p. 98, texto y nota nro. 162 y cita de Bollini y Guardey-).

En doctrina, al menos en ocasiones se propugnaron sistemas de ponderación de la fe de conocimiento tasados (cfr. Borda, G. A., Tratado de derecho civil. Parte general, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, nro. 1020, p. 907 y siguientes -del mismo modo que se lo hizo en el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto de 1954-). De todas maneras, la opinión dominante en nuestro país -que comparto- estima que la actividad del notario en estos casos es asunto de *sindéresis* (de recta razón), de acuerdo con las particularidades de cada supuesto. El profesional no tendrá que ceñirse a pautas rígidas, tipificadas (o tasadas) legalmente, que serán útiles en ciertos casos e inútiles o insuficientes en otros. En realidad, y como sugerencia de *lege ferenda* el art. 1001 debería expresar que el escribano debe

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

dar fe que identificó a las partes -en lugar de prescribir que debe dar fe que los conoce-. Y el art. 1002 podría perfectamente ser derogado (ver mi obra citada, p. 99).

A la vista de lo expuesto, se identificará por conocimiento directo cuando el escribano tenga trato con el compareciente, o bien -a falta de ello- ha de recurrirse a los medios supletorios (uno o varios) según la necesidad (testigos de conocimiento, documentos de identidad, cotejo de firmas, impresión digital, sistemas dactiloscópicos o antropométricos, etc.). Se ha dicho, con razón, que no hay relación jerárquica entre el conocer por trato y el asegurarse la identidad por otros medios. La alusión a los medios supletorios no importa que la identificación realizada por el notario que no conoce al compareciente de forma directa sea supletoria o subsidiaria. La opción entre el conocer por trato o por otros medios es pareja. Es más, puede darse indistintamente de un modo u otro. Incluso, si el escribano conoce al compareciente personalmente, puede asegurarse (o reasegurarse) su identidad mediante otros elementos (Pondé, E.B., Tríptico notarial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 205). En rigor, los medios son supletorios, y no el juicio de certeza -o sistema- para asegurar la identidad. La expresión medios supletorios que figura en el art. 23 de la Ley española del 19 de diciembre de 1944, por ejemplo, no se utiliza de un modo uniforme, pues con frecuencia se habla de conocimiento directo y de conocimiento adquirido (Negri, nota citada, p. 2278).

b) En este proceso, y a través del examen de las medidas de prueba aportadas por las partes, observo que la conclusión decisoria no debe basarse en el mero hecho de que la escribana demandada se limitó a requerir el documento de identidad (al menos éste es el dato esencial de la sentencia de fs. 923 a 924 vta. - invalidada por la Corte Suprema de Justicia).

En tal sentido, y en concordancia genérica -al menos- con lo supuesto ab origine por el Sr. Juez de primer grado interviniente, estimo que deben computarse otras pautas fundamentales, a saber.

1) La demandada realizó el estudio de títulos y satisfizo correctamente la tarea documentadora (fs. 542 a 546). 2) La referida demandada tuvo a la vista el

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

testimonio original del título de propiedad (dato para mí importante) -fs. 122, causa penal-, pues el auténtico Bertini había entregado a Jardón dicho documento a efectos de que éste gestionara la venta del departamento luego falsamente hipotecado (más allá de que Jardón haya sido absuelto en sede penal por existir dudas en torno a la "autoría" -que no existieron para el Fiscal en ese fuero-. 3) Carlos Rivadulla, no dependiente de la demandada, pero gestor de créditos de varios escribanos, entre ellos la susodicha demandada, presentó al falso Bertini a esta última. Y, además, fue al domicilio supuesto del falso Bertini, ubicado en la finca hipotecada, lugar en el que fue atendido precisamente por éste (fs. 247 y 247 vta.). Es indudable, que la escribana pudo tener confianza en un gestor de créditos conocido, quien, a su vez, había verificado en el inmueble la presencia del falso compareciente y signatario de la escritura de mutuo hipotecario. 4) El falso Bertini tenía una edad pareja o aproximada con la del verdadero Bertini, y sus documentos de identidad poseían una numeración relativamente concordante (fs. 854 a 857). 5) La peritación caligráfica (fs. 477 a 480) puso de relieve que la firma del falso Bertini era una buena imitación de la firma del verdadero Bertini (la peritación realizada en sede penal expresó que quizá aquella firma se copió sobre un modelo). Por tanto, esa similitud bien pudo inducir a engaño a una persona que no fuese experta en la materia (fs. 477 a 480). Y, ciertamente, el escribano no debe tener conocimientos especiales -más allá de su recto sentido- para ponderar la autenticidad de una rúbrica (peritación notarial, fs. 688 y ss). 6) El documento de identidad exhibido no presentaba aparentes anomalías -fs. 160, causa penal-. 7) La actora y su hijo estuvieron presentes en el acto y no formularon objeción alguna, ni exigieron mayores recaudos para identificar al mutuuario.

c) He examinado los extremos fácticos relacionados en el presente apartado b) de este considerando, y ellos me parecen suficientes para concluir que la demandada ha cumplido con las exigencias necesarias a efectos de que se la considere exenta de responsabilidad.

Las "Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" establecieron sobre el particular que "cuestionada la fe de conocimiento está a cargo del escribano la prueba de los hechos que lo llevaron a la convicción sobre la identidad de los

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

otorgantes". El criterio es lógico, pues los elementos que integran el juicio de certeza y la razón de ser de su empleo son escogidos por el notario.

Ahora bien, en lo que hace al "contenido" y al "cumplimiento" (o pago) del deber del notario, la doctrina discute si se trata de un deber de resultado o de un deber de medios. Comoquiera que, la liberación de la demandada en la especie debe producirse con cualesquiera de las opciones señaladas.

Ciertamente, si se piensa que promedia una obligación de resultado_(Trigo Represas, F. A. - López Mesa, M. A., Tratado de la responsabilidad civil, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2004, t II, p. 659; Bueres, A. J., Responsabilidad civil del escribano, cit. p. 105 y ss), está muy claro que la escribana adoptó la diligencia exigible para resistir un hecho extraño (la acción del compareciente impostor). No obstante, es evidente que esa mera ausencia de culpa no es suficiente para eximir a la deudora de responsabilidad, pues debe -además- establecerse que existe una imposibilidad objetiva y absoluta de cumplir (ver mi opinión en El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1998, nro. 18, p. 95 y siguientes). Sin embargo, la imposibilidad absoluta (efectiva) hoy en día no es entendida como aquella "naturalística" que no puede ser vencida por las fuerzas humanas - obligatio in eum casus incidita que incipere non potuit o quid natura dari vel fieri non potest-. La buena fe (art. 1198, párr. 1ro.), ha dado pie a la creación de la categoría de la inexigibilidad -como sub- especie de la imposibilidad que ha tenido amplio desarrollo, sobre todo en la doctrina italiana (Mengoni, Luigi, La responsabilità contrattuale, Enciclopedia del Diritto t. XXXIX, Ed. Giuffrè, Milano, 1988, ps. 116 y 117, en especial, y mi trabajo La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual, Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos, Libro homenaje a Fernando Hiestrosa, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, t. I, p. 176 y ss, en especial). Y en tal sentido, uno de los roles que satisface la buena fe es la de hacer una interpretación recongnoscitiva del plan de prestación, para establecer en concreto y en cada tipo de relación obligatoria los "medios" con los que el deudor debe cumplir. En consecuencia, si el intérprete, luego de meritar la total economía del contrato, legítimas exceptivas de las partes, etc., llega al convencimiento de que para

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

cumplir es menester desplegar medios anormales o excepcionales ajenos al programa de prestación existirá inexigibilidad.

En la especie, estimo que un mutuo hipotecario de diez mil dólares en tiempo en que eran diez mil pesos, con la presencia de los mutuantes en el acto, y sin observación alguna de ellas, ni precisiones con respecto al deber de dar fe de identificación por parte de la escribana, no exigía otras comprobaciones de excepción más allá de las que desplegó la aludida escribana en el caso, y que fueron suficientemente descriptas en los apartados b) y c) de este considerando. No creo que fuese "exigible" razonablemente que la notaria requiriera pruebas antropométricas, dactiloscópicas, etc., para hacer esta escritura, pues aunque estos medios son potencialmente realizables, no pueden constituirse en una rutina para cualquier tipo de acto notarial.

En definitiva, entiendo que bajo la óptica de la obligación de resultado, la demandada consiguió demostrar la causa ajena no imputable.

Desde otra contemplación, si se estima que la obligación de dar fe de conocimiento es de medios, como se estableció en el "Segundo Congreso Internacional del Notariado de Madrid" (octubre 1950)_-ídem, Negri, nota cit., p. 2287-, la liberación es más sencilla, pues, con los recaudos que adoptó la escribana, satisfizo la no culpa ex arts. 512 y 902, necesaria para evitar (sin éxito en la especie) el hecho del impostor (y en tal hipótesis esa no culpa es pago liberatorio, y pierde toda vigencia la cuestión atinente al límite de responsabilidad dado por la imposibilidad de pago) -ver mis opiniones y referencias doctrinales, en La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual, cit., ps. 163 a 179).

En definitiva, cualesquiera sean las miras, la demanda debe ser rechazada por haber quedado la escribana liberada de responsabilidad, sin que haya necesidad de analizar los restantes agravios que exteriorizó contra la sentencia de la Sala "L" de esta Cámara.

d) Las costas causídicas se distribuirán en el orden causado -como lo dispuso el Sr. Juez de primer grado-, en vista de la naturaleza de la cuestión y de sus particularidades especiales (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

III. Por estas consideraciones, y, si mi voto es compartido, propongo que se confirme la sentencia de fs. 867 a 874vta. y, en consecuencia, que se rechace la demanda iniciada por Lucía Chorbajian de Kasabian contra S. T. E.. Las costas en ambas instancias se distribuirán en el orden causado.

Los doctores Mercante y Martínez Alvarez, por análogas razones a las aducidas por el doctor Bueres, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 867 a 874 vta. Y, en consecuencia, se rechaza la demanda iniciada por Lucía Chorbajia de Kasabian contra S. T. E.. Las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado. - Alberto J. Bueres. - Domingo A. Mercante. - Eduardo M. Martínez Alvarez.

3) B., J.M.J. c C.V., H y otro. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala J – 3/8/2004.

Se estableció que solamente cuando en sede penal la absolución es por la inexistencia del hecho, no puede ser revisado en sede civil. En estos autos en sede penal no se afirmó la inexistencia del hecho, porque el documento fue instrumento necesario para el ilícito. ES LA FALTA DE INTENCION lo que sobreyó al escribano y no la falta de autoría porque el escribano efectivamente había elaborado el instrumento público con el que se cometió el ilícito. En sede penal el escribano no tenía culpa por no tener conocimiento que no era la persona pero respondió civilmente porque la fe de conocimiento es un juicio de certeza que realiza el escribano por distintos medios. Es una obligación de resultado esencial del profesional pudiendo eximirse solamente por caso fortuito o fuerza mayor que no fue probado en autos. Se insistió en que no es necesario que el escribano conozca personalmente a la persona que otorga el acto o negocio jurídico ni tampoco debe entenderse que sólo puede dar fe en virtud de la remisión que haga al conocimiento de los testigos. No se trata de una fórmula sacramental, el notario hará mérito de las circunstancias del caso. La fe de conocimiento es un juicio de certeza conforme a las circunstancias seleccionadas por el propio profesional. Exigir documentos y verificar datos personales no es suficiente para poder aseverar que se cumplió con el juicio de certeza. Tampoco modifica el hecho que los demás no advirtieran ninguna irregularidad ya que no eran ellos los encargados de dar fe de identidad.

4). PLIS, JOSE c. DELLACHIESA, JORGE H. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala M. 21/5/2007

Este fallo refiere a los fundamentos del fallo Anaeróbicos Argentinos SRL c. Detry, Amaro de 1984. No condena a los escribanos por haber mediado un ardid, un fraude del cual no participaron los escribanos ni existió dolo ni acto ilícito de la parte de los notarios. Rechaza la demanda contra los escribanos incluso del escribano que

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

certificó la firma en la solicitud del segundo testimonio porque su obligación se limitaba a constatar la identidad del requirente a través del DNI. y no a dar fe que lo conocía. LO INSOLITO DE ESTE FALLO ES QUE LA CAMARA ENTIENDE que LA FE DE CONOCIMIENTO ESTA LIMITADA A LA ESCRITURA PUBLICA Y NO A LA CERTIFICACION DE FIRMA PARA LO CUAL BASTA LA EXHIBICION DEL DNI. POR LA LEY 17671 QUE EN SU ART.13 ASI LO ESTABLECE. Es decir en la escritura pública es necesario un juicio de identidad por parte del escribano pero en la certificación de firma basta la presentación del DNI. conforme ley 17.671.

5) **Responsabilidad por los actos del adscripto que extendió un testimonio falso. Irrelevancia de la circunstancia de que no mediara relación contractual entre el cliente y el escribano titular del registro.** **Hechos:** Una persona que había contratado a un escribano adscripto para realizar la escritura de un mutuo hipotecario se vio perjudicada en virtud de la conducta fraudulenta de éste consistente en extender un testimonio falso. El adscripto falleció durante el trámite de la causa penal. Se interpuso una acción de daños y perjuicios contra el titular del registro. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

DOCTRINA:

1. Debe responsabilizarse al escribano titular de un registro notarial por los daños ocasionados al actor, en virtud de la actuación fraudulenta desplegada por el notario adscripto -en el caso, extensión de un testimonio falso-, sin que obste a ello el hecho de que no hubiere mediado relación contractual directa entre el accionante y el titular, pues la responsabilidad de éste es extracontractual, y se basa en el riesgo de la actividad con la que se beneficia, máxime cuando no probó haber controlado adecuadamente los actos del adscripto, tal como lo impone el art. 23 de la ley 12.990 (Adla, VIII, 302).

2. La responsabilidad del escribano no se rige por lo previsto en el art. 1112 del Código Civil, que regula la responsabilidad de los funcionarios públicos, sino que será contractual frente al requirente y extracontractual, si no media vínculo contractual entre el notario y quien resultó perjudicado.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M.

Fecha: 6 de abril de 2009.

Autos: C., R. A. c. D., M. E.

Publicado en: La Ley, 16 de junio de 2009.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

6) Escribano - Responsabilidad disciplinaria - Inversión en hipotecas -

Fallas en el estudio de títulos - Extensión de responsabilidad al Colegio de Escribanos - Pérdida de chance - Bases para su determinación. **Hechos:** La Cámara Nacional Civil, sala E, en autos "F., I. I. v. S. de J., F.", resolvió que existe responsabilidad de la escribana actuante por cuanto ha violado las reglas que rigen la correcta actividad notarial, ya que en las escrituras analizadas existen fallas graves en el estudio de título y, a su vez, debe extenderse la conducta por la responsabilidad por las fallas en las tareas específicas de la escribana al Colegio de Escribanos habida cuenta que el ser escribano y estar ejerciendo la función notarial se encuadra indudablemente en el ejercicio de la función y es por eso que el fondo debe responder por los daños y perjuicios causados con motivo del ejercicio de esa función notarial.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, sala E.

Fecha: 2 de octubre de 2008.

Autos: F., I. I. v. S. de J., F. s/responsabilidad del escribano.

Publicado en: Jurisprudencia Argentina. Newsletter Digital del 4 de diciembre de 2008. Lexis N° 70049995.

7) ESCRIBANO: Juicio de capacidad del requirente: La sentencia de primera instancia declaró la nulidad del testamento otorgado respecto de quien tenía previamente abierto un proceso de insania. Apelado el fallo por la escribana demandada, la Cámara modifica el decisorio recurrido en cuanto establece que la escribana no contribuyó con su actuación a la nulidad del testamento otorgado.

DOCTRINA

1. Cabe modificar la sentencia que declaró que la negligente actuación del escribano contribuyó a la nulidad del testamento otorgado respecto de quien tenía previamente abierto un proceso de insania, pues está demostrado que aquél ignoraba la previa internación del testador en un hospital de salud mental, las constancias de su historia clínica y la iniciación de las actuaciones sobre declaración de incapacidad y al momento de otorgar el acto existía en el testador una apariencia de manejo normal dentro de lo limitado de su avanzada edad, lo cual permite concluir que el notario incurrió en una apreciación errónea inducida por las apariencias atinentes a la forma de estar, movilizarse y conversar con el testador al tiempo del acto -conforme nota art. 3616, Código Civil-.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H.

Autos: F., E. c. L., M. T. y otro.

Fecha: 9 de febrero de 2006.

Publicado en: La Ley, 7 de julio de 2006.

8) ESTUDIO DE TÍTULO: "Es título perfecto el que por sus antecedentes no puede dar temores fundados al comprador respecto de acciones reales, ni ofrecerá objeciones en los negocios inmobiliarios" (Cámara Nacional Civil, Sala F, 16/10/62, L.L., N° 108, pág. 874). "Significa dar al comprador la certeza de no ser perturbado por acciones reales promovidas por terceros" (Cámara Civil, Sala 2ª, 21/10/50, L.L., N° 9, pág. 486). "Perfecto el título que no puede ser afectado por una acción de nulidad" (Cámara Civil, 5/10/58, L.L., N° 12, pág. 153). Otra: "Título perfecto es el que reúne dos elementos de valor: uno Jurídico y otro comercial o sea el aprecio que merece por su curso público, del cual depende la mayor o menor eficacia para el ejercicio de los derechos del propietario en las transacciones inmobiliarias o constitutivas de derechos reales. Si uno de los elementos se observa disminuido, la perfección no existe" (Suprema Corte, Buenos Aires, 6/3/36, L.L., N° 2, pág. 368).

9) **ESTUDIO DE TÍTULO:** 1) La escribana que otorgó un poder especial irrevocable para la venta de un inmueble, cuyas firmas se comprobó que eran falsas, es responsable por el daño ocasionado a los propietarios del bien con motivo de la posterior venta de éste, ya que un mínimo de precaución, cuidado y diligencia en el estudio de títulos y en el cumplimiento de sus obligaciones hubieran evidenciado el ilícito intentado por quienes concurren al acto portando documentos de identidad falsos.

2) Habiendo la notaria codemandada reconocido la sustitución de persona ocurrida en la suscripción de un poder especial irrevocable que fue utilizado para vender el inmueble de propiedad de los actores y la falsedad de los documentos de identidad que le fueron presentados, debe ser responsabilizada por dicha sustitución a tenor de los arts. 512, 1109, 1001 y 1002 del Cód. Civil, además de la nulidad absoluta de la escritura otorgada.

3) El escribano que otorgó una escritura traslativa de dominio teniendo a la vista un poder especial irrevocable cuyas firmas eran falsas es responsable por el daño sufrido por los propietarios del bien, ya que si estudió en profundidad la escritura de

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

adquisición debió advertir la existencia de un poder anterior suscripto por aquellos y debió requerirlo, pues ello le habría permitido observar la disimilitud de las firmas insertas en ambos documentos y, por ende, no otorgar la venta al no haber podido dar plena fe de conocimiento de la identidad de los vendedores.

4) Corresponde eximir de responsabilidad civil al escribano codemandado por los daños sufridos por los actores con motivo de la maniobra por la cual fue vendido un inmueble de su propiedad mediante un falso poder especial irrevocable, atento la inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del notario y los daños invocados, porque aquél se limitó a extender una escritura de ampliación del poder, que no era necesaria para realizar la venta porque con ella o sin ella ésta siempre resultaba jurídicamente viable.

5) Sin perjuicio de la imprudencia del escribano que certificó las firmas falsas insertas en un pedido de segundo testimonio de la escritura de un inmueble, no corresponde responsabilizarlo civilmente por el daño causado a los propietarios por la venta del bien realizada mediante un falso poder especial irrevocable, pues la gestión del notario fue inoficiosa porque la venta no se efectivizó por su intermedio, lo cual permite concluir la inexistencia de relación de causalidad entre su actuación profesional y los daños invocados.

6) Es improcedente condenar al adquirente de un inmueble a abonar una indemnización por daño moral a los propietarios que fueron objeto de una maniobra por la cual la venta se celebró mediante un falso poder especial irrevocable, pues la manifestación del escribano relativa a que el pago del precio se verificó en su presencia debe prevalecer sobre el resultado de la confesión ficta del contumaz, aun cuando la escritura haya caído por vicios formales relativos a las firmas de las partes, pero que nada tienen que ver con la expresión de reconocimiento apuntada, porque el solo hecho de la nulidad no empece a que el instrumento pruebe los actos jurídicos y/o hechos cumplidos.

7) La prueba de confesión ficta no tiene un valor absoluto, ya que ella debe ser sopesada con las demás circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas.

8) El notario que otorgó una escritura traslativa de dominio teniendo a la vista un poder especial irrevocable supuestamente otorgado por los propietarios y cuya falsedad fue luego comprobada no puede ser responsabilizado por el daño causado a

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

aquellos, porque, dado que la escribana que otorgó el citado poder dio suficiente fe de conocimiento de los otorgantes, resultaría excesivo requerirle al codemandado un mayor estudio de títulos que el efectuado, en tanto nada indicaba con grado de sospecha relevante la posibilidad de fraude en el mandato (del voto en disidencia parcial del doctor Molina Portela).

Cámara Nacional Civil, Sala K, noviembre 16 de 2004. Autos: "Costa, Osvaldo c. Ramos, Antonio y otro".

10) **RESPONSABILIDAD DEL TITULAR POR LA ACTUACION DEL ADSCRIPTO**

1) La actora se encuentra legitimada para reclamar la compensación por gastos médicos, asesoramiento letrado en sede criminal y daño moral, como extremos resarcibles derivados del ilícito que se configurara, y mediante el cual quedaba afectada directamente, no por la constitución de hipoteca primigeniamente, al estar la nuda propiedad de su vivienda en cabeza de sus hijos, sino puntualmente por la cancelación espuria del derecho real de usufructo vitalicio que tenía estipulado a su favor y mediante el cual tiene asegurada la residencia de por vida. Es decir, lo que en su ánimo, en su salud y lo que en derecho ha costado la obtención de la procedencia de la declaración de falsedad del instrumento público atacado.

2) La promoción de querrela criminal suspende el curso de la prescripción. 3) El daño moral no requiere ninguna prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica –prueba in re ipsa– y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral.

4) En general, las obligaciones que emanan de los servicios profesionales son obligaciones de medios, y en lo que atañe a la tarea del escribano, su desarrollo es complejo, dado que las obligaciones del cumplimiento de su tarea profesional a veces emanan del encargo de su cliente y otras de la ley, como es el caso de la fe de conocimiento, acerca de la cual hay una posición doctrinaria que sostiene que es de resultado, en atención a que el escribano se compromete a conocer al compareciente de forma tal que respondería ante el caso de sustitución de personas, por no haber producido el resultado prometido.

5) La obligación de dar fe de conocimiento exige al notario un juicio de certeza dado que la sola exhibición del documento de identidad no es suficiente para brindarla,

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

aun cuando pudieren aducirse razones para prestar confiabilidad al documento cuando su examen, unido a otras circunstancias concurrentes, llevaran a la convicción sobre la identidad.

6) El único medio supletorio de la fe de conocimiento, según la legislación vigente, es el de los testigos de conocimiento, conforme prescribe el art. 1002 del Cód. Civil, siendo integrativos el documento de identidad y otros elementos de los que pudiere valerse el que cumple una tarea fedante para lograr la convicción sobre la base de la cual formulará su juicio de valor.

7) Los escribanos adscriptos actuarán dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular, pero bajo su total dependencia y responsabilidad.

El escribano titular es responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de sus adscriptos en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado.

8) La responsabilidad del escribano titular por la actuación de los adscriptos deriva de la culpa in eligendo o de la culpa in vigilando, derivadas del principio del art. 1113 del Cód. Civil, o de la teoría del riesgo creado, con base en que cualquiera que hace nacer

un riesgo nuevo –solicitud de designación de un adscripto–, que pueda perjudicar a otro, se responsabiliza del daño originado por ese riesgo y las circunstancias que pueden determinar que el adscripto deba responder por distintas responsabilidades que el titular, pero ambos en relación a la responsabilidad profesional.

9) No son los atributos de la persona lo que el escribano debe conocer sino la identidad personal del otorgante para arribar, en definitiva, a una debida convicción acerca de la identidad de una persona.

M. M. F. L. Cámara Nacional Civil, Sala J, agosto 28 de 1998. Autos: "M., M. S. c. M., R. y otros s/daños y perjuicios". PUBLICADO EN SU TOTALIDAD EN RDN 860 AÑO 2000.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS

ED. EL DERECHO

L.L. LA LEY

RDN REVISTA DEL NOTARIADO

RN REVISTA NOTARIAL

NOTA: SE PUEDE ACCEDER LIBREMENTE A LOS TEXTOS DE LA RDN EN LA PAGINA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

www.colegio-escribanos.org.ar en el link biblioteca

- BUERES, ALBERTO J., Responsabilidad civil del escribano, Hammurabi, Bs.As. 1984.

- BUERES ALBERTO J., y HIGHTON, ELENA I. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Hammurabi,

- ALTERINI, ATILIO A.. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo Perrot, 4ta edición actualizada 2008.

- ALTERINI, ATILIO A., Estudio de títulos, L.L. t. 1981-B Sec. Doctrina, pág. 858.

- HIGHTON, ELENA I. Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil. L.L. t. 1980-D pág. 290.

- JOSÉ V. SAN MARTÍN, RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO PROVENIENTE DE SUS DEBERES DE ASESORAMIENTO Y CONSEJO, RDN 706, año 1969

- PELOSI, CARLOS A. La responsabilidad disciplinaria del escribano. RDN 710 AÑO 1970

- RICARDO M. SAA AVELLANEDA y SARA I. RUDOY DE IMAR, RESPONSABILIDAD DEL NOTARIADO. INSTITUTOS DE DISCIPLINA NOTARIAL. RDN 719 AÑO 1971

- HUGO PÉREZ MONTERO, LA LEGITIMACIÓN EN LA FUNCIÓN NOTARIAL. RDN 749 AÑO 1976

- TOMÁS DIEGO BERNARD, RESPONSABILIDAD NOTARIAL. RDN 767 AÑO 1979

- PONDE EDUARDO A, ENFOQUE NOTARIAL DEL ESTUDIO DE TÍTULOS, BUENA FE EN LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA A TÍTULO ONEROSO Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO, RDN 774 AÑO 1980

- MIGUEL NORBERTO FALBO, ALCANCES Y EFECTOS DE LA LEY 22427. RDN 795- AÑO 1984.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

- ELENA I. HIGHTON, DE LAS SORPRESAS QUE PUEDE LLEVARSE UN PROPIETARIO. Un caso de reivindicación por falta de autoría. RDN 809 – AÑO 1987
- XXI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA, 26, 27 y 28 de mayo de 1988 Mendoza, TEMA I. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL O DISCIPLINARIA DEL NOTARIO Comisión 1, RDN 813 AÑO 1988
- JULIO CÉSAR CAPPARELLI Y OTROS, SECRETO PROFESIONAL, RDN 820 AÑO 1990
- MARCO A. RUFINO, RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS ESCRIBANOS. RDN 830 AÑO 1992

- MARÍA T. ACQUARONE DE RODRÍGUEZ, CONSTITUCIONALIDAD E INDEPENDENCIA DEL SISTEMA DISCIPLINARIO DE LA LEY 12990, RDN 832 – AÑO 1993

- LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL
Relatores: PROFESOR DOCTOR JORGE ZAGO, PROFESOR DOCTOR CARLOS GHERSI, PROFESOR DOCTOR JORGE MOSSET ITURRASPE.
Coordinador: SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, PROFESOR DOCTOR ROBERTO LOPEZ CABANA. Fecha: 2 DE SEPTIEMBRE DE 1994, RDN 843 AÑO 1995

- JOSE CARLOS CARMINIO CASTAGNO, ESTUDIO DE TÍTULOS Y RESPONSABILIDAD NOTARIAL, RDN 852 AÑO 1998
- RUBEN COMPAGNUCCI DE CASO, Nota a fallo. RESPONSABILIDAD DE LOS ESCRIBANOS, RDN 856 AÑO 1999
- FRANCISCO CERAVOLO, NOTA A FALLO: INCORRECTA EXTENSIÓN AL TITULAR DEL REGISTRO DE LA RESPONSABILIDAD INCUMBENTE AL ADSCRIPTO EN ESCRITURA AUTORIZADA POR ÉSTE, RDN 860 AÑO 2000.
- FELIX A. TRIGO REPRESAS, RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESCRIBANO PUBLICO, RDN 871 AÑO 2003
- MARTIN VALIENTE NOTA A FALLO: DEUDA TRIBUTARIA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA REEMBOLSO DEL PAGO. RDN 873 AÑO 2003

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

- XI Jornada Notarial Iberoamericana- BS.AS. 10 AL 13 DE MARZO DE 2004: Tema II: Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título. RDN 877 AÑO 2004
- MARCELO FALBO, ESTUDIO DE TITULOS. RDN 888 AÑO 2005
- JAIME GIRALT FONT, LIMITES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO TITULAR POR LOS ACTOS DEL ADSCRIPTO, RDN 897 AÑO 2009
- LUIS MOSSET DE ESPANES Y JOSE FERNANDO MARQUEZ, Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano, RDN 897 AÑO 2009

- ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, Dictamen Ley 26.140/06. Reforma de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil.

- CERAVOLO, ANGEL FRANCISCO, La identidad de los otorgantes de las escrituras públicas. Artículos 1001 y 1002 del Código Civil, Revista del Notariado 887, Ene- Mar 2007, p. 159.

- CARMINIO CASTAGNO, JOSE CARLOS, La reciente reforma del artículo 1002 del Código Civil, L.L. Doctrina Judicial nº45, p.751-756, 8/11/2006.

- URBANEJA, MARCELO EDUARDO, Una trascendente modificación al Código Civil en torno a la cuestión de la "fe de conocimiento", ED, 221 - 906.

- SIERZ, SUSANA V., Fe de Conocimiento: Modificación clave para escribanos, Errepar, Doctrina Societaria y concursal, Tomo XIX, año 2007, nº 232, marzo 2007.

- FISSORE, DIEGO M., La reforma de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil, La Ley 2006-F, p.914.

- ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO 2005-2006, Consulta nº302/2005, dictámenes.

- ORELLE, JOSE MARIA, Fe de Conocimiento y Fe Pública. El nuevo artículo 1001 del Código Civil, La Ley T.2007-E, p.755.

- LORENZO, JOSE MARIA, La reforma de la fe de conocimiento frente al delito de la falsedad ideológica y la responsabilidad del escribano (su

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

subsistencia más allá de la reforma legislativa), ponencia de la XXVII Jornada Notarial Argentina, Rosario, Sta. Fe., 24-26/4/2008.

- GARCIA RUA, OSCAR JORGE, Acoso Penal Notarial, ponencia de la XXVII Jornada Notarial Argentina, Rosario, Sta. Fe., 24-26/4/2008.

- MAIDA de VACCARO, ALCICIA ROSA y TRAUTMAN, PATRICIA ELENA, Consideraciones acerca de la pretensión punitiva del Estado frente al escribano, ponencia de la XXVII Jornada Notarial Argentina, Rosario, Sta. Fe., 24-26/4/2008.

- FALBO, MIGUEL NORBERTO, Función del notario en cuanto a la dación de fe de conocimiento. Responsabilidad que asume y sus límites razonables, Revista del Notariado 850, nov-1997.

- XXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA, Rosario, octubre 1991, Conclusiones Tema I, Fe de Conocimiento.

- CRISTINA ARMALLA Y OTROS, FUNCION NOTARIAL Y RESPONSABILIDAD, RN 886 Y 887 AÑO 1986

- GIRALT FONT, JAIME - BRASCHI, AGUSTIN O. - VISCARRET, MARGARITA E., - ACQUARONE, MARIA T., - Fe de Conocimiento, Ponencia Tema I, XXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA, Rosario, octubre 1991.

- AREVALO, JORGE, Fe de Conocimiento, Ponencia Tema I , XXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA, Rosario, octubre 1991.

- GARCIA CONI, De mi conocimiento, doy fe, Ponencia Tema I, , XXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA, Rosario, octubre 1991.

- GAGLIARDI, OSCAR E., Fe de Conocimiento y Documento de Identidad, Revista del Notariado 807, oct-dic 1986.

- BOLLINI, JORGE A., Fe de Conocimiento, Revista del Notariado 772, jul-agos 1980.

- ARMELLA, CRISTINA - BONANNO, SUSANA M. - CRESPO, AGUEDA L., Fe de conocimiento. XVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, agosto 1988. Tema I, Fe de conocimiento, crisis de los medios tradicionales de identificación.

- SOLARI, OSVALDO S., Fe de conocimiento, XVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, agosto 1988. Tema I, Fe de conocimiento, crisis de los medios tradicionales de identificación.

- GARCIA CONI, RAUL R., Fe de conocimiento, Ponencia Tema I, XVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, agosto 1988.

MÓNICA NECCHI: "Responsabilidad notarial"

- FERRARI CERETTI, FRANCISCO M., Fe de conocimiento, Ponencia Tema I, XVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, agosto 1988.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO, Escrituras y Actas notariales, Bs. As. Ed. Astrea, 2003.
- RESEÑA Nº 8, MAYO DE 2000, ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, TEMA FE DE CONOCIMIENTO.
- GATTARI, CARLOS NICOLAS, Práctica Notarial tomo 15, Ensayo sobre la fe de conocer, Bs, As, LexisNexis, 2005.
- LAMBER, RUBEN AUGUSTO, La escritura pública tomo I y II, FEN, Colegio de Escribanos Bs. As., 2003.
- ZINNY, MARIO ANTONIO, El acto notarial, Bs.As., Depalma., 1990.
- GUTIERREZ ZALDIVAR, ALFONSO, Los notarios en el Common Law, Revista del Notariado 866, oct-dic 2001, p. 187.

Cita de este artículo:

NECCHI, M. (2011) "Responsabilidad notarial". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.63-144 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL ESPEJO DE PRÓSPERO

Ab. María Cristina Amuchastegui

Abogada, maestrando en Maestría en "Estudios Sociales en América Latina".
Profesora Adjunta de Derecho Comercial III.
Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras Clave:

Culpabilidad; evolución dogmática.

Key Words:

Culpability; dogmatic evolution.

Resumen

El presente trabajo consiste en un breve análisis sobre las ideas propias de la modernidad: tales como el liberalismo, el Marxismo y la democracia en el contexto latinoamericano. Tanto Iberoamérica como Angloamérica participaban las culturas políticas de sus respectivas madres patrias, como bien dice Richard Morse en su obra "El Espejo de Próspero".

Abstract

This work consists of a brief analysis on the dogmatic evolution of the concept of culpability as a category inside the General Theory of Crime. To this respect, the culpability -indispensable budget to apply a punishment- has been mutating and developing, being analyzed here from the perspectives of the psychological conception, the normative conception, the "purely normative " conception of the finalism and the functionalists of Claus Roxin and Günter Jakobs.

Análisis de las ideas de la Modernidad (Liberalismo, Marxismo, Democracia) en América Latina.

Haremos un breve análisis de ideas propias de la modernidad: tales como el liberalismo, el Marxismo y la democracia en el contexto latinoamericano.

Tanto Iberoamérica como Angloamérica compartían las culturas políticas de sus respectivas madres patrias, como bien dice Richard Morse en su obra "El Espejo de Próspero".

En Iberoamérica, es difícil distinguir los virreinos americanos como cuerpos políticos separados de la metrópolis por dos factores: 1) La teoría política de España tenía un carácter imperial y en 2) lugar la integración de las Instituciones burocráticas, eclesiásticas y académicas de España con sus colonias.

Hacia el siglo XVIII Iberoamérica avanza hacia la independencia política.

La situación en Iberoamérica era compleja, además de analizar el argumento bien documentado de Stoetzer "de que la revolución independentista hispanoamericana fue un asunto de familia español, en que no influyeron ideologías foráneas, que tenía una base profundamente española y medieval, y que el pensamiento político que la desencadenó fue... el escolasticismo tardío del siglo de oro español", debemos examinar también la coexistencia de esa tradición con corrientes ideológicas que llegaron del Occidente "Moderno" siguiendo de cerca la emancipación.⁵³

Algunos historiadores hablan de un inicial momento basado en las ideas de Francisco Suárez en la transición Iberoamericana hacia la independencia, la mayoría concuerda en que pronto se abandonaron las ideas de la neoescolástica en favor de

⁵³ Morse Richard: "El Espejo de Próspero". Mundo Ibéroamericano, contexto de la Ilustración, Pag. 94.

argumentos que tenían su fuerte en razonamientos Anglofranceses. Leopoldo Zea afirma que la emancipación política origina una emancipación mental.

Como bien dice Richard Morse "El problema de la Independencia Iberoamericana no es una combinación de las visiones del mundo Ibérico y Anglofrancesa, sino es de que ninguna versión de cualquiera de ellas o la mezcla de ambas podía ofrecer una ideología "hegemónica" que encontrara aceptación en sociedades cuyas identidades nacionales eran improvisadas, no estaban consolidadas y donde el poder soberano no estaba legitimado".

En la década de 1760 se observa en las Universidades Hispanoamericanas, una aceptación de la razón. Este momento estuvo gobernado por un eclecticismo. Se enseñaban Teorías Políticas basadas en el derecho natural y en contrato social. En ambas Américas predominaba una posición que combinaba un profundo sentimiento religioso con el rigor del Jansenismo y el republicanismo de Rousseau.

Reaparece "este principio de incertidumbre" en la Argentina con la generación de 1837 donde vemos como Alberdi con un proyecto constitucional orientado hacia la conciliación de los valores igualitarios de una república abierta a todos, pero con valores jerárquicos de una república para unos pocos.

Todo este argumento no es incompatible con el pensamiento de Zea respecto a que el pensamiento Iberoamericano va a la deriva en el siglo XIX y encuentra sus fundamentos en el siglo XX.

La inteligencia del mundo Ibérico no estaba en condiciones de organizar una ideología hegemónica en el periodo 1760 – 1840.

Para un juicio comparativo de las dos culturas políticas en el despertar de su nacionalidad es necesario tomar como referente a el "Facundo" de Sarmiento junto a sus "Viajes por los Estados Unidos". La interpretación de Facundo es que presenta una tierra partida por la civilización incubada en las ciudades y la barbarie de las pampas, cuyo correlativo político es el republicanismo contra la tiranía; como bien

dice el autor del "Espejo de Próspero", el escenario que describe Sarmiento recuerda a Arabia o las llanuras Tártaras y en el se enfrentan dos "civilizaciones": una cultura feudal del siglo XII y otra que representa las realidades contemporáneas europeas. A esto agrega el contraste entre la moderna Bs.As. con Córdoba, según el autor, refugio de los españoles fugitivos, y del escolasticismo aristotélico del siglo XVII.

Sarmiento después de escribir Facundo viaja por primera vez a Europa y los Estados Unidos. Su viaje lo lleva a nuevas conceptualizaciones y lo ayuda a superar la antinomia civilización - barbarie hacia nuevas convicciones de nuevas bases políticas.

Para Sarmiento el pueblo norteamericano "lleva... en su cerebro, orgánicamente cual si fuera una conciencia política, ciertos principios constitutivos de la asociación"⁵⁴.

Descubre que las sociedades europeas eran tan represivas como las de Hispanoamérica y que solo los Yanquis... "eran el único pueblo culto que existe en la tierra, el último resultado obtenido de la civilización moderna". De esto resulta que en análisis de Sarmiento anticipa las obras de Maine y Durkheim.

En la evolución de sus ideas, llega a la convicción de que el gobierno se basa en el consentimiento no premeditado que una nación da a un hecho permanente. Donde hay deliberación no hay autoridad, y sin darse cuenta con esta premisa se remonta a Francisco de Vitoria para muchos el fundador del Derecho Internacional Público.

Liberalismo y Democracia en el contexto Iberoamericano.

La desorganización del pensamiento político en Iberoamérica desde el siglo XVIII, ha aumentado gracias al nacionalismo, a la irrupción capitalista, entre otros factores que han producido aperturas hacia el liberalismo, la democracia y el

⁵⁴ Richard Morse "El Espejo de Próspero" pág. 109.

marxismo. Los angloamericanos, vieron acotados sus problemas políticos, con el simple enfrentamiento de liberalismo y democracia. En Iberoamerica, el problema es más amplio, allí el liberalismo no pertenecía a la cultura política. El liberalismo, en este contexto, se utiliza como vocabulario, como ideología, como programa económico pero no como forma de vida política.

Zea analizando el pensamiento Iberoamericano llega a la conclusión que este quedo a la deriva del siglo XIX y solo descubre sus fundamentos en el XX. Además, aquí el liberalismo no pudo realizar una unión sólida con la democracia según Rousseau. Asimismo podemos destacar que en Iberoamerica el liberalismo y la democracia no interactuaron directamente sino que fueron funcionando en forma independiente a una cultura política en la que ambos influían pero ninguno podía remplazar.

Como bien dice Richard Morse, en el capítulo "Liberalismo y Democracia Iberoamericanos" de su obra "El Espejo de Próspero", que estamos analizando, la historia de la democracia en Iberoamerica es más difícil de seguir que la del liberalismo debido a su diversidad, su expresión incipiente y popular, y consecuentemente la escasez de formulaciones ideológicas. La democracia en Iberoamerica toma elementos de la teoría monárquica de los escolásticos jesuitas, de los principios de Santo Tomás de Aquino y de la tradición Católica. En la época de la Independencia, aparecieron movimientos populares amplios inspirados en Rousseau unidos al populismo ibérico. El Rousseauianismo exponía varios supuestos neoescolásticos acerca de los fundamentos del orden político.

En el Contrato Social Rousseau estipula que los derechos privados deben ser confiados a la comunidad directamente antes que a través del príncipe, así el democratiza la premisa neoescolástica entre la originación y la alienación del poder. La premisa mayor Rousseauiana es que el pueblo es siempre el soberano y por ende da la ley, o debe dar la. Se entiende porque: "Las leyes no son propiamente otra cosa que las condiciones de la asociación civil" (Contrato Social, libro II, capítulo 4). Naturalmente "el pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas".

El propósito del Estado Rousseauiano igual que el de Suárez, es el bien Común. Después de la independencia la influencia de Rousseau se evaporó, a pesar de esto en Iberoamérica se produjo un segundo florecimiento del impulso Rousseauiano durante décadas "populistas" de 1920 a 1960.

Aperturas hacia el Marxismo,

El marxismo latinoamericano no progresó en forma lineal, su historia es compleja con avances y retrocesos. Como bien dice Richard Morse ... "No es que la Iberoamérica preindustrial no presentara condiciones objetivas para el florecimiento de la conciencia de clase revolucionaria, sino que sus disidentes intelectuales y políticos no elaboraron un marxismo "indígena" comparable al pensamiento marxista rusificado..."

La diferencia estaría en el hecho de que los intelectuales rusos podían ver su nación como un pueblo unitario de antigua identidad histórica, no así los Iberoamericanos que en su corta historia no encontraban su identidad como pueblo, ni siquiera pudieron en algunos casos, después de la independencia establecer con claridad sus límites geográficos.

... "El problema de Indios, afroamericanos, y descamisados solo tendría formulaciones políticas vigorosas en el siglo XX" ⁵⁵ El pensador peruano de la década de 1920, José Carlos Mariátegui (1894-1930) delineo una base para un marxismo indígena. Más que cualquier otro intelectual iberoamericano contemporáneo, fue capaz de entender, la realidad de su tierra y de interpretarla a su luz de los dilemas occidentales.

Sus tres años y medio de residencia en Europa, le permitieron elevarse por encima de la dicotomía entre soluciones importadas e indígenas para los problemas de "Indoamerica" para afirmar que la única solución para esto estaba en el pensamiento y la ciencia europea.

⁵⁵ ibídem. Pág 130.

Igual que los críticos y revolucionarios rusos desde 1848, estuvo en condiciones de concebir un programa radical no evolutivo para solucionar los problemas de Indoamerica.

... "se reconoce a Mariátegui el haber reformulado el pensamiento marxista hasta comprometerlo en forma fructífera con la cultura política de Indoamerica" ⁵⁶.

Mostró por que el liberalismo no había logrado renovar actitudes e instituciones coloniales y asimismo de su lenguaje se infiere que no hacía distinción marcada entre el liberalismo y la democracia occidental.

Macpherson dice que los ideólogos progresistas de países pobres, al tiempo que rechazan el unitarismo individualista liberal, son agudamente selectivos en su fusión de elementos de las tradiciones nacional y europea. Inevitablemente atraídos por el marxismo, también son sumamente receptivos a la tradición rousseauiana "En realidad", dice Macpherson, "es donde el marxismo y esta ideología democrática original se superponen, que los dirigentes de las modernas revoluciones de los países subdesarrollados se encuentran ideológicamente en terreno propio" ⁵⁷.

En la época en que Mariátegui escribía, Argentina, Chile, Uruguay y Brasil mostraban ser naciones precursoras que iban abriendo con éxito caminos hacia el cambio. En su obra "Siete ensayos" menciona a Argentina y Brasil como naciones donde el capital y los inmigrantes europeos habían permitido una evolución hacia la democracia burguesa que en otros países había sido bloqueada por los restos del feudalismo.

⁵⁶ Ibidem Pag 144.

⁵⁷ Ibidem Pag. 194.

Es en estos ambientes en donde la mezcla de tradición propia con proposiciones rousseauianas se puede encontrar los terrenos más aptos para dialéctica prolongada. A modo de conclusión, por este breve análisis, de las ideas de la modernidad (liberalismo, marxismo y democracia) en América Latina de la obra de Richard Morse podemos inferir que aquí la tradición democrática, tiene cierta ventaja sobre el marxismo, en cuanto este en sus formulaciones más ortodoxas a menudo discrepa con las premisas de la cultura política iberoamericana.

Bibliografía

Richard Morse.

Un estudio dialéctico del Nuevo Mundo.

El Espejo de Próspero.

Editorial Siglo Veintiuno, 2 edición.

Cita de este artículo:

AMUCHASTEGUI, M. C. (2011) "El ESPEJO DE Próspero".
Revista IN IURE [en línea] 1 de Noviembre de 2011, Año 1,
Vol. 2. pp.145-152 Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

LA LESIÓN: CONCEPTO – ELEMENTOS

Ab. Elsa Manrique

Abogada, Escribana, Especialista en Derecho de Contratos y especialista en Derecho. Profesora de Derecho Privado VIII y Comercial I y Teoría del Negocio Jurídico en la Universidades Nacional de Córdoba y Nacional de La Rioja.

Palabras Clave:

Vicios de los actos jurídicos. Buena fe. Equivalencia de las prestaciones.

Key Words:

Vices of legal acts. Good faith.

Resumen

Esta equivalencia de las prestaciones debe ser respetada por todas las personas cuando se celebran los distintos actos jurídicos, pero no debemos exagerar y caer en el error de generar inseguridad en las transacciones efectuadas.

Abstract

This equivalence of benefits must be respected by all people when they celebrate the various legal acts, but we should not overdo it and fall into the trap of creating insecurity in the transactions.

INTRODUCCIÓN

En los actos jurídicos debe imperar la equidad, la buena fe, la lealtad y la licitud, estos principios son propios de todos los negocios jurídicos.

La lesión es un menoscabo que se produce cuando la prestación que corresponde realizar a una de las partes excede a la debida por la otra.

Esta equivalencia de las prestaciones debe ser respetada por todas las personas cuando se celebran los distintos actos jurídicos, pero no debemos exagerar y caer en el error de generar inseguridad en las transacciones efectuadas.

El principio de afianzar la justicia consagrado en nuestra Constitución Nacional, nos obliga a observar que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a enaltecer los valores y a la finalidad para la cual fue creado el acto jurídico, situación equitativa que surge afectada cuando por culpa de una de las partes la prestación nominal a su cargo se ha visto alterada en su valor⁵⁸.

CONCEPTO

Analicemos algunas definiciones que nos proporciona la doctrina del instituto de la lesión:

Rivera, Julio Cesar sostiene que la lesión es el defecto del acto jurídico que consiste en una desproporción injustificada de las prestaciones, causada por el aprovechamiento del victimario del estado de inferioridad de la otra parte⁵⁹. Este jurista, aplica la lesión a todos los actos jurídicos, sin distinguir. Continúa diciendo que consiste en una desproporción injustificada de las prestaciones, no señala la dimensión que debe tener esa desproporción, (evidente, notable, grosera, desmesurada, de más del 50%), pero específica que debe ser injustificada. Nos dice

⁵⁸ TRIBUNAL DEL TRABAJO nro.1, Morón, PEÑA GABRIELA C/ TREFILIO JORGE S/ Despido", 2/2002, <http://www.eft.com.ar/jurisprudencia.asp?arch=jurisp/bsasprov.htm>.

⁵⁹ RIVERA, Julio Cesar, *Homenaje al Dr. Guillermo A Borda*, ed. La Ley, año 1985, Bs. As., p. 304.

que debe ser originada en el aprovechamiento por una de las partes, (elemento necesario en la figura de la lesión). En cuanto a los estados de inferioridad de la otra parte, no establece cuáles son esos estados en forma detallada, de tal forma se podría invocar otros estados de inferioridad además de los tradicionales. Este concepto tiene un enfoque objetivo-subjetivo.

Cifuentes, Santos define la figura diciendo que es una anomalía del negocio jurídico que consiste en un perjuicio patrimonial que se provoca a una de las partes cuando, en un acto jurídico oneroso y bilateral, se obtiene de ella prestaciones desproporcionadas a través del aprovechamiento de su necesidad, ligereza o inexperiencia"⁶⁰, no nos proporciona un concepto cabal de la figura.

Ossipow, Paul sostiene que la lesión es el perjuicio económico que experimenta una de las partes, en el momento de conclusión del contrato, y que consiste en la desproporción evidente de las prestaciones intercambiadas, determinada por la explotación de la miseria, ligereza o inexperiencia de ella⁶¹. Este concepto es muy completo, consagra los dos elementos: a) el elemento objetivo, es decir, la desproporción evidente de las prestaciones y, b) el elemento subjetivo integrado por: 1) la explotación de la víctima de lesión y, 2) las situaciones de inferioridad que puede sufrir la víctima de lesión: la miseria, ligereza e inexperiencia del lesionado. Limita en su definición los estados subjetivos de la lesionada. Señala que el perjuicio económico debe ser valuado "*...en el momento de la conclusión del contrato*". Hay legislaciones que establecen que debe tenerse en cuenta el perjuicio sufrido en el momento de celebrarse el contrato definitivo, otros sistemas legislativos coinciden con la postura abordada por el autor. Es el único autor que en su definición menciona la época en que debe producirse el vicio. La desproporción debe ser evidente para este jurista.

En todas las definiciones falta algún requisito para configurar la figura de la lesión.

⁶⁰ CIFUENTES, Santos, *Código civil anotado y leyes complementarias*, bajo la dirección de Sagama, Fernando, ed. La Ley, 2004, p. 355.

⁶¹ OSSIPOW, Paul, *De la Lesión. Elude de droit positif et droit comparé*, Sirey, París, 1940, p. 291.

La desproporción entre el precio convenido y el justo precio (lesión objetiva) no vicia el contrato, pues los contratantes valoran subjetivamente la equivalencia de las prestaciones, por lo que ella varía con cada caso y contratante. No se trata de que el derecho prohíba los *malos negocios*, vender barato o comprar a precio excesivo, sino que la ley formula una objeción sobre el *aprovechamiento*, que puede ser la explicación o razón de ser de aquella conducta.

Para que se anule el acto por este vicio, es suficiente que el sujeto lesionado haya actuado sufriendo algunos de los estados de inferioridad comprendidos en la ley, la explotación de esa situación por el lesionante, además del elemento objetivo.

Los actos jurídicos alcanzados por la lesión deben comprender los actos jurídicos bilaterales onerosos⁶². En los contratos gratuitos sólo una de las partes realiza la prestación, al no haber contraprestación no puede haber desequilibrio como, por ejemplo, en el contrato de comodato.

Tampoco la explotación de la situación de inferioridad de uno de los contratantes puede existir en los actos jurídicos unilaterales (contrato de depósito). Se define a los actos jurídicos unilaterales como aquéllos que se perfeccionan por la voluntad de un solo sujeto. Por ello, no cabe el vicio de lesión, aunque, si la voluntad de una parte ha sido inducida a error, o hubiesen existido maniobras dolosas a fin de celebrar el acto, éste sería anulable, pero por los vicios del consentimiento.

Con respecto a los contratos aleatorios, debe distinguirse si el álea es real o ficticia y luego determinar si computando el álea real se configura, de todos modos, una inequitativa explotación de la diferencia notable de las prestaciones.

La regla general es que la lesión debe alcanzar a los actos jurídicos bilaterales y onerosos, comprendiendo dentro de la última clasificación a los conmutativos y en algunos casos a los aleatorios.

⁶²MOISSET DE ESPANÉS, Luís, *La lesión en los actos jurídicos*, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, "Premio año 1967", ed. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección general de publicaciones Córdoba, Argentina, año 1979, p. 213.

La Ley 17.711 incorporó la lesión en el 2do. párrafo del art. 954 del C. C., consagró la fórmula objetiva-subjetiva, teniendo en cuenta el aprovechamiento de una de las partes (victimario) y la víctima con su condición de inferioridad.

Siguió las recomendaciones del tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 con algunas modificaciones.

ELEMENTOS DE LA LESIÓN

Hay dos posturas que contemplan los elementos:

1) La fórmula objetiva tiene un solo elemento que es la desproporción de las prestaciones, como por ejemplo el Código Civil de Colombia que establece en su artículo 1947: *"El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella..."*. La lesión enorme está estructurada en este código sobre un factor puramente objetivo (el justo precio), con independencia del móvil subjetivo. Es decir, el contrato es lesivo por contener una desproporción entre el valor de las prestaciones recíprocas que alcanza la cuantía establecida por la ley, y por ello es rescindible⁶³.

2) El enfoque objetivo- subjetivo: postura que contempla nuestro Código Civil. Dentro de este criterio hay dos posiciones: a) Quienes sostienen que la lesión posee dos elementos: a) el objetivo, que consiste en la desproporción de las prestaciones,

⁶³ Quedó así agregado al artículo 954 del C. C.: *"También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo 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 deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción, cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste, si éste fuera ofrecido por el demandado al contestar la demanda"*.

lo que supone exteriorizar una anomalía en el sinalagma del contrato, y b) el subjetivo, el aprovechamiento de una de las partes de la necesidad, inexperiencia o ligereza de la otra parte. b) Quienes sostienen que la figura posee tres elementos: a) el elemento objetivo, la desproporción. b) el aprovechamiento de una de las partes sobre la otra, c) los estados de inferioridad de la víctima de lesión.

Este último criterio, que contó con un sólido apoyo en la doctrina argentina, encontró posteriormente eco en la jurisprudencia y actualmente parecen ambas inclinarse hacia esta segunda postura.

Elemento objetivo:

La desproporción de las prestaciones:

Se denomina contrato bilateral al que genera obligaciones recíprocas para ambos contratantes. En estos contratos las obligaciones que asumen las partes se originan en el mismo momento y están interrelacionadas entre sí, por ejemplo en la compraventa el precio que abona el comprador está relacionado con el bien que entrega el vendedor, si una de las obligaciones no existiera por cualquier motivo la otra tampoco, cada contratante no está obligado a su propia prestación.

Llambías sostiene que la esencia de la bilateralidad es la reciprocidad de las prestaciones⁶⁴. En una palabra, se trata de establecer una relación de equivalencia entre las prestaciones debidas entre el deudor y acreedor. Si existe una desproporción a favor de una de las partes aparece el perjuicio o menoscabo patrimonial que afecta el acto jurídico⁶⁵.

⁶⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil anotado* - T. III-A -, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 18.

⁶⁵ JORNADAS PREPARATORIAS CONGRESO DE DERECHO CONCURSAL, Rosario, 2006, <http://www.colegiosn.com.ar/junyentbas.asp>.

Algunos juristas sostienen que la desproporción de las prestaciones debe dejarse al arbitrio de los jueces, y que debe surgir del análisis de cada caso en concreto planteado en sede judicial⁶⁶

El tema de la proporción o desproporción entre las prestaciones a cargo de las partes comienza adquirir importancia al analizar la ineficacia de un acto jurídico celebrado.

*"Cuando hay una gran desproporción entre las contraprestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que el aprovechamiento de la inferioridad de una de las partes a menos que se trate de una liberalidad. Las mismas cláusulas del contrato están demostrándolo"*⁶⁷.

Hay otros postulados muy importantes a considerar que son los que consagran la obligatoriedad de los contratos, dando lugar al principio de *pacta sunt Servanda* y al principio de la autonomía de la voluntad. El contrato celebrado ante la inequivalencia de las prestaciones no debe ser cumplido porque es injusto. La obligatoriedad del pacto tiene que estar subordinado al principio de justicia.

Por el principio del *pacta sunt servanda*, entendemos que lo convenido entre las partes es el fiel reflejo de su intención y voluntad, los contratantes no pueden negarse a cumplir las obligaciones asumidas en el contrato⁶⁸. Los principios *pacta sunt servanda* y *la autonomía de la voluntad* nos brindan seguridad jurídica y, el *principio del equilibrio patrimonial o equivalencia entre las prestaciones* nos lleva al valor supremo de justicia.

Cuando una persona celebra un contrato bilateral y oneroso espera que las prestaciones tengan cierta equivalencia. El desequilibrio que surge entre el valor de las prestaciones conspira contra de la justicia conmutativa.

⁶⁶ SPOTA, Alberto, "La lesión como causa de impugnación del contrato", Tercer Congreso de Derecho Civil, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, p. 543.

⁶⁷ BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, por, 5ta.edición, ed. Perrot, Bs. As., pag. 63.

⁶⁸ HORNA, Pierre Martin, "Análisis exegético de la doctrina general del contrato a la luz del contrato celebrado por medios electrónicos", Perú, 2000, <http://www1.monografias.com>.

La equidad exige un equilibrio patrimonial a través de cierta equivalencia entre las prestaciones que recíprocamente se intercambian los contratantes. Pothier manifestó que cuando la igualdad se infringe y uno de los contratantes da más de lo que recibe se vicia el contrato atentando contra el principio equidad⁶⁹.

El artículo 954 de nuestro C. C. consagra que "...Se presume, salvo prueba en contrario, que existe... explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...".

Este párrafo ha provocado opiniones dispares en la doctrina:

1) Hay autores que sostienen que la *presunción de explotación* contenida en el tercer párrafo del artículo 954 del C. C. es confusa. Según esta postura, el actor debe invocar su condición de inferioridad y demostrar un notable desequilibrio en el sinalagma contractual. Si el demandado no puede demostrar su intención de no aprovecharse de la víctima, el contrato puede ser resuelto o reajustado.

2) Otros autores hacen la diferencia entre *la notable desproporción* y *la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada*: Esta tesis asevera, que cuando la desproporción es evidente dicha *presunción* no existe y, por el contrario, si la desproporción es notable, la explotación se presume.

3) Otro sector de la doctrina justifica la introducción de la *presunción de explotación* en el tercer párrafo del artículo 954, pues resulta beneficioso para la víctima de lesión facilitarle la engorrosa tarea de probar los otros extremos solicitados por la ley.

Todas estas posturas analizadas sostienen que la lesión posee un sólo elemento subjetivo: el aprovechamiento de las condiciones de inferioridad de la víctima del acto lesivo.

4) Otros juristas diferencian los tres elementos del acto lesivo: Quien pretende anular o reajustar el acto lesivo deberá acreditar dos elementos: a) la desproporción

⁶⁹ POTHIER, Robert J., *Ouvres de Pothier. Les Traités du Droit Francais*, tome premier, neuve édition, ed. Charles Bécourt, París, 1835, p. 21.

de las prestaciones, y b) su estado de inferioridad. Demostrado estos extremos, la ley presume la existencia de la explotación, admitiendo prueba en contra.

Concluimos diciendo que la equivalencia de las prestaciones surge en las negociaciones preliminares, en ese momento se plasma la armonía, la equidad y la igualdad de las partes, y las prestaciones se deben cumplir conforme al acto jurídico celebrado.

Para que el precio sea justo debe existir una equivalencia entre el bien y el dinero que se pague por él.

Es menester que, además del elemento objetivo, exista una causal subjetiva que provenga de un estado de inferioridad que padezca el lesionado.

La equidad en las transacciones jurídicas significa "igualdad de las prestaciones recíprocas".

Elemento subjetivo:

a) El aprovechamiento de una de las partes:

El aprovechamiento se puede definir como "...especie de mala fe con la que el acto jurídico resultaría viciado por estar exclusivamente al servicio de aquel que quiere aprovechar la situación de necesidad, penuria o inexperiencia de su contraparte"⁷⁰.

En el acto lesivo para que haya aprovechamiento es necesario que el contratante haya explotado la penuria de la otra parte, para esto es suficiente que haya conocido, o al menos debido conocer su situación de inferioridad. Por tales motivos, el acto viciado de lesión, que nosotros calificamos como un acto ilícito, podrá por tanto ser doloso o culposo.

⁷⁰ SANDLER, Héctor R., "La lesión como causa de impugnación del contrato", Tercer Congreso de Derecho Civil, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, p.559.

b) *El estado de inferioridad:*

En cuanto a los estados de inferioridad que puede padecer la víctima de lesión, algunas legislaciones utilizan expresiones como *otros motivos análogos* o *entre otros supuestos*.

Las situaciones de penurias contempladas en nuestro Código Civil son:

1) La necesidad: es un estado de angustia que impulsa a la víctima a contratar, limitando o dificultando su facultad para decidir. Puede ser de carácter económico, o espiritual. Es la falta de todo elemento indispensable para la propia conservación, es una situación de indigencia, escasez, penuria, apretura, estrechez, etc⁷¹.

2) La ligereza: Hay dos posturas al respecto:

a) Una posición mayoritaria equipara el estado de ligereza que dispone el art. 954 del C. C. a la situación de los inhabilitados comprendidos en el 152 bis del C. C.

b) Otros juristas sostienen que la ligereza no sólo comprende a los inhabilitados del 152 bis del C. C., sino que además, pueden padecer este estado las personas normales que procediendo sin la debida cautela y con precipitación celebran actos jurídicos sin medir las consecuencias de los mismos.

Creemos que el concepto de ligereza que legisla el art. 954 del C. C. se limita a quienes padecen una disminución de sus facultades psíquicas que están incluidos por el artículo 152 bis del Código Civil⁷². Es una situación patológica que disminuye el razonamiento y discernimiento, está relacionado con la disminución de las facultades mentales de la persona sin llegar a una incapacidad.

⁷¹ BUTELER CACERES, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, ed. Advocatus, Córdoba, 2000, p. 302.

⁷² *Ibidem*, p. 303.

No actúa con ligereza quien procede en forma irreflexiva y sin analizar adecuadamente las ventajas y desventajas del negocio jurídico realizado.

El art.1198 del C. C. consagra el deber general de diligencia y el artículo 512 del mismo cuerpo legal dispone el deber de cada persona de obrar con diligencia en el cumplimiento de la obligación, la culpa del deudor consiste en no obrar con las diligencias propias de la naturaleza de cada obligación teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar.

Estas personas comprendidas en el art. 152 del C. C., que tienen deficiencias psíquicas o sólo físicas, que actúan bajo la apariencia de personas normales, no pueden realizar actos jurídicos, comprometer su patrimonio sin la anuencia del curador. Estos actos son nulos de nulidad relativa.

3) La inexperiencia se configura ante una situación de inferioridad notoria, inocultable, en materia de información y cultura⁷³. Significa la *ausencia de experiencia*, es decir, la falta de enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o el vivir⁷⁴. Quien actúa con inexperiencia no lo hace inducido por el error, pues no tiene un falso conocimiento de los acontecimientos, sino que actúa de manera incorrecta por falta de hábito o de práctica teniendo un adecuado conocimiento de la realidad.

Otros estados de inferioridad consagrados por la doctrina, la jurisprudencia son: miseria, avanzada edad, dependencia económica, sometimiento de una parte a la otra, desgracia y penuria entre otros.

Concluyendo diremos que en la interpretación de los contratos debe primar la buena fe y el sentido que el uso general se otorga a los vocablos, para lo cual corresponde tomar las cláusulas atendiendo a la intención común de los contratantes de acuerdo al uso y la práctica analizando los hechos subsiguientes al contrato y realizando un análisis de conformidad con su naturaleza y las reglas de equidad.

⁷³ *Ibidem.*, p. 303.

⁷⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, ed. 21ra., ps. 1161 y 935.

El instituto de la lesión debe aplicarse con suma cautela, no olvidemos que los pactos han sido celebrados para ser cumplidos, deben respetarse como la ley misma. No puede utilizarse la figura de lesión para liberarse de las consecuencias de los malos negocios celebrados.

Esta figura debe ser admitida únicamente cuando la inequivalencia de las prestaciones es importante, grave, notable, evidente, pues esto fue establecido sabiamente para la seguridad y la libertad de comercio que exige, que no se puede volver contra las convenciones celebradas, de lo contrario nadie se atrevería a contratar por temor de ser demandado.

Las partes contratantes deben respetar y hacer respetar el ordenamiento social y ético armonizando su conducta con el mismo. La persona que se aparte de esa conducta, que no observe las reglas de la moral, no merece el amparo del ordenamiento jurídico argentino, pues es una persona que abusa de su derecho. Por ello, no debe quedar indemne, "*el derecho no puede tolerar que el hombre sea lobo del hombre*"⁷⁵.

⁷⁵ SANDLER, Héctor R., "La lesión como causa de impugnación del contrato", en Tercer Congreso de Derecho Civil, tomo II, <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actatercercongresodsciviltomodos.pdf/view>, 9-14 de Octubre de 1961.

BIBLIOGRAFÍA

- BORDA, Alejandro, "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, 1998.
- BORDA, Alejandro, "Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de lesión. Apuntes sobre el proyecto de Código Civil de 1998", *LA LEY* 1999- E.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general II*. ed. Perrot, Bs. As., 1980.
- BORDA, Guillermo A., "Acerca de la lesión como vicio de los actos jurídicos", *LA LEY* 1985-D.
- BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, ed. Perrot, Bs. As., 1971.
- BORDA, Guillermo A., "La lesión como causa de impugnación del contrato", dictamen preliminar presentado con motivo del Tercer Congreso de Derecho Civil, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1961.
- BORDA, Guillermo A. y BORDA, Alejandro, *Tratado de Derecho Civil: Contratos*, ed. Abeledo Perrot/Lexis Nexis, Argentina, 2005.
- BREBBIA, Roberto H., "Los vicios de la lesión subjetiva y simulación en los actos jurídicos", *LA LEY*, t. 1998-F.
- BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, ed. Astrea, Bs. As., 1995, t. II.
- BREBBIA, Roberto H., *Instituciones del derecho civil*, ed. Juris, Rosario, 1997.
- BUDANO ROIG, Antonio R. "Algunas consideraciones sobre la lesión subjetiva", *LA LEY* 1983-A.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La presunción legal en la lesión subjetiva", *LA LEY*, 1982-D.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Imprevisión y lesión subjetiva en un ponderado fallo", *LA LEY* 1986- D.
- BUTELER CACERES, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, ed. Advocatus, Córdoba, 2000.
- CROVI, Luís D., "El vicio de lesión en los acuerdo transaccionales", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1998-III.
- CROVI, Luís D., "La lesión en los negocios jurídicos", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1998-I.
- COVIELLO, Nicolà, *Manuale de Diritto Civile Italiano. Parte General*. Editorial Editrice. Libreria Milano, Italia, 1926.
- D'ANGELO, Andrea "Disciplina del contratto, buona fede contrattuale e buona fede formativa", Italia, 2002, <http://www.diritto.it/art.php?file=/funz/send.php>.
- DARRONE, José, *Diccionario Jurídico*, ed. Abeledo Perrot, 1986/87.
- DEMARCHI, Guadalupe, "La lesión", *Revista Jurídica Seduc*. Paraguay, año 1997, <http://www.monografias.com>.
- DE PAGE, Henri, "Le probleme de la lesion du contrats", [http://www search.epnet.com](http://www.search.epnet.com).
- DI CIÓ, Alberto A., "La lesión subjetiva en el art. 954 del C. C", *EL DERECHO* 40, 1991.
- DÍEZ-PICAZO Luis, "Ponència a les XII Jornades de Dret Català a Tossa, Segona Ponència, La Reforma dels Codis Civils en un Context D'aproximació Europea" civil.udg.es/tossa/2002/textos/pon/2/ldp.htm.
- DI PAOLA, Ricardo A., "Algunas cuestiones acerca del vicio de lesión", *LA LEY*, 1994-B.

- FREIRE AURICH, Juan Francisco, "Lesión subjetiva: Inadmisibilidad del ofrecimiento subsidiario del reajuste equitativo del contrato", *LA LEY* t. 1998 - C.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, tomo XII, Uruguay, 2000.
- GANC, Diana B., "Visión retrospectiva y actualizada de la lesión", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 2001-IV.
- GARCIA MENDITA, Carmen, "El concepto de lesión", <http://www.universidadabiertalesion.htm>, año 2004.
- GARIBOTTO, Juan Carlos, "El vicio de lesión. Evolución en el derecho civil argentino", *EL DERECHO*, t.130, 1989.
- GARFIAS, Ignacio Galindo, "La lesión en los contratos. Un análisis", GAY DE MONTELLÁ, Rafael, *Código de comercio español comentado (Legislación, Jurisprudencia y Derecho comparado)*, t. III-I., Barcelona 1936 comparativo". Venezuela, <http://www.todoelderecho.com>.
- GENTILI, Aurelio, "Dejure: lequilibrio del contrato nelle impugnazioi", *Revista di Diritti Civile*, n. 1, ed. CEDAM, Padova, Italia, 2004.
- GHERSI; Carlos A, "Cláusula penal. Lesión subjetiva (Principios generales del derecho.)", *LA LEY* 1989-E.
- GOUX, Catherine, "l'erreur, le dol et la lésion qualifiée, analyse et comparaisons", http://www.fundp.ac.be/recherche/publications/page_view/34436.
- 1992.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "El régimen de la lesión en la reforma", ponencia presentada en el Cuarto Congreso de Derecho Civil, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1971.
- LOPEZ DEL CARRIL, Nelson, "Enfoque económico de la lesión subjetiva" en, *LA LEY* 138, 1970.
- LOPEZ OLACIREGUI, José Maria, "Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva", *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, año X. N. 21.
- LORENETTI, Ricardo L., "La regla de conducta y los contratos", *JURISPRUDENCIA*.
- MARGADANT, Guillermo FLORIS, "Historia de laesio enormes como fuente de sugerencias para la legislación moderna", *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, año X, num. 28, 29.
- MASNATTA, Héctor, "El contrato inmoral", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1958 IV.
- MOEREMANS, Daniel E. "La lesión en los actos jurídicos", *LA LEY*, t. 1992-E.
- MOISA, Benjamín, "¿Un caso de lesión o de nulidad de cláusula abusiva?", nota a fallo, *LLNOA*, 2002.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luís, *La lesión en los actos jurídicos*, *Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, "Premio año 1967", ed. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección general de publicaciones Córdoba, Argentina, año 1979.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Interrupción de la prescripción por demanda", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Suspensión de la prescripción en beneficio de los incapaces", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1972.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La Lesión (art. 954) y el conflicto de leyes en el tiempo", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1972.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La lesión. Algunos problemas vinculados con la aplicación del nuevo art. 954 del Código Civil", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* t. 21, 1926.

- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Los elementos de la lesión subjetiva y la presunción de aprovechamiento", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1974.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La lesión (artículo 954 del Código Civil) y algunos códigos modernos", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1970.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La lesión y el derecho comercial", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1976-I.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La lesión en los actos jurídicos" (tesis doctoral), impresa en la Universidad Nac. de Córdoba, 1965.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, *La lesión y el nuevo art. 954 del C.C.*, ed. Zavalía, Bs. As. 1976.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís "La lesión subjetiva y sus elementos", *LA LEY* 1984-B.
- MOISSET DE ESPANÉS Luis, "El abuso del derecho", <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 954 Cód. Civil). Problemas de la "renuncia anticipada" y de la "confirmación" del acto viciado", *LA LEY* 1980-A.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La lesión y el art. 671 del nuevo código civil de Paraguay", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1447 Código Civil Peruano). Elementos", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, Lesión (art. 1449 Código Civil Peruano). Momento en que debe apreciarse desproporción, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1450 Código Civil Peruano). Demanda. Extinción", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1451 Código Civil Peruano). Acciones rescisorias y de reajuste. Funcionamiento", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", *Jurisprudencia Argentina*, 1980-II.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1452 Código Civil Peruano). Imposibilidad de solicitar la rescisión", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1453 Código Civil Peruano). La renuncia", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1454 Código Civil Peruano). La caducidad de la acción", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1455 Código Civil Peruano). Transacción y subasta judicial", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Lesión (art. 1456 Código Civil Peruano). Partición", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "Hechos y actos jurídicos en la legislación iberoamericana", <http://www.acader.unc.edu.ar>
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "(art. 1447 Código Civil Peruano). Elementos", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "(art. 1448 Código Civil Peruano). Presunción de aprovechamiento", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís "Hechos y actos jurídicos en la legislación latinoamericana", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "La Lesión (art. 954 C. C.), problemas de la "renuncia anticipada" y de la "confirmación" del acto viciado", <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET de ESPANÉS, Luís, "El régimen de la lesión y las quintas jornadas de derecho civil", <http://www.acader.unc.edu.ar>.

- MOLINA, Juan Carlos, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, ed. Astrea, Bs. As., 1969.
- MONFORT, María Jesús, "Los efectos de la rescisión por lesión. Un modelo de comparación". X Jornads de dret Catala a Tossa. El futur del dret patrimonial de Catalunya, Tossa del Mar, 17 a 19 de setembre de 1998, España, <http://www.civil.udg.es/tossa/>, España, 1998.
- MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro "La lesión subjetiva en materia comercial", *LA LEY*, t. 1999-B.
- MORIXE, Horacio, *Contribución al estudio de la lesión*, ed. La facultad, Bs. As. 1929.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nulidad por lesión con base en la regla "iura novit curia", *LA LEY*, t. 1995-D.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Excusabilidad o reconocibilidad del error. La presunción de explotación en la lesión subjetiva-objetiva", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, t. 5, 1920.
- MORIXE, Horacio, *Contribución al estudio de la lesión*, ed. La Facultad, Bs. As. 1929.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Interpretación económica de los contratos", *Revista de Derecho Comparado*, ed. Rubizal-Culzoni, Bs. As., 1994.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge "Las cláusulas abusivas en la contratación", <http://www.rubinzal.com.ar/>.
- ORDOÑEZ, María V., "La rescisión por lesión enorme", Ecuador <http://www.todoelderecho.com>, 2004.
- OSSIPORU, Paul, "De la lesión étude de droit positif et de droit comparé", Francia, <http://www.search.epnet.com>.
- PETRELLI DE ALIANO, María Elisa , " La lesión subjetiva y la ancianidad", revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, <http://www.eldial.com/nuevodial/acde.asp>., año 2006.
- PITTALUGA, Francesco, "La rescissione contrattuale", Italia, 2006, <http://www.diritto.it/art.php?file=/funz/send.php>.
- PIZARRO, Ramón Daniel, "La lesión y la presunción de aprovechamiento consagrada por el artículo 954 del Código Civil", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1997.
- POOT PECH, Jorge Armando, "Principio Non Bis In Ídem Lic. Poot Pech", http://www.tegroo.org.mx/sitio2007/tegroo/activos/pdf/articulos/2005/principio_non_bis_in_idem.pdf.
- POTHIER, Robert, Joseph, *Oeuvres de Pothier, Les traité du Droit Francais*. Tomo I, nouvelle édition, ed. Charles Béchert, París, 1835.
- RAFFO VENEGAS, Patricio y Sassot, Rafael Alejandro, "La lesión", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1971.
- RECABARREN, Guillermo Max Petra, "El instituto de la lesión en la historia", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1971.
- RECABARREN, Guillermo Max Petra, "La lesión objetiva-subjetiva", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 1971.
- RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones del derecho civil. Parte general*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994.
- RIVERA, Julio Cesar, *Homenaje al Dr. Guillermo A Borda*, ed. La Ley, Bs. As., 1985.
- RIVERA, Julio Cesar, "La lesión en el proyecto de código civil de 1998", *LA LEY*, 1999 F.
- RIVERA, Julio Cesar, "Prueba de la simulación y la lesión". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 12, ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1977.

- RIVERA, Julio Cesar, "Cláusulas abusivas" I. *Revista de Derecho Comparado*, ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1998.
- RIVERA, Julio Cesar, "La reforma de la codificación civil en América latina", <http://www.todoelderecho.com>.
- RIBOT IGUALADA, Jordi (Professor titular de dret civil Universitat de Girona), "Lesió ultra dimidium i opció. Notes per a una possible reforma "de mínims" de la rescissió per lesió". *Jornades de Dret català a Tossa, Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona*, España, 1998, <http://www.civil.udg.es/tossa>.
- RODIERE, René, "Objet, cuse et lesion du contract", Francia, <http://www.search.epnet.com>, 2006.
- RODRIGUEZ, Horacio Julio, "La lesión gravísima", *JURISPRUDENCIA*
- SANDLER, Héctor R., "La lesión como causa de impugnación del contrato", Tercer Congreso de Derecho Civil, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1961.
- SAUX, Edgardo I, "Una riesgosa propuesta: la derogación del vicio de lesión (artículo 954, Código Civil)", *LA LEY* 06/02/2006, 7.
- SAUX ACOSTA, Edgardo, "La lesión como causa de impugnación del contrato", dictamen preeliminar presentado con motivo del Tercer Congreso de Derecho Civil, Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1961.
- SCHLESINGER, Piero, "La risarcibilita delle lesioni alla capacita di funzionamento ed allimmagine dell'ente", *Revista di diritto civile*, n. 5, ed. CEDAM, Padova, Italia, 2002.
- SCHULZE, Reiner, "Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti", *Revista di diritto civile*, n. 1, ed. CEDAM, Padova, Italia., 2004.
- SILVA, Gustavo E. "En torno a la invocación de la lesión jurídica por parte del estado", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 2004- II.
- SINGER, Ignacio. "Acerca de la posibilidad de ofrecer en subsidio el reajuste en la acción por lesión", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, 24-1974.
- SMITH, Juan Carlos, "Consideraciones sobre la reforma del código civil", *LA LEY* t. 130, 1968.
- SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, 9 t., ed. Depalma, Bs. As., 1974.
- SPOTA, Alberto, "La lesión subjetiva. Una doctrina Argentina", *LA LEY*, 122, 1966.
- SPOTA, Alberto, "El objeto y fin social del acto jurídico", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1943-IV, 1944-III.
- SPOTA, Alberto, "La lesión subjetiva", *LA LEY* t. 68, 1952.
- SPOTA Alberto G. SAGO, Jorge, "La lesión en la Ley 17.711", *EL DERECHO* t. 180, 1999.
- STIGLITZ, Rubén y Otros, *Contratos, Teoría general* I. ed. Depalma, Bs. As., 1994.
- STRATTA, Alicia Josefina, *Apuntes sobre el proyecto del Código civil de la República Argentina (comisión decreto 685/95), su influencia en los contratos*, ed. LA LEY
- TAGLE, Victoria Maria, *Derecho privado. Parte general II-B*, ed. Alberoni, Córdoba, 2003.
- TERAN LOMAS, Roberto, "Seguridad jurídica, y equidad. Usura, lesión, imprevisión e indexación", *LA LEY* 1982-B.
- TOBIAS, José E., "Algunas precisiones acerca del elemento objetivo de la lesión objetiva subjetiva", *LA LEY* t. 1996-E, LLNOA, 1998.
- TOBIAS, José E., "Ámbito de aplicación de la lesión subjetiva", *EL DERECHO* 129, 1988.

- TOBIAS, José E., "Esencia y fundamento de la lesión objetiva-subjetiva", *EL DERECHO* 110, 1985.
- VALENTE, Luis Alberto, "Perfiles actuales de la lesión", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* t. 2001-F.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés "La lesión en las particiones: un ejercicio sobre la naturaleza de las cosas en el derecho civil", http://www.scielo.cl/cielo/php/ing_pt.
- VENINI, Guillermina, "Lesión subjetiva", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1991-II.
- VENINI, Juan Carlos, "Lesión subjetiva", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1970.
- VENINI, Juan Carlos, "Recapitulando sobre la "lesión", *JURISPRUDENCIA ARGENTINA* 1977-I.
- VENINI, Juan Carlos, "El reajuste equitativo en la lesión", *LA LEY* 1979-B.
- VIDELA
- ZAGO, Jorge A, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, ed. Universidad, 1981.
- ZAGO, Jorge A, "La lesión en la ley 17.711", *EL DERECHO* t. 180, 1999.
- ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, ed. Astrea, Bs. As., 2004.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2011) "La lesión: concepto - elementos". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.153-170 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LAS FALTAS ÉTICAS EN EL PLAGIO: LA CIENCIA DE LA EDUCACIÓN

Ab. Elías Ricardo Adi

Docente Universitario, Abogado, Escribano;
Docente de las cátedras: Ética y Práctica
Profesional del la Carrera de Abogacía; Ética
y Práctica Notarial de la Carrera Escribanía,
Ética y Legislación de la Carrera Bioquímica,
y Deontología Pericial de la Carrera de
Lic. en Criminalística en la Universidad Nacional
de La Rioja.

Palabras Clave:

Plagio, ética, justicia.

Key Words:

Plagiarism, ethics, justice.

Resumen

A veces, tanto estudiantes como docentes, al momento de hacer un estudio sobre un eje temático, científico y valorativo, hemos acudido a análisis metodológico del tema en estudio y donde formulamos interpretaciones dogmáticas de grande personajes científicos que de alguna manera a priori trataron y estudiaron el contenido que nosotros estamos investigando. En ese afán creativo a veces cometemos conductas que de alguna medida rozan estructuras plagiosa.

Abstract

Sometimes, students and teachers when making a study of a thematic, scientific and values, we come to methodological analysis of the subject under study and where we formulate dogmatic interpretations of great scientific figures who somehow tried and studied a priori content that we are investigating.

A lo largo de nuestra vida universitaria, ya sea cumpliendo el rol de alumno, como así también en nuestra función de docente, al momento de hacer un estudio sobre un eje temático, científico y valorativo, hemos recurridos siempre a análisis metodológico del tema en estudio y donde formulamos interpretaciones dogmáticas de grande personajes científicos que de alguna manera a priori trataron y estudiaron el contenido que nosotros estamos estudiando.

En nuestra misión de alumno, la confección de apuntes de estudios e incluso, trabajos monográficos, siempre rondaron en una mayor o menor medida el concepto del plagio. A veces, en nuestro labor docente y en miras a crear procesos de aprendizaje significativos, recurrimos a análisis de textos bibliográficos e incluso a la confección de textos o manuales de cátedra, en la que inconscientemente y sin ánimos de causar un daño, ni menos aun, violar las norma de propiedad intelectual, cometemos conductas que rozan y vislumbran hechos de estereotipos plagiosos.

Como hemos visto, en nuestra actividad de alumno o de docente conscientes o inconscientemente, causamos tipologías violativas de conducta de plagio. Al respecto y para analizar ¿Qué es esa conducta de plagio? y ¿Porqué, incluso inconscientemente la cometemos?, ¿Por qué estamos rozando el ámbito delictual e incluso la comisión de normas que violenta la ética profesional?

Antes de ingresar a analizar los parámetros del infringir la norma ética, e incluso porque analizamos que la conducta del plagio es violativa de las norma de la ética profesional, debemos acercarnos al menos por un instante al concepto del PLAGIO.

Considérese al plagio, como la acto, consciente o inconsciente de hacer valer como propio, pensamientos, reflexiones, textos que pertenecen al dominio personal y subjetivo de otro y cuyas producciones la conocimos por sus autores Y por algún mecanismo de comunicación.

¿Cómo se puede materializar esa conducta plagiosa?, como dijimos, la conducta se puede materializar ya sea de manera consciente, cuando el alumno o el docente sabe conoce e interpreta que lo que está produciendo como propio, no le

corresponde a su dominio intelectual. Aunque no lo reconozca, en su faz interna, sabe que lo que se está atribuyendo como propio corresponde al señorío intelectual de un tercero a quien conoce y reconoce su propiedad.

La manera inconsciente de la comisión de una conducta plagiosa, surge cuando el sujeto es su faz creadora de producción científica omite elementos técnicos necesarios para la no comisión de la conducta de plagio. Probar de manera fehaciente la no intencionalidad de la comisión de plagio, corresponde a quien alega que su intencionalidad no fue la de cometer esta conducta delictiva

¿Cuándo se plasma la conducta plagiosa? lo podemos analizar en dos acciones:
1 - Cuando en nuestras fabricaciones dogmáticas, usamos pensamientos, reflexiones sin utilizar algún método gráfico, llámele guiones o comillas para diferenciar de que lo encomillado o guionado corresponde a la producción de otro sujeto. 2 - Cuando existe copias fieles de textos sin señalar el autor del mismo.

En esta instancia, no nos preguntaremos si el plagio constituye un hurto intelectual, como conducta típica y antijurídica, menos aún analizaría la culpabilidad como elemento integrativo del delito de plagio, ya que la conducta plagiosa, como sostenemos, puede ser ejecutada a sabiendas del daño que se causa e incluso como he sostenido *ut supra* la conducta ejecutada de manera inconsciente. Pero la no interpretación del plagio como conducta típica, no nos exime de la necesidad de desentrañar esa conducta como violativa de la Ética Profesional.

Lo que sí me interesaría reflexionar y analizar, si la conducta plagiosa, ya sea cometida por un alumno, docente o inclusive por sujetos desvinculado de los ámbitos académicos, constituye una falta a la ETICA.

Antes de comenzar a considerar algunos elementos, debemos preguntarnos qué es la Ética. Al respecto estamos en condiciones de afirmar, que es la parte de la Filosofía que trata la moralidad de los actos del hombre y de sus obligaciones, y cuando hablamos que la Ética es la positivización de esos principios deontológicos que el hombre debe cumplir, hacemos referencia a esas diligencias que el hombre ya

sea en su vida profesional o personal debe cumplir con el fin de causar el mayor placer al mayor número de personas.

Es por ello, que si examinamos la conducta plagiosa, desde la Ética deontológica, como ciencia de los deberes, debemos investigar a la misma como ese actuar que va en contra a grandes principios éticos del obrar profesional, en la que considero a la Honestidad Intelectual como el valor y el deber máximo que debe prevalecer al momento de crear producciones dogmáticas o científicas.

Si analizamos la honestidad como un valor palpable de la ética; ¿No estaríamos involucrando la honestidad a la moral? No hay duda que es así, la honestidad corresponde a un valor de la moral social, aunque a veces en nuestra vida profesional, el paradigma de la honestidad intelectual deja de pertenecer al ámbito de la ética para constituirse en un valor individual y cuya prioridad o escala es puesta por cada sujeto de acuerdo a sus íntimas convicciones y su estado de conciencia.

Desde la faz ética, ¿Cómo se materializa la conducta plagiosa? la misma se conforma desde la *Falsa Invención*, que es aquella que cuando el sujeto en su afán de crear un documento o texto dogmático, introduce al mismo, textos que le pertenecen a un tercero sin producir las aclaraciones de la fuente donde extrajo el datos que se aportaron a su producción. Si analizamos la literalidad del término invención, surge que del mismo denota algo nuevo e innovador. En la conducta del plagio, si aparece algo nuevo y creativo, pero no inédito ya que la primicia es temática es de otro, de un tercero y no de quien dice que es.

Es hora de preguntarnos ¿cuáles son las faltas éticas en la que puede caer el alumno o docente al cometer una conducta plagiosa?

Falta a la Verdad: el hombre como ser creador de contexto y circunstancias sociales, su actividad siempre debe estar guiada hacia el valor principal de las relaciones sociales, que es "el no afectar o dañar con su actitud a quien lo rodea", su actuar debe estar íntimamente vinculado en el sentimiento más

anhelado del hombre altruista que es hacer el bien. Obrar bien, es obrar conforme a la verdad.

Ahora nos preguntamos: ¿La comisión de una conducta plagiosa no roza la mentira, lo falaz y lo no auténtico?, claro que es así, cuando el docente o alumno crean sus producciones científicas en base a la falsedad material e ideológico, estamos frente a una de las falta ética más relevante de la moral individual colectiva del grupo educacional. La verdad es uno de los fundamentos principales de la ética profesional de la educación.

Falta a la Justicia: Ningún plagio es excusable o justificable, Lo ético es cumplir con nuestros deberes y reconocer a cada uno lo que es suyo, especialmente si es de su creación. El principio de justicia, en la conducta del plagio, también lo vemos cercenado ya que al desarrollar conductas plagiosas nos estamos apropiando y haciendo nuestras producciones que son ajenas y de propiedad intelectual ajena.

Actuar con justicia, es actuar con verdad. Si analizamos nuestra misión de alumno y docente en la universidad, no debemos apartarnos nunca del principio deontológico de que la Universidad es un recinto académico dentro del cual la tarea principal es pensar. Si plagiamos, negamos el trabajo fundamental que debemos hacer. Estamos haciendo algo contradictorio con la esencia de la Universidad y estamos degradando la calidad que buscan los demás profesores y alumnos. En otras palabras, estamos traicionando el esfuerzo de la comunidad universitaria como un todo.

BIBLIOGRAFIA

ANDRUET, Armando, *Ejercicio de la Abogacía y Deontología del Derecho*, Ed. Alveroni 2001.

BUENDÍA EISMAN, Leonor - Berrocal de Luna, Emilio, *La Ética de la Investigación Educativa*. Universidad de Granada.

HUERTA, Héctor Cerezo, Aspectos éticos del plagio académico de los estudiantes universitarios Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad Juárez.

PARMA, Fernando, *Vademécum de Ética Jurídica*, Edit. Ediciones Jurídica Cuyo, 2000.

TINTI Guillermo Pedro, *Ética en el ejercicio de la abogacía*, 2ª edición actualizada, Alveroni, Córdoba, 2006.

Cita de este artículo:

ADI, E. R. (2011) "Las faltas éticas en el plagio". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.171-176 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL:
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ESCALA PENAL
PREVISTA EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL ART.
119 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.
PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA
PENA.
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.**

Ab. Alejandra Andrea Nader

Abogada, Especialista en Derecho Penal
de la Universidad de Salamanca-España.

Palabras Clave:

Delitos contra la integridad sexual;
art. 119; inconstitucionalidad,
principios de proporcionalidad y
razonabilidad de la pena;

Key Words:

crimes against sexual integrity; 119
Art.s; unconstitutionality, principles of
proportionality and .reasoning of the
pain; jurisprudence.

Resumen

La cuestión a tratar se centra en la escala penal prevista en el cuarto párrafo del artículo 119 del Código Penal y su inconstitucionalidad en razón de vulnerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto asigna una misma pena, por mediar determinadas circunstancias agravantes, a dos hechos que anteriormente fueron valorados como distintos. El legislador estimó que las conductas de los párrafos segundo y tercero del mismo artículo (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal) obedecían a diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico protegido, lo cual se tradujo en la asignación de distintas penas. Tal valoración fue soslayada en el cuarto párrafo (agravante de los dos párrafos anteriores) al imponer igual castigo a ambas

conductas. El tema es analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en un fallo que declara la inconstitucionalidad de la escala penal en conflicto, el cual reseñaremos.

Abstract

The question to be addressed focuses on the criminal scale under the fourth paragraph of Article 119 of the Criminal Code unconstitutional on the grounds of violating the principles of proportionality and reasonableness, since it assigns the same penalty, to mediate certain aggravating circumstances, two facts that were previously rated as different. The legislature found that the behavior of second and third paragraphs of that article (sexual subjugation and abuse seriously outrageous sexual intercourse) were due to different amounts of protected legal involvement, which resulted in the assignment of different punishments. This point was ignored in the fourth paragraph (aggravation of the two above) by imposing the same punishment to both behaviors. The issue is analyzed by the Tribunal Superior de Justicia de Córdoba in a ruling that declared unconstitutional the criminal scale conflict, which will outline.

1. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto referirnos a la incongruencia plasmada por el legislador en el cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, relativa a la escala penal que propone para la agravante de las figuras de los párrafos segundo y tercero con relación a las escalas penales previstas para ellas.

A partir de la reforma introducida por la ley nro. 25087/99 a esta norma, dicha situación ha sido advertida por un sector de la doctrina, no obstante lo cual, el veintiuno de abril de dos mil diez el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha declarado inconstitucional la escala penal contenida en el cuarto párrafo.

A continuación realizaremos una exposición ordenada comenzando con un breve repaso, con fundamentación doctrinaria y jurisprudencial, de las figuras contenidas en los tres primeros párrafos. Esta revisión tiene por objeto resaltar las

especiales características de cada figura que las diferencian entre sí, fundamentalmente en cuanto han sido consideradas por el legislador como hechos de distinta gravedad asignándoles diferentes penas según la dimensión de la ofensa ocasionada al bien jurídico protegido (párrafos primero, segundo y tercero).

Llegando al cuarto párrafo, advertiremos que se impone una misma escala penal, con motivo de mediar determinadas circunstancias agravantes, a dos hechos que anteriormente (segundo y tercer párrafo) habían sido valorados en su gravedad como distintos y por cuanto sus escalas penales son diferentes.

Este es el caso que se planteó ante el Tribunal Máximo de nuestra provincia, cuya resolución y argumentos reseñaremos hacia el final de la exposición.

1. Los Tipos Penales del art. 119 del Código Penal

2.a. Figura Básica del Abuso Sexual.

Haciendo una sucinta revisión de este tipo básico, diremos que se reprime con pena de *reclusión o prisión de seis meses a cuatro años* el abuso sexual de persona, de uno u otro sexo, cuando a) fuere menor de trece años o, b) cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechamiento de que por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Abusar sexualmente de otro es la conducta típica, y por ella se entiende todo acto de significado objetivo impúdico en el cual se emplea el cuerpo de otro, siempre que éste sea menor de trece años de edad o mayor de esa edad pero quien no pudo consentir el acto libremente por alguna razón.

Acto objetivamente impúdico hace referencia a que no es necesario que el acto violatorio del pudor individual sea subjetivamente impúdico para el autor, es decir, que este haya actuado motivado por impulsos sexuales. Así, constituye abuso sexual el obrar movido por venganza, humillación, broma, etc.

Estos actos son tanto tocamientos o contactos corporales del autor con la víctima, o de esta con un tercero obligada por el autor, como contactos de objetos con ciertas partes del cuerpo que tengan connotación sexual. No bastan ni la palabra, ni los actos a distancia, ni la simple contemplación, como así tampoco llegan a comprender el acceso carnal.

2.b. Agravante por Sometimiento Sexual Gravemente Ultrajante.

Seguidamente, en el segundo párrafo, la disposición legal establece como pena la *reclusión o prisión de cuatro a diez años* cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena se eleva considerablemente, pues la escala prevista en el primer párrafo es de uno a cuatro años mientras que la escala aquí es de cuatro a diez años. Al respecto Gustavo AROCENA expresa "*innegablemente, la razón política del mayor castigo finca aquí en el mayor desprecio para la integridad sexual, moral y personal del sujeto pasivo que significa, por sus particulares características, la conducta del agente*"⁷⁶.

La acción típica no se diferencia de la del abuso sexual básico, son actos objetivamente impúdicos realizados bajo alguna de las circunstancias previstas en aquél.

Dos son las modalidades con las que puede configurarse este abuso sexual agravado: la duración del mismo o las circunstancias de su realización.

En relación a la primera de ellas, la duración, diremos que se trata de la prolongación en el tiempo. Es aquél abuso que se perpetra en un acto cuya duración es mayor a la de la figura simple, o bien aquella conducta abusiva que es reiterada en el tiempo.

Con respecto a la segunda, las circunstancias de su realización, quedan comprendidas por su intensidad vejatoria la introducción de dedos, lengua u objetos, la *fellatio in ore* –cuando no se la admita como acceso carnal-, el abuso en lugar público, eyaculación sobre el rostro de la víctima, obligar a realizar actos de bestialidad o zoofilia.

Así, el excesivo tiempo o las circunstancias en que se lleva a cabo el abuso representan un ultraje (degradación, desprecio, menoscabo de la persona) "extra" al que supone la figura básica.

⁷⁶ AROCENA, Gustavo A., "Acerca de la Nueva Regulación de los 'Delitos Sexuales' (Ley Nacional 25087)", Semanario Jurídico Fallos y Doctrina Nº 1256, del 2/9/1999, año XXIII, Córdoba, p. 264.

Enrique GAVIER expresa "la diferenciación fue acertadamente introducida por el legislador porque es indudable que hechos de tamaña gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos en un colectivo repleto de pasajeros... La razón determinante de la mayor criminalidad del hecho, reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes... Por su duración (...) implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima. Por las circunstancias de su realización, la ley alude a situaciones en que los actos en sí mismos, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima"⁷⁷.

2. c. Agravante por Acceso Carnal.

El párrafo tercero prescribe la pena de *reclusión o prisión de seis a quince años* cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

Es el anterior delito de violación y su configuración exige que tuviere lugar bajo alguna de las circunstancias previstas en el abuso sexual simple.

La ley dice cuando "hubiere acceso carnal", la expresión se refiere a la existencia de penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona. No se requiere que la misma sea completa, ni que haya eyaculación.

El sujeto activo puede ser varón o mujer por cuanto la literalidad de la norma exige que haya acceso carnal y no que el sujeto acceda carnalmente a la víctima. Así, el autor puede asumir un rol activo o pasivo, caso este último de aquél que se hiciere penetrar por la víctima. En este punto las interpretaciones no son coincidentes, en contra podemos mencionar a DONNA quien afirma que mientras el legislador hable de "acceso carnal" el sujeto activo será sólo el varón, pues es el único que cuenta con un órgano capaz de penetrar⁷⁸.

⁷⁷ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la Integridad Sexual. Análisis de la Ley 25087. Antecedentes Parlamentarios*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 29.

⁷⁸ DONNA, Edgardo Alberto en *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 67.

El sujeto pasivo también puede ser varón o mujer, como en el tipo básico.

La penetración debe llevarse a cabo por cualquier vía según prescribe la disposición legal. No obstante ello, la doctrina ha polemizado sobre la inclusión de la boca como vía de acceso carnal -no así respecto del ano que si bien es una vía *contra natura* para el coito ya es aceptada tradicionalmente como vía de penetración. Más allá de la naturaleza de la boca como órgano apto para la penetración por sus características particulares distintas a las de la vagina y el recto, se ha manifestado que surge con claridad tanto de la amplitud de la expresión utilizada por la norma como de los debates parlamentarios, la intención del legislador de abarcar la *fellatio in ore* equiparándola a la penetración vaginal y anal, y que sería absurdo no hacerlo ya que ese fue el propósito perseguido por la reforma⁷⁹. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha admitido tal equiparación (Sala Penal, "Lazo", sent. N° 88, 11/10/2002, Foro de Córdoba, Año XIII-N°79-2002, pp. 146-152) como también lo hizo la Corte Suprema de la Nación y otros tantos tribunales del país, al igual que en la doctrina lo hicieron REINALDI, AROCENA, FONTÁN BALESTRA. Se expresaron en contra NÚÑEZ, GAVIER, DONNA⁸⁰.

Como observamos, en este abuso agravado hay un mayor vejamen no sólo a la integridad sexual de la víctima sino también a su dignidad en relación al abuso agravado del segundo párrafo. El abuso sexual con acceso carnal contiene un "plus" de vejamen con respecto al abuso gravemente ultrajante. Así lo ha considerado el legislador cuando fijó escalas penales distintas a ambos hechos por entenderlos obviamente diferentes, ya que la situación planteada en el tercer párrafo representa una mayor ofensa y menoscabo a la persona.

⁷⁹ REINALDI, Víctor F., *Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, segunda edición actualizada, Marcos Lerner editora, Córdoba, 2005, p. 103.

⁸⁰ REINALDI, *idem*; AROCENA, op. cit., p. 264; FONTÁN BALESTRA, Carlos y NÚÑEZ, Ricardo C. citados por REINALDI, *ibidem*, p. 97; GAVIER, op. cit., p. 31; DONNA, op. cit., p. 66.

2. d. Agravante del Abuso Sexual con Sometimiento Gravemente Ultrajante y del Abuso Sexual con Acceso Carnal en razón del parentesco. Problemática de la escala penal prevista.

El párrafo cuarto consagra varias circunstancias que aumentan la criminalidad del hecho puesto que de darse, agravan las dos modalidades agravadas del abuso sexual básico –es decir, las previstas en los párrafos segundo y tercero– estableciendo la pena la *reclusión o prisión de ocho a veinte años*, siempre que:

- a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima,
- b) el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia,
- c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio,
- d) el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas,
- e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones,
- f) el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En atención al examen planteado en el presente, nos referiremos únicamente a la agravante por el vínculo sanguíneo preexistente entre autor y víctima.

El motivo de esta agravante descansa, según algunos doctrinarios como CREUS, SOLER y URE, en el carácter incestuoso de la relación⁸¹, postura aceptada también por varios países –Méjico, Cuba, Chile. Para NÚÑEZ se funda en la "*infracción de la obligación de resguardo sexual de la víctima proveniente del vínculo parental*"⁸². Por su parte, DONNA dice que es la violación de un específico deber de guarda lo que sustenta esta causal⁸³. Como vemos, la doctrina no es unánime, así como tampoco los tribunales que han receptado los distintos criterios.

⁸¹ CREUS, SOLER y URE citados por DONNA, op. cit., p. 90.

⁸² NÚÑEZ citado por DONNA, *idem*. En igual sentido GAVIER, op. cit., p. 48.

⁸³ DONNA, *idem*.

Entrando concretamente al tema que nos convoca, vinculado a la escala penal prevista para el caso en análisis apunta DONNA: *"Nótese el absurdo que se prevé la misma pena para conductas que en su figura básica están sometidas a penas diferentes"*⁸⁴. El autor hace referencia a que la norma dispuso para el abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante una pena de reclusión o prisión de *cuatro a diez años*, mientras que la misma se eleva si el abuso sexual es con acceso carnal, siendo de *seis a quince años*, por entender que en este último caso la conducta del victimario implica un mayor ultraje a la víctima. Sin embargo, y en oportunidad de agravar ambos abusos en el párrafo cuarto equiparó la pena para las dos figuras elevándola hasta *ocho a veinte años*, es decir, no siguió el mismo criterio de diferenciación por el cual aumentó la pena del abuso con acceso carnal en relación al abuso con sometimiento gravemente ultrajante, para los que están previstas distintas escalas penales.

También advirtió esto GAVIER, quien señaló: *"En el tipo agravado, se observa que la ley somete a la misma pena conductas que en su forma simple están sometidas a penas diferentes. Ello puede ser contabilizado como un error de la ley, sin embargo, los abusos sexuales gravemente ultrajantes para la víctima por su duración o por las circunstancias de su consumación, son hechos que por sus características pueden ser aún de mayor entidad ultrajante que los del tercer párrafo y que en el código español de 1995, que sirviera de modelo a nuestro legislador, están equiparados en su pena (arts. 179 y 181 C.P.E.). Además, en las figuras de la promoción y la facilitación de la corrupción y de la prostitución de menores de 18 años y de 13 años (arts. 125 y 125 bis), al igual que en el tipo sustituido, a pesar de que en ambas edades se aplican escalas diferentes, en el tipo agravado del 2º párrafo de esas disposiciones se establece una escala única y otro tanto ocurría en el texto derogado, por lo que podría pensarse que no es errónea la decisión legislativa. Sin embargo, partiendo de la base de que nuestra ley ha distinguido estas conductas tanto en el precepto como en la sanción, hubiera sido preferible mantener la diferencia de pena en el tipo agravado, máxime cuando la diferencia en el monto de la pena es sustancial"*⁸⁵.

⁸⁴ DONNA, *ibidem*, p. 85.

⁸⁵ GAVIER, *op. cit.*, 45.

2. Planteo de Inconstitucionalidad de la Escala Penal prevista por el párrafo cuarto inciso b en función del párrafo segundo del art. 119 del Código Penal. Caso Jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Seguidamente analizaremos el fallo dictado el veintiuno de abril de dos mil diez por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁸⁶ *in re* "ESPÍNDOLA, Carlos Francisco p.s.a. abuso sexual calificado, etc. –Recurso de Casación", Sentencia Número Cien.

Mediante Sentencia Número Dieciocho del veintidós de junio de dos mil siete, la Cámara Sexta en lo Criminal de la ciudad de Córdoba declaró a Espíndola autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante -por su duración- calificado -en razón del vínculo de paternidad-, en virtud del art. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo inc. b del Código Penal, e imponerle la pena de ocho años de prisión.

3.a. Postulación de la defensa.

En el caso la defensa se alzó contra el decisorio argumentando que el mismo se fundó en una norma legal que contiene un mínimo en su escala penal que violenta los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad (arts. 1, 16 y 33 de la Constitución Nacional Argentina).

Entendió que mediante la ley 25087 modificatoria del título y los contenidos de los delitos contra la integridad sexual, el legislador ha deslizado una manifiesta, clara e indudable contradicción en la norma cuestionada que repugna a las cláusulas constitucionales.

Señaló que el legislador ha distinguido claramente en el art. 119 tres diferentes modalidades comisivas a las que les impuso distintas escalas penales atendiendo a su gravedad y a la afectación del bien jurídico.

Expuso que las agravantes de los párrafos segundo y tercero se califican aún más y en la misma proporción cuando median las circunstancias del párrafo cuarto, ascendiendo la pena a de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión.

⁸⁶ Conformado por los Sres. Vocales Dres. María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, Domingo J. Sesín, Luis Enrique Rubio, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco.

Manifestó que dado este marco legal, las figuras del segundo y tercer párrafo han sido diferenciadas por el legislador en orden a su gravedad, lo cual repercutió en ambas escalas penales, siendo que tal diferencia se pierde en el cuarto párrafo.

Indicó que la diferencia entre las escalas penales del segundo y del tercer párrafo es de un tercio en el mínimo pasando de cuatro a seis años, y otro tanto en el máximo pasando de diez a quince años. No obstante ello, y cuando concurren las circunstancias del cuarto párrafo, la diferencia desaparece, persistiendo la misma escala penal para el caso del padre que abusa de su hijo de manera gravemente ultrajante y para aquél que lo accede carnalmente, lo cual tilda de absurdo por cuanto priva al sistema del art. 119 de coherencia interna, la que necesariamente debe existir.

Explicó que dos agravantes que el legislador consideró de distinta gravedad y, por tanto, merecedoras de escalas penales distintas (segundo y tercer párrafo), ante la concurrencia de una idéntica circunstancia agravante (cometido por un ascendiente) quedan sometidas a la misma escala penal, situación que conduce a una pena desproporcionada e irracional.

Postuló que las penas deben ser proporcionales a la gravedad del hecho, lo que se corresponde con la mayor o menor culpabilidad como también con la afectación del mismo bien jurídico.

Propuso que debía fijarse un nuevo mínimo proporcionado a la gravedad del hecho, siendo que esta escala no puede crearse libremente, sino que debe atender a los parámetros que se derivan de la misma ley. Así, entendió que si el supuesto más grave –abuso sexual con acceso carnal- se incrementa en su mínimo y en su máximo cuando es cometido por el ascendiente –pasando la pena de seis a quince años a ser de ocho a veinte años-, debe respetarse tal proporción en el supuesto menos grave –abuso sexual gravemente ultrajante- al concurrir la misma circunstancia agravante para llegar a una pena proporcional o racional, así concluye que la pena para el caso debería ser de *cinco años y cuatro meses a trece años y cuatro meses* de reclusión o prisión.

3.b. Argumentos del Tribunal. Principios de Proporcionalidad y de Igualdad o Razonabilidad.

En el análisis sobre la afectación de los principios constitucionales denunciada por la defensa, el Tribunal estimó que *"en cuanto al principio de proporcionalidad, se ha señalado que los marcos penales reflejan la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico, determinando el valor proporcional de la norma dentro del sistema, señalando su importancia y rango y la posición del bien jurídico en relación con otro, al conformar el punto de partida fundamental para poder determinar la pena en forma racional⁸⁷. Por ello es que la justicia de una pena y por ende, su constitucionalidad, depende, ante todo, de su proporcionalidad con la infracción⁸⁸".*

Señaló que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el mismo Tribunal Superior se han pronunciado sobre esta relación entre el hecho cometido y la pena aplicada, sosteniendo que debe existir proporcionalidad entre toda medida penal que implique una privación de derechos y la gravedad de la lesión producida al bien jurídico afectado por el hecho, manifestándose esta última a través de las escalas penales⁸⁹.

Consideró que en el caso concreto que nos ocupa, el legislador adoptó –resulta harto evidente dijo el Tribunal– como directriz en la gradación punitiva ir de menos a más en la ponderación de las diferentes magnitudes del injusto, es decir, partió de una menor afectación del bien jurídico y fue intensificando los marcos punitivos al avanzar hacia las mayores magnitudes de afectación.

Apreció que, no obstante ello, *"al fijar la escala penal cuando concurre la circunstancia agravante de la calidad parental del autor respecto de la víctima (...),*

⁸⁷ El fallo cita ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 37.

⁸⁸ El fallo cita ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 39-40.

⁸⁹ El fallo cita *"del voto de los Dres., Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni en "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -G. 560. XL, causa N° 1573-" -TSJ, Sala Penal, "Simonetti", S. N° 144, 2/11/06, "Pereyra", S. N° 152, 3/11/06, "Acuña", S. N° 176, 30/11/06, "Baigorria", S. N° 177, 30/11/06, "Gutiérrez", S. N° 184, 14/12/2006; "Romero", S. N° 215, 29/12/06; "Unanue", S. N° 37, 26/3/07; "Ibañez", S. N° 72, 11/5/07; "Ortiz", S. N° 178, 8/8/07; "Bustos", S. N° 195, 17/8/07".*

la diferente tasación de la magnitud del injusto adoptada como directriz de progresividad punitiva por el propio legislador no ha sido seguida coherentemente." Agregó que incoherentemente se castigan igual el abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso con acceso carnal, que anteriormente habían sido distinguidos con diferentes penas.

En dicha inteligencia valoró que como resultado de tal parificación, la pena establecida para el abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo es objetivamente desproporcionada con la afectación del bien jurídico protegido pues, según la directriz adoptada por el propio legislador, ella debía ser inferior a la conminada para el abuso sexual con acceso carnal, modalidad que reporta una mayor magnitud del injusto.

A continuación se avocó al estudio del principio de igualdad en lo que se relaciona con el caso expuesto, y expresó que se ve vulnerado en virtud de la parificación punitiva.

Explicó que este principio presenta dos niveles: uno, relacionado con la aplicación de los casos genéricos dispuestos en la ley a los casos individuales de modo igualitario; y el otro, referido a la selección de casos realizada por el legislador en forma igualitaria. Predicó que respecto de este segundo nivel, *"doctrina constitucional de fuste ha señalado que al determinarse en una norma jurídica positiva cuáles son los contenidos dogmáticos que integran el hecho antecedente (esto es, conducta o situación reglada) de la norma, pueden dejarse fuera de la extensión del concepto del hecho antecedente situaciones iguales a las normadas como tal hecho. Con lo que, pese a ser iguales, quedan regladas de otra manera por otras normas de la misma ley o por anteriores o posteriores leyes vigentes"*⁹⁰.

Expuso que *"...si los hechos son estimados como desiguales y lo son efectivamente, se dará una valoración positiva de razonabilidad de la selección. Si los hechos son iguales y pese a ellos se le imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad de la selección"*⁹¹.

⁹⁰ El fallo cita LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes. El "Debido Proceso" como Garantía Innominada en la Constitución Argentina*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Segunda edición, Buenos Aires, 1970, p. 116.

⁹¹ El fallo cita LINARES, *ibidem*, p. 117.

Manifestó que entonces resultará irrazonable la selección de hechos distintos a los que se les imputa una misma consecuencia. De este modo, la norma que establece una misma sanción para dos conductas que afectan un bien jurídico con distinta intensidad, vulnera no sólo el principio de proporcionalidad sino también el de igualdad, puesto que *"lo que no tolerarían las normas constitucionales, a la luz de este principio, es que (...) existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió"*⁹².

3.c. Solución del Caso.

El Alto Cuerpo concluyó que a los fines de conservar la coherencia interna del sistema punitivo, en el caso del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, el legislador debió mantener la diferenciación en la valoración del injusto de las modalidades abusivas y reprimirlas acorde a ella, es decir, con escalas distintas. Al no hacerlo vulneró el principio de igualdad o razonabilidad *"ya que extendió la imputación de una misma sanción a hechos antecedentes por él mismo considerados previamente desiguales"*.

Por tanto, y habiendo quedado demostrado en el estudio previo que la pena contemplada por la figura analizada resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, en la oportunidad *se declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la escala penal dispuesta para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (art. 119, cuarto párrafo en función del segundo inc. b del Código Penal)* correspondiendo elaborar un nuevo marco punitivo a los efectos de imponerle al mismo una nueva sanción, siguiendo las pautas de nuestro sistema jurídico (las cuales han sido ya delineadas).

A esos fines, se consideraron las mismas proporciones estimadas por el legislador en el cuarto párrafo (de ocho a veinte años de prisión o reclusión) para los supuestos previstos en el tercer párrafo (abuso con acceso carnal, de seis a quince años de prisión o reclusión). El Tribunal observó que el incremento fijado ha sido de un tercio en su mínimo y en su máximo, correspondiendo trasladar dicha simetría a

⁹² El fallo cita ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las Normas y Derecho Penal*, editorial Del Puerto, 2006, p. 304.

la escala penal del segundo párrafo (sometimiento sexual gravemente ultrajante) cuando concurren las circunstancias del cuarto párrafo, quedando configurada así una escala punitiva con un mínimo de cinco años y cuatro meses y un máximo de trece años y cuatro meses de reclusión o prisión.

3. Palabras Finales.

Las contradicciones y desproporcionalidades de la ley penal, que en el caso tienen su origen en el momento en que el legislador fijó las penas para los distintos supuestos previstos por el art. 119 del Código Penal, deben ser corregidas por los jueces quienes de ninguna manera pueden aplicar leyes que violenten principios constitucionales. Frente a tal yerro la judicatura cuenta con una vía para corregir la incompatibilidad: el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma, el que sólo podrá realizarse en el caso particular concreto.

Este singular control no significa una invasión en las facultades propias del Poder Legislativo, manteniéndose incólume la división de poderes ya que configura parte de la función del Poder Judicial invalidar normas que, si bien emanan de otros poderes, son contrarias a la Constitución. De esta forma, se establece un límite al poder punitivo del Estado -garantía propia de un Estado de Derecho- resguardando los derechos y libertades personales.

No obstante ello, la Corte Suprema de la Nación tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes dictadas acorde el sistema previsto por la Constitución gozan de una presunción de legitimidad, lo que obliga a que tal declaración tenga lugar sólo cuando la repugnancia de la norma sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se violentaría el principio de división de poderes.

En orden a la resolución de la cuestión llevada por los recurrentes al Alto Cuerpo, éste al momento de referirse al control de constitucionalidad de las penas dijo que la atribución del Congreso de la Nación de determinar las penas se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad -que emerge del estado democrático de derecho, art. 1 de la Constitución Nacional- el cual se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines⁹³,

⁹³ El fallo cita a TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. Nº 56, 8/7/2002.

cuanto por el principio de igualdad –art. 16 de la Constitución Nacional- que veda la desigualdad de trato sin fundamento razonable⁹⁴.

Y siguió con las siguientes palabras: *"Si la forma en que ha ejercido el legislador infraconstitucional la potestad de fijar las penas implica un desconocimiento de esos límites constitucionales, porque la conminada para un determinado delito resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, se torna aplicable, la regla de la clara equivocación (...) conforme a la cual 'sólo puede anularse una ley cuando aquellos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional', en cuyo caso 'la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable'"*⁹⁵.

Por lo desarrollado hasta aquí, podemos decir que a criterio del Tribunal Superior resultó indudable que la escala penal adoptada por el legislador y que se encuentra en estudio en el presente, se torna desproporcionada en relación al bien jurídico afectado e irrazonable según la propia directriz elegida para la gradación punitiva, haciendo injusta su aplicación. Ello adquiere especial relevancia dado que el derecho penal limita los derechos fundamentales de las personas, quienes no deben padecer más limitación a sus derechos que la estrictamente necesaria. Por ello, el legislador debe tener en cuenta a la hora de establecer una pena, que la misma no sea excesiva en relación a la afectación del bien jurídico protegido, así, se ha sostenido que la proporcionalidad *"caracteriza la relación entre el medio y el fin; (...) se orienta normativamente al ideal de justicia"*⁹⁶. Pero, de no ocurrir así el Poder Judicial siempre podrá echar mano del control de constitucionalidad de las normas.

⁹⁴ El fallo cita T.S.J., en pleno, "Toledo", S. Nº 148, 20/7/2008.

⁹⁵ El fallo cita Thayer, J.B., *"The origin and scope of the american doctrine of constitutional law"*, Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, *"El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional"*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss. - TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. Nº 56, 8/7/2002.

⁹⁶ GUNTHER, citado por BACIGALUPO, Enrique en *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1999, p. 253.

BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA, Gustavo A., "Acerca de la Nueva Regulación de los 'Delitos Sexuales' (Ley Nacional 25087)", *Semanario Jurídico Fallos y Doctrina* N° 1256, del 2/9/1999, año XXIII, Córdoba.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAIGÚN David y ZAFFARONI, Eugenio (Directores), *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 4. Parte Especial*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2008.
- BALCARCE, Fabián I. (Director) y otros, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo I, editorial *Advocatus*, Córdoba, 2009.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Curso de Derecho Penal Parte General*, segunda edición, ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- BREGLIA ARIAS, Omar, *Código Penal Comentado*, segunda edición actualizada y ampliada, editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.
- BUTELER, José Antonio, "Inconstitucionalidad: Agravante del párrafo cuarto en función del segundo, Art. 119 – Código Penal", *Actualidad Jurídica de Córdoba Derecho Penal*, Vol. 59, año III, 2006.
- BUTELER, José Antonio, "Proporcionalidad en las Penas", *Actualidad Jurídica de Córdoba Derecho Penal*, Vol. 58, año III, 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Integridad Sexual*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Las Penas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.
- GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la Integridad Sexual. Análisis de la Ley 25087. Antecedentes Parlamentarios*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- HAIRABEDIAN, Maximiliano (compilador), *Jurisprudencia Penal Comparada Comentada*, editorial Mediterránea, Córdoba, 2004.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, segunda edición actualizada, editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, cuarta edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2009.

REINALDI, Víctor F., *Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, segunda edición actualizada, Marcos Lerner editora, Córdoba, 2005.

"El Delito de Violación. Aspectos Controvertidos", Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 3, año 2000, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Marcos Lerner Editora, Córdoba.

"20 Reflexiones al título que agrupa los Delitos Sexuales en el Anteproyecto de Reformas al Código Penal elaborado y presentado al Ministerio de Justicia y DH de la Nación por la Comisión Elaboradora, designada por éste", Actualidad Jurídica de Córdoba, Vol. 37, año III, Mayo 2007.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia*, cuarta edición ampliada y actualizada, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

SAGGESE, Roberto M. A., *El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición, Santa Fe, 2010.

VÁZQUEZ, Roberto, *La Racionalidad de la Pena*, editorial Alción, Buenos Aires, 1995.

VILLADA, Jorge Luis, *Delitos Sexuales*, primera edición, editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo J., *El Sentido de los Principios Penales*, editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002.

ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, segunda edición, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

Cita de este artículo:

NADER, A. (2011) "Delitos contra la integridad sexual".
Revista IN IURE [en línea] 1 de Noviembre de 2011, Año 1,
Vol. 2. pp.177-193 Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

EL CONCEPTO JURÍDICO – PENAL DE CULPABILIDAD Y SU EVOLUCIÓN DOGMÁTICA

Ab. María Celeste Rinaldoni

Abogada, Especialista en Derecho Penal (UNC)
Especialista en Derecho Penal Económico
Adscripta en las asignaturas Derecho Penal I y
Derecho Penal II de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad
Nacional de Córdoba, Argentina.

Palabras Clave:

Culpabilidad, evolución
dogmática.

Key Words:

culpability; dogmatic
evolution.

Resumen

El presente trabajo consiste en un breve análisis sobre la evolución dogmática del concepto de culpabilidad como categoría dentro de la Teoría General del Delito. En tal sentido, la culpabilidad -presupuesto imprescindible a los fines de la aplicación de una pena- ha ido mutando y desarrollándose, siendo analizada aquí desde las perspectivas de la concepción psicológica, la concepción normativa, la "puramente normativa" del finalismo y las funcionalistas de Claus Roxin y de Günter Jakobs.

Abstract

This work consists of a brief analysis on the dogmatic evolution of the concept of culpability as a category inside the General Theory of Crime. To this respect, the culpability -indispensable budget to apply a punishment- has been mutating and developing, being analyzed here from the perspectives of the psychological conception, the normative conception, the "purely normative " conception of the finalism and the functionalists of Claus Roxin and Günter Jakobs.

1. INTRODUCCIÓN

La comisión de un hecho delictivo -típico y antijurídico-, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen ciertos casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Por lo tanto, junto a la tipicidad y a la antijuridicidad, debe concurrir una tercera categoría en la Teoría General del Delito, cuya presencia es imprescindible a los fines de imponer una pena. Esta categoría es la **culpabilidad**, entendida como "el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito"¹.

Sin embargo, este conjunto de condiciones a las que hacemos referencia, no ha permanecido estático a través del tiempo. Por el contrario, ha ido mutando y desarrollándose a la par de la Teoría del Delito, constituyendo la culpabilidad, un concepto discutido y en permanente crisis.

Cabe aclarar, que no se trata de una culpabilidad en sentido moral, sino netamente jurídico.

2. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

El ambiente positivista de fines del siglo XIX tuvo su influencia en la construcción de la teoría del delito, dividiendo al mismo en dos partes: la externa y la interna, sosteniendo -a su vez- como elemento fundamental, la idea de causalidad. Fue recién entonces, que se produjo la delimitación clara entre los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuridicidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad.

El concepto causal-naturalista de delito -"concepto clásico"- supuso una concepción psicológica de la culpabilidad, que consistía -según BELING- "en la relación psíquica del autor con el hecho en su significado objetivo, en el reflejo espiritual de la realidad", mientras que para VON LISZT, la culpabilidad era "la relación subjetiva entre el acto y el autor".

¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6ta. edición revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 351.

Así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de *causalidad psíquica*, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto².

Como enseña BACIGALUPO³, para esta concepción, la culpabilidad implica un juicio sobre tres diversos aspectos:

- a) Relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso.
- b) Desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso).
- c) Conciencia de la contrariedad al deber en el autor.

La voluntad es causal del hecho ilícito, según esta teoría, en dos casos: el dolo y la culpa. Ambos son clases o especies de la culpabilidad, dos posibles formas de la conexión psíquica existente entre el autor y su hecho.

El *dolo* constituye la forma más grave de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor, es entendido como "dolus malus", es decir, como una relación psicológica entre el sujeto y su conducta, consistente en querer realizar algo que se conoce como antijurídico, incluyendo - junto al elemento volitivo- el elemento intelectual.

La *culpa*, por su parte, es la forma más leve de culpabilidad, una conexión psíquica imperfecta con el hecho.

A su vez, como *presupuesto* de la culpabilidad -no como parte integrante de la misma- se exige la *imputabilidad*, es decir, la capacidad de ser culpable.

Contra esta teoría se dirigieron algunas críticas que generaron más tarde su abandono:

- **La imprudencia no podía explicarse como una relación psicológica.** En la culpa inconsciente no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión, puesto que el mismo ni siquiera se representa la posible realización del tipo (desconoce el peligro).

- **Existen causas de exculpación en las que subsiste el dolo.** Así, en el estado de necesidad exculpante -vgr. tabla de Carnéades- o en el miedo insuperable. En **MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y**

² MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. edición, Barcelona, 1998, p. 540.

³ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 2da. edición, Buenos Aires, 1999, p. 420.

tales casos, habría que excluir la culpabilidad, a pesar de concurrir el nexo psicológico entre el resultado y su autor.

3. LA CONCEPCIÓN NORMATIVA

Las críticas realizadas al concepto psicológico de culpabilidad condujeron a que el mismo fuera reemplazado a principios del siglo XX por el concepto normativo. Este último se produjo en el contexto cultural de superación del naturalismo positivista, el cual fue sustituido por el método neokantiano propio del concepto neoclásico de delito.

No se trataba ya de describir realidades naturalísticas, externas o internas, sino de comprender el *significado valorativo* de los conceptos jurídicos: la culpabilidad podía dejar de considerarse como un “hecho psíquico”, para poder ser explicada como juicio de valor⁴, como un elemento subjetivo referido a lo normativo.

La culpabilidad pasa a entenderse como un **juicio de reproche** por haber realizado un hecho antijurídico cuando era exigible obrar de otro modo -conforme a Derecho-.

El principal exponente de esta concepción fue REINHARD FRANK, para quien “culpabilidad es reprochabilidad”⁵.

Según este autor, si se toma el concepto aislado, se podría objetar que la reprochabilidad no sería otra cosa que un sinónimo de culpabilidad. Pero el concepto de reprochabilidad aparece para FRANK solamente como un resumen de cada uno de los distintos elementos de la culpabilidad, no tiene valor en sí mismo, sino sólo en referencia a lo que quiere caracterizar. El concepto de culpabilidad es un concepto complejo, entre cuyos elementos están -entre otros- el dolo y imprudencia, y no todo lo que se dice de la culpabilidad encaja en los otros dos conceptos.

Para que a alguien se le pueda hacer un *reproche* por su comportamiento, hay un triple presupuesto⁶:

1º- aptitud espiritual normal del autor -imputabilidad-;

⁴ MIR PUIG, SANTIAGO, ob. cit, p. 543.

⁵ FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Ed. B de F., Montevideo - Buenos Aires, 2000, p. 39.

⁶ Autor y ob.cit, p. 40 y 41.

2º- Relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta - dolo, imprudencia;

3º- Normalidad de las circunstancias bajo las cuales se actúa. No cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan constituido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar (vgr. estado de necesidad, legítima defensa). En tales casos, existiría una inexigibilidad de actuar conforme a Derecho, no pudiéndosele reprochar al autor el haber actuado bajo esas circunstancias "anormales".

Así, el dolo y la culpa dejan de concebirse como especies de culpabilidad, para ser vistos como elementos necesarios aunque no suficientes de la misma. Puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad -por ej. si existe una causa de exculpación- porque entonces el dolo no sería reprochable en atención a las circunstancias concomitantes. A su vez, la culpabilidad imprudente puede concurrir sin necesidad de una efectiva relación psicológica, como ocurre en la culpa inconsciente: lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa inconsciente lo es porque el sujeto actúa sin cumplir el deber de advertir el peligro⁷.

La objeción de mayor peso formulada en contra de la concepción normativa de la culpabilidad, radica en que la misma es científicamente insostenible, al constituir, el "poder actuar de otro modo", algo *indemostrable*.

Como decía ENGISCH, aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no de esta capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó es, por consiguiente, indemostrable⁸.

⁷ MIR PUIG, SANTIAGO, ob. cit., p. 542.

⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 353.

4. LA CONCEPCIÓN "PURAMENTE NORMATIVA" DEL FINALISMO

La teoría normativa de la culpabilidad permitió la evolución posterior del concepto de culpabilidad bajo la influencia de la teoría finalista de la acción.

HANS WELZEL, fundador del Finalismo luego de la Segunda Guerra Mundial, rechazó el procedimiento de valoración sostenido por el sistema neokantiano, afirmando la existencia de categorías ontológicas, que son previas y provienen del campo del ser, que determinan el sentido de la valoración. Si el legislador quiere ser coherente debe respetar tales estructuras lógico objetivas reales, previas al derecho, entre las cuales se encuentra la estructura final de la acción, es decir, que "la acción humana es ejercicio de actividad final, dirigida conscientemente en función del fin"⁹.

Si bien no se alteran las categorías del delito, la culpabilidad deja de cobijar la parte subjetiva del hecho, Ahora, el dolo y la culpa integran el tipo subjetivo, que, junto al objetivo, dan lugar al "tipo complejo o mixto". Así, se abandona por completo el contenido psicológico de la culpabilidad, dando paso, con ello a la teoría "puramente normativa".

Para el finalismo la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. *Todo el objeto* del reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad quedan sólo las condiciones que permiten *atribuirlo a su autor*¹⁰.

El contenido de la culpabilidad queda constituido, entonces, por los siguientes elementos:

1º- La **imputabilidad**, que de presupuesto previo de la culpabilidad, pasa a constituir la esencia de la reprochabilidad, sin la cual se entiende que el sujeto carece de libertad para *poder actuar de otro modo* a como lo hizo.

2º- La **posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho**. Al pasar el dolo al injusto como "dolo natural" -que no incluye el conocimiento de la prohibición, y que en el causalismo pertenece al dolo como "dolus malus"-, lo que se comprueba en este punto, es si el sujeto podía conocer la prohibición del hecho, para poder

⁹ LASCANO, CARLOS J. (H), "Evolución de la Dogmática Jurídico-Penal", conferencia pronunciada el 22 de mayo de 1998, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, p. 11.

¹⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, ob. cit., p. 544.

adecuar su conducta a lo estatuido en la norma penal. Si el sujeto carece de dicha posibilidad, no se excluye el dolo -natural- sino la culpabilidad al concurrir un error de prohibición invencible. Si dicho error es vencible, la culpabilidad podrá ser atenuada.

3º- La **ausencia de causas de exculpación**. Si bien se reconoce que estas causas no tienen la fuerza suficiente para excluir la culpabilidad ya que no eliminan por completo la posibilidad de actuar de otro modo, sí alcanzan para disminuir de forma suficiente la culpabilidad del sujeto, eximiéndolo del "reproche" de culpabilidad. Así, en un estado de necesidad disculpante (ej. Tabla de Carnéades) siempre será posible actuar de otra manera, cumpliendo con el derecho y asumiendo el daño sobre un bien jurídico propio; sólo que, en esos casos, el derecho no formulará reproche penal alguno.

A esta concepción "puramente normativa" del finalismo, se le han efectuado críticas en la misma dirección que a la teoría anterior. Así, por ejemplo STRATENWERTH, cuando manifiesta que "concebir la culpabilidad como reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica significa inquirir por la responsabilidad personal del autor, determinar si él habría podido reconocer la exigencia del deber jurídico y determinarse conforme a ella. (...) Sin embargo (...) la "extrema individualización del juicio", necesaria para un verdadero reproche de culpabilidad, sencillamente no es posible. La libertad de acción no es demostrable, mucho menos en las formas y con los instrumentos del proceso penal. Antes bien, cualquier juicio sobre la culpabilidad de otro ya contiene un elemento de generalización, en la medida en que el presupuesto de que él también podría haber actuado de otro modo siempre es una suposición. Ya por esta razón no parece haber otra posibilidad que la de referir el juicio de culpabilidad a una persona promedio en la situación del autor, y eso significa: aplicar parámetros generales y, precisamente, no individuales. Más allá de ello, el análisis en detalle de los requisitos particulares de la culpabilidad jurídico-penal, en conexión, sobre todo, con los nuevos conocimientos en psiquiatría, psicología, etc., ha mostrado claramente que el concepto de culpabilidad del Derecho

Penal también queda marcado por considerables concesiones a necesidades reales o supuestas de la política criminal”¹¹.

5. EL FUNCIONALISMO

Ante este panorama, un sector de la doctrina intentó restablecer la unidad del concepto jurídico-penal de culpabilidad, reconduciendo los presupuestos del reproche de culpabilidad ya no al criterio de la reprochabilidad, sino a las necesidades preventivas.

En vez de preguntarse si el autor habría podido actuar de otro modo, lo que se debe valorarse ahora, es la necesidad de la imposición de pena al sujeto desde puntos de vista político-criminales. Surge así, el concepto funcional de culpabilidad, que tiene como principales paradigmas, las teorías desarrolladas por CLAUS ROXIN y GÜNTER JAKOBS.

Se produce -con la perspectiva funcionalista- un retorno al neokantismo y la renormativización de las categorías del delito, pero con una disposición a la resolución práctica de los casos planteados, que atiende “a la misión del Derecho Penal antes que a los encantos de su alquimia deductiva”¹².

5.1. EL FUNCIONALISMO DE CLAUS ROXIN

Este autor, enrolado en un funcionalismo moderado, introduce como tercer nivel del sistema la *responsabilidad*, en la cual se trata de establecer si el sujeto individual merece o no una pena por el injusto realizado.

El presupuesto más importante de la responsabilidad es la *culpabilidad*, manteniendo ROXIN el concepto tradicional de la misma en el sentido de “reprochabilidad”, entendida esta última como “motivabilidad normal”. Según el maestro alemán, el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-

MARÍA CELESTE RINALDONI: “El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática”

¹¹ STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ta. edición totalmente reelaborada, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ Y MARCELO A. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 274/275.

¹² ALVAREZ, RICARDO C. M., “Sistema penal: del naturalismo a la renormativización” en *Temas de derecho penal*, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995, p. 16.

penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho¹³.

Pero la valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche, puesto que la reprochabilidad es una condición necesaria pero aún no suficiente de la responsabilidad.

Por ello, una vez comprobada la culpabilidad, se deberá establecer si, desde el punto de vista de los *fines preventivos* del Derecho Penal, se hace necesaria o no una pena, con el objeto de determinar si el sujeto es responsable por lo que ha hecho.

La responsabilidad, entonces, depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley.

El concepto normativo de *culpabilidad* ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de *responsabilidad* ¹⁴.

PATRICIA ZIFFER, efectuando una síntesis acerca de la idea central de ROXIN, ha dicho acertadamente que "la categoría sistemática "culpabilidad" lleva en sí los principios políticocriminales de la teoría de los fines de la pena: mientras que los tipos muestran modelos de prohibiciones dirigidas a los ciudadanos, teniendo en cuenta la prevención general, la culpabilidad se vincula con el hecho de si, desde el punto de vista penal, es necesaria una sanción contra el autor individual. Lo que importa no es si el individuo pudo haber actuado de otro modo, sino si el legislador quiere hacerlo responder por ese acto. De allí que ROXIN prefiera hablar de "responsabilidad"¹⁵.

Se advierte, de este modo, la existencia de una vinculación recíproca entre culpabilidad y prevención en la función de la pena, una unidad sistemática entre Derecho Penal y Política Criminal. La imposición de la pena deberá estar justificada

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

¹³ ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General* , 2da. edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 792.

¹⁴ Autor y ob. cit., p. 797.

¹⁵ ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos de la determinación de la pena* , Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 69 y 70.

en la medida de la necesidad preventiva -general y especial- de punición; pero, a la vez, las necesidades preventivas estarán limitadas por la culpabilidad.

En este sentido, se trataría de una solución superadora de la categoría de la "responsabilidad por el hecho" introducida por MAURACH, que explica por qué razón en situaciones como el estado de necesidad disculpante, en que el autor pudo haberse comportado de otra manera, y por ende existe culpabilidad, se renuncia a la aplicación de una pena¹⁶.

5.2. EL FUNCIONALISMO DE GÜNTER JAKOBS

Con su funcionalismo sistémico o radical, JAKOBS lleva hasta las últimas consecuencias su concepción de la sociedad como conjunto de individuos interrelacionados sobre la base de expectativas estabilizadas en normas de conducta.

La culpabilidad, es entendida ahora como "deslealtad hacia el derecho", abordándose dicho concepto desde la perspectiva de la prevención general positiva, en la cual se trata de "asegurar el orden social" reforzando -mediante la aplicación de una pena- la confianza de todos en el Derecho. Se restablece, de este modo, la vigencia de la norma que había sido quebrantada por el actuar ilícito del sujeto.

A los fines de determinar la culpabilidad, la persona que se toma en cuenta, es el hombre en su rol social más general: el de ciudadano fiel al derecho, de quien se espera se motive suficientemente a seguir las normas.

En palabras de JAKOBS, "Desde que el concepto psicológico de culpabilidad -si es que alguna vez ha existido tal concepto- fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva (...) con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

¹⁶ LASCANO, CARLOS J. (H), "Los paradigmas funcionalistas en el Derecho Penal actual" en Cuadernos de Derecho Penal y Criminología Nº 2, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Rioja, Lerner, Córdoba, 1996, p. 46.

más general que cabe imaginar, aquélla cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan¹⁷.

Así, el autor cuestionará la vigencia de la norma con su comportamiento, cuando no se procure la motivación suficiente para seguir el derecho. Si esto ocurre, se le imputará su comportamiento antijurídico como culpable, y se le aplicará una pena para confirmar la vigencia de la norma lesionada.

Para JAKOBS "...una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad. Una vez afirmada la existencia del injusto, toda ausencia de culpabilidad, bien por falta de capacidad de culpabilidad, por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta de exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo-individual, casual, y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación)¹⁸, siendo el concepto de culpabilidad el que separa el sentido de la naturaleza.

A los fines de la reacción penal, lo único que importa es la culpabilidad; "toda sistematización previa al escalón del juicio de culpabilidad está configurada sobre la base de conceptos auxiliares cuyo cometido consiste exclusivamente en hacer más manejable el concepto de culpabilidad. Dichas categorías penales no tienen, por consiguiente, más que una función didáctica"¹⁹.

De este modo, JAKOBS se aparta definitivamente del modelo tradicional de la culpabilidad como "libertad de voluntad", donde sólo era culpable aquél que habría podido obrar de otra manera, aduciendo que esto último no constituye un estado constatable.

En lugar de ello, lo que se intentará establecer ahora, es si la sociedad posee o no una alternativa para la solución del conflicto distinta de la imputación del delito al sujeto. Si ella no dispone de tal solución, habrá culpabilidad; por el contrario, si existe otra alternativa, no tendrá sentido aplicar la pena.

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

¹⁷ JAKOBS, GÜNTER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, p. 64 y 65.

¹⁸ Autor y ob. cit., p. 63.

¹⁹ Autor y ob. cit., p. 60.

En relación a esto último, deberá advertirse las consecuencias respecto de los enfermos mentales que no son curables por un tratamiento psiquiátrico²⁰, que podrán ser declarados culpables cuando ello sea necesario para estabilizar la confianza en la vigencia de las normas, importando, de esta manera, una mediatización de algunos individuos en aras de afianzar el sistema.

En opinión de SCHÜNEMANN, JAKOBS ha llegado a disolver completamente el concepto tradicional de culpabilidad en la prevención general. Dado que "únicamente el fin da contenido al concepto de culpabilidad" y el fin de la imputación de la culpabilidad radica en el efecto preventivo-general (en la "estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por el comportamiento delictivo"), la culpabilidad "se fundamenta en la prevención general y se mide según ésta. Según todo ello, el concepto y los concretos presupuestos de la culpabilidad han de desarrollarse por derivación de las necesidades preventivo-generales"²¹. Considera dicho autor, que la propuesta de JAKOBS es dogmáticamente incorrecta y que abandonar la noción clásica de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad, la cual es absolutamente fundamental en un Estado de Derecho, ya que las consideraciones preventivo-generales podrán fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos.

ROXIN también critica la concepción de JAKOBS, aduciendo que con ella se instrumentaliza al individuo que sólo sirve como instrumento de los intereses sociales de estabilización, violentando la dignidad humana, tropezando con reparos de orden constitucional. "A ello se añade que no poseemos un parámetro para establecer lo que es necesario para la "estabilización de la confianza en el ordenamiento" y cuándo una perturbación del orden puede ser "asimilada de otra manera" sin punición. Así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad..."²².

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

²⁰ LASCANO, CARLOS J. (H), ob. cit., p. 54 y 55.

²¹ SCHÜNEMANN, BERND, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal" en *El Sistema moderno de Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, traducción de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Tecnos, Madrid, 1991, p. 66 y 67.

²² ROXIN, CLAUDIUS, ob. cit., p. 806.

5.3. CRÍTICAS AL FUNCIONALISMO

Se ha dicho al respecto, que esta corriente -a pesar del gran esfuerzo teórico con el que se la intenta fundamentar- se agota en interpretar los requisitos de la culpabilidad jurídico-penal de modo diferente a como se ha hecho hasta el momento, sin lograr fundamentarlos.

En opinión de STRATENWERTH "la funcionalización del concepto de culpabilidad se ha convertido en objeto de una extensa discusión científica. (...) se aduce sobre todo que el estadio de desarrollo de la investigación empírica respecto de los posibles efectos de la pena no permite en absoluto llevar a cabo afirmaciones diferenciadas acerca de cómo habría que configurar el reproche de culpabilidad para cumplir adecuadamente la función de prevención de delitos (...) A la mayoría de las afirmaciones que a este respecto pueden hacerse les corresponde el status de meras reflexiones de sentido común. Por esta razón, en amplios sectores no hay más remedio que inferir las necesidades de la prevención, de las que dependería el juicio de culpabilidad, de ese mismo juicio, a pesar de todo"²³.

Concluye dicho autor, en que, aún partiendo del punto de vista teórico de la prevención general positiva, los criterios de la imputación penal no podrían ser otros que los del concepto tradicional de culpabilidad. Entiende que la interpretación funcional del requisito de la culpabilidad se agota en un mero intercambio de términos, y que si el principio de culpabilidad quedara entregado sólo a los fines de la pena, el mismo ya no estaría en condiciones de proteger al individuo frente a una manipulación del Derecho penal por razones arbitrarias de política criminal. De este modo, no existiría razón alguna para continuar concibiéndolo como garantía constitucional.

"En tales circunstancias -continúa diciendo STRATENWERTH-, no queda otro camino que seguir conectando la cuestión de la culpabilidad del autor a las "reglas prepositivas de la imputación moral", en un primer paso, "creando un concepto" lo más preciso posible. Sólo así quedará claro cuáles son las concesiones en atención a las necesidades político-criminales, reales o supuestas, que están ligadas a los parámetros de culpabilidad específicos del Derecho penal (...) Sin culpabilidad no

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

²³ STRATENWERTH, GÜNTER, ob. cit., p. 276.

hay justificación posible de la pena, y el punto de vista rector para el juicio de culpabilidad sigue siendo la cuestión de la responsabilidad del autor”²⁴.

6. TOMA DE POSICIÓN

Como asevera SCHÜNEMANN, no sería acertado sustituir completamente la categoría culpabilidad por la necesidad preventivo-general de pena -tal como pretende JAKOBS-, puesto que abandonar el concepto clásico de culpabilidad por las exigencias de la prevención general implicaría destruir la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad, la cual se torna imprescindible en un Estado de Derecho. Es por ello, que “la imposición de un pena criminal, como medio de fuerza más enérgico e incisivo de que dispone el Estado, precisa de una legitimación especial, además de la comprobación de su utilidad funcional. En efecto, la pena criminal debe legitimarse de modo que su imposición a un concreto ciudadano, con el a menudo consiguiente aniquilamiento de la existencia social del mismo, aparezca como una medida justa y defendible también frente a él”²⁵.

Así, pues, coincido con la postura mantenida por ROXIN y adoptada luego por SCHÜNEMANN, quienes sostienen que la categoría dogmática de la *culpabilidad* debe complementarse mediante la exigencia de una *necesidad preventivo-general de pena*, dado que la misma, por sí sola, se torna obsoleta.

Asimismo, la regulación de las causas de exclusión de la culpabilidad sólo podrán entenderse si se reconoce como fundamento de la renuncia a la pena por parte del Estado, no sólo la imposibilidad de actuar de otro modo -originada en la intensa reducción de la libertad de acción-, sino además, la falta de necesidad preventivo-general de aplicar una pena.

Vemos, entonces, cómo se hace necesario -por razones de peso- continuar manteniendo la *separación* entre *culpabilidad* y *prevención general*, y no disolver la una en la otra como hace Jakobs.

Y es por ello, que actualmente algunos autores propugnan continuar manteniendo la categoría culpabilidad, aunque con un contenido distinto al

MARÍA CELESTE RINALDONI: “El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática”

²⁴ STRATENWERTH, GÜNTER, ob. cit., p. 276 y 277.

²⁵ SCHÜNEMANN, BERND, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo” en *El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 160 y 161.

tradicional. En este sentido, me parece muy interesante el planteo efectuado por MUÑOZ CONDE, quien destaca que el concepto de culpabilidad, como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, "coloca al penalista ante la difícil situación de tener que decidirse entre dos extremos igualmente cuestionables: o aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad; o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito"²⁶.

Dicho autor sostiene que se puede salir de esa difícil situación, rechazando el concepto tradicional de culpabilidad, lo cual *no implica renunciar al mismo como categoría jurídico-penal, sino buscarle un fundamento distinto*.

Para ello hay que abandonar la vieja concepción que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. "No hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social (...) Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio"²⁷.

Por ejemplo, si en un determinado momento histórico se consideró que debía eximirse de responsabilidad penal al menor de cierta edad, o al que, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pudo comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, ello no se hizo para debilitar la prevención general o la defensa de los intereses de la sociedad frente a esas personas, sino, por

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

²⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 352.

²⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 355.

el contrario, porque el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecían al declarar libres de culpabilidad a estas personas, de quienes no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales. Estas razones de prevención general se ven acompañadas también por razones de *prevención especial*, ya que, desde el punto de vista individual, tampoco es necesaria la imposición de una pena al sujeto, sino una medida curativa o educativa.

Sostiene MUÑOZ CONDE, que si estos presupuestos no se dan, "mal se puede hablar de culpabilidad, y exigir el cumplimiento de los mandatos normativos a las personas que por razones de inmadurez personal, de enfermedad mental, etc., no están en condiciones de cumplirlos sería una infracción clara de las bases de la responsabilidad penal en un Estado social y democrático de Derecho. Por eso la culpabilidad tiene también un fundamento material, basado en la propia idea democrática..."²⁸.

En mérito de lo hasta aquí expuesto, es que considero imprescindible la persistencia del concepto de culpabilidad y su correlación con la prevención general. Podrá -quizás- mutar el contenido de la culpabilidad, pero nunca desaparecer.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ, RICARDO C. M., "Sistema penal: del naturalismo a la renormativización" en *Temas de derecho penal*, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995.

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 2da. edición, Buenos Aires, 1999.

- *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, 3ra. Edición renovada y ampliada, Buenos Aires, 1994.

CÓRDOBA, FERNANDO JORGE, *Capacidad de Motivación y la Imputación de la culpabilidad*.

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

²⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 356.

CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte General*, 5ta. edición, Astrea, Buenos Aires, 2003.

FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Ed. B de F., Montevideo - Buenos Aires, 2000.

JAKOBS, GÜNTER, "El principio de culpabilidad" en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 365 a 393.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.

JESCHECK, HANS HEINRICH, "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19, traducción de PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, www.criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf, accedido el 29/12/06.

LASCANO, CARLOS J. (H), "Los paradigmas funcionalistas en el Derecho Penal actual" en *Cuadernos de Derecho Penal y Criminología N° 2*, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Rioja, Lerner, Córdoba, 1996, p. 31 a 64.

- "Evolución de la Dogmática Jurídico-Penal", conferencia pronunciada el 22 de mayo de 1998, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

LASCANO, CARLOS J. (H) Y OTROS, *Derecho Penal. Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2002.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. edición, Barcelona, 1998.

MONTES HUAPAYA, SANDRO, "El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro de un Estado de derecho, social y democrático", www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Montes1.pdf, accedido el 29/12/06.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6ta. edición revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1997.

SCHUNEMANN, BERND, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo" en *El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 147 a 178.

- "Culpabilidad. Estado de la cuestión" en la colectánea *Sobre el Estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 91 a 128.

MARÍA CELESTE RINALDONI: "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

- "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal" en *El Sistema moderno de Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, traducción de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31 a 80.

STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ta. edición totalmente reelaborada, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ Y MARCELO A. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

Cita de este artículo:

RINALDONI, M. C. (2011) "El concepto jurídico-penal de culpabilidad y su evolución dogmática". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.194-211
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL DELITO DE ENVENENAMIENTO O ADULTERACION DOLOSA DE AGUA POTABLE Y LA AFECTACION DE NORMAS DE IUS COGENS

Ab. Sebastián Félix García Amuchástegui

Abogado, Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC), Diplomado en Derecho Procesal Penal por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Palabras Clave:

Agua, salud pública, residuos peligrosos, ambiente sano.

Key Words:

Water, public health, hazardous waste, healthy environment.

Resumen

Es por ello que en el presente trabajo se pretende analizar, a partir del estudio de una figura penal en particular como lo es el envenenamiento o adulteración dolosa de agua potable, si en determinadas circunstancias y bajo ciertos requisitos, la consumación de dicho delito de peligro puede implicar a su vez la violación flagrante de normas de jus cogens, lo cual traería aparejado un cambio sustancial no únicamente en lo que respecta a la concepción de dicho delito sino y sobre todo, en su aplicación concreta, todo ello a la luz de los principios establecidos por la CSJN recientemente.

Abstract

That is why in this paper is to analyze, from a study of particular criminal offense such as poisoning or intentional adulteration of drinking water, if in certain circumstances and under certain conditions, the consummation of the crime of danger in turn may involve the flagrant violation of rules of jus cogens, which would entail a substantial change not only in regard to the conception of the crime but above all, in their practical application, all in light of principles established by the Supreme Court recently.

I. Introducción

La República Argentina al igual que la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, se encuentra inmersa dentro de un sistema normativo de índole supranacional que afecta, según la adopción que cada país haga del mismo, el orden jurídico interno. Esta aseveración que encuentra sustento insoslayable en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos, sobre todo a partir de la aplicación en sus sentencias de normas de derecho internacional público, se ve plasmada específicamente en el ámbito del derecho penal y en lo que aquí interesa en la concepción actual en torno a la protección del sistema sanitario de la población.

En tal sentido, nuestra Carta Magna haciéndose eco (entre otros instrumentos de internacionales) de lo establecido en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, reunida en Estocolmo en junio de 1972, consagro a partir de la reforma operada en el año 1994, en su art. 41 que "(...) *todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (...)*"².

Pese a ello nuestro país carece en la actualidad de un régimen jurídico penal que proteja de manera autónoma el medio ambiente⁹⁷, realizando tal cometido de manera indirecta a partir de las disposiciones previstas principalmente en el Título

⁹⁷ Es dable precisar que para cierta parte de la doctrina las figuras penales que contiene la ley 24.051 (ley de residuos peligrosos), tutelan concretamente un nuevo bien jurídico: *el medio ambiente*. En tal sentido se ha sostenido que "(...) *el concepto de salud, como bien jurídico protegido en estos tipos, no es el de la salud humana o el de la salud pública tradicional que tutela el Código Penal (arts. 200 ss.), restringido a la protección del estado sanitario de la población. Aquí se trata de una conceptualización más amplia, comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema. Esto es así puesto que los tipos penados comentados nacen en el contexto de una ley cuyo objeto de protección es el medio ambiente (...)*". Cfr. CREUS, Sebastián y GERVASONI, Marcelo C, "Tipos penales de la ley de residuos peligrosos", en CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edición, actualizada y ampliada, ed. Astrea, Bs. As., 1997, p. 69, citados por CESANO, Daniel José, *El delito de contaminación, adulteración, envenenamiento doloso mediante la utilización de residuos peligrosos (art. 55, 1º párrafo de la ley 24.051): anatomía de una figura de peligro*, publicado en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Dirección URL: www.ciidpe.com.ar, (consulta: 20/08/2010).

VII, Capítulo IV del CP (delitos contra la salud pública) y lo dispuesto por la leyes n° 22.241 (ley de flora y fauna) y 24.051 (ley de residuos peligrosos)⁹⁸.

Esta cuestión no ha sido soslayada por la doctrina nacional, sino que por el contrario se ha pretendido, mediante el estudio de las figuras penales vigentes, construir un sistema del que se puedan inducir criterios sistemáticos, evitando de esta manera la superposición de ciertas normas que en apariencia regulan materias similares⁹⁹.

Sin embargo dicho examen a mi entender se ha efectuado en forma parcial. Y esto es así ya que en la mayoría de los supuestos y desde la óptica jurídico-penal, se ha realizado un análisis dogmático del conjunto de normas, que de una u otra manera, se refieren a la cuestión de los delitos contra la salud pública, sin adecuar dicho cometido con un estudio crítico y abarcativo del cúmulo de normas de índole internacional, que de manera directa e indirecta se refieren a la materia aludida¹⁰⁰.

Es por ello que en el presente trabajo se pretende analizar, a partir del estudio de una figura penal en particular como lo es el envenenamiento o adulteración dolosa de agua potable, si en determinadas circunstancias y bajo ciertos requisitos, la consumación de dicho delito de peligro puede implicar a su vez

⁹⁸ Esto sin perjuicio de señalar que tanto a nivel local como nacional, se observan una amplia gama de leyes que regulan aspectos ambientales, estableciendo las mismas sanciones de carácter administrativo (v.gr ley 13.660 de seguridad y salubridad de instalaciones, la ley 20.284 de preservación de los recursos del aire, la ley 22.190 "Régimen de prevención y vigilancia de la contaminación de las aguas u otros elementos del medio ambiente por agentes contaminantes provenientes de buques y artefactos navales", la ley 20.841 "Régimen para evitar la contaminación de aguas en ríos", entre tantas otras).

⁹⁹ Me estoy refiriendo por ej. a la cuestión de la superposición o no de la previsión normativa contenida en el artículo 55 de la ley 24.051, con la prevista en el artículo 200 del Código Penal. En tal sentido el Dr. Cesano, sostiene que el art. 200 tiene un ámbito de punibilidad autónomo "(...) en aquellos casos en que la adulteración o el envenenamiento de aguas potables ocurra "mediante desechos no contemplados por la mencionada ley (...). CESANO, Daniel José, "El delito de contaminación (...)", op. cit. p.09.

¹⁰⁰ En este punto es de vital importancia tener presente que la propia CSJN ha procedido a la incorporación de aquellas fuentes formales del derecho internacional público, que no se encuentran **explícitamente** establecidas en la CN (vg. costumbre internacional y principios generales del derecho), justificando la misma a partir de la interpretación actual que se hace del art. 118 de la CN (Derecho de Gentes). Esta incorporación se presenta con singular relevancia en lo relativo a las denominadas normas de *jus cogens* (en especial en lo vinculado a los crímenes de lesa humanidad) en virtud de las cuales el citado órgano judicial ha **hecho prevalecer la norma internacional sobre la primera parte de la Constitución Nacional y los principios de derecho público de la misma** (vg. Non bis in ídem, no retroactividad, prescripción, tribunal preconstituido, etc.). Ver DRNAS de Clément, Z, SARTORI, Susana M, *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Lerner Editora, Córdoba, 2010, p. 28.

la violación flagrante de normas de jus cogens¹⁰¹, lo cual traería aparejado un cambio sustancial no únicamente en lo que respecta a la concepción de dicho delito sino y sobre todo, en su aplicación concreta, todo ello a la luz de los principios establecidos por la CSJN recientemente.

II. Envenenamiento o adulteración dolosa de aguas potables.

a) Bien jurídico protegido. Estructura típica

A los fines de responder al interrogante precedentemente planteado, se hace necesario delimitar los contornos precisos de la figura penal sometida a estudio, sobre todo si se tiene presente que la misma se encuentra prevista en sus aspectos típicos en más de una normativa penal, aunque como ya se adelantó, esto no implica en modo alguno, una superposición normativa.

En tal sentido nuestro Código Penal prevé dentro del título VII "delitos contra la seguridad común", un capítulo (IV) relativo a los delitos contra la salud pública, en el cual reprime (entre otras figuras) al delito de envenenamiento o adulteración dolosa de agua potable (art. 200 del CP). Se ha sostenido que en dicho capítulo lo que se protege es el estado sanitario de la población frente a la creación de un peligro común (indeterminado) para las personas, lo cual permite distinguir un atentado a la vida y a la salud de un atentado contra la salud pública¹⁰².

El mentado artículo 200 reprime " (...) con reclusión o prisión de tres a diez años, al que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas

¹⁰¹ Es decir de aquellas normas imperativas, impuestas, coactivas, "(...) que conforman el núcleo duro de los cimientos de la comunidad internacional, las cuales se encuentran en la cúspide de las fuentes normativas no sólo en base a su inderogabilidad sino en razón de su contenido. Estas normas no depende de su existencia de la aceptación o no de los Estados miembros de la comunidad internacional (...)". DRNAS de Clement, Z, *Las normas imperativas de Derecho Internacional General (JUS COGENS). Dimensión sustancial*, publicado en www.acaderc.org.ar, p. 12/13.

¹⁰² MANDELLI, Adriana T., "Delitos contra la salud pública", en Daniel P. Carrera (Director), *Estudios de las figuras delictivas*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1995, T° II-B, p. 79.

potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión".

Como se desprende, en esta norma existen dos formas alternativas de acción que consisten en envenenar o adulterar constituyendo ambas, infracciones materiales que concretan la operación efectiva de un peligro. Envenena quien agrega una sustancia que en sí misma es químicamente tóxica o que vuelve tal la mezcla¹⁰³. En cambio adultera el que altera la sustancia de una cosa por cualquier otro medio no venenoso o sustrayéndole alguno de sus elementos o sometiéndolos a algún proceso de descomposición, que la vuelva peligrosa para la vida o la salud de las personas¹⁰⁴.

Sin embargo, estos dos verbos "...deben ser realizados de un modo peligroso para la salud es decir, con la potencialidad de causar una lesión o un daño. El hecho delictivo para ser tal debe recaer además sobre algo que quede a disposición indeterminada de personas o grupos de personas, y no es preciso que se hallen creados en condiciones tales como para que toda persona deba sufrir los efectos del envenenamiento o adulteración..."¹⁰⁵.

Los objetos sobre los cuales debe recaer la acción de adulterar o envenenar, son los siguientes: a) aguas potables: es decir aquellas, químicamente puras o no que están destinadas para ser consumidas por las personas ¹⁰⁶, b) sustancias alimenticias: son aquellas materias sólidas o líquidas que satisfacen la alimentación del hombre y c) sustancias medicinales: es decir los materiales sólidos o líquidos, elaborados con la finalidad de producir un efecto curativo¹⁰⁷.

¹⁰³ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T.E.A., Bs. As., 1963 y 1978, t IV, p. 554.

¹⁰⁴ NUÑEZ. Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Lerner, Bs. As. 1971, t. VP. 115, citado por MANDELLI, Adriana T, "Delitos contra...", p. 80/81.

¹⁰⁵ LIBSTER, Mauricio H, "Delitos ecológicos", 2da edición, Ed. Depalma, Bs As, 2000 p. 201, citado por RODRÍGUEZ CAMPOS, Eloisa, "Régimen penal de residuos peligrosos. Capítulo IX. Ley 24051", *Las Tesis de Belgrano*, Universidad de Belgrano, Dirección URL: www.ub.edu.ar (consulta: 20/08/2010)

¹⁰⁶ Concretamente se ha señalado que "...la calidad de potable de una masa de agua no depende del grado de su pureza sino de su destino, esto es de que se la afecte para el uso doméstico y bebida de las personas, siendo indiferente al respecto que sea necesario para tornarla apta para el uso humano someterla a un procedimiento técnico previo..." (MANDELLI, Adriana T., "Delitos contra..." op. cit. p. 82.

¹⁰⁷ PALACIOS DE BATTISTON, Claudia R, *Delitos Ambientales*, Francisco Ferreyra Editores, Córdoba, 2000, p. 59.

La figura en análisis exige el dolo y admite el dolo eventual. El delito es instantáneo, de efectos permanentes. Lo que se debe tenerse presente es que el delito contemplado en el art. 200 C.P es de peligro abstracto, cuya consumación no demanda daño efectivo para la salud general, ni un peligro concreto de que este se produzca, sino una indefinida posibilidad de daños¹⁰⁸.

La agravación del delito se prevé en el 2º párrafo del artículo 200, basada en la consecuencia de muerte preterintencional. Es decir que si al hecho sigue la muerte de alguna persona, como resultado causalmente determinado por el envenenamiento o la adulteración, sin la interferencia de otro factor independiente y preponderante, el delito se agrava y la pena será de 10 a 25 años de reclusión o prisión.

Por otra parte la ley de residuos peligrosos (24.051) prevé en el capítulo IX el régimen de su normativa penal. En tal sentido el artículo 25 de la citada ley establece las mismas penas que las del artículo 200 del Código Penal para quien envenenare, adulterare o contaminare con los residuos que prevé la ley, de un modo peligroso para la

salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Asimismo prescribe que si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Sin adentrarnos en la problemática suscitada a nivel doctrinario en orden a la identificación del bien jurídico protegido por las disposiciones penales contenidas en la ley 24.051, podemos señalar siguiendo la opinión del Dr. José Cesano, que el bien jurídico tutelado por estos tipos penales es la salud pública, *"...toda vez que las acciones constitutivas de la figura delictiva ("envenenar", "adulterar", etc.) serán típicas no sólo por recaer sobre las objetividades materiales mencionadas por la norma (suelo, agua, atmósfera) sino - y de manera fundamental - en tanto que, a*

¹⁰⁸ MANDELLI, Adriana T., "Delitos contra ..." op. cit. p. 82.

través de aquellas acciones, se ponga en peligro la salud humana (derecho agredido)...¹⁰⁹..

En lo que respecta a las acciones típicas previstas por el art. 55 son, salvo la de contaminar, iguales a las previstas en el art. 200 ya mencionado, teniendo igual consideración en lo que respecta a su caracterización como un delito de peligro "abstracto", por lo que me remito a lo ya señalado ut supra¹¹⁰.

El texto legal en análisis exige asimismo que las acciones típicas se realicen "utilizando los residuos a que se refiere la presente ley". De esta manera, el concepto de residuo peligroso "tiene un sentido instrumental, respecto a la realización de las respectivas acciones (...)". Los residuos peligrosos se utilizan cuando el sujeto activo se vale de ellos; ya sea generándolos, manejándolos, eliminándolos, liberándolos, haciendo abandono de ellos o almacenándolos, sin las medidas adecuadas de seguridad¹¹¹.

En lo que concierne al agua, si bien tampoco existe una definición legal, la norma reglamentaria de la citada ley (artículo 3 del anexo Ib, del decreto reglamentario), incluye dentro de este concepto a las: **aguas dulces superficiales; y dentro de ella las siguientes categorías protegidas:** fuentes de agua potable con tratamiento convencional; fuentes de agua potable con plantas de potabilización avanzada; fuentes de agua industrial y cuerpos sujetos a saneamiento y recuperación de la calidad de agua; • **aguas dulces subterráneas; y dentro de ellas:** fuentes de agua potable con tratamiento convencional; fuentes de agua potable con tratamiento avanzado; fuentes de agua industrial y napas sujetas a saneamiento y recuperación de la calidad de agua; **Aguas salobres, y dentro de ellas:** fuentes de agua potable con tratamiento avanzado; uso agropecuario posible; uso industrial; recreación y protección de vida acuática, **Aguas saladas, y dentro**

¹⁰⁹ La idea de que las figuras penales de la ley 24.051 protegen la salud pública exige determinar, según el Dr. Cesano, si respecto del artículo 200 del Código Penal, existe algún ámbito de punibilidad autónomo; esto es: que no se superponga con la previsión contenida en el artículo 55 de la ley analizada. En este sentido, el citado autor sostiene "...que tal ámbito existe en aquellos casos en que la adulteración o el envenenamiento de aguas potables ocurra mediante desechos no contemplados por la mencionada...". CESANO, Daniel José, "El delito de contaminación, adulteración...", op. cit. p. 07.

¹¹⁰ En contraposición a esta tesis se pronuncia Cesano, quien considera que el art. 55 se adscribe entre aquellos delitos caracterizados como de peligro pero "concreto", por cuanto requiere que se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo" CESANO, Daniel José, "El delito de contaminación, adulteración...", op. cit. p. 24.

¹¹¹ CESANO, Daniel José, "El delito de contaminación, adulteración...", op. cit. p. 22/23.

de ellas: fuentes de agua potable con tratamiento avanzado y recreación y protección de la vida acuática¹¹².

III. Normativa Constitucional del medio ambiente. Afectación de normas de jus cogens.

Como se desprende del sucinto análisis realizado en orden a la descripción de los elementos típicos de la figura en estudio, uno de los objetos materiales sobre el cual recaen físicamente las acciones delictivas, es en lo que aquí interesa, el agua potable. Este elemento vital e indispensable para la vida, ha sido considerado en cuanto al acceso al mismo, como un derecho humano personalísimo, urbi et orbi, erga omnes, que debe ser acatado por cualquier sociedad y por todo Estado. Es por ello que desde hace tiempo, ya sea desde el ámbito interno como internacional, se ha pretendido dotarlo de un marco normativo adecuado.

En tal sentido la Constitución Nacional incorporó (expresamente) tras la reforma del 94, el derecho al medio ambiente en su artículo 41. En el primer párrafo del mencionado artículo, el constituyente estableció que éste debe ser "...sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...", haciendo hincapié en su extensión a las futuras generaciones, y como dice Sabsay "(poniendo) de manifiesto la incorporación de la noción de desarrollo sustentable que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesaria en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada"¹¹³

Sin embargo el derecho de acceso al agua potable no surge únicamente a partir de la interpretación de la citada manda constitucional, sino que expresamente se

¹¹² CESANO, Daniel José, "El delito de contaminación, adulteración...", op. cit. p. 22/23.

¹¹³ SABSAY, Daniel A, ONAINDIA, José M., *La constitución de los argentinos*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2000, 5ta. Ed., p. 150.

reconoce tal derecho en instrumentos internacionales, los cuales gozan de jerarquía constitucional conforme lo establecido por el art. 75 inc. 22 de nuestra CN¹¹⁴.

El reconocimiento explícito sobre la temática llega por un lado con la Convención de los Derechos del Niño (1989), que en su artículo 24 reconoce: 1. "(...) el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...". 2. "Los Estados partes aseguraran la plena aplicación de este derecho y en particular, adoptarán las medidas apropiada para: (...), c) combatir las enfermedades y la malnutrición a través de (...) el suministro de alimentos adecuados y agua potable, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del ambiente".

Este artículo, tal como lo sostiene Juan Manuel Picolotti, es de suma importancia ya que reconoce explícitamente el vínculo entre los recursos naturales, el ambiente y la salud del niño, además de incorporar por primera vez en una convención al acceso al agua potable como un suministro (derecho) esencial para la realización de otros derechos en este caso el derecho a la salud¹¹⁵.

Por otro lado, otro Tratado internacional que reconoce expresamente este derecho es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. También tiene en cuenta en forma expresa al derecho al agua: art. 14: párrafo 2, apartado h): *Los Estados partes aseguraran a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuada particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento al agua"*.

Como se desprende, estas convenciones que surgen para proteger dos grupos vulnerables, (mujeres y niños) analizan la problemática del acceso al agua potable con respecto a los mismos, y deciden proteger este derecho en forma expresa ya que estos grupos son los que sufren la mayor carga y discriminación con respecto al acceso a este recurso vital¹¹⁶.

¹¹⁴ Debe tenerse presente que el derecho de acceso al agua potable también se hace surgir de la interpretación de otros instrumentos internacionales que en la República Argentina gozan de jerarquía constitucional, como lo son por citar algunos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre tantos otros, ya que se considera que el acceso a tan vital elemento constituye el punto de partida para el goce efectivo de los demás derechos humanos.

¹¹⁵ PICOLOTTI, Juan Manuel, "Agua y Derechos Humanos" en *Derechos Humanos. Legalidad y jurisdicción supranacional*, Ed. Mediterranea, Córdoba, 2006, p. 228/229.

¹¹⁶ PICOLOTTI, Juan Manuel, "Agua y Derechos...", op. cit. p. 229.

Es de importancia precisar que el derecho de acceso al agua potable involucra varias facetas que deberían tenerse en cuenta al momento del dictado de una ley (de índole penal) que lo abarcará en forma suficiente en toda su extensión.

En tal sentido se puede señalar siguiendo a Picolotti¹¹⁷, que el mentado derecho involucra lo relativo a:

a) **La disponibilidad:** el abastecimiento de agua potable de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos.

b) **La calidad:** El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener organismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan producir una amenaza para la salud de las personas. Además, la misma debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para uso personal o doméstico.

c) **La accesibilidad.** El agua y las instalaciones y servicios de deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad presenta a su vez cuatro dimensiones superpuestas:

1) *accesibilidad física.* El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas,

2) *accesibilidad económica:* el agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos,

3) *no discriminación:* el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho,

4) *acceso a la información:* la accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

En consecuencia se puede aseverar que la idea imperante a nivel mundial es la de considerar, que el derecho al acceso al agua potable se erige como un derecho a la vida de primer grado, lo cual sumado al consenso que existe en la comunidad internacional¹¹⁸ sobre la necesidad de universalizar el acceso al agua potable y al

¹¹⁷ PICOLOTTI, Juan Manuel, "Agua y Derechos...", op. cit. p. 231/232.

¹¹⁸ Se ha sostenido que en lo que respecta a la generación formal de la norma de *jus cogens*, "(...) basta constatar la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Es de recordar que la Comisión de Derecho Internacional ha entendido que la expresión comunidad internacional de Estados en su

saneamiento - habiendo asumido al respecto el compromiso universal y concreto de hacerlo efectivo¹¹⁹- nos permite inferir que dicho enunciado ha ingresado como derecho humano fundamental autónomo y que en consecuencia, dicho consenso, ubica al derecho de acceso al agua potable como norma imperativa de derecho internacional general – *jus cogens*¹²⁰.

Lo afirmado precedentemente trae a colación una cuestión no del todo analizada a nivel de la doctrina nacional (*lege ferenda*) que podemos resumir, a partir del siguiente interrogante: ¿Qué sucedería si la contaminación o la adulteración dolosa¹²¹ (llevada a cabo por x persona¹²²) de las napas de aguas

conjunto o comunidad internacional en su conjunto, no significa la unanimidad sino que se refiere a los componentes esenciales de la misma (...)".DRNAS de Clement, Z, "Las normas imperativas de Derecho Internacional (...)", op. cit. 11.

¹¹⁹ En tal sentido, el 28/07/2010 la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció que el derecho al acceso al agua potable es un derecho humano básico y urgió a garantizar que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer ese derecho. Posteriormente el Consejo de Derechos Humanos de la citada organización internacional (01/10/2010), sostuvo que el derecho al agua y el saneamiento está incluido en los tratados vigentes de garantías fundamentales por lo que los Estados tienen la responsabilidad de asegurar a los ciudadanos su ejercicio y goce pleno. No debe soslayarse que en su quincuagésimo octavo período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, mediante resolución 58/217, la proclamación del período de 2005 a 2015 "**Decenio Internacional para la Acción**" «El agua, fuente de vida», empezando el 22 de marzo de 2005. Se trata del segundo decenio internacional de las Naciones Unidas sobre cuestiones relativas al agua, el primero fue el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, 1981 - 1990. Para mayor información se puede consultar la página web de la ONU: www.un.org/es.

¹²⁰ La cual ha sido definida por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (aprobada por la República Argentina mediante la ley n° 19.865 del 03 de octubre de 1972, publicada por el Boletín Oficial el 11 de enero de 1973, con reservas) en su art. 53 como " (...) norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter". Repárese que esta definición fue seguida por la CSJN en numerosos precedentes, como en el caso Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande del 05/12/1983 (V. Fallos 305:2150).

¹²¹ Se supone que la conducta debe ser dolosa, en el sentido que el autor sepa que realiza las acciones típicas previstas en la figura (envenenar, adulterar) con la voluntad de realizarlo. El autor debe saber que realiza el hecho, qué hecho realiza y las circunstancias que lo rodean, y además, debe querer realizarlo. V. CESANO, Daniel José, "El delito de contaminación, adulteración...", op. cit. p. 32.

¹²² Decimos persona en el sentido de persona de existencia física o jurídica, sin entrar a analizar la cuestión relativa a la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser pasible de responsabilidad penal. Esto es así dado que el ejemplo propuesto se inclina más a aquel supuesto de una contaminación a gran escala, en donde generalmente tienen intervención de manera decidida las empresas o corporaciones, ya sean de carácter públicas o privadas. Si bien es cierto que por regla en nuestro derecho positivo rige la máxima *societas delinquet non potest* (salvo excepciones: vgr. Código Aduanero, Régimen penal cambiario) no debe olvidarse que en la actualidad, se propugna una revisión de dicha cuestión aunque con matices divergentes. Algunos autores tales como Pérez- Prat Durbán, alejados de los principios fundamentales que rigen la materia penal y más centrados en el ámbito de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos, han sostenido que la máxima *societas delinquet non potest* murió en las Guerras Mundiales al exigirse reparaciones al pueblo. Cf. PEREZ-PRAT, DURBAN, Luis, "La Responsabilidad Internacional, ¿Crímenes de Estados y/o individuos?", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, Madrid, p 219 citado por DRNAS de Clement, Z, "Las normas imperativas de Derecho Internacional (...)", op. cit. 18.

potables acaecidas en un determinado lugar del territorio argentino, fueran de tal magnitud¹²³, que más allá de implicar un peligro potencial para la salud humana, conllevarían (de hecho) la negación de acceso de una comunidad (en su conjunto) a tan vital elemento?.

La respuesta inmediata que surge es que la realización de dicha conducta (delito instantáneo, de efectos permanentes) implicaría a partir de lo ya meritado, una afectación directa de una norma de jus cogens¹²⁴ (derecho de acceso al agua potable) y que por consiguiente correspondería (a la luz de la normativa internacional ya citada) que los autores de dicha conducta fueron perseguidos y juzgados por las autoridades del Estado en donde acaeció el hecho (de lo contrario se podría generar responsabilidad internacional de la República Argentina por su actitud omisiva)¹²⁵.

Si bien este análisis puede apreciarse como parcial, ya que la negación del acceso al agua potable se puede producir a su vez por otros medios (delictivos o no), no parece descabellado suponer que dadas las características particulares del delito de envenenamiento o adulteración dolosa de agua potable (*en donde basta para la caracterización del mismo la existencia de peligro para las personas, no siendo necesario un daño efectivo para la salud en general*) su consumación puede implicar (**como una consecuencia implícita**¹²⁶) la negación del derecho de acceso al agua potable (jus cogens).

¹²³ Me estoy refiriendo a la existencia de un daño grave, irreversible, catastrófico al medioambiente.

¹²⁴ Una de las cuestiones fundamentales que surgen como consecuencia del carácter de normas jus cogens, es el referido a la imprescriptibilidad de la acción penal, lo cual genera un debate en torno a su compatibilidad o no con el principio de legalidad constitucional.

¹²⁵ En tal sentido, la CIDH en el Caso Castillo Páez, sostuvo "...que el deber de investigar y sancionar existe inclusive en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza...". Lo resuelto por la Corte Interamericana es también aplicable, a mi entender, a aquellos supuestos en donde las dificultades en el orden interno para investigar y juzgar hechos delictivos se derivan a su vez de la ausencia o en el menor de los casos de lagunas existentes en la normativa interna, como lo sería el supuesto sometido a estudio.

¹²⁶ No se hace alusión con lo expresado (aunque podría suponerse así) a la cuestión de un concurso ideal (es decir tal como lo sostiene la Dra. Mandelli a la existencia de un solo hecho que por circunstancia de modo "adulteración o envenenamiento, produce una doble tipicidad), ya que en definitiva la negación de acceso al agua potable no está prevista como delito en el ordenamiento jurídico local (aunque esta circunstancia podría tenerse en cuenta al momento del dictado de una ley que incluyera a este derecho como objeto de protección penal, como ya se sostuvo en párrafos anteriores).

Repárese que la propia CSJN ha sostenido corolarios sustantivos y procesales en los casos de violaciones de normas de jus cogens¹²⁷. Así, el Juez Boggiano, en voto separado en el caso Arancibia¹²⁸, enunció de modo genérico que **"los derechos básicos de la persona humana son considerados de jus cogens, esto es normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario"**.

Asimismo en el caso Priebke¹²⁹, los Magistrados Nazareno y Moline O' Connor, en voto separado, sostuvieron que "el carácter de jus cogens (...) lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de legalidades"¹³⁰.

Es preciso aclarar que lo sostenido precedentemente no debe ser entendido en el sentido, de que el conjunto de los derechos humanos por el solo hecho de ser denominados de esa manera, constituyen normas de jus cogens, lo cual conduciría a extremos absurdos, como lo sería inferir que toda conducta violatoria de los mismos traería aparejado el carácter de imprescriptible, consecuencia que sí presenta toda norma de jus cogens, toda vez que uno de los efectos principales y comunes para la violación de este tipo de normas es la imprescriptibilidad de la acción, lo cual supone la potestad de perseguir y reprimir la comisión de este tipo de crímenes, independientemente del transcurso del tiempo u otro obstáculo o medida que imponga el derecho interno.

Sin embargo desde otro punto de vista se podría afirmar, que en aplicación estricta del principio de legalidad material por medio del cual se establece que solo la "...ley crea delitos y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley haya

¹²⁷ Si bien la CSJN ha aplicado esta fuente normativa internacional principalmente para aquellos casos de graves violaciones a los derechos humanos fundamentales (genocidio, desaparición forzada de personas, etc.) **no deja de ser cierto, que en definitiva, se ha admitido a dicha norma como integrante del orden jurídico nacional, no únicamente a partir de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados sino a su vez a partir de la interpretación del art. 118 CN.**

¹²⁸ CSJN, (24/08/2004- Arancibia, Clavel, Enrique L. – JA 2004-IV-426), el subrayado me pertenece.

¹²⁹ Priebke, Erich s/solicitud de extradición /causa n°16063/94, A 1996-I-328. Fallos 318:2148.

¹³⁰ DRNAS de Clément, Z, SARTORI, Susana M, *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Lerner Editora, Córdoba, 2010, p. 70/71.

*declarado en forma expresa y previamente...*¹³¹ es que al momento de la realización de la respectivas acciones de envenenamiento o adulteración, no existe en el orden penal argentino, una norma que establezca (a su vez) como delito (con su consecuente pena) aquellas conductas que implican en concreto una negación del acceso al agua potable y que por consiguiente, la persecución de dichas conductas implicaría la violación del señalado principio.

Esta cuestión engloba en definitiva la problemática relativa a la relación o articulación de las normas penales nacionales con la normativa de nivel internacional (que en este supuesto a su vez se encuentra prevista en instrumentos que gozan de jerarquía constitucional y que por consiguiente en principio se consideran operativos¹³²) todo lo cual trasluce su importancia y vigencia.

En tal sentido es dable hacer referencia (**salvando las distancias entre uno y otro supuesto**) a lo sostenido por el entonces Procurador General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra, quien en su dictamen pronunciado en relación a la causa Simón, Julio y otros 14/06/2005 (C.S.J.N) sostuvo "(...) *que corresponde concluir que la desaparición forzada de personas ya se encuentra prevista – y se encontraba – tipificada en distintos artículos del Código Penal Argentino. Pues no cabe duda de que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una **descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados desaparición forzada de personas.** Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada.*

¹³¹ LASCANO, Carlos J (h) y otros, *Derecho Penal Parte General Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2005, p.112

¹³² Para el Dr. Bidart Campos "...las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional – pero especialmente si las tienen – se deben interpretar partiendo de la presunción de que son operativas, o sea, directamente aplicables por todos los órganos de poder de nuestro Estado. Cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos (...) c) con el efecto de investir directamente con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo...". BIDART CAMPOS, Germán J. "Relación entre el DIDH y el derecho argentino", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1º ed, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 84.

Lo anterior significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito -más genérico- de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Cód. Penal (...)”¹³³.

En tal sentido, si se realiza un paralelo entre tal afirmación y el delito aquí analizado, se podría afirmar que bajo ciertas circunstancias de hecho (*peligro indeterminado, indefinida posibilidad de daños, comunidad o población afectada, efectos permanentes*) **el delito de envenenamiento o adulteración dolosa de aguas potables contendría una descripción “lo suficientemente amplia” como para abarcar** (por consecuencia implícita) **la negación en concreto del acceso al agua potable** (en lo que respecta a la ya mencionada accesibilidad física) y está podría ser la interpretación, que algún tribunal podría efectuar, para aplicar el mencionado derecho de raigambre constitucional.

Es claro que para gran parte de la doctrina tradicional, esto no constituye más que una hipótesis (o mejor dicho un análisis de lege ferenda) que se puede enfrentar con los más elementales principios del derecho penal consagrados a nivel constitucional, pero no es menos cierto, que el propio Dr. Boggiano, al sentenciar, con fecha 2/8/2000, en la causa "Nicolaidés, Cristino y otro s/sustracción de menores" sostuvo que " (...) aun cuando se interpretara que las conductas se encuentran **pendientes de tipificar**, entiendo que ello no dificulta la aplicación de la normativa convencional internacional, pues el Estado mediante el uso de figuras penales existentes en la legislación sanciona los hechos considerados como desaparición forzada. Lo contrario llevaría al absurdo de que el país, ante la ausencia de una figura legal concreta llamada "desaparición forzada de personas" en el orden interno, no incrimine las conductas descriptas en la Convención, en clara violación de los compromisos internacionales asumidos. O, de igual manera, que dejase impunes los delitos de privación ilegítima de la libertad, torturas, sustracción, ocultación y retención de menores (...)”.

¹³³ La magnitud de lo sostenido por el mencionado Procurador es de tal envergadura, que se podría afirmar que el principio de legalidad material, en base a su opinión, quedo formalmente derogado en relación claro está a los supuestos a que él se refiere.

No se trata de buscar fundamentos ajenos a las normas constitucionales vigentes, sino que por el contrario, el precedente análisis trata de conciliar (de alguna manera) la actual jurisprudencia de la CSJN, con el requisito vinculante para la República Argentina - de protección de los derechos humanos fundamentales - y si se quiere se persigue como finalidad última, poner a consideración, de que en nuestra legislación penal actual, el envenenamiento o adulteración de agua potable, puede conducir, bajo determinados parámetros a la violación directa de normas de jus cogens.

Por último, es dable afirmar que lo sostenido anteriormente no se encuentra en contraposición a nuestro entender, con la idea de *última ratio* que se propugna - en la actualidad - del derecho penal. Si bien es cierto que la tarea del Derecho Penal se erige principalmente en orden a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, por lo que en consecuencia, el acceso al agua potable se podría garantizar mediante normas de contenido administrativo o de otra índole, no se debe olvidar que este derecho es considerado en la actualidad como de primera clase y que remitir la mayor parte de los delitos medioambientales al campo de las infracciones administrativas (como lo propone la escuela de Frankfort) conduciría a un parecer atávico¹³⁴.

¹³⁴ SCHUNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, CDJP n° 1-2, p. 25 citado por SARRABAYROUSE, Eugenio C. "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente y la salud pública" en *Nueva Doctrina Penal*, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, p. 636

IV. Un caso emblemático.

Se ha dejado para la última parte del presente, la enunciación¹³⁵ de un caso real acaecido dentro del territorio argentino, que tiene vinculación directa con lo analizado en el presente análisis, en donde no se puso a consideración de un tribunal de competencia penal la afectación del derecho humano al acceso al agua potable, sino que en definitiva se busco en primer término otras vías expeditas para la protección real de las personas afectadas y en donde ante la negativa parcial de cumplimiento por parte de los responsables, se logró llevar la cuestión por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El caso de los niños y adolescentes de dos comunidades mapuche, Paynemil y Kaxipayiñ, en Loma de La Lata, Neuquén, víctimas de la actividad sucesiva de la empresa hidrocarburífera YPF, YPF SA y Repsol YPF SA, y de las omisiones del Estado nacional y provincial, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington-DC).

En marzo de 1997 aparece en los medios de prensa regional de la provincia de Neuquén la noticia de la afectación a la salud de las poblaciones mapuches, que continúan viviendo actualmente en el paraje del yacimiento petrogasífero Loma de la Lata, ubicado en la provincia mencionada, por la presencia en sus organismos de plomo y mercurio en cantidades que superan los límites tolerables. En realidad, el hecho que detona los estudios y las denuncias desde 1996 se produce en octubre de 1995, cuando una **familia de la Comunidad Paynemil intentó realizar un pozo para extraer agua de la napa freática y se encontró con que, en lugar de agua, el líquido extraído consistía -en su mayor proporción- en condensados de gasolina, de tal manera que al acercar un fósforo el vital elemento se encendía.** El puesto de estos pobladores se encuentra a escasa distancia de las

¹³⁵ Solamente se realizará una *transcripción textual* del citado caso, tal como fue resumido a partir del informe realizado por Carlos Falaschi y Nara Oses. Para mayor información se puede consultar: PICOLOTTI, Juan Manuel, "Agua y Derechos...", op. cit. p. 235.

instalaciones y oficinas del Campamento base de la empresa y de lo que fuera por muchos años un piletón de aguas de purga y explotación.

El yacimiento, de más de 30 mil hectáreas, invadió a mediados de los años '70 las tierras ancestrales de dos Comunidades Mapuche, la Paynemil y la Kaxipayiñ (Cherqui), que las poseían desde fines del siglo XIX y principios del s. XX, respectivamente. Parte de esas tierras, unas 10 mil hectáreas aprox. en conjunto, les han sido ya reconocidas a ambas Comunidades por las autoridades de la Provincia, pero ambas también reclaman como suyo más del doble de esta superficie.

Esta información motivó que se iniciará desde la Defensoría de Menores de la Provincia de Neuquén una recopilación de la documentación existente, surgiendo de ella que la presencia de los hidrocarburos y metales pesados denunciados se originó por la **contaminación de los suelos por derrames y la de las napas freáticas por drenaje a partir de los suelos y de las piletas de aguas de purga y explotación** de la empresa YPF estatal, luego YPF S.A. a raíz de la privatización de aquella en 1991.

En lo esencial, esta operatoria consistió en la negligencia y malas prácticas preventivas y operativas imperantes en la explotación, y en reiterados incidentes ambientales sin adecuada remediación, por parte de la empresa concesionaria; sumándose a ello la falta absoluta de control por parte de las autoridades oficiales de aplicación.

Los estudios iniciales fueron ofrecidos a la Defensoría por los equipos interdisciplinarios de un Proyecto Especial de Investigación y Extensión, en el marco de un Convenio entre la Universidad Nacional del Comahue y la Asamblea por los Derechos Humanos del Neuquén, que se desarrolló entre 1994 y 1996, con el aporte específico del Ing. Juan D. Lisi. La Dirección del Proyecto formalizó en 1996 en varias denuncias ante diversos organismos oficiales de contralor, nacionales y provinciales, incluso ante la Defensoría del Pueblo de Nación¹³⁶.

¹³⁶ Proyecto Especial interdisciplinario "Defensa y Reivindicación de Tierras Indígenas" 1994-1996 (Dir. C. Falaschi O.), *Informe final*, FDCA-UNCo-APDH, Gral. Roca-Río Negro y Neuquén, 1996. El Ing. Juan D. Lisi es ingeniero en exploración petrolera, geólogo y ambientalista.

El 24 de marzo de 1997 se presentó una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Provincial, por haber omitido efectuar acciones que garantizaran el derecho a la salud de los niños y adolescentes de las comunidades, ya que desde el año 1995/96 los funcionarios de la empresa -como las autoridades provinciales- conocían los análisis químicos mencionados, y desde siempre los riesgos que una actividad como la hidrocarburífera comporta. La demanda pedía que se proveyera además de modo urgente el agua potable necesaria para la supervivencia, que se brindara -previo diagnóstico- seguimiento y atención médica a los niños y jóvenes, que se proveyera un régimen definitivo de agua sana y apta, y finalmente que se implementaran acciones tendientes a prevenir e impedir la contaminación del agua, del suelo y del aire¹³⁷.

La sentencia hizo lugar, el 11 de abril de 1997, a la demanda y ordenó al Poder Ejecutivo Provincial la provisión inmediata de agua de emergencia en el término de dos días, en el de cuarenta y cinco días la provisión permanente por cualquier medio; en el término de siete días poner en marcha estudios de salud para conocer si existían daños en la salud y la realización de estudios médicos; y tomar las previsiones para asegurar la preservación del medio ambiente. La acción, debido a las -por lo menos sorprendentes- apelaciones del Gobierno provincial, recorrió las restantes dos instancias, siendo confirmada por la Cámara en lo Civil, rechazado el recurso de casación presentado por el Ejecutivo provincial, y confirmada también en el Tribunal Superior de Justicia. En el mes de marzo de 1998 y ante la convicción que las acciones realizadas por el Estado demandado no cumplían durante un tiempo excesivo con los extremos de la sentencia del juicio de amparo, se formaliza la presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, causa que recibe el N° 12.010.

¹³⁷ "Menores de la Comunidad Paynemil s/ Amparo", Juzgado Civil N° 4, Expte. N° 3232, Neuquén.

V. Conclusión.

La idea imperante en el contexto actual del derecho penal, en cuanto a la realización estatal de un programa de derecho penal mínimo en donde ante todo deberá preferirse la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, se presenta en ciertos casos, como contrapuesta a los más elementales principios de justicia. En tal sentido se puede aseverar, siguiendo a Roxin, que no es política ni socialmente plausible que el Estado restrinja a los pequeños delitos el alcance de su arma más poderosa – el Derecho penal- y que renuncie al combate o a la persecución de los peligros que amenazan con dañar la vida, el cuerpo o los valiosos bienes jurídicos de miles de personas, surgidos de productos elaborados defectuosamente, de la ingeniería genética y de la tecnología informática¹³⁸.

Y es está, en definitiva, la finalidad última perseguida con la presentación de este breve trabajo monográfico, en donde a partir de la interpretación de los más actuales criterios surgidos de la jurisprudencia de la CSJN en materia de derechos humanos, se pretende poner en el tapete que a partir de la consumación de un delito penal previsto en la norma interna, se puede afectar un derecho de raigambre constitucional y más precisamente una norma de jus cogens, lo cual traería aparejado toda una serie de cuestiones (imprescriptibilidad, non bis in ídem, etc.) que deberían ser analizadas caso por caso.

Muchas podrán ser las críticas que se realicen al presente análisis, como la basada en que la actual jurisprudencia de la CSJN se refiere en cuanto a las normas de jus cogens, ha aquellos casos que involucran los más graves atentados a los derechos humanos fundamentales y no a otros derechos que sirven de presupuesto para la realización de otros tanto, sin embargo entiendo, que discutir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o accesorio de otro derecho principal, carece de sentido y se torna en una discusión innecesaria, pues en ambos casos será objeto de

¹³⁸ ROXIN, Claus, *Schlussbericht*, en "Congreso sobre la Escuela de Frankfurt", Toledo, España, del 9 al 12 de abril de 200, p. 18, ejemplar mecanografiado.

protección por parte del derecho, ya que se trata de un bien insustituible para la vida y el desarrollo de las generaciones presentes y futuras.

VI. Bibliografía.

- BALCARCE, Fabián I. Dir: BUOMPADRE, Jorge Eduardo- RIVAS, Liliana Amanda: *La Protección Penal del medio ambiente*, Derecho Penal Económico tomo 2. Ed., Mediterránea, Córdoba, 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "Relación entre el DIDH y el derecho argentino", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- CESANO, Daniel José, *El delito de contaminación, adulteración, envenenamiento doloso mediante la utilización de residuos peligrosos (art. 55, 1º párrafo de la ley 24.051): anatomía de una figura de peligro*, publicado en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Dirección URL: www.ciidpe.com.ar.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edición, actualizada y ampliada, ed. Astrea, Bs. As., 1997.
- DRNAS de Clement, Z, *Algunas consideraciones sobre el debido proceso y las garantías judiciales en los juicios por violaciones graves de los derechos humanos ¿justicia transicional?* en Academia Nacional de Derecho. Dirección URL: <http://www.acaderc.org.ar>.
- DRNAS de Clement, Z, *Las normas imperativas de Derecho Internacional General (JUS COGENS). Dimensión sustancial*, publicado en www.acaderc.org.ar.
- DRNAS de Clément, Z, SARTORI, Susana M, *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Lerner Editora, Córdoba, 2010.
- LASCANO, Carlos J (h) y otros, *Derecho Penal Parte General libro de estudio*, Advocatus, Córdoba, 2005.
- MANDELLI, Adriana T., "Delitos contra la salud pública", en Daniel P. Carrera (Director), *Estudios de las figuras delictivas*, Ed. Advocatus, Córdoba, Tº II-B, 1995.

- NUÑEZ. Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Lerner, Bs. As, t.V, 1971.
- NUÑEZ, Ricardo C, *Manuel de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999.
- PALACIOS DE BATTISTON, Claudia R, *Delitos Ambientales*, Francisco Ferreyra Editores, Córdoba, 2000.
- RODRÍGUEZ CAMPOS, Eloísa, "Régimen penal de residuos peligrosos. Capítulo IX. Ley 24051", *Las Tesis de Belgrano*, Universidad de Belgrano, Dirección URL: www.ub.edu.ar.
- ROXIN, Claus, *SchluBbericht*, en "Congreso sobre la Escuela de Frankfurt", Toledo, España, del 9 al 12 de abril de 2000.
- SABSAY, Daniel A, ONAINDIA, José M., *La constitución de los argentinos*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 5ta. Ed, 2000.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T.E.A., Bs. As., t IV, 1963 y 1978.
- VEGA, Juan Carlos, *Los Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino*, Dirección URL: www.colegioabogadosdf.com.ar/doctrina.php.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHÁSTEGUI, S. M. A. (2011) "El delito de envenenamiento o adulteración dolosa de agua potable". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.212-233 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

DEMOCRACIA: ¿LA MEJOR ALTERNATIVA PARA GOBERNAR UN ESTADO?

Ab. Ana Luz Moyano Aciar

Abogada, Doctoranda del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Universidad Complutense de Madrid. Doctorado en "Problemas Contemporáneos en la Sociedad de la Información", Adscripta en la cátedra de Derecho Civil IV de carrera de abogacía, escribanía y procuración en la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras Clave:

Estado, democracia, pueblo, derechos sociales.

Key Words:

State, democracy, people, social rights.

Resumen

El ser humano a lo largo de su vida desea conseguir objetivos, muchos de los cuales no pueden alcanzarse por sí mismos, en consecuencia, se asocia para lograr esa meta. A fin de que esta asociación funcione, se necesita un orden, una organización, normas demarcadoras que determinen y expliquen ¿cómo?, ¿por qué?, ¿para qué? y ¿para quienes? deben seguirse esos procedimientos a la hora de tomar decisiones.

Abstract

Human beings throughout their lives want to get goals, many of which can not be achieved for themselves, therefore, is associated to that goal. In order to make this partnership work, you need an order, organization, identified and demarcated rules explain how? Why? Why? And for whom? these procedures must be followed when making decisions.

Introducción

El ser humano siempre persigue fines, muchos de los cuales no pueden alcanzarse por sí mismos, en consecuencia, se asocia para lograr esa meta.-

Pero para que esta asociación funcione, se necesita un orden, una organización, reglas delimitadoras que determinen y expliquen *¿cómo?, ¿por qué?, ¿para que? y ¿para quienes?* deben seguirse esos procedimientos a la hora de tomar decisiones.-

Una asociación por excelencia es el Estado, ROBERT A. DAHL (1999:51) lo concibe como: *"... un tipo muy específico de asociación que se distingue por la extensión en la que- entre todos aquellos sobre los que reivindica su jurisdicción- pueda asegurar la obediencia de sus reglas por medio de sus superiores medios de coerción..."*.-

Entonces si el estado, es una asociación con un gobierno que posee la capacidad de obtener la obediencia de sus reglas mediante la fuerza, coerción y violencia la pregunta medular sería: *¿Cual es la mejor forma de gobernar un estado?, ¿Cual es la mejor alternativa?, ¿Un gobierno de uno, unos pocos o muchos?, ¿Un sistema de gobierno democrático?*

Pero antes de tratar de responder estas preguntas, se tendrá que responder la pregunta primordial: *¿qué es la democracia?*

Históricamente el pensamiento griego transfirió la tipología más célebre de las formas de gobierno, de las cuales, una es la democracia definida como el gobierno de muchos, de la mayoría o de los pobres.-

Es una definición insuficiente de la democracia, la que sólo explica qué significa el vocablo, *poder (Kratos) del pueblo (demos)*. No ayuda por sí misma a entender a que realidad corresponden, ni como están construidas y funcionan las democracias. Hay que tener en cuenta que la definición siempre va a depender de la idea que se tenga sobre lo que "es" la democracia, de lo que *"puede ser o debe ser"*. -

De la acepción original de democracia social, BRYCE citado por SARTORI (2008:20) representa a la democracia *"...como un ethos, como un modo de vivir y convivir y en consecuencia, como una condición general de la sociedad..."*. Por su

parte Sartori (2008:20) deduce otro significado de la misma: "...como el conjunto de las democracias primarias- pequeñas comunidades y asociaciones voluntarias concretas- que vigorizan y alimentan a la democracia desde la base, a partir de la sociedad civil...".-

El autor refleja a la democracia como una superestructura política, una macrodemocracia, "una sociedad multigrupal" compuesta por microdemocracias: (democracia política, democracia social y democracia económica); una estructura en grupos que se autogobiernan. Que coexistiendo todas, logran en su conjunto democracias más auténticas. La relación entre ellas, es que la democracia política es supra ordenadora, condicionante de las otras dos, que amplían y completan la democracia en sentido político con un carácter de subordinación y condición.-

Asimismo, en este contexto de ideas el autor RUIZ MIGUEL (2008:90) nos aporta una característica al concepto de democracia: "*la gradualidad*", ya que para él, cabe caracterizarla con varios rasgos que pueden darse en distintos grados.

-

A lo largo de la historia distintos autores trataron de establecer los rasgos básicos exigibles para caracterizar un régimen político como democrático; entre ellos Norberto Bobbio con sus cinco reglas de la democracia; otros, en cambio, marcaron índices, métodos y criterios distintos para medir el grado de la democracia.-

Es así que llegamos al siguiente resultado: "al día de la fecha no existe un Estado que haya podido efectuar el modelo democrático de manera plena". En otras palabras, que cumpla al pie de la letra cada una de las características o rasgos para caracterizar un régimen político como democrático en su totalidad. Al respecto Rousseau en su obra Contrato Social (1762) llegó a exponer: "...no ha existido nunca una verdadera democracia y (...) no existirá jamás (...) Si hubiese un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Más un gobierno tan perfecto no es propio para los hombres...".-

Pero sí son ciertas sus expresiones, ¿por qué los Estados, mayoritariamente, adoptan esta forma de gobierno?. Esta respuesta dependerá de lo que se tenga por ideal democrático y las ventajas que pueda producir esta alternativa.-

Una perspectiva que es dable mencionar es la democracia ideal que manifiesta RUIZ (2008:92) como: "...un sistema en el que además del gobierno efectivo por parte del pueblo y los correspondientes derechos políticos, se garanticen plenamente los derechos individuales de la libertades básicas a las garantías judiciales y penales, y estén cubiertos de modo satisfactorio los derecho sociales que son condición de una autonomía individual básicamente igual para todos..."

Si comenzamos a enumerar como DAHL, ROBERT A.(1999:CAP.V) las consecuencias que produce la democracia, entre ellas "...evitar la tiranía, los derechos esenciales, la libertad general, la igualdad política, etc....". Es indudable que podremos apreciar como es el peso de la balanza entre pro y contras en referencia a esta alternativa. Coincido con el nombrado autor, que la forma de gobierno democrática puede llegar a concretar un mayor número de ventajas deseables que cualquier otra alternativa de gobierno. La misma historia nos demuestra en su confrontación y ejemplo que los gobiernos autocráticos como la Alemania Nazi y el gobierno de Stalin tienden a utilizar las capacidades de coerción y violencia del estado con el objetivo de ponerlos al servicio de sus intereses, produciendo un daño de gran magnitud a los derechos e intereses de los ciudadanos, a diferencia de la alternativa democrática. -

Con el paso de los siglos y las discusiones en cuanto a la diferencia de la democracia de los antiguos frente a los modernos. Lo que se considera que cambió, no es el poder político, que siempre fue el "pueblo", entendido como "...el conjunto de ciudadanos a los que toca en última instancia el derecho a tomar las decisiones colectivas, sino la manera amplia o restringida de ejercer ese derecho..." BOBBIO, NORBERTO (2000:32); sino la forma de ejercer ese poder.-

Se contraponen de esta manera la idea de una democracia directa de los antiguos y la democracia representativa. -

Un gran defensor de la democracia directa fue Rousseau sosteniendo que "*la soberanía no puede ser representada*". Como se mencionó anteriormente, para él no ha existido realmente en algún país con una democracia plena. Y siendo la democracia, un gobierno tan perfecto, ¿somos merecedores del mismo?, como seres humanos, que nos caracterizamos por la imperfección¿ somos capaces de manejar y vivir en tan deslumbrante gobierno?. Pero para que pudiera implementarse esta

democracia directa se requeriría de un estado en donde se pudiera reunir fácilmente al pueblo, una gran sencillez de costumbres, mucha igualdad en las condiciones y fortunas.-

Con la aparición de sociedades más complejas, también denominadas sociedades de masas; a la democracia directa se le presentaron imposibilidades prácticas. Esto se debe como menciona **RUIZ, M. (2008: 106-109)**. Que el proceso de surgimiento de estas nuevas sociedades, fue acompañado por modificaciones en la teoría de la democracia, en la que se incorporaron mecanismos de la representación y la dimensión vertical.

Clarificando y sintetizando la idea, fue la etapa donde se empezó a constituir el concepto de autoridad. La democracia empieza a ser pensada como representativa *que es la forma de gobierno en la que el pueblo no es el que toma las decisiones que le atañen, sino que eligen a sus representantes que deben decidir por él;* pero de ninguna manera pensaban que instituyendo una democracia representativa degenerase el principio del poder popular frente a la imposibilidad del autogobierno.-

En el concepto de democracia moderna -a diferencia de los antiguos- se incorpora el tema de la división entre la titularidad y el ejercicio del poder, el principio de la mayoría, el constitucionalismo y la representación política. Por lo que la democracia indirecta o representativa nació de la convicción de que los representantes elegidos por los ciudadanos son capaces de juzgar cuáles son los intereses y necesidades generales de los ciudadanos. Pero ¿quienes son estos representantes?. Para responder esta interrogante DAHL, R.(1999:87) considera que no tendríamos que recurrir a la idea de alguien exclusivamente extraordinario, ni una elite política, ni un grupo de expertos. Ya que como menciona "*Entre adultos, ninguna persona esta tan definitivamente calificada para gobernar como para dotar a cualquiera de ellas de autoridad completa y final sobre el gobierno del estado*" -

Idea de la cual no estoy totalmente de acuerdo, porque considero necesario que quienes nos representen, quienes velen por nuestros intereses, sí deben ser en cierto modo excepcionales, en el sentido, que deben tener una

preparación y una capacidad que les permita identificar y preveer soluciones a las necesidades e intereses sociales.-

En síntesis: debe ser un "miembro de pleno derecho de esa comunidad" "un ciudadano", con la misma igualdad en los derechos políticos que el resto de la sociedad, necesarios para la participación democrática. -

Un estado de derecho posee mecanismos constitucionales que tienen la finalidad de proteger a cada individuo de los abusos del poder. Son garantías de libertad.-

En este contexto de ideas, **BOBBIO (2000:21-23)** considera que para el pensamiento liberal, la libertad esta garantizada, no sólo por los mecanismos constitucionales del estado de derecho, sino también porque al estado se le reconocen funciones limitadas en el mantenimiento del orden publico interno e internacional. La síntesis de la Teoría del control del poder y la teoría de la limitación de las funciones del estado es que "el estado mínimo es mas controlable".-

Así, la concepción liberal del Estado se contrapone a las diversas formas de paternalismo, de acuerdo con las cuales el Estado debe cuidar a sus súbditos como el padre a sus hijos. Cuidado justificado por el hecho de que los súbditos siempre son considerados menores de edad.

Desde este punto de vista, el estado es un mal necesario, ya que debe cuidar de sus súbditos para no caer en una forma de anarquía en el gobierno. Pero el Estado no debe inmiscuirse en los asuntos privados de los ciudadanos, salvo que le ofendan los derechos a otros ciudadanos. Por lo que es un medio para la formación del hombre, y no un fin en si mismo. Sólo deberá brindar seguridad dentro del marco de la Ley, o sea que la tarea difícil de un Estado responsable, será determinar leyes justas, sin caer en el furor de gobernar.-

La posibilidad que los ciudadanos se defiendan de los abusos eventuales de poder, es la mayor garantía de que los derechos de libertad están protegidos contra la tendencia de los gobernantes a limitarlos. Esa participación directa o indirecta de los ciudadanos, mayormente, es el mejor remedio contra esos abusos.-

En cambio para el autor CHANTAL M.(2003:39) la democracia liberal moderna en todas sus diversas denominaciones: democracia constitucional, democracia representativa, democracia parlamentaria, democracia moderna, es una

forma específica de organizar políticamente la coexistencia humana, lo que se origina como resultado de la articulación entre dos tradiciones diferentes: por un lado, el liberalismo político (imperio de la ley, separación de poderes y derechos individuales) y, por el otro, la tradición democrática de la soberanía popular.-

Es así que *El liberalismo* es una doctrina política o una ideología, cuya finalidad eminente y distintiva en todas sus múltiples versiones, es la de limitar el poder político en relación con los ámbitos de la libertad individual, mientras que la *democracia* es una forma de gobierno cuya característica esencial y distintiva, en todas sus diferentes concepciones, es la de distribuir el poder político entre el mayor número de sus destinatarios.-

La relación de la democracia con el liberalismo es necesaria y que no puede dejar de conjugarse la democracia con las cuatro grandes libertades de los modernos: la libertad personal, la de opinión, la de reunión y de la asociación, de otra manera se reduce a una engañosa apariencia. como hace alusión en su obra BOVERO (2002:105-114).

El mencionado autor expresa que un sistema político basado en el poder popular, en el sentido que la titularidad del poder, pertenece al demos, mientras que el ejercicio es confiado a representantes periódicamente elegidos por el pueblo. Por consiguiente, el ejercicio el poder popular se resuelve en gran medida en el poder electoral. Por otra parte, la teoría clásica de la democracia liberal presupone que la existencia de un mercado y de libertades individuales en el aspecto económico es condición para que exista democracia política; esto es que exista un país y un mercado con fronteras.-

Como menciona DE FRANCISCO (2007:28) el proceso actual de mundialización capitalista tiene en el liberalismo económico su principal resorte ideológico. La fe liberal se levanta sobre la base de dos dogmas fundamentales: la autorregulación espontánea de los mercados y la benevolencia de los equilibrios de mercado. Actualmente la economía tiende a añadir nuevas realidades relacionadas con la teoría de la elección y el modo en que los agentes económicos parcialmente toman decisiones racionales basándose en incentivos y expectativas.-

De algún modo los liberales prefieren concentrar su atención en la manera en que los individuos ejerzan su libertad en el marco del sistema democrático compitiendo y aunando sus voluntades a través de distintas clases de asociaciones. Esta inclusión del individualismo económico al ámbito político se ha consolidado con la idea del mismo modo en que se logra una correcta asignación y distribución de los recursos existentes con los mercados económicos; en una relación intrínsecamente dependiente y definida en dos polos, el de los ofertantes y los demandantes. Pero, ¿cómo se consigue administrar esa voluntad general?, el único camino es a través de los procesos electorales, donde se origina un clima de competencia política. Si asemejamos la idea a la competencia de mercados, se promocionan y venden productos (las ofertas de proyectos políticos ante las demandas sociales), los cuales se adquirirán con los votos de los ciudadanos.-

Como palabras finales y a manera de conclusión menciono que no es condicionante para optar por la alternativa democrática, pretender una forma de gobierno perfecta, pero si, la que nos permita ser lo que somos "seres humanos y libres desde el nacimiento". La democracia es la forma de gobierno que más se aproxima a la perfección, donde se nos reconocen nuestros derechos y se nos posibilita ejercerlos en un ámbito de libertad regulada, para conservar el equilibrio y orden social. -

BIBLIOGRAFIA

- ANDRES DE FRANCISCO- *Ciudadanía y Democracia- Un Enfoque Republicano-* Cap. I, Dos Dogmas del Liberalismo - Edición 2007.
- BOBBIO, NORBERTO - *Liberalismo Y Democracia-* Comentarios Del Fondo De Cultura Económica- Edición 2000.-
- BOVERO, MICHELANGELO - *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores-* Editorial Trotta- Edición 2002.-
- CHANTAL MOUFFE- *La Paradoja Democrática-* Editorial Gedisa- Edición 2003.-
- DAHL, ROBERT A. - *La Democracia. Una Guía Para Los Ciudadanos-* Editorial Taurus- Edición 1999.-
- RUIZ, MIGUEL ALFONSO - *El Saber Del Ciudadano. Las Nociones Captales De La Democracia.-* Editorial Alianza- Edición 2008.-

Cita de este artículo:

MOYANO ACIAR, A. L. (2011) "Democracia: ¿La mejor alternativa para gobernar un estado?". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.234-242
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Ab. María Verónica Ruiu

Abogada, Diplomada "Hacia una mejor capacitación (legal, médica y psicológica) sobre el Abuso Sexual Infantil.

La cara perversa de la violencia infantil." en la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba.

Palabras Clave:

Obligación alimentaria;
Responsabilidad parental;
Responsabilidad Estatal.

Key Words:

Obligación alimentaria;
Responsabilidad parental;
Maintenance obligation;
Parental Responsibility;
state responsibility.

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad reflexionar sobre la obligación alimentaria no sólo desde un punto de vista económico y jurídico, sino, desde un aspecto social. Este análisis se pretende realizar desde la concepción de que los progenitores tienen la responsabilidad primaria en el cuidado y desarrollo de sus hijos, y que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar que las niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

Abstract

The present work aims at reflecting on the maintenance obligation not only from an economic standpoint and legal, but, from a social aspect. This analysis is intended to do from the concept that parents have the primary responsibility for the care and development of their children, and that the State has the responsibility to ensure that children and adolescents can fully exercise their fundamental rights.

Introducción

Uno de los aspectos que se encuentra comprendido en la responsabilidad parental es la obligación alimentaria. Esta obligación pesa no sólo sobre el progenitor que convive con su hijo menor de edad, sino también, sobre el progenitor no conviviente. Sin embargo, en la vida diaria encontramos innumerables casos de progenitores que no cumplen con la obligación mencionada, lo que generalmente aparea que las niñas, niños y adolescentes no puedan gozar plenamente de sus derechos fundamentales.

Se debe tener presente que los progenitores tienen la responsabilidad primaria respecto al desarrollo integral y a la protección de sus hijos, y que corresponde al Estado la responsabilidad subsidiaria de asegurar que los niños, niñas y adolescentes ejerzan plenamente sus derechos. Conforme a ello, el Estado regula distintos instrumentos a los fines de brindar remedios para los múltiples casos de incumplimientos de la obligación alimentaria, lo que lleva a preguntarse si dichos instrumentos son eficaces para solucionar este conflicto que afecta a la familia y a la sociedad toda.

Principios rectores. Doctrina de la Protección Integral de la niña, niño y adolescente

En nuestro derecho, como en el derecho de la mayoría de los países, el Interés Superior del Niño es el principio rector que deben hacer primar las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, al momento de tratar todas las cuestiones vinculadas con niños, niñas y adolescentes, y por lo tanto, que debe prevalecer en la problemática que nos ocupa.

La Convención de los Derechos del Niño consagra este principio en el art. 3-1, el que reza que "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño...".

La Convención provocó una conmoción en el régimen que imperaba respecto a los menores de edad, ya que receptó palmariamente la Doctrina de la Protección Integral del Niño. Conforme a este paradigma, los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de derechos y, por lo tanto, titulares de derechos fundamentales que deben ser respetados y garantizados, y gozan de una tutela especial.

Con anterioridad al surgimiento de la Doctrina de la Protección Integral, primaba la Doctrina de la Situación Irregular, la que consideraba al niño como un "objeto" de derecho y en muchos casos, sometido al Patronato.

Nuestro país suscribió la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1990; y durante la reforma constitucional del año 1994 se le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), no obstante, en la práctica aún prevalecía la concepción de la situación irregular.

En los años posteriores se presentaron diversos proyectos de ley elaborados conforme a la doctrina de la protección integral -con base en la concepción del niño como un sujeto de derechos- y recién el 28 de septiembre de 2005 se sancionó la Ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la que fue promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año y publicada en el boletín oficial días después, el 26 de octubre. Sin embargo, con posterioridad a la sanción de esta ley, aún hay provincias que no han adecuado su legislación a la ley nacional.

En sus arts. 1 y 3, la Ley 26061 consagra el principio del interés superior del niño, al declarar en el art. 1 que "Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño..." y en el art. 3 que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho...c) El

respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural...Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma...".

Todo lo manifestado hasta aquí, deja puesto de relieve que la doctrina de protección integral se encuentra plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, aún con las desarmonías mencionadas; y debe ser el norte a seguir por nuestras autoridades públicas al momento de tratar todas las cuestiones relativas a nuestros niños.

Responsabilidad parental. Obligación alimentaria de ambos progenitores

Con relación a la institución de la responsabilidad parental, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -que goza de jerarquía constitucional en nuestro sistema legal- en su art. 30 preceptúa que "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad...".

Siguiendo esta línea, la Convención de los Derechos del Niño en el art. 18-1 dispone que corresponde a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de sus hijos y, en correspondencia a esto, el art. 7 de la Ley 26061 regula la responsabilidad prioritaria de la familia de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y pone en cabeza de ambos padres la responsabilidad del cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos, estableciendo que son obligaciones comunes e iguales de ambos progenitores.

Nuestro Código Civil en el título III, al regular lo concerniente a la patria potestad, preceptúa en el art. 264 que debe entenderse por ella "...el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado..." en su art. 265 expresamente regula la responsabilidad parental en lo concerniente a brindar alimentos a los hijos, a criarlos y educarlos, y el art. 271 agrega que esta obligación subsiste para ambos

progenitores, aún en los supuestos de que la tenencia sea ejercida por uno de ellos, en razón de mediar divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio.

Es dable agregar que a lo largo de la historia, la institución de la patria potestad ha sufrido importantes modificaciones, ya que en un principio comprendía el poder que tenía el padre sobre la persona y bienes de sus hijos. Con posterioridad, la Ley 23064 reguló la responsabilidad parental como un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con relación a sus hijos, para la protección y formación integral de estos. Surge así, que la finalidad perseguida con esta institución es el pleno desarrollo del hijo menor de edad.

La relación parental es y debe ser concebida por toda la sociedad como un conjunto de derechos y deberes **que tienen ambos padres, y que debe ser ejercido en beneficio de sus hijos menores de edad, para atender al mejor interés de estos.**

Ambos progenitores tienen el deber de cuidar de sus hijos y cubrir distintos aspectos que hacen al desarrollo integral de ellos, o sea, no es una obligación que pesa únicamente en la cabeza del padre conviviente y por esto, es elemental salvaguardar el pleno disfrute de los derechos por parte de los niños frente a conflictos entre sus progenitores que no viven juntos o ante la irresponsabilidad del progenitor no conviviente que no cumple con obligaciones tan básicas como la cuota alimentaria.

En esta línea, reconocidos autores expresan que "...la ley independiza la obligación alimentaria de los padres del ejercicio unilateral de la patria potestad. En los casos de quiebra de la armonía familiar...el deber de procurar la satisfacción de los aspectos materiales y espirituales en la vida del hijo es compartido por los dos progenitores, aunque el ejercicio de la autoridad se atribuya a uno de ellos...".¹³⁹

¹³⁹ Nora Lloveras, María Natalia Oviedo y Sebastián Monjo, "Daños causados por el incumplimiento de la obligación alimentaria de los hijos menores de edad derivada de la responsabilidad parental", Córdoba, Abeledo-Perrot, Septiembre 2010, pág. 970

Otro factor que agrava esta problemática, es que en numerosos casos, el progenitor que tiene la tenencia del menor encuentra limitada su capacidad productiva, ya que al tener el hijo a su cargo, puede suceder que no pueda trabajar en determinados horarios o mayor cantidad de horas, o dificultarse su posibilidad de ascender laboralmente, y si a esto se suma que el niño no puede disfrutar de la cuota alimentaria, es muy probable que esta realidad traiga aparejado que no puede ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

Responsabilidad subsidiaria del Estado

Si bien hay una responsabilidad prioritaria de los padres de cuidar a sus hijos, es menester tener presente que hay una responsabilidad subsidiaria del Estado de asegurar el desarrollo y protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

El Estado debe garantizar que los niños puedan ejercer plenamente sus derechos, por ello, los organismos públicos mediante las autoridades administrativas, legislativas y judiciales, deben velar por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la relación parental, ya que la familia es el ámbito donde el niño debe desarrollarse y crecer afectuosa y respetuosamente.

Esta responsabilidad del Estado se encuentra indudablemente establecida en la normativa invocada hasta aquí, así, la Convención de los Derechos del Niño en el art. 27 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad al derecho del niño a tener un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y a tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres. Por su parte y en concordancia con la Convención, la Ley 26061 en su art. 7 al referirse a la responsabilidad parental, afirma que el Estado tiene la responsabilidad de realizar políticas y programas apropiados para que la familia pueda asumir la responsabilidad primordial del cuidado y desarrollo de sus niños, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones. Siguiendo ésta línea, importante doctrina afirma que:

...lo recibido por un/a niño/a durante su infancia constituirá una inversión que lo/la habilitará para insertarse en la sociedad y ser un elemento activo de su comunidad. De allí, que podemos decir que la importancia de la cuota alimentaria trasciende el ámbito familiar, para hacerse un interés social. Y así lo han entendido los Estados y por ello se han comprometido a resguardar este derecho por tratados internacionales de derechos humanos.¹⁴⁰

Francisco Ferrer, en su obra Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación, expresa claramente uno de los fines que implica un ejercicio responsable del rol de progenitor que es que "Los padres deben esforzarse por lograr el desenvolvimiento de todas las facultades físicas, morales e intelectuales de sus hijos, atendiendo a su preparación para una actividad profesional determinada, a fin de lograr su formación plena como personas útiles a la Sociedad..."¹⁴¹

Aspectos comprendidos en la obligación alimentaria.

Quantum de la obligación alimentaria

Nuestro Código Civil en el art. 267 enuncia que aspectos deben entenderse comprendidos dentro del concepto "los alimentos" y, así, regula que comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad. De esta manera, se puede apreciar que dentro del concepto de alimentos observamos distintos aspectos que permiten el desarrollo integral del niño y el pleno disfrute de los derechos que todo nuestro sistema legal le reconoce.

¹⁴⁰ Alejandro Javier Siderio, "Crisis económica y disminución de cuota alimentaria. Las obligaciones de los padres y la responsabilidad del Estado.", en *Derecho de Familia, Crisis Socioeconómica y Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, nº 22, pág 86

¹⁴¹ Francisco Ferrer, "Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación", Revista de Derechos de Daños 2002-2, "Menor dañino y menor dañado", Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 317

Todos estos son aspectos que serán evaluados por el Juez al momento de determinar el monto de la cuota alimentaria. Si bien, no debe acreditarse la necesidad del alimentado para que proceda esta obligación, aportar estos datos otorga mayores elementos al Juzgador al momento de fijar el quantum de la cuota. Este quantum es variable, por lo tanto, puede ser modificado cuando se produzcan cambios en las situaciones contempladas para determinarlos, es decir, si han variado sustancialmente las situaciones apreciadas al momento en que fue fijada la cuota alimentaria.

El monto de la cuota debe ser fijado por el juez teniendo en cuenta, por un lado, como se mencionó anteriormente, la situación del niño y, por otro, las propias necesidades de su progenitor no conviviente. Estos extremos serán valorados por los magistrados a los fines de evitar fijar una cuota elevada que el progenitor no pueda cumplir a lo largo del tiempo o al contrario, fijar una cuota que es menor a la que el progenitor puede pagar, y que no cubre necesidades básicas del niño. Tarea que es realmente difícil dada la situación actual que atraviesan muchas familias en nuestro país.

Medios de prueba de la capacidad económica del alimentante

Al momento de reclamar ante las autoridades judiciales que sea fijada una cuota alimentaria o que sea aumentado su monto, uno de los grandes problemas que enfrenta el beneficiario de alimentos es la supuesta falta de ingresos por parte del alimentante. Esta situación se complejiza cuando dichos alimentantes carecen de bienes y de salario fijo.

En estos casos, autores como Jorge Kielmanovich afirman que puede recurrirse a medios de prueba directos o indirectos para determinar la capacidad económica del demandado. Así expresa que "...La capacidad patrimonial...del alimentante...no vendrá a depender fatalmente o exclusivamente de los ingresos o bienes del demandado que demuestre el actor, sino, y en lo principal, del nivel de vida de que

aquel disfrute..."¹⁴² Apreciar este tipo de pruebas, permite al juez fijar una cuota alimentaria que tenga mayor correspondencia con la capacidad económica del demandado y superar los obstáculos que la conducta evasora del progenitor ocasionan, ya que esto posibilita que el magistrado pueda invocar no sólo los ingresos económicos que pudieron ser comprobados, sino también, la situación económica aparente que detenta el progenitor alimentante.

De esta manera, ante un alimentante que desarrolla una actividad independiente y presenta una certificación de ingresos por una suma de dinero mínima, pero en la cotidianeidad se desenvuelve a un nivel de vida superior, que no es posible mantener con los ingresos acreditados, el juez podrá evaluar esta situación y fijar una cuota alimentaria mayor a la que podría haber fijado de no haber apreciado todos estos indicadores.

La Sala I de la Cámara Nacional Civil decidió que cuando no es posible determinar la capacidad económica del alimentante por la prueba directa de sus entradas, el juez debe atenerse, para estimar el quantum de la obligación alimentaria, a lo que resulte de la indiciaria, valorando la situación a través de las actividades que desarrolla el obligado.¹⁴³

En este aspecto, Gonzalo Patricio Frías¹⁴⁴ al analizar el delito por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, expresa que es menester que el magistrado recurra a la labor interdisciplinaria a los fines de obtener de los equipos de trabajadores sociales, encuestas familiares, vecinales y ambientales realizadas en el domicilio del alimentante, ya que estas pueden ser reveladoras de su capacidad económica o solicitar informes a equipos médicos o de psicólogos, en los casos que el demandado invoque incapacidad para desarrollar tareas laborales. Si bien, lo expresado por el autor hace referencia a los procesos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, se estima que resulta aplicable a los juicios de alimentos, cuando las partes lo soliciten y las circunstancias lo ameriten. Si bien es cierto que son herramientas que permiten recabar mayores datos para alcanzar una

¹⁴² Jorge L. Kielmanovich, op. cit., pág. 104.

¹⁴³ CNCiv., Sala I, 14-12-1999, DJ 2000-2-266, fallo 15516 en Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (Directores), *Alimentos, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pág. 404.

¹⁴⁴ Frías, Gonzalo Patricio, "La importancia de la labor interdisciplinaria en el proceso por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria", Ed. Zeus Córdoba, Revista nº 97, Año 2004, Tomo 4, pág. 286-287.

solución más justa, no puede desconocerse que los tribunales de familia se encuentran colapsados y sin recursos materiales y humanos para poder recurrir a este tipo de medidas en los numerosos casos en que sería necesario hacerlo.

Incumplimiento de la obligación alimentaria. Instrumentos para asegurar su cumplimiento

Como ya se ha mencionado anteriormente, en la vida diaria se pueden encontrar innumerables casos de progenitores que no cumplen con la obligación alimentaria que les corresponde con relación a sus hijos menores de edad, o que no realizan el pago de la cuota en término, o que sólo realizan un pago parcial. Por todo ello, para que en esta temática nuestro derecho no se vuelva abstracto, es fundamental vislumbrar distintos caminos a los fines de que las decisiones de los magistrados sean eficaces para el alimentado, ya que de poco serviría que el Estado por medio de sus autoridades judiciales imponga a un progenitor una cuota alimentaria, si en la práctica, ante su renuencia a cumplir, no se arbitran medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación. De darse esta situación, la renuencia del progenitor tornaría ilusorios los derechos reconocidos en toda nuestra normativa a las niñas, niños y adolescentes.

Al analizar esta problemática, Eduardo Fanzolato¹⁴⁵ cita distintos instrumentos sustanciales y procesales a los que puede recurrirse para asegurar el pago de la cuota alimentaria, a saber: astreintes; suspensión del régimen comunicacional; prohibición de salir del país; suspensión del incidente de reducción de cuota; embargos preventivos; Registro de deudores alimentarios morosos; entre otros. De igual manera que el Dr. Fanzolato, no comparto adoptar como medida para asegurar que un progenitor cumpla con la obligación alimentaria con relación a su hijo menor de edad, la suspensión del régimen comunicacional entre ambos, ya que un hijo necesita mantener una adecuada comunicación con su progenitor no conviviente y en muchos casos, la suspensión del régimen podría causar en el niño un gran daño psicológico y un sentimiento de abandono.

En su obra, el Dr. Fanzolato, menciona consecuencias graves que podría acarrear el incumplimiento de la obligación, como puede ser, la privación de la patria

¹⁴⁵ Eduardo Ignacio Fanzolato, *Derecho de Familia*, Ed. Advocatus, Año 2007, Tomo I, pág. 311 y ss.

potestad, si se configura abandono; la revocación de la adopción simple; la indignidad para suceder y las sanciones penales para el incumplidor alimentario, previstas en la Ley 13944.

A estos instrumentos se considera pertinente agregar: la fijación de alimentos provisorios, que aparece como una herramienta destinada a evitar que el transcurso del tiempo hasta tanto sean fijados los alimentos en forma definitiva cause un perjuicio al alimentado; y la posibilidad de nuestros jueces de determinar el quantum de la cuota alimentaria teniendo en cuenta la capacidad económica del alimentante que surge no sólo de los ingresos o bienes que logre probar el actor que tiene el demandado, sino, del nivel de vida que este lleva, como ya se analizó precedentemente.

Una medida a tener en cuenta es la que expresamente prevé la Ley 7676 de la Provincia de Córdoba, en su artículo 21 inc. 7 -cuando regula la competencia del Juez de Familia para entender en la ejecución de sus propias decisiones y en las sentencias que dicten las Cámaras de Familia y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia- que establece que verificada la falta de pago en término de la cuota alimentaria, total o parcialmente, sea esta última provisorio o definitiva, el juez podrá de oficio ordenar que se proceda a retener del sueldo, honorarios u otros ingresos netos del alimentante, la suma que corresponda a esa cuota. Dicho importe se depositará en una caja de ahorros que se abrirá a nombre del alimentado y a la orden de quien corresponda.

Por último, nuestro Código Civil contiene una norma de contenido procesal aplicable a los casos de incumplimiento por parte del progenitor no conviviente de la obligación alimentaria, y que regula que la fijación de los alimentos debe realizarse mediante un procedimiento sumario y que el juez tiene la potestad para fijar alimentos provisorios.

Juicio de alimentos. Principios procesales. Alimentos provisorios

Realizando una mirada desde el derecho procesal se pueden mencionar principios del proceso de familia que inspiran el juicio de alimentos realizado en contra del progenitor no conviviente y que tratan de aportar medios para la observancia de la obligación alimentaria.

En este punto, Jorge I. Kielmanovich, en su obra Derecho procesal de familia¹⁴⁶ menciona, entre otros, los siguientes principios:

- La simplificación de los procedimientos cautelares
- El principio de la abreviación de los plazos
- El interés superior del niño

A los principios enunciados, podemos agregar:

- El principio de la efectividad.

Con relación al principio del interés superior del niño, sólo cabe agregar lo enunciado por la Dra. Nora Lloveras, quien expresa que:

...Este interés del NNA que está "primero", además es el "mejor" interés que le corresponde a la vida del NNA de que se trate, conforme a todas las circunstancias singulares que rodean su vida: por eso está "primero", antes que otros intereses, y es "superior" porque es el mejor interés para la protección y desarrollo de su vida...¹⁴⁷

Por su parte, el principio de efectividad –principio inspirador del derecho procesal– se refiere a que hay garantías mínimas en el procedimiento que deben ser observadas, como la necesidad del niño a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta, a ser asistido por un letrado especializado, a participar activamente de cualquier proceso que lo involucre hasta llegar a la instancia superior y el principio de igualdad y no discriminación.

¹⁴⁶ Jorge L. Kielmanovich, *Derecho procesal de familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

¹⁴⁷ Nora Lloveras, "El Interés Superior del Niño" en *El Interés Superior del Niño, Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios*, Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, pág. 215

Este principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 29 de la Ley 26061, el que afirma que "Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley."

Con relación al principio de la simplificación de los procesos cautelares, Jorge Kielmanovich expresa que

*...El proceso cautelar puede ser entendido como aquel que tiene por objeto una pretensión de tutela anticipada y provisional del derecho, interés o de las personas involucradas en el proceso contencioso o extracontencioso, como tal diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo, tanto por su "causa" como por su "provisionalidad"...Las medidas cautelares son instrumentales por cuanto...se encuentran subordinadas a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia...o la protección de las personas involucradas en la litis...*¹⁴⁸

Cuando en el juicio de alimentos se fijan alimentos provisorios lo que se pretende es evitar causar un daño importante al beneficiario o la frustración de sus derechos, producidos por el transcurso del tiempo. Por medio de los alimentos provisorios se busca cubrir necesidades básicas del alimentado hasta tanto se fijen los alimentos en forma definitiva. En este sentido, ante el recurso de apelación interpuesto por el demandado en contra del proveído que establecía una cuota alimentaria provisoria a favor de sus hijas, por considerar que el importe era abusivo, la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba en un fallo de fecha 22/10/2009, afirmó que

...La cuestión traída a decisión ha sido planteada y tratada procesalmente en la órbita de las medidas cautelares...Son caracteres propios de este tipo de medidas su provisionalidad y mutabilidad, ya que se trata de resoluciones interinas...De acuerdo a ello, se faculta al juzgador a tomarlas en forma transitoria, con carácter urgente y...teniendo en cuenta los intereses puestos a su conocimiento y según se acredite, por

¹⁴⁸ Jorge L. Kielmanovich, op. cit., pág. 30.

*quien las peticona, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora...*¹⁴⁹

Conforme a esto, en las causas destinadas a la fijación de alimentos es indispensable que el proceso sea ágil, rápido. Esto es lo que Jorge Kielmanovich enuncia como el principio de abreviación de los plazos.¹⁵⁰

Registro de deudores alimentarios morosos

Cuando se trató sobre los instrumentos a los que podría recurrirse para asegurar el cumplimiento de la cuota alimentaria, se nombró la anotación del deudor en el Registro de deudores alimentarios morosos.

Una de las funciones que tiene a su cargo el Registro es la de confeccionar y actualizar el listado de los deudores. Para inscribir a un moroso en el listado, debe adeudar una determinada cantidad de cuotas, lo que varía según la legislación de cada provincia, pero en líneas generales, son tres o más cuotas alimentarias consecutivas o alternadas. En algunas provincias, para que proceda la anotación en el registro no es necesario que la obligación alimentaria sea definitiva, o sea, que esto también se aplica a los casos en que los alimentos se han fijado de manera provisoria; lo que permite fortalecer el sistema de protección a los menores de edad, ya que junto a la fijación de alimentos provisorios, aparece este instrumento para los supuestos de que el alimentante no cumpla con dichos alimentos durante el lapso de tiempo hasta que sean fijados en forma definitiva.

Es una función que compete al juez comunicar al registro el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, pero en algunas legislaciones, la comunicación sólo procede a pedido de parte.

Sobre las consecuencias de la inscripción en el registro, es dable mencionar, que los agentes de la Administración Pública tanto para ser incorporados a ella, como para ser promovidos de cargo, deberán presentar certificado expedido por el Registro en el que consta que no revisten la calidad de deudores alimentarios morosos. También pesa esta obligación sobre los postulantes a cargos electivos.

¹⁴⁹ Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, AI n° 190, 22/10/2009 "SM, SF c/EAM – Tenencia, Alimentos, Visitas, Recurso de Apelación", Revista Actualidad Jurídica – Familia & Minoridad, n° 83, pág. 8932.

¹⁵⁰ Jorge L. Kielmanovich, op. cit., pág 57.

Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Al tratar sobre las sanciones que pueden aplicarse en los supuestos de incumplimiento de la cuota alimentaria, se mencionaron las sanciones penales previstas en la Ley 13944, de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

En su art. 1, la Ley 13944 preceptúa que "Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido" y en el art. 2 bis regula que "Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones."

Con relación al bien jurídico que se protege por medio de esta ley, ni la doctrina ni la jurisprudencia ha sido pacífica. Así, en los plenarios "Aloise" y "Guersi" la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal afirmó que el bien jurídico protegido en este delito, es la familia. Autores, como Baigún, expresan que la familia no es sujeto de derechos y por lo tanto, no puede ser el bien protegido jurídicamente. Por su parte, Edgardo Donna y Gustavo Aboso afirman que es el deber de satisfacer las necesidades de alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica del sujeto pasivo mediante la correlativa prestación económica, el bien jurídico protegido.¹⁵¹

Respecto a la pena de privación de la libertad que esta ley preceptúa en el art. 1, también se ha suscitado importante discusión doctrinaria. Algunos autores manifiestan que deben imponerse efectivamente estas penas y dan distintos fundamentos a ello. Para algunos, la imposición de esta pena cumple una función ejemplificadora, de disuasión dirigida a la sociedad; para otros, se intenta rehabilitar al condenado para que no sea reincidente en la comisión de estos hechos, y agregan

¹⁵¹ Edgardo A. Donna y Gustavo E. Aboso, "Obligaciones alimentarias de los padres y el delito de incumplimiento de los deberes de Asistencia Familiar", en: Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (Directores), *Alimentos, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pág. 254.

que el derecho penal es de *ultima ratio*, por lo que sólo procede este tipo de pena cuando se han arbitrado distintas vías para lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria y han sido infructuosas. En cambio, otros autores, como Gonzalo Frías¹⁵², expresan que la efectivización de una pena privativa de la libertad implica automáticamente excluir al condenado del circuito laboral mientras dure el encierro, lo que aparecerá como consecuencia, que durante dicho lapso, no pueda cumplir con la cuota alimentaria.

Cabe aclarar, que no existen estadísticas a nivel nacional que brinden datos con relación a la cantidad de causas que ingresan a los tribunales por incumplimiento de deberes de asistencia familiar y el porcentaje de los casos en que se han establecido sanciones; sin embargo, es posible afirmar que no son muchas las sentencias que se han dictado y en la mayoría de las denuncias, las medidas a las que se recurre consisten en citar en diversas oportunidades al incumplidor a los fines de lograr que revierta su conducta.

En muchos casos, por un período el incumplidor paga la cuota, pero con el paso del tiempo se suscitan nuevos incumplimientos. Esto ha llevado a que algunos autores afirmen que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, si bien está previsto en la ley 13944, podría decirse que "...es letra muerta en nuestra legislación, si comparamos la cantidad de denuncias que se realizan con las personas que son sancionadas como consecuencia de estas denuncias..."¹⁵³

Ley 9283 de la Provincia de Córdoba sobre Violencia Familiar

La situación económica puede en muchos casos constituir un grave obstáculo que dificulte que una familia pueda liberarse de la violencia familiar en la que se encuentra inmersa. Estas situaciones de violencia en algunas ocasiones se producen cuando la familia convive en el mismo ámbito, y en otras, cuando ha cesado la convivencia con el agresor.

MARÍA VERÓNICA RUIU: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad"

¹⁵² Gonzalo Frías, "Trascender la pena en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria", Zeus Córdoba, Revista nº 83, Tomo 3, Año 2003, pág. 649

¹⁵³ Adriana Bruno, "Violencia Familiar Económica", Suplemento de Tribuno, Doctrina, Año V, nº 19, pág. 583

En la práctica, hay gran cantidad de casos en los que se denuncia una situación de violencia familiar física o psicológica en la que la víctima es uno de los progenitores, y los hijos si bien no son agredidos directamente, presencian estos hechos violentos; y otras, en la que los niños son víctimas de violencia de distintos tipos.

En un número importante de denuncias, estamos en presencia de familias de escasos recursos, o de familias donde el proveedor de todos o la mayoría de los recursos económicos es el agresor, lo que constituye un grave obstáculo que limita fuertemente la libertad del violentado de poder poner fin a la convivencia con el agresor y proteger su persona y la de sus hijos. En otros casos, se ha cesado la convivencia, pero al no tener la víctima la posibilidad de una contención de su familia extensa o de acceder a algún tipo de ayuda por parte del estado, podría encontrarse inmersa en una problemática que la condicione a regresar con el violento y por ende, a la situación de violencia familiar.

En el camino de dar respuesta a esta problemática que tanto aqueja a la sociedad actual, la Ley de Violencia Familiar nº 9283, sancionada por la Provincia de Córdoba y publicada en el Boletín Oficial con fecha 13 de marzo del año 2006, contiene dos normas relacionadas con el tema que se está analizando. La primera es la dispuesta en el art. 21 inc. h en la que se faculta a los jueces con competencia en violencia familiar -que en la Ciudad de Córdoba es el Juez de Niñez, Juventud y Violencia Familiar- a establecer medidas cautelares, y entre ellas, la de disponer el reintegro al domicilio o residencia de la víctima que hubiere salido del este con motivo de los hechos denunciados y por razones de seguridad personal; disponer, cuando razones de seguridad lo aconsejen, el inmediato alojamiento de la o las víctimas en el establecimiento hotelero o similar más cercano al domicilio de éstas y **la de fijar, si fuera necesario y con carácter provisional, un régimen de alimentos.** La segunda norma es la plasmada en el art. 33, por la cual se crea el Programa de erradicación de la Violencia Familiar y entre las acciones de este programa se dispone la de implementar el otorgamiento de un apoyo económico dinerario, para que las personas afectadas por situaciones de violencia familiar puedan establecer su residencia temporaria en un lugar preservado del riesgo al que se encontraren

MARÍA VERÓNICA RUIU: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad"

expuestas, bajo condición de que se sometan a tratamientos especiales brindados por el equipo interdisciplinario que determine la reglamentación.

Se puede observar con estas medidas, que el juez tiene la facultad de fijar alimentos provisorios al agresor en beneficio del alimentado, sin perjuicio de que el beneficiado deba concurrir -por medio de sus representantes legales- a los tribunales de Familia de la Ciudad a los fines de que la cuota alimentaria sea fijada de manera definitiva. Es indudable que el juez al disponer esta medida, resguarda a los niños para que no sean privados de los alimentos que requieren para cubrir sus necesidades básicas, y con ello, que el progenitor cumpla con la responsabilidad primaria que le corresponde con relación a sus hijos. Junto a la fijación de alimentos, se enumeraron otras medidas cautelares que el juez tiene la facultad de ordenar y mediante las que el Estado ejerce su responsabilidad subsidiaria de asegurar que los niños puedan ejercer plena y efectivamente sus derechos fundamentales, y garantizar la protección integral de estos.

Con estas medidas se procura proporcionar distintas vías de solución a los efectos de evitar que la situación económica apremiante que atraviesa la víctima de violencia condicione su libertad y autodeterminación, y obstaculice que pueda mantener en el tiempo la decisión de separación respecto al agresor y salvaguardar a sus hijos.

Cabe destacar -que teniendo en cuenta que la finalidad primordial de esta ley es la prevención de violencia familiar y evitar que los actos violentos se repitan- junto a la posibilidad de otorgar una ayuda económica a la víctima para que pueda residir en un lugar sin riesgo de sufrir nuevamente violencia, la ley impone la obligación de realizar un tratamiento especializado en esta problemática ante organismos específicos. De este modo, se pretende proporcionar apoyos que puedan contribuir a resolver el problema de fondo, ya que, en muchos casos, la persona afectada sufre un daño que afecta la estructura de su personalidad y su autoestima.

De todo lo expresado se puede observar que las disposiciones mencionadas se hallan en concordancia con las normas contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26061.

MARÍA VERÓNICA RUIU: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Conclusión

El incumplimiento del deber de alimentos que deriva de la responsabilidad parental es una realidad que ataca gravemente a nuestros niños y a nuestra sociedad. Es innegable que esta problemática puede causar que el menor de edad padezca importantes privaciones durante su niñez, que afectarán no sólo su desarrollo integral actual, sino también su futuro, ya que se limita la posibilidad de que pueda desenvolverse plenamente en la sociedad y ser útil a ella. De lo expresado, surge que estamos en presencia de una problemática que trasciende al ámbito familiar, y que afecta a la sociedad en su conjunto.

La conducta renuente del progenitor de cumplir con la obligación alimentaria, no sólo implica que el niño se encuentra inmerso en una situación que obstaculiza que pueda gozar en forma efectiva de sus derechos como la salud, la educación y a una adecuada alimentación, entre otros; sino que, a su vez, produce un daño emocional en él, ya que en muchas ocasiones sufre un sentimiento de abandono por parte de quien debería cuidarlo y amarlo, lo que provoca que no pueda disfrutar de una niñez plena.

Desde otra arista, esta realidad afecta a nuestra sociedad no sólo desde un aspecto social y cultural, sino también desde un aspecto económico, ya que el Estado -para brindar remedios a esta problemática- debe destinar importantes fondos en la implementación de políticas públicas que cubran las necesidades mínimas de estos niños y que garanticen el goce de sus derechos fundamentales. A su vez, esta realidad genera un considerable desgaste jurisdiccional al entablarse innumerables juicios por alimentos o por incumplimiento a los deberes de asistencia familiar.

Por todo ello, el Estado, por intermedio de sus autoridades legislativas, administrativas y judiciales, tiene la obligación de brindar distintos instrumentos que permitan dar solución a estos conflictos de manera eficaz, para garantizar que el niño disfrute de sus derechos; o sea, debe disponer medidas y recursos que realmente contribuyan a poner fin a esta grave problemática.

Cabe agregar, que el Estado no puede desconocer la responsabilidad subsidiaria que detenta en la protección y desarrollo integral de los niños, ya que ha receptado

MARÍA VERÓNICA RUIU: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad"

la Doctrina de la Protección Integral de la niña, niño y adolescente -que establece que los menores de edad tienen derechos fundamentales y gozan de una tutela especial- al incorporar la Convención de los Derechos del Niño a nuestro sistema jurídico y al dictar leyes, tanto a nivel nacional como provincial, en armonización con dicha Convención.

A lo largo del trabajo se han analizado distintas herramientas por medio de las que se intentan implementar diferentes vías de solución, sin embargo, no podemos desconocer que estas medidas parecen ser insuficientes ante la renuencia de un gran número de progenitores de cumplir con sus obligaciones parentales.

Una de las vías de solución que puede implementarse para enfrenar a esta problemática es la de establecer una labor interdisciplinaria entre los distintos organismos y autoridades públicas del Estado. En este aspecto, comparto la mirada de Gonzalo Frías¹⁵⁴, respecto a que el juez ante una demanda de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, pueda recurrir a equipos especializados como el de trabajadores sociales o psicólogos, para que realicen encuestas ambientales, familiares y vecinales, o entrevistas, a los fines de contar con mayores herramientas al momento de resolver, y poder arribar a una solución más justa.

Considero que esto es aplicable a los pleitos en los que el demandado trata de simular su situación económica para sustraerse al pago de la cuota alimentaria que efectivamente le corresponde, en estos casos se pueden disponer las medidas mencionadas a los efectos de obtener datos que permitan al magistrado contar con mayores elementos al momento de determinar la real capacidad económica del alimentante.

Cabe destacar, que la interdisciplinaria cumple un papel fundamental en los casos de violencia familiar, ya que el juez -a los fines de salvaguardar a las víctimas de la situación de violencia que están viviendo- debe disponer medidas urgentes, como la exclusión del agresor del domicilio familiar o la restricción de presencia o comunicación del agresor con la víctima y su grupo familiar, y a su vez, puede disponer otras medidas como la fijación de alimentos provisorios o el establecimiento de regímenes comunicacionales provisorios, a los fines de fortalecer las medidas cautelares ordenadas; pero estas medidas deben ir acompañadas de

MARÍA VERÓNICA RUIU: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad"

¹⁵⁴ Frías, Gonzalo Patricio, "La importancia de la labor interdisciplinaria en el proceso por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria", Ed. Zeus Córdoba, Revista nº 97, Año 2004, Tomo 4

una labor más profunda a cargo de equipos especializados, a los efectos de lograr que los episodios de violencia no se repitan. Dicha labor puede consistir en asistencia psicológica a las víctimas y agresores, o apoyo dinerario a la víctima para que pueda organizar su situación familiar, lo que permite que las medidas urgentes dispuestas por el juez se mantengan en el tiempo. Atento a lo expresado, considero que es imprescindible el trabajo conjunto entre las autoridades judiciales y administrativas, y que esto significa un camino que permitirá en múltiples casos arribar a soluciones más efectivas y justas.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Belluscio, Claudio, *Alimentos y las nuevas leyes de mayoría de edad, matrimonio entre personas del mismo sexo y mediación*, Ed. García Alonso, año 2011
- 2) Bruno, Adriana, *Violencia Familiar Económica*, Suplemento de Tribuno, Doctrina, Año V, nº 19
- 3) Caimmi, Luis Alberto y Desimone, Guillermo Pablo, *Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, Ed. Lema, Buenos Aires, Año 1992
- 4) Donna, Edgardo A. y Aboso Gustavo E., "Obligaciones alimentarias de los padres y el delito de incumplimiento de los deberes de Asistencia Familiar", en: Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (Directores), *Alimentos, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001
- 5) Fanzolato, Eduardo Ignacio, *Derecho de Familia*, Ed. Advocatus, Año 2007, Tomo I
- 6) Frías, Gonzalo, "Trascender la pena en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria", Zeus Córdoba, Revista nº 83, Tomo 3, Año 2003
- 7) Frías, Gonzalo Patricio, "La importancia de la labor interdisciplinaria en el proceso por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria", Ed. Zeus Córdoba, Revista nº 97, Año 2004, Tomo 4
- 8) Frías, Gonzalo Patricio, "Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar: ¿Los pagos parciales eliminan el dolo en la conducta del obligado?", en Foro de Córdoba, Año XV, nº 98, Año 2005

MARÍA VERÓNICA RUIU: "Alimentos debidos a los hijos menores de edad"

- 9) Gabriele, Orlando y Peralta Ottonello, Alejandro, *Ley de Violencia Familiar de la Provincia de Córdoba*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2008
- 10) Kielmanovich, Jorge L., *Derecho procesal de familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008
- 11) Lloveras, Nora, "El Interés Superior del Niño" en *El Interés Superior del Niño, Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios*, Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009
- 12) Lloveras, Nora; Oviedo, María Natalia y Monjo, Sebastián, "Daños causados por el incumplimiento de la obligación alimentaria de los hijos menores de edad derivada de la responsabilidad parental", Córdoba, Abeledo-Perrot, Septiembre 2010
- 13) Revista Actualidad Jurídica – Familia & Minoridad, nº 83
- 14) Siderio, Alejandro Javier, "Crisis económica y disminución de cuota alimentaria. Las obligaciones de los padres y la responsabilidad del Estado.", en *Derecho de Familia, Crisis Socioeconómica y Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, nº 22
- 15) www.unicef.org
- 16) www.bnm.me.gov.ar página del Ministerio de Educación y Cultura de la Nación

Cita de este artículo:

RUIU, V. (2011) "Alimentos debidos a los hijos menores de edad". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.243-264 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CONTEXTO DE ENCIERRO: GARANTÍA DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Ab. Myrtha A. de Mundet

Abogada -Profesora de la Cátedras de la Carrera de Abogacía, Procuración, Escribanía, de la Licenciatura de Criminalística y Licenciatura en Ciencia Política del Departamento Académico de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja. Directora de la Carrera de Abogacía y Procuración Universidad Nacional de La Rioja. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de La Rioja.

Lic. Rosalía Silvia E. Luna

Licenciada y Profesora en Psicopedagogía
Profesora Titular de las Cátedras Metodología de los Estudios de las Ciencias Sociales
Profesora Titular en Diseño, gestión y evaluación de Proyectos, Carrera Ciencias de la Educación.
Taller Optativo: Educación Rural - Carrera Ciencias de la Educación
Secretaria Técnica del CICSAL-UNLAR

Palabras Clave:

Derecho a la educación, derechos humanos, educación en prisión.

Key Words:

Right to Education, Human Rights, education in prison

Resumen

Admitiendo que el Derecho a la Educación, integra los Derechos Humanos, se destaca la importancia de reconocer la modalidad de Educación en situación de encierro y los derechos a la misma de las personas privadas de la libertad.

Abstract

Assuming the Right to Education, integrates Human Rights emphasizes the importance of recognizing the type of education in prison situation and the same rights of persons deprived of liberty.

1.- Fundamentos

A lo largo de la historia de la humanidad, y podríamos decir, desde que el hombre es hombre, se hacen presentes preguntas de vital importancia para el desarrollo de la existencia humana. ¿Qué es el hombre? ¿Cuál es el sentido de la vida? ¿Por qué existe la injusticia? Y También a lo largo de la historia, el hombre ha tratado de responder a estos interrogantes. Estos cuestionamientos que podemos hacernos nosotros mismos y a veces manifestar a los otros, son los que nos llevan a reflexionar, en general, sobre los Derechos Humanos y en particular, sobre uno de ellos "El Derecho a la Educación"

Para la Doctrina Social de la Iglesia, que retoma las ideas de los Padres de la Iglesia y Santo Tomás de Aquino, el fundamento sólido o inmediato de los derechos, se encuentra en la ley natural, la norma – de derecho natural – que es fuente equilibrada de derechos y deberes de cada uno; a su vez, su fundamento último es Dios mismo: el orden con que Dios gobierna el Universo recibe el nombre de ley eterna, del que la ley natural es una participación o derivación. Además, los *derechos humanos son objetivos* en tanto que no dependen de la subjetividad de quien sea titular o está obligado por ello. Otra característica, de los derechos humanos, que señala, la Iglesia Católica, es su *sociabilidad* y en consecuencia siendo el hombre naturalmente social, cuenta con derechos naturales en cuanto

individuo, por el sólo hecho de ser hombre pero también en tanto miembro de diversos grupos sociales naturales, como de la familia, de las asociaciones, o de las naciones. Por la misma razón los derechos se ordenan al bien común, remiten a lo justo concreto. Este reconocimiento no significa que posea una libertad para realizar cualquier cosa, de cualquier manera o en cualquier momento. Dijo Juan Pablo II en su Encíclica "**Humanae vitae**" "*La vida es un sentir desde su divinidad al bien común expreso en la realidad cristiana, desde la moralidad del bienestar*"

Existe hoy, en relación con estos derechos, una concepción y un ideal común de la humanidad. A través del aprendizaje de los Derechos Humanos como un modo de vida, de las personas, desarrollan un análisis sistemático, a la vez que se motivan para tomar acciones e insistir en una completa participación para la toma de decisiones que determinan su vida.

De ese modo la Educación, como acción de la sociedad y responsabilidad del Estado y vista desde la mirada de la Educación Social, significa el componente insoslayable de la construcción social, ya que ella tramita el abordaje de conocimientos, distribuye el capital cultural, socializa y asocia saberes, recuerda mitos, teje vínculos con lo desconocido, conocimiento con los otros, con el mundo. La Educación se hace un imperativo de inscripción, construcción de identidad, pertenencia y lazo en las sociedades humanas.

La educación es un derecho que hace a la condición del ser humano, ya que a partir de ella se construye el lazo de pertenencia a la sociedad, a la palabra, a la tradición, al lenguaje, en definitiva a la transmisión y recreación de la cultura, esencial para la condición humana¹⁵⁵.

La Educación se presenta como un lugar propio, específico donde es posible pensar en una sociedad más justa, más construida, más de todos y de cada uno, en definitiva más humana.

¹⁵⁵ Violeta Nuñez, "*Pedagogía Social: cartas para navegar en el nuevo milenio*", Editorial. Santillana, Bs. As. 1999, Pág. 5.

Por ello el Derecho a la Educación, está incluido no sólo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino además en nuestra Constitución y numerosas leyes. La educación será dirigida, no solo, para el pleno desarrollo de la personalidad humana, sino además, para fortalecer el respecto a los derechos Humanos y las libertades fundamentales."

Como con acierto se ha dicho, se parte de la base que: "Todas las personas tienen el derecho a la educación: personas de razas diferentes, que están o han sido detenidas en cualquier país; de distintas religiones y culturas, de orientaciones sexuales disímiles; las con capacidades diferentes; o las que se encuentran privadas de la libertad en instituciones cerradas o abiertas; etc.

Vivimos una etapa de democracia, sin embargo subsisten situaciones de corrupción, impunidad, limitaciones en el acceso a la justicia y a la participación política de sectores de la población, desigualdad de oportunidades para el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales (al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación, etc.). Estas características son signos de una situación que genera mayor exclusión económica, social y política a muchos grupos sociales que, por su situación de partida en la dinámica social, se encuentran desfavorecidos casi al infinito¹⁵⁶.

La vulnerabilidad social que padecen estos grupos, los constituye como seres proclives a la exclusión, la marginalidad, la violencia, la desocupación etc.¹⁵⁷ Por lo tanto, la reclusión en unidades penales actúa a modo de depósito de hombres y mujeres. En cada momento histórico el encierro se dirige a determinado sujeto social. La cárcel es el lugar en el cual terminan aquellas personas que, en su mayoría, *no han tenido educación, trabajo, salud* y ningún tipo de garantías. El

¹⁵⁶ A.M., Rodino "La educación en valores entendida como educación en DH", *Selección de textos del XX Curso interdisciplinario de DH*, IIDH, 2002, Costa Rica.

¹⁵⁷ El INDEC considera pobre a la persona que no tiene ingresos suficientes para comprar una "canasta" básica de alimentos y servicios. Son indigentes, quienes ni siquiera consiguen comprar alimentos básicos "capaces de satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas".

sistema los genera y excluye, concibiendo sus propios mecanismos que responden a una lógica del poder que impera en ese momento¹⁵⁸

Es la educación en general, y en especial en los establecimientos penales, la que actúa como resguardo de la condición de ser humano, para aquellas personas que alguna vez han delinquido. Por consiguiente, el encarcelamiento, aunque se considere un castigo justificado, no debe llevar consigo una privación adicional de los derechos civiles, entre los que figura el Derecho a la Educación, ya que el único derecho que se priva, al estar detenido, es la libertad ambulatoria.¹⁵⁹

En consecuencia, el Derecho a la Educación imbuido con los Derechos Humanos, va a adquirir mayor trascendencia cuando se trata del derecho de aquellos que se encuentran privados de la libertad, por las particularidades que demanda esa enseñanza.

Lo **primero que debe reconocerse** es que quienes se encuentran en una situación de encierro, cualquiera sea la causa, que los lleve a la misma, tiene derecho a recibir educación, en todos los niveles.

Ello ha sido reconocido por la Doctrina Social de la Iglesia cuando Juan XXIII en su Encíclica "*Pacem in Terris*", *Parte Primera*, sostiene al tratar "*El Orden Entre los Seres Humanos*" "*En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad, libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables*". Nos dice además, en cuanto a "*Derechos referentes a los valores morales y culturales*" que: "*...También nace de la naturaleza humana el derecho a participar de los bienes de la cultura y, por tanto, el derecho a una*

¹⁵⁸ Lóic Wacquant habla en "*Las cárceles de la miseria*" (1999) de una criminalización de la pobreza, cuando los pobres son producto del sistema y a su vez se los encierra por esa condición.

¹⁵⁹ SCARFO Francisco "Cultura, Educación y Derechos Humanos en cárceles" En revista "Contratiempo" de Pensamiento y Cultura Año V N° 7 Año 2005 – Proyecto Educativo Gesec

instrucción fundamental y a una formación técnico profesional de acuerdo con el grado de desarrollo de la propia Comunidad Política. Y por esto se debe facilitar el acceso a los grados más altos de la instrucción según los méritos personales, de tal manera que los hombres, en cuanto es posible, puedan ocupar puestos y responsabilidades en la vida social conformes a sus aptitudes y a las capacidades adquiridas"

En **segundo lugar** destacamos que la Educación en contexto de encierro tiene que reconocer que el destinatario es un sujeto de derechos y por lo tanto debe partirse del concepto de Educación y Derechos Humanos.

En **Tercer lugar debe tenerse en cuenta** que no se trata de una enseñanza distinta, la que deben recibir quienes se encuentran privados de la libertad, sino que debe ser la misma que se imparte en todo el sistema, con iguales exigencias, calidad y objetivos. En realidad como lo admite la Ley de Educación Nacional, se trata de una *modalidad* del régimen general de educación. Es una modalidad porque requiere contemplar ciertas formalidades en su desarrollo, en la forma de implementación, pero no en sus contenidos (art. 17 Ley 26.206).

El problema aquí se vuelve más complejo, dado que hablamos de "encierro" y pensar en la Institución carcelaria, enfrenta una realidad que se presenta con zonas grises, invisibles un entramado cuyos hilos no tienen siempre una clara dirección. La permanencia en los lugares de encierro potencia los conflictos, y dificultades que el sujeto que delinque trae sin resolver¹⁶⁰, lo que implica abrir un diálogo donde las preguntas no suelen tener una pronta respuesta.

¹⁶⁰ BARATA Alesandro "Resolización o Control Social – Por un Concepto Crítico de la Reintegración Social del Condenado" Revista del Pensamiento Crítico del Condenado 1994

2.- NORMATIVA

En lo que compete a la normativa general que refiere a los Derechos Humanos, podemos citar, entre ellas la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, de las Naciones Unidas (1955).

Nuestra Constitución Nacional, en diferentes artículos se refiere a la protección de estos derechos, los que se encuentran plasmados, no solo en las leyes, sino también reconocidos por la jurisprudencia y doctrina.

En Cuanto a la específicamente relacionada con el tema de la ponencia "**El Derecho a la Educación en contexto de encierro**" **Garantía de la Educación en Derechos Humanos**" se refieren a los mismos, tanto la Ley de Educación Nacional N° 26.206, como la Ley 24.606 y su modificatoria Ley N° 26.472

En consecuencia, conforme la Define el artículo 55 de la Ley de Educación Nacional, "**La educación en contexto de Privación de la Libertad es la modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, para promover su formación integral y desarrollo pleno. El ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna vinculada a la situación de encierro, y será puesto en conocimiento de todas las personas privadas de la libertad, en forma fehaciente, desde el momento de su ingreso a la institución**"

Por su parte, el art. 56, de la mencionada ley, establece, en diferentes incisos, los objetivos de esta modalidad: a) Garantizar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria a todas las personas privadas de libertad dentro de las instituciones de encierro o fuera de ellas cuando las condiciones de detención lo permitan. b) Ofrecer formación técnico profesional, en todos los niveles y modalidades, a las personas privadas de libertad. c) Favorecer el acceso y permanencia en la Educación Superior y un sistema gratuito de educación a

distancia. d) Asegurar alternativas de educación no formal y apoyar las iniciativas educativas que formulen las personas privadas de la libertad. e) Desarrollar propuestas destinadas a estimular la creación artística y la participación en diferentes manifestaciones culturales, así como en actividades de educación física y deportiva. f) Brindar información permanente sobre las ofertas educativas y culturales existentes. g) Contribuir a la inclusión social de las personas privadas de la libertad a través del acceso al sistema educativo y a la vida cultural.

Por su parte la Ley Nº 24.660, en su Capítulo VIII denominado "Educación", regula la misma en nueve artículos. Parte en el artículo 134 determinando que "La enseñanza será preponderantemente formativa, procurando que el interno comprenda sus deberes y las normas que regulan la convivencia en sociedad" Por su parte el artículo 136 deja sentado que "Los Planes de Enseñanza corresponderán al sistema de Educación Pública para que el interno, pueda a su regreso, tener la posibilidad de continuar sus estudios sin inconvenientes." Se ha establecido además en la presente ley que "La administración fomentará el interés del interno por el estudio, brindándole la posibilidad de acceder a servicios educativos en los distintos niveles del sistema..." (Art. 137). "Las actividades educacionales podrán ser objeto de convenios con entidades públicas o privadas" (Art. 138)

3.- EXPERIENCIAS

Si bien en la actualidad el tema cuenta con una regulación legal (como se indica precedentemente), precisamente, por ser una modalidad especial, es necesario realizar acciones tendientes a que los Estados asuman la responsabilidad que la ley les impone y que tanto, instituciones educativas como carcelarias comprendan y admitan el derecho que, como personas, los privados de la libertad tienen a la educación.

Para ello resulta de gran utilidad el análisis de las distintas experiencias que se han realizado a través de programas y proyectos educativos en situación de encierro, tanto nacionales como extranjeros, con la idea de la

reinserción y resocialización del condenado, se pretende que luego de su encierro egrese transformado en un ser útil. En nuestra Universidad, a pesar de no haberse institucionalizado la misma se realizaron experiencias desde diferentes carreras con prácticas de enseñanza a personas privadas de la libertad

Entre muchos de estos programas o proyectos - solo consignaremos algunos a modo de referencia- así la pionera obra que realizó Miguel Ángel Estrella, Pianista argentino, y Embajador de su país en la UNESCO quien fue designado con el Título de Doctor "Honoris Causae" , por sus esfuerzos a fin llevar la música clásica a los pobres y desamparados. Junto a él fueron investidos con el mismo título el ex Presidente Sudafricano Nelson Mandela y el ex gobernante Catalán Jordi Pujol. Estrella considera que la música es el medio de solidaridad y que debe escucharse en los sitios más humildes, incluida las prisiones y los hospitales. Por cierto le reprocharon "Que ofrecía conciertos para que disfrutaran asesinos y delincuentes", insistió en que su pasión era el piano y en cuanto a su "compromiso social" indicó, que la prisión, en la cual había estado - 1976 se refugia en Uruguay y es detenido y torturado en 1980 - le reafirmó sus convicciones y habló de su proyecto para permitir que las misiones de las regiones pobres del mundo puedan representar a su cultura en la Organización de la Naciones Unidas para la Educación , la Ciencia y la Cultura.

Interesante es también el Proyecto Educativo /Gesec, sobre educación en cárceles, formado por docentes de Educación Básica de Adultos en cárceles de la ciudad de La Plata, en el cual también han tenido una participación intensa, profesionales, egresado y estudiantes de la Universidad Nacional de La Plata. Su cometido es lograr cambios e incidir en las políticas públicas educativas para con las personas privadas de la libertad, sabiendo que esto favorece indudablemente el mejoramiento de la vida.

Cabe citar también la experiencia del penal Almafuerte – Cacheuta en Mendoza - donde se estableció el primer canal de TV, producido por internos, primera experiencia en todo el país. La televisión comunitaria "Almafuerte" se

trasmite por canal 3 en radio de 22 kilómetros. Sólo puede verse en las instalaciones del penal y sus contenidos realizados, en su mayoría por los internos, versan sobre arte, historia, salud etc.

Destaca también la importancia de tener en cuenta "la Educación en cárceles" el informe realizado en mayo del 2009 por el Director de Ingreso y Desempeño Estudiantil del Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, que anunció: "egresaron de la Licenciatura en Administración de la Universidad de Los Llanos "Ezequiel Zamora" los primeros cinco profesionales de un programa dirigido a garantizar que las personas privadas de la libertad disfruten del derecho a la educación que establece el Art. 103 de la Constitución Bolivariana"

En la Universidad Nacional de La Rioja, como dijimos, si bien no se había institucionalizado formalmente un programa específico, habiéndose inscripto en el año 2000 un alumno, privado de la libertad, en el Curso de Ingreso a la Carrera de Abogacía dependiente del Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, la Profesora Titular de la asignatura Introducción al Derecho¹⁶¹, con la autorización del señor Decano, del Departamento Académico de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas, concurría, periódicamente, juntamente con el Presidente del Centro de Estudiante de Derecho, alumnos avanzado en la carrera, y las Licenciadas en Psicopedagogía Victoria Herrera y Rosalía Luna, al Instituto Penitenciario de Rehabilitación, a impartir clases *no solo del Curso de Ingreso sino además de Introducción al Derecho, Derecho Romano, Derecho Civil etc..* Esta experiencia perseguía el propósito de apoyar y desarrollar el concepto de formación y capacitación en el medio carcelario, como herramienta central de la integración.

Con posterioridad, la situación se va a dar en un contexto diferente, dado que las autoridades del entonces "Instituto de Rehabilitación", permitieron a los internos inscriptos en la carrera, alrededor de 6 (seis) - de buena conducta y que cumplimentaban los requisitos establecidos por el Juez, interviniente en la causa, y por las autoridades Institucionales - concurrir, como un alumnos

¹⁶¹ Profesora Myrtha A. de Mundet

regular más, a las clases de las diferentes asignaturas de primero y segundo año de la carrera, dictadas en la Universidad.

A pesar de esa particularidad, se siguieron impartiendo, por la profesora Titular de Introducción al Derecho, clases de apoyo en la Unidad Carcelaria para aquellos que, por su condición, no podían concurrir a la Universidad. Así, estas acciones realizadas, fueron consignadas en la "Propuestas de Cátedra de Introducción al Derecho" como actividades de "Extensión" (Resolución N° 401/2.007 – N° 583/08 y N° 1262/09 del Consejo Directivo Departamento Académico de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja)

Recientemente se ha tomado examen de ingreso, en calidad de alumnos "libre" a un alumno, privado de la libertad, quien se ha inscripto en la Carrera de Abogacía.

4.- CONCLUSIÓN

En consecuencia abordamos esta Ponencia, con el objetivo de contribuir a la reflexión, promover el debate y fortalecer el respeto por los Derechos Humanos y *"El Derecho a la Educación en contexto de encierro" Garantía de la Educación en Derechos Humanos*". La Educación en contexto de encierro debe considerar que el destinatario es un sujeto de derechos y por lo tanto debemos partir del concepto de Educación y Derechos Humanos.

La importancia del tema resuelta porque, "aún cuando las noticias de hacinamiento y violación en las prisiones aparecen en las páginas de policiales de los diarios y las noticias de reincidentes destruyen la ilusión de recuperación posible, hay una porción de la población carcelaria que mantiene la esperanza de un futuro mejor".

5.- PONENCIA

Por ello proponemos que se considere:

1º)- *Que quienes se encuentran en una situación de encierro, cualquiera sea la causa que los lleve a la misma, tiene derecho a recibir educación, en todos los niveles.*

2º)- *Que la Educación en contexto de encierro tiene que reconocer que el destinatario es un sujeto de derechos y por lo tanto debe partirse del concepto de Educación y Derechos Humanos.*

3º)- *Que no se trata de una enseñanza distinta la que reciben quienes se encuentren privados de la libertad, sino que debe ser la misma que se imparte en todo el sistema, con iguales exigencias, calidad y objetivos.*

3º)- *Que es necesario realizar acciones tendientes a que los Estados asuman la responsabilidad que la ley les impone y que tanto, instituciones educativas como carcelarias comprendan y admitan el derecho que, como personas, los privados de la libertad tienen a la educación.*

4º)- *Que el estar privado de la libertad o ser excluido históricamente en lo económico-social no constituyen condiciones naturales que permitan la discriminación en el ejercicio del derecho a la educación.*

5º)- *Que resulta conveniente que se logren Convenios de Cooperación Académica entre los Ministerios de Educación Regionales y los Ministerios de Gobierno o Justicia, tendientes a asegurar los distintos niveles de enseñanza.*

6º)- *Que resulta conveniente que se concreten acuerdo o convenio entre las Universidad y las Instituciones Carcelarias, que involucre a los diferentes actores*

universitarios, profesores, egresados y alumnos, en el marco de la solidaridad social y voluntariado universitario en la enseñanza a personas privadas de la libertad.

7º)- *Que es resulta útil se analicen y estudien las experiencias realizadas para aprovechar sus resultados.*

6.- Bibliografía

- NUÑEZ Violeta, "Pedagogía Social: Cartas para Navegar en el Nuevo Milenio", Editorial. Santillana, Bs. As. 1999, Pág. 5.
- RODINO A.M., "La educación en valores entendida como educación en DH", *Selección de textos del XX Curso interdisciplinario de DH*, IIDH, 2002, Costa Rica.
- SCARFO Francisco "Cultura, Educación y Derechos Humanos en Cárceles" En revista "Contratiempo" de Pensamiento y Cultura Año V N° 7 Año 2005 – Proyecto Educativo Gesec
- BARATA Alesandro "Resocialización o Control Social" – Por un Concepto Crítico de la Reintegración Social del Condenado" Revista del Pensamiento Crítico del Condenado 1994
- Juan XXIII Encíclica "Pacem in Terris", Parte Primera
- Constitución de la Nación Argentina
- Ley de Educación Nacional N° 26.206
- Ley 24.606 y su modificatoria Ley N° 26.472

Cita de este artículo:

A. DE MUNDET, M. Y LUNA, R. (2011) "El derecho a la educación en contexto de encierro". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.265-277
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LOS ACTUALES HORIZONTES DEL FEDERALISMO EN MERCOSUR Y EN OMC

Ab. Federico Justiniano Robledo

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Académico de Número y actual Secretario de la Academia del Plata –Sección Córdoba-(R.A.). Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal y de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba Profesor de Derecho Constitucional y Profesor de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal de la Universidad Católica de Salta. Profesor de Posgrado de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la UNLaR.

Palabras Clave:

federalismo- principio de subsidiaridad- integración regional- OMC

Key Words:

World Trade Organization
– MERCOSUR – integration process – federal system – subsidiary principle.

Resumen

Desarrollamos la integración regional con las integraciones interprovinciales y con el principio de subsidiaridad como pilar del federalismo. Centramos nuestro análisis en el federalismo en las relaciones internacionales y los procesos de integración y en sus actuales horizontes en MERCOSUR y en la OMC. Propiciamos una necesaria aplicación del principio de subsidiariedad, porque permite armonizar los actuales procesos comunitario y de integración en MERCOSUR y en la OMC, con la soberanía estatal y el sistema federal de Estado de Derecho.

Abstract

In this paper, we focus our study on how affects the integration process called MERCOSUR and the supranational community of the World Trade Organization, on the local and regional integration processes. The perspective we present is based on federalism principle. We conceive that subsidiary principle is the key for

harmonization of national sovereign, federal system, and supranational community's process and integration process, such as WTO and MERCOSUR.

1. Planteo Preliminar

En el mundo actual se multiplicaron las relaciones mutuas entre personas privadas y públicas, individuales y colectivas en aras de cumplimentar objetivos diversos para satisfacer sus intereses, la defensa común, el desarrollo cultural, social, económico y humano. Este proceso tuvo un impulso destacado a fines del siglo XX, alcanzando un desenvolvimiento más complejo e intenso en los albores del siglo XXI, generado por nuevos conocimientos del hombre en la ciencia, la técnica y el perfeccionamiento de los medios de comunicación social y humano, interdependencia de los estados e influencia de la denominada "**globalización**", "**mundialización**" o "**glocalización**".¹⁶²

La globalización logra modificar el concepto tradicional de soberanía del Estado, tal como fuera concebida a la época de su nacimiento en la modernidad, despojándolo de una importante parte de su poder de decisión, ocasionando su debilitamiento hacia su interior y exterior, lo que permitió un actuar fortalecido de los diferentes intercambios de capitales y mercancías. La globalización viene actuando en todos los campos: cultural, social, político, jurídico, pero fundamentalmente económico, que es el que muchas veces arrastra en sus objetivos a los demás. Ello lleva a que cada Estado asuma políticas de no intervención en la Economía, ocasionando, al decir de Bernal Pulido¹⁶³, "*pérdida del poder regulador del Estado*", que "*lleva consigo su transferencia a otras instancias internacionales – como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio- y a las empresas trasnacionales así como su capitulación frente a los efectos de las leyes del mercado*".

¹⁶² Si se permite la ambigüedad del término, "glocales", es decir los efectos de procesos globales a nivel local. TOURAINE, Alain –Director de Estudios École des Hautes Études en Ciencias Sociales (EHESS)- Discurso pronunciado con motivo del Foro Internacional sobre el Nexo entre la Ciencia Social y la Política (IFSP), el 20 de febrero en Buenos Aires en http://portal.unesco.org/shs/es/file_download.php/24e5d7594ed7f0868e0904341dfa6aroundtable1_touraine_es.pdf (25-01-2008).

¹⁶³ BERNAN PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 393.

En el marco de la globalización, los **procesos de integración** asumen una gravitación especial. Las regiones, se manifiestan como ámbitos físicos preferenciales, formadas por espacios territoriales pertenecientes a varios Estados, generalmente impulsados por la proximidad geográfica, la necesidad de promover el crecimiento económico y mejorar la posición negociadora en los mercados del mundo.¹⁶⁴

Asimismo, la globalización ha determinado un nuevo modelo de economía, caracterizada por el nacimiento de nuevas modalidades de producción y comercialización, el aumento de las "transacciones" monetarias y comerciales y el advenimiento de instituciones internacionales dotadas de permanencia y universalidad,¹⁶⁵ como la Organización Mundial del Comercio. Ésta última tiene una importancia superlativa, por cuanto establece las normas, cuyo cumplimiento presupone la puerta de entrada al comercio mundial.¹⁶⁶

En ese marco internacional, dos ideas cobran actualidad y gravitación: "**universalidad**" y "**uniformidad**." Paralelamente nos encontramos con que, al decir del maestro Pedro J. Frías,¹⁶⁷ "*el mundo de hoy es virtualmente federal por la necesidad múltiple de equilibrar lo uno y lo diverso. Y, en este proceso, no quedan fuera los Estados unitarios*".¹⁶⁸

Argentina, se encuentra organizado en un sistema federal de Estado, que consagró la "diversidad en la unidad", es decir, de una sociedad plural. ¿Cuál es el papel que está llamado a cumplir el federalismo en el orden de cosas internacional?

¹⁶⁴ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, "Regionalismo. Integración" en *Globalización. Integración. Regionalismo*", N° 1, Estudios de Relaciones Internacionales, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1997, p. 38

¹⁶⁵ VALDEZ, Carlos Hugo, *Integración y Reforma Constitucional*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie: Colección de Tesis Doctorales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Córdoba, 2000, p. 23.

¹⁶⁶ Inclusive la República Popular de China ingresó a la OMC el 17 de septiembre de 2001 y, de la mano de ésta, lleva a cabo una profunda política de revisión y modificación de su régimen para lograr su adaptación a las normas internacionales de comercio.

¹⁶⁷ FRIAS, Pedro J., "Ante la reforma de varias constituciones provinciales" en *Evangelio y Política – Conciencia*, Imprenta Gráfica Pirates, Año 4, N° 10 y 11, Capital Federal, 1988, p. 6.

¹⁶⁸ FRIAS, Pedro J., *El proceso federal argentino*, El Copista, Córdoba, 1999, p. 84.

Sostenemos como necesario, apoyar y contribuir al progreso general del mundo, pero sin descuidar el desarrollo integral del hombre, que asegure su libertad y garantice su dignidad.¹⁶⁹ Entendemos que ello es posible y se logra si se atiende a lo ético en el marco de un normal equilibrio y respeto a la identidad de los Estados en particular, y de las regiones.¹⁷⁰ El federalismo constituye entonces, un sistema que coadyuva a la consecución de estos objetivos.

Es así, que en este trabajo nos proponemos dar una cabal respuesta a respecto de *¿cuáles son los actuales horizontes del Federalismo en las regiones interprovinciales y MERCOSUR?* procurando determinar también *¿cuáles son los actuales horizontes del Federalismo en relación a la OMC?*

2. La Integración Regional

Las provincias argentinas, progenitoras del Estado Nacional, aportaron e incorporaron antes que éste, normativas claras y concluyentes para conformar la integración regional.¹⁷¹

Las normas especiales relativas a la integración, fueron incorporadas a las constituciones locales durante el proceso convencional constituyente provincial de la década de 1980. Ellas son: Neuquén (arts. 236 y 251); Santiago del Estero (art. 5); Córdoba (arts. 16 inc. 2 y 144 inc. 4); Jujuy (art. 3 inc. 2); Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 1); Chubut (art. arts. 15, 99 y 109); La Rioja (art. 17); Río Negro (art. 10); Santa Cruz (art. 44, 45 y 46); Salta (art. 3 incs. 2, 4

¹⁶⁹ Cfr. Juan Pablo II, *Carta Encíclica Centésimus Annus*, Ediciones Paulina, Buenos Aires, 1991, pp. 68 y 69.

¹⁷⁰ Cfr. ROBLEDO, Federico Justiniano, "La necesaria revitalización del federalismo argentino" en *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, 2003, p. 250.

¹⁷¹ La consolidación de nuestra institucionalización nacional, tomó impulso desde la sanción de nuestra Constitución Nacional, el 1 de mayo de 1853, y su organización, con la incorporación de la provincia de Buenos Aires en 1860. Se iniciaba entonces, un proceso de desarrollo económico, social, humano, de integración territorial y vivencia federal. Ello se perfiló con la incorporación de normas constitucionales que mostraban los verdaderos propósitos de nuestros constituyentes originarios, que se conocieron en el derecho público como cláusulas del progreso. Comprendía los artículos 67 inc. 16 "... *proveyendo lo conducente a la prosperidad del país, adelanto y bienestar de todas las provincias...*", 107 que pretendía colocar un programa para lograr un desarrollo equilibrado y homogéneo del muy extenso y despoblado territorio nacional. La doctrina nacional entendió que dichas cláusulas eran operativas y que sustentaban los derechos fundamentales de nuestros habitantes.

y 8); Chaco (arts. 13 incs. 3 y 5 y 53); La pampa (art. 4); Catamarca (art. 1); Formosa (arts. 6 inc. 1 y 39).

Se inició un proceso de consolidación regional que se fue cristalizando como consecuencia de procesos interprovinciales que lograron concertaciones, como la Patagonia, Nuevo Cuyo, Nordeste Argentino, Noroeste Argentino, Centro Litoral y Región Metropolitana, dando lugar a la inclusión del tema "**región**" en la Convención Constituyente Nacional en 1994.

La reforma constitucional de 1994 introdujo la cuestión regional en el art. 124; eso sí, no desde el enfoque del denominado "*regionalismo natural*", que se explica como de existencia natural con anterioridad a la voluntad política que no la crea, sino desde el ángulo del "*regionalismo político*" que afirma su nacimiento por un acto constitutivo.

De este modo, las provincias argentinas, en su calidad de personas jurídicas, públicas y estatales, quedaron expresamente habilitadas constitucionalmente para crear regiones. Cabe agregar, que el art. 124 debe interpretarse en armonía con el art. 75 inc. 19 C.N., que faculta al Congreso Nacional para acompañar toda creación regional con promociones políticas que favorezcan su equilibrio frente a sus actuales desigualdades.¹⁷²

El derecho público interno en nuestro país federal impulsa procesos regionales de desarrollo como estructura y agrupamientos menores que el Estado, dotados de un cierto grado de autonomía, tendiente al logro del bien común. Ello significa la intervención complementaria y auxiliar de estructuras sociales superiores a favor de los individuos.

Por su parte, la aplicación simultánea dentro del Estado federal del principio de solidaridad, suscita un recíproco estar unidas y obligadas en el objetivo regional, que tiende a la aplicación del bien común y tutela de la dignidad de la persona humana. De este modo, el principio de subsidiariedad hace la veces de "*hilo de ariadna*" que ordena a las regiones en los renglones del sistema federal.

¹⁷² Cfr. AVILA PAZ de ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle y ROBLEDO, Federico Justiniano, "La región en nuestra organización federal" en *Cuaderno de Federalismo XV*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, 2002, p. 99 y ss.

Para Guillermo Barrera Buteler¹⁷³ **las regiones interprovinciales** no fueron concebidas por nuestra Constitución con carácter sustantivo, como entes con personalidad política propia distintos de las provincias que la integran, sino con carácter instrumental. Ello implica, que conforme un ámbito de concertación y coordinación. No importan un nuevo sujeto de nuestra relación federal, como las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional. En otro orden, entiende que goza de una "*personalidad jurídica internacional restringida*" de las provincias, en el proceso de integración aludido por lo dispuesto en el art. 75 inc. 24 C.N.

Se debe a la imposición del art. 27 C.N. que prescribe que los tratados internacionales deben estar "*en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*" y que, habiendo adscrito nuestro país a un sistema federal de Estado, resulta imposible aceptar que un proceso de integración pueda y deba marginar a las provincias, por ser inconstitucional. Concluye, en que el gobierno federal no puede delegar poderes reservados por las provincias, en alguna fase de la ejecución de decisiones comunitarias, en función de la aplicación del principio que "*nadie puede transmitir a otro un derecho más amplio del que posee.*" En suma, sólo las provincias pueden decidir sobre sus derechos e intervenir en cualquier momento de un proceso de integración, dentro de sus facultades constitucionales, como lo prescribe el art. 16 inc. 16 de la Constitución de la provincia de Córdoba¹⁷⁴ y art. 124 C.N.¹⁷⁵

¹⁷³ Cfr. BARRERA BUTELER, Guillermo E., "Las provincias y las relaciones internacionales" en *Cuaderno de Federalismo XVII*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, pp. 53 y 54.

¹⁷⁴ Constitución de la provincia de Córdoba, art. 16 inc. 16: "*Corresponde al Gobierno Provincial: (...) 6. Realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional, para satisfacción de sus intereses, sin perjuicio de las Facultades del Gobierno Federal*".

¹⁷⁵ Constitución Nacional, art. 124: "*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto (...)*"

3. El principio de subsidiariedad como pilar del Federalismo

Para comprender el Principio de Subsidiariedad en su ascendencia cultural moderna debemos retrotraernos al pensamiento liberal centralizador de la persona humana.

Este principio es uno de los rectores del orden social. Conlleva la idea de que el hombre deba realizar todo lo que implica al ejercicio de sus derechos y responsabilidades antes que el Estado. Correlativamente, el objetivo legítimo del gobierno será hacer por la comunidad todo aquello que la gente necesite y no sea capaz de hacer, o no pueda hacer igualmente bien por sí sola. En todo aquello que la gente pueda hacer bien por sí sola, el gobierno no debe inmiscuirse.¹⁷⁶

El principio de subsidiariedad fue acuñado por la doctrina social de la Iglesia Católica durante más de cien años. Según explicó S.S. Pío XI en la Encíclica *Quadragesimo Anno*,

*"conviene (...) que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que él solo puede realizar dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando según el caso requiera y la necesidad exija."*¹⁷⁷

Este principio se encuentra enraizado tanto en la libertad como en la dignidad de la persona humana. Asimismo, es dable poner de relieve que se trata de un principio de característica universal, aplicable y válido para interpretar, edificar y gobernar cualquier sociedad.

La noción de subsidiariedad es usada insistentemente como equivalente de descentralización -propia de un sistema federal de Estado-, de reparto de competencias, de autonomía y de defensa de los derechos constitucionales y humanos. No obstante, en este trabajo nos proponemos repensar el principio de

¹⁷⁶ Traducción libre del texto en inglés publicado por O. BON NELL, Breuning en la voz subsidiaritat springip, en St. Lex VII, 1962, p. 828.

¹⁷⁷ S.S. Papa Pío XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, 15-5-1931, N° 6 y 80.

subsidiariedad en el horizonte global, poniendo un acento particular en los procesos de integración y la Organización Mundial de Comercio.

En este orden de ideas, interpretamos que, así como en cada Estado es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios se regulen y gobiernen por el principio de acción subsidiaria, es justo que las relaciones entre las regiones interprovinciales, MERCOSUR y las institucionales internacionales con las autoridades públicas de cada Nación, se regulen y rijan por el mismo principio. En este sentido, la Encíclica *Pacem in Terris*, apunta que la misión propia de esta autoridad mundial es la de examinar y resolver los problemas relacionados con el bien común universal en el orden económico, social, político o cultural. No le corresponde a la autoridad mundial o instituciones supranacionales limitar la esfera de acción o invadir las competencias propias de la autoridad pública de cada Estado. Por el contrario, se debe procurar un ambiente mundial dentro del cual no sólo los poderes públicos de cada nación, sino también los individuos y los grupos intermedios, puedan con mayor seguridad realizar funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos.¹⁷⁸

El principio de subsidiariedad permite articular los complejos procesos de globalización e integración con la soberanía estatal y el sistema federal de estado. En este mismo sentido, concluye el maestro Pedro J. Frías¹⁷⁹ que, "*si la globalización importa el aumento de las interrelaciones y la limitación de las subordinaciones que la acompañan, el federalismo es un ordenador: con la subsidiariedad, respeta las autonomías y hace útil la coordinación.*"

4. El federalismo, las relaciones internacionales y los procesos de integración

La Constitución es el ordenamiento normativo fundamental del Estado. Su conformación resulta de una transacción, influenciada por distintos factores que la hacen realidad, de caracteres históricos, filosóficos, técnicos y culturales, con el fin de asegurar la convivencia humana en el bien común.

¹⁷⁸ Cfr. *Pacem in Terris*, nn. 140 - 141

¹⁷⁹ FRIAS, Pedro J., "La provincia argentina entre Alberdi, la realidad" en *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002, p. 77.

Ahora bien, la realidad social donde actúa el hombre y desarrolla su personalidad es dinámica y cambiante y estos cambios impactan en el ordenamiento constitucional, produciendo muchas veces una tensión entre la norma y la realidad donde debe operar. Esta situación, nos coloca muchas veces ante la necesidad de pensar en reformar la Carta Fundamental. Sin embargo, no podemos ignorar que la modificación normativa pretendida, cuenta con límites infranqueables que tienden a preservar sus principales valores y creencias políticas que formaron y dieron origen a la Nación, limitando el poder y resguardando en nuestra forma de Estado democrático los derechos fundamentales del hombre. Dichos valores constituyen su núcleo no negociable y determinan la orientación teleológica de la Carta Fundamental. Aún cuando fuera difícil realizar una enunciación taxativa, cabe mencionar, por ejemplo: los derechos fundamentales del hombre, el orden, el bien común, la libertad, la justicia y la defensa de la Nación. Dichos principios y valores integran el patrimonio ideológico constitucional, en que se asienta la organización de la convivencia política de la Nación.¹⁸⁰

En esta misma tesitura, César Enrique Romero¹⁸¹ enseña que:

- Toda Constitución en cuanto aspira a normativizar el ser político de una comunidad responde a una tabla de creencias relativas al Estado, al hombre, la sociedad, los derechos, las confesiones religiosas y su personalidad como Nación en la Historia.
- Estas creencias políticas se concretan, jurídicamente, como declaraciones, principios o cláusulas programáticas, configurando una verdadera ideología.
- Las Constituciones contemporáneas o los regímenes políticos vigentes incluyen en sus textos o bien en declaraciones, expresas manifestaciones de carácter ideológico.
- La Constitución Argentina (1853-1860) afirma una ideología democrática y republicana y los derechos y libertades que reconoce u otorga se subordinan

¹⁸⁰ Cfr. ROBLEDO, Federico Justiniano, "Las reformas constitucionales deben preservar los valores y principios fundantes de una Nación" ponencia y disertación pronunciada en las Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Lima, Perú, el 24 y 25 de agosto de 2006.

¹⁸¹ ROMERO, César Enrique, *Las creencias constitucionales y políticas*, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1972, p. 356.

en su ejercicio, a reclamos de justicia, libertad, orden y bienestar general, y eleva a la Nación como empresa histórica con destino ecuménico.

La tabla de creencias de la Constitución Argentina, es tributaria del sistema de gobierno republicano, democrático y federal. A tenor de ello, no resulta comprensible que puedan dejarse de lado estos valores que sustentan su sistema político-jurídico, a menos, por supuesto, que se reforme la Ley Fundamental y se defina un nuevo estado.

Postulamos que los procesos de integración así como la interacción de la Argentina con instituciones de orden internacional deben respetar esta tabla de creencias. En la tarea de armonización legislativa y reformas del Estado para su adecuación a órdenes supranacionales debe procurarse la salvaguarda del patrimonio ideológico constitucional.

El artículo 27 de la Constitución Nacional, impone expresamente a nuestro gobierno federal el respeto, subordinación y conformación de los tratados que celebre con los demás estados, en relación de paz y comercio a los principios de derecho público de la Constitución.¹⁸² De este modo se establece un límite axiológico-normativo en cuyos cauces deben actuar los operadores jurídicos y políticos.

Resulta importante destacar la opinión fundada de Gonzalez Calderón,¹⁸³ quien, cuando aún no se formulaban ni planteaban los procesos de integración regional ni las implicancias de éstos con el derecho interno, sostenía la supremacía de nuestra Constitución y en su consecuencia, la soberanía de la Nación:

"Más arriba de la supremacía de la Constitución no hay, no puede haber ninguna otra supremacía porque aquella es la expresión concreta de la voluntad soberana y permanente de la Nación, y esta soberanía es plena y en tal supuesto nada puede estar sobre ella, o no lo es: siendo indiscutible e indiscutida la exactitud del primer supuesto, queda demostrado que no hay más ley suprema que la Constitución. De modo,

¹⁸² Cfr. Art. 27 C.N. "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

¹⁸³ GONZALEZ CALDERÓN, J.A., *Curso de Derecho Constitucional*, Quinta edición, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1967, p. 117.

pues, que los tratados internacionales son también parte de la ley máxima de la Nación (art. 31) cuando armonicen con la Constitución federal..."

Esta tesis queda superada por la reforma constitucional de 1994, la cual incorpora a la ley fundamental los incs. 22 y 24 en el art. 75, elevando al rango constitucional diez tratados de derechos humanos y otorgando además jerarquía supralegal a los tratados de integración. De este modo, se recepta la doctrina del caso "Ekmekdjian Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros" (fallos 315:1492) de 1992.

Pese a las normas referenciadas, la posibilidad de incumplir o denunciar un tratado fundado en su confrontación con nuestro ordenamiento fundamental ha gestado una gran discusión. Máxime, cuando el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,¹⁸⁴ establece que: *"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*.

Para Gelli¹⁸⁵ "[al] no haber consenso en la Convención Constituyente acerca de otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional, mantuvo plena vigencia el art. 27 C.N., manteniendo la superioridad de la Constitución sobre los tratados con la excepción de los Tratados de Derechos Humanos, a los que el art. 75 inc. 22 declaró con jerarquía constitucional". Agrega Gelli,¹⁸⁶ que *"en cuanto a los otros tratados, desde la perspectiva jurídica no cabe duda de que están por debajo de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que obtuvieron –en la reforma de 1994 y luego de ella– jerarquía constitucional"*.

Creemos necesario, tener siempre presente la modificación operada en la doctrina de la supremacía constitucional y el derecho constitucional argentino, a partir de la reforma del 24 de agosto de 1994 en la Ley Fundamental. Al respecto Bidart Campos¹⁸⁷ señala que *"se destaca el art. 75 inc. 22 de la C.N. porque sienta*

¹⁸⁴ Aprobada por la República Argentina mediante ley N° 18.865 el 03-10-1972, pub. en B.O. del 11-01-1973 con reservas y una declaración.

¹⁸⁵ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Tercera edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2006, p. 320 y ss.

¹⁸⁶ GELLI, María Angélica, ob. cit. p. 322.

¹⁸⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. 1, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 342.

como principio general el de la supralegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción ..." Esta modificación ha de entenderse de la siguiente manera:

"En concordancia con el viejo art. 27 de la C.N., los tratados están por debajo de la Constitución."

"Pero por encima de las leyes y de todo el resto del derecho interno."

El citado jurista nos recuerda que "[e]ste principio implica el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992 que no reconocía el rango supralegal de los tratados". Integra su postura, advirtiéndonos que "la excepción viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera:

a) *el mismo art. 75 inc. 22 inviste de jerarquía constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, pero además*

b) *prevé que mediante un procedimiento especial otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional.*"¹⁸⁸

Concluye "en los dos supuestos tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución, y quedan fuera de él en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la Constitución su misma supremacía."

En suma, toda celebración de cualquier convención internacional condiciona a los límites que imponen los arts. 27 –el derecho público constitucional–, 31 y 30.¹⁸⁹ Toda conducta que no respete dichos límites es inconstitucional. La responsabilidad del Estado que emerge de esta conducta anticonstitucional comprende a los legisladores que la sancionan, al ejecutivo que la promulga, al juez que la aplica y al Estado nacional o provincial que la adopta para sí.

¹⁸⁸ Por medio de este procedimiento, fueron investidos de jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹⁸⁹ Art. 30 C.N. "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto"

5. Los actuales horizontes del Federalismo en MERCOSUR

El proceso de integración en América Latina tuvo, después de marchas y contramarchas, su consagración institucional con la celebración del Tratado del Mercosur, inicialmente suscripto por Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay¹⁹⁰ y su Protocolo Adicional de Ouro Preto.¹⁹¹

El MERCOSUR está estructurado por el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común,¹⁹² con duración indefinida (art. 19), el Parlamento del MERCOSUR, para facilitar su avance, con el fin de ampliar la actual dimensión de sus mercados nacionales mediante un eficaz aprovechamiento de sus recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y complementarias de los diferentes sectores de la economía, procurando lograr una adecuada inserción internacional para sus países, que consoliden un mejor desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina y una mejor calidad de vida de sus habitantes.¹⁹³

Se convino que en caso de controversia de sus miembros, éstas se resolverán mediante negociaciones directas o en su defecto por el Grupo Mercado Común, ante su pedido.¹⁹⁴

La estructura orgánica del Mercosur quedó conformada por: el Consejo del Mercado Común (C.M.C.), el Grupo Mercado Común (G.M.C.), la Comisión de Comercio del Mercosur (C.C.M.), el Parlamento del Mercosur (P.M.), el Foro Consultivo Económico-Social (F.C.E.S.), la Secretaría Administrativa del Mercosur

¹⁹⁰ Celebrado en Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1991, aprobado por la República Argentina por ley N° 23.981, publicada en B.O. el 15-08-91, con entrada en vigor el 29-11-91.

¹⁹¹ Aprobado por la República Argentina por ley N° 24.560, publicada en B.O. el 13-10-95.

¹⁹² Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (MERCOSUR), Capítulo II – estructura orgánica – arts. 9 a 18. REY CARO, Ernesto J. y SALAS, Graciela R., *Tratados y Textos Internacionales*, 4ª edición actualizada y ampliada, Ed. Advocatus, Córdoba, 2006, pp. 94 y 95.

¹⁹³ En su parte preambular, el tratado reza que el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Parte mediante la armonización de sus legislaciones en las vías pertinentes. REY CARO, Ernesto y SALAS, Graciela R., ob cit. p. 93.

¹⁹⁴ Anexo III – Solución de controversias. REY CARO, Ernesto y SALAS, Graciela R., ob cit. p. 98.

(S.A.M.). Cabe poner de resalto que se le reconoce personalidad jurídica de Derecho Internacional.¹⁹⁵

Las controversias entre los Estados Partes serán sometidas al sistema de solución de controversias del MERCOSUR, los órganos del MERCOSUR acorde se establece en el Tratado de Asunción¹⁹⁶ y en el Protocolo de Olivos.¹⁹⁷, que entro en vigor el 1-01-2004 y por ende derogó al anterior Protocolo de Brasilia.

En este proceso de MERCOSUR, se hace necesario delinear los horizontes en los cuales el federalismo se revitalice, contribuyendo al desarrollo de las provincias argentinas y de sus regiones. Ello conforma en sí, un proceso institucional abierto a transitarse.

6. Los actuales horizontes del Federalismo en la OMC

La O.M.C. tiene similares objetivos que el MERCOSUR en relación al comercio internacional. No obstante, cabe precisar que el MERCOSUR es un proceso de integración mucho más amplio y profundo, que trasciende los objetivos de la O.M.C., teniendo como fin el logro de una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, para lo cual cooperará con el Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y sus organismos conexos.¹⁹⁸ La estructura orgánica de la O.M.C. se conforma por una Conferencia Ministerial, compuesta por todos los Miembros, el Consejo General, el Consejo del Comercio de Mercancías, un Consejo de Comercio de Servicios y un Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, relacionados con el Comercio, (Consejos de los ADPIC).¹⁹⁹ En su condición jurídica, se le reconoce a la

¹⁹⁵ Capítulo II – art. 34 a 36 del Protocolo de Ouro Preto. REY CARO, Ernesto y SALAS, Graciela R., ob cit. p. 102.

¹⁹⁶ Tratado de Asunción de 1991, ratificado en Argentina por Ley Nacional 23.981, publicada en B.O. el 12-09-1991.

¹⁹⁷ El Protocolo de Olivos se firmo en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina el 18-02-2002. Los cuatro EP han aprobado mediante sus leyes respectivas el citado PO. Argentina lo aprobó por Ley 25.663, del 18-10-2002, BAO. 21-10-2002, p.1 ratif 2-12-20034; Brasil lo aprobó por Decreto Legislativo N° 712 del 14-10-2003, publ. en DOU el 15-10-2003, ratio. 2-12-2003; Paraguay lo aprobó por Ley N°2070 del 3-02-2003, ratif. 20-02-2003; Uruguay lo aprobó por Ley 17.629, del 11-04-03, DO 6-05-2003, ratif. 11-07-2003

¹⁹⁸ Art. III – Funciones de la O.M.C., inc. 5 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Aprobado por la República Argentina mediante Ley N° 24.425, publicada en el Boletín Oficial del 05-01-1995.

¹⁹⁹ Art. IV – Estructura de la O.M.C.

O.M.C. personalidad jurídica,²⁰⁰ la cual se rige por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las Partes Contratantes del G.A.T.T. de 1947 y los órganos establecidos en su marco.²⁰¹

Gómez Canotilho señala que los ministros de comercio de cada Nación, "se alinean estrechamente con grupos particulares en sus propios países. Éstos ministros desean nuevos mercados abiertos para sus productos, como los productores de bienes que compiten con las importaciones".²⁰² Ello ocurre por ausencia de un sistema mundial que procure disminuir toda asimetría entre los que deciden y los que respetan sus efectos, muchas veces inequitativo. Y esta inequidad provoca un mayor empobrecimientos en los países en vía de desarrollo, por cuanto las políticas de los países ricos les imponen abrir sus fronteras y mercados, pero mantienen una fuerte protección en los suyos, mostrando una clara contradicción, ya que la globalización incluye a todos los grupos humanos y regiones del mundo y simultáneamente excluye de sus beneficios a algunos de ellos, provocando por la pobreza permanentes y significativas migraciones.

En esta dirección Dolors Oller i Sala²⁰³ nos dice:

"En el ámbito económico, la creciente internacionalización de la economía ha hecho que las regiones dependan cada vez más del contexto internacional y no del contexto estatal en que se encuentran insertas. Por otro lado, los conceptos y criterios utilizados en la definición de las políticas económicas nacionales han perdido sentido tradicional ante la actividad de instituciones como el B.M., el F.M.I., la O.M.C., etc. Aunque esto no signifique que la idea de la economía nacional resulte ya superada, puesto que los estados aún mantienen una cierta autonomía para imponer una política económica con estilo propio, es evidente que esta situación está provocando una clara disminución de esta autonomía. El Estado no puede determinar libremente su futuro en este campo, sino que se encuentra influido por la dinámica impuesta por la economía mundial".

²⁰⁰ Art. VIII – Condición Jurídica de la O.M.C., inc. 1

²⁰¹ Art. XVI – Disposiciones Varias, inc. 1

²⁰² Cfr. GOMEZ CANOTILHIO, J.J., *Derechos y Libertades*, N° 6, 1998, p. 39 y ss. citado por BERNAN PULIDO, Carlos ob. cit., p. 394.

²⁰³ M. Dolors Oller i Sala y Otros, *Crisis, ruptura y tendencias. Lectura crítica de la Globalización en la óptica de Cristianismo i Justicia*, EDUCC, Córdoba, 2003, p. 184.

Baquero Lazcano²⁰⁴ cuestiona a George Soros,²⁰⁵ quien *"plantea como necesario para salvar el sistema global la prevalencia del Derecho Internacional y la limitación aún mayor de las soberanías de las naciones. Es así como las organizaciones internacionales podrán controlar accesos al mercado."* En concreto, formula dos importantes discrepancias con el mismo. A saber:

*"Nuestra **primera discrepancia** está en que no nos interesa salvar un sistema fundado en el egoísmo, cuya ineficacia está palmariamente demostrada en el ejército de desocupados, en la proliferación de la delincuencia, en el auge de la pornografía, en el desprecio de los débiles, sean infantes, niños, pobres o ancianos. Nuestra **segunda discrepancia** está en que la solución a los problemas de la humanidad no vendrá por una reforma institucional y, mucho menos, por atenuar aún más la soberanía de las naciones, cuando los Estados se aproximan al punto de extinción. La solución comienza por cambiar el espíritu de los seres humanos que ejercen las dirigencias del mundo o bien por cambiar a esos dirigentes."*

Nada más contundente en su propuesta, en el tema en cuestión.

Frente a este panorama analizado, resulta insoslayable buscar un modelo que respete la independencia de los Estados nacionales, pero afianzando los lazos de solidaridad entre ellos, facilitando la extensión de la democracia y los principios de justicia social a la mentada globalización.

7. Reflexiones conclusivas sobre el Federalismo argentino, MERCOSUR y OMC

A partir de la reforma constitucional nacional de 1994, en el derecho constitucional argentino operó un cambio extensional en el tradicional principio de la supremacía constitucional de la Ley Fundamental. Por incorporación del art. 75 inc. 22 C.N., se les otorgó a diez instrumentos internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional, importando el uso de una nueva denominación "núcleo de

²⁰⁴ BAQUERO LAZCANO, Pedro E., *La Barra de Oro. Resistencia Académica al Imperio Global*, Ed. Anábasis, Córdoba, 2003, p. 33.

²⁰⁵ SOROS, George, *La crisis del capitalismo global*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 21.

constitucionalidad" o "bloque de constitucionalidad". Comenzó así también, la impostergable necesidad de analizar su aplicación con referencia a los nuevos procesos de integración comunitarios, el avance de la globalización, las nuevas dimensiones del derecho constitucional, la superación del tradicional concepto de soberanía de los estados, la primacía o no del derecho comunitario en relación a la supremacía de la Constitución de cada uno de los Estados integrados y la determinación de los órganos y procedimientos por los que se ejercerá el control de constitucionalidad del derecho comunitario.

En efecto, a los tres años del Tratado de Asunción (1991), se produce, como ya hemos dicho, la reforma constitucional en materia de integración de organizaciones supraestatales, con la sanción del art. 75 inc. 24 C.N.²⁰⁶

Por consiguiente a la luz de la citada reforma del 94, Angélica Gelli²⁰⁷ nos hace un mirada constitucional en esta temática dado que sostiene que:

"El fenómeno de integración supraestatal en diversos niveles, supone una transformación de la soberanía tal como se la concebía cuando nacieron los estados nacionales en el siglo XV, que se definían a sí mismos con relación a la extranjería representada por las otras naciones (...) La convención constituyente de 1994 siguió sobre el punto la tendencia integracionista y sancionó –junto al inciso 22 del art. 75 que consagró la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos allí enumerados y la supremacía de todos los tratados por sobre las leyes- el inciso 24 en el art. 75, acerca del alcance, características y requisitos de la integración. En consecuencia de esta disposición, corresponde al Congreso aprobar tratados de integración que deleguen competencias – atribuciones – y jurisdicción en organizaciones supranacionales. En otras palabras, los tratados de integración pueden ordenar la constitución de parlamentos, consejos y tribunales con capacidad de decisión y de imposición sobre los Estados

²⁰⁶ Constitución Nacional, Capítulo Cuarto, Atribuciones del Congreso, art. 75: "Corresponde al Congreso: (...) inc 24: Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes (...)"

²⁰⁷ GELLI, María Angélica, ob. cit., pp. 723 y 724.

integrantes del acuerdo integración y sobre los habitantes de cada uno de ellos, a crear, en suma, derecho comunitario (...) Esta cláusula, tal como está redactada y en concordancia con el inciso 22 del art. 75 significa que las normas legales y jurisprudenciales emanadas de los organismos supranacionales en los cuales se delegan competencias y jurisdicción, están por encima de las leyes de orden interno (...)"

Por último añade:

"Ahora bien, los procesos de integración se concretan efectivamente cuando los Estados parte delegan competencias en los organismos establecidos por el acuerdo y obedecen las normas y decisiones tomadas por ellas adecuando, a tal fin su derecho interno. Si ello no se produce y sólo se opera por negociaciones bilaterales cuando se presentan los problemas, la integración es muy débil, por no decir inexistente."

No menos interesante resulta su aclaración complementaria:

*"Sin embargo, se ha señalado que la expresión referida a la atribución de Congreso para celebrar tratados de integración que **deleguen** competencias y jurisdicción a organismos supraestatales, indica la precariedad de la integración que se promueve si se la interpreta en sentido estricto. Así, en la delegación el órgano que la recibe, la ejerce sujeta a la decisión última - o a lo menos control - de quien delega esa competencia o jurisdicción. En estos términos la delegación no implica necesariamente una atribución constitucional de competencia en los órganos supraestatales (...)"*

Enmarcando por debajo de la Constitución Nacional este derecho de integración, queda sujeto al control de constitucionalidad en los casos que se presentan y en su defecto, si se controversió la constitucionalidad del tratado, la República Argentina deberá denunciarlo. Zlata Drnas de Clement²⁰⁸, sostiene que *"en el caso de tratados acordados en el ámbito de procesos de integración, se torna*

²⁰⁸ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "Constitución Nacional y Jerarquía de los Tratados Internacionales" en *Homenaje al sesquicentenario...* ob. cit. p. 324.

aún más compleja la cobertura de aspectos internos y externos para la aplicabilidad o invocabilidad de una norma convencional –incorporada bajo determinado tipo de norma comunitaria-, como en el caso de una directiva en razón de las cuestiones de competencia de los órganos de cada Estado."

La sumisión del derecho interno argentino a la aplicación de los tratados ante dicho, de conformidad al art. 27 de la Convención de Viena, está condicionada a que éste instrumento internacional se conforme y adecue a los principios de derecho público impuestos por el artículo 27 de la C.N.²⁰⁹ y por cierto a una reforma de sus principales normas, ya que no puede aceptarse que se imponga una reforma constitucional por esta vía, cuando está prevista expresamente en el art. 30 de la C.N. vigente.

Con Haro²¹⁰ coincidimos, que el nuevo orden jerárquico normativo federal, en nuestro país, a partir de la reforma de 1994 –con supremacía de la Constitución Nacional- por imposición de los artículos 31 y 75 inc. 22 y 24 de la C.N., quedó conformado en el siguiente orden:

- 1) la Constitución Nacional y TT. DD. HH. con jerarquía constitucional;
- 2) los Tratados comunes, Tratados de Integración y las normas dictadas en su consecuencia –en un segundo nivel jerárquico-;
- 3) leyes nacionales: que sancionadas por el Congreso Nacional, ocupan el tercer nivel de jerarquía;
- 4) normas nacionales: por ejemplo los reglamentos, decretos, resoluciones, etcétera, ocupan un cuarto nivel de jerarquía;

En definitiva, estando vigentes las normas constitucionales en análisis –arts. 27, 30 y 75 inc. 24 C.N.-, los tratados de integración deben armonizar sus prescripciones con nuestra Ley Fundamental y están sometidos al control de constitucionalidad.

El derecho positivo vigente está integrado por reglas pensadas y elaboradas por el hombre, con el objeto de ordenar toda su vida en sociedad, debiendo ser aceptadas por la mayoría. Estas reglas son de derecho positivo interno o

²⁰⁹ C.S.J.N. Fallos 316:1669

²¹⁰ HARO, Ricardo, "Los tratados internacionales en la Constitución de 1853" en *Homenaje al sesquicentenario...* ob. cit., T. 2, p. 336.

internacional. En ambos casos, deben cumplirse, mientras mantengan su adecuación a los fines para lo cual fueron creadas. Contrario pueden modificarse o derogarse, conforme el orden en que se establecieron y el mecanismo legal previsto.

Estos sistemas jurídicos internos de los Estado y el Derecho Internacional Público, se asientan en el atributo de la soberanía y, por cierto, en la igualdad soberana de los mismos.

A mayor abundamiento creemos conveniente abordar el proceso más avanzado de integración, tal como representa el Derecho Comunitario, que se origina en actos o tratados constitutivos del derecho internacional público, se respalda en el principio de la soberanía jurídica.

Arbuet-Vignali²¹¹ nos plantea una clara distinción, según se entienda el concepto de soberanía en relación al orden interno de un Estado o a su participación en el ámbito internacional. En esta línea, se plantea que:

"Dentro de fronteras, la teoría jurídica de la soberanía exige a ésta como una idea fuerza legitimante de un principio ordenador que sostiene que en cada sociedad estática particular, para que ella pueda subsistir y desarrollarse, debe disponerse de una autoridad suprema y que, además el ejercicio del poder de esta autoridad suprema sólo se justifica a partir de un compromiso entre la comunidad, el común de la gente, los gobernados y el poder que la organiza, la autoridad, el gobierno. La soberanía es un atributo del Estado, que sólo legitima el ejercicio de un poder supremo ordenador de unos seres humanos sobre el conjunto de ellos, cuando se cumplen ciertas condiciones en su ejercicio. Acá la teoría jurídica de la soberanía es el soporte nacional de los sistemas de gobierno establecidos a partir de un compromiso común plasmados en una Constitución dentro del marco de un sistema jurídico positivo vigente.

En el ámbito internacional, son otras las consecuencias del atributo de la soberanía; como en este ámbito él responde a la necesidad de

²¹¹ ARBUET-VIGNALI, Heber, "Peligrosos prejuicios sobre soberanía" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Montevideo, 2006, pp. 101 y 102.

justificar por legitimación un orden entre Estados soberanos no puede legitimar la supremacía de ninguno de ellos, ni aún temporal, delegada y sujeta a contralores. En este caso, legitima y respalda la independencia de todos con respecto a las pretensiones de hegemonía de cualquiera o de la pretensión de dominio de cualquier otro poder material..."

El concepto de supremacía constitucional impacta con las normas integradoras del derecho comunitario. Ello genera **que la Constitución y el derecho comunitario reclaman para sí la supremacía de sus normas**, lo que llevó a Ricardo Ramírez²¹² a sostener: "... tanto el orden jurídico nacional en cabeza de su Constitución como el orden jurídico comunitario se autoproclaman ley suprema".

La doctrina intentó buscar una solución a este enfrentamiento, sentando una postura que intenta superar este antagonismo, proponiendo como solución, que las normas comunitarias originarias (proyecto de tratado fundacional), sean sometidas al **control de constitucionalidad previo**, por los órganos competentes establecidos en la Ley Fundamental. De esta manera, si al compatibilizarse ambas normas, se establece que existen incongruencias, se procederá a sugerir y producir la reforma constitucional necesaria que viabilice su aplicación, sin mengua alguna a la supremacía de la Constitución, dotándolo de esta manera al derecho comunitario de plena validez jurídica.

Este camino fue transitado por España y Francia al ratificar el Tratado de Maastricht. Así, nos referencia Pizzolo²¹³ que "en dicha ocasión, los órganos encargados de control constitucional examinaron el nombrado tratado y determinaron las reformas que debían hacerse en los textos constitucionales si se quería seguir con la integración. Las constituciones fueron modificadas y el Tratado de Maastricht entró en vigencia sin que se produjeran inconcordancias con los respectivos textos constitucionales".

²¹² RAMIREZ, Ricardo, *La Constitución reformada y los tratados internacionales*, Madrid, Ed. Espasa, 1997, p. 69.

²¹³ PIZZOLO, Calogero, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 256-257, citado por DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos en "Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur y su tratamiento en la Constitución Política de la República de Bolivia" en *Anuario de Derecho...* ob. cit., p. 418.

A su vez, retomando nuestra óptica latinoamericana entendemos que un eje a tender es el "*principio de la supremacía constitucional*". Este deriva en forma directa del concepto de soberanía y conlleva el ejercicio del control de constitucionalidad. Latinoamérica adscribió a esta postura, al organizar jurídicamente a sus pueblos. En esta interpretación, la Constitución es norma suprema (art. 31 C.N.), ocupando la cúspide de la pirámide jurídica y constituye el fundamento del ordenamiento jurídico-político de nuestro Estado nacional.

En sintonía con este criterio, Ekmekdjian²¹⁴ puntualizaba que:

"supremacía constitucional significa que la Constitución política de una Estado es una superley que sirve de marco a todas las restantes normas jurídicas positivas", por lo que todas las normas y actos estatales y privados deben conformarse en su fondo y forma a la Constitución. Siendo así, la supremacía de la Constitución impone a sus demás normas integradoras las funciones de ordenación, concordancia y fundacional, todas relacionadas entre sí".

Con este procedimiento, de cumplirse acabadamente, podría preservarse la supremacía de la Constitución, mediante la función ordenadora de armonizar ambas normas, mediante el ejercicio de un acto soberano del Estado que las autorizó.

El **derecho comunitario derivado** se integra por las normas del derecho comunitario, ejerciendo los mismos órganos comunitarios el control de constitucionalidad, por cuanto sus Estados miembros le cedieron competencia, en un acto soberano. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por su parte, el **derecho originario** del Mercosur, nacido de varios tratados, que tuvieron su final en el Tratado de Asunción y se complementó con el Protocolo de Ouro Preto, determinó en su artículo 42 que: "*las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstas en el art. 2 de este código tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos para la legislación de cada país*".

²¹⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Derecho Comunitario*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1996, p. 77.

Queda claro que no se transfirieron atributos de la soberanía de los Estados miembros a favor de ningún órgano de esta comunidad regional, y que –estos órganos- se encuentren arriba de cada gobierno, por lo que vuelve imprescindible que estos miembros lo consientan, para ser válidos y eficaces. Se añade que las constituciones de los Estados parte no prescribieron un control constitucional previo, o que hayan incluido normas de pertenencia de ellos a órganos de derecho internacional o de derecho comunitario, dificultando en el caso su solución.

Basta leer el artículo 64 de nuestra Constitución Nacional: "*[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, y por los tratados con las naciones extranjeras...*".

Por lo tanto, queda claro que es el órgano judicial, quien realiza *a posteriori* el control de constitucionalidad de las normas de derecho comunitario, por medio del Recurso Extraordinario, que prevé el art. 14 de la Ley nacional Nº 48, medio, por cierto no recomendable por la doctrina en general para mantener el resguardo de la supremacía constitucional en relación de las normas aludidas que integran dicho derecho comunitario.

En consonancia con esta línea interpretativa, Haro²¹⁵ nos expresa:

"es de cardinal importancia reconocer y concienciar que las relaciones del Derecho Comunitario y del Derecho Constitucional no pueden concebirse en un nivel de enfrentamientos, sino por el contrario en el plano de una mutua cooperación y de recíproca congruencia. Así las cosas, consideramos con gran parte de la doctrina europea, que el control de constitucionalidad preventivo posibilitaría la adecuación de los tratados originarios, o en casos extremos, procedería a la propia reforma de la Constitución en sus prescripciones dirimentes, en un futuro, no parece dudoso que los insoslayables procesos de integración y de unión de Estados, tornarán imprescindible que a partir de cada Derecho Constitucional Estatal progresivamente se valla formulando un

²¹⁵ HARO, Ricardo, *Tendencias Contemporáneas en el Derecho Constitucional*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2000, p. 21.

nuevo plexo normativo, al que pensamos podríamos denominar como el futuro Derecho Constitucional Comunitario..."

A modo de corolario, es imprescindible que los Estados interesados y los grupos humanos involucrados, formen una opinión pública global, se constituyan organismos de gobierno internacional, que la hagan efectiva, y en cuyo seno se discutan libremente políticas económicas mundiales y se exijan responsabilidades sociales, políticas y ecológicas a todas las instituciones que tienen actuación e incidencia con la región o nuestro país. Este gobierno de la globalización debe estar representado por todos los seres humanos del mundo, reflejando los intereses tanto de consumidores y productores, para el logro de un reparto de cargas y beneficios recíprocos.

Este proyecto puede cristalizarse, con la efectiva aplicación del principio de subsidiariedad, el que permite armonizar los actuales procesos comunitario y de integración en MERCOSUR y en la OMC, con la soberanía estatal y el sistema federal de Estado de Derecho.

En esta interpretación también debe tenerse en cuenta que *"la [noción de] empresa no puede considerarse únicamente como una sociedad de capitales; es, al mismo tiempo, una sociedad de personas".*²¹⁶ Eso sí, orientada siempre hacia el bien común, que no es otro que el bienestar general del hombre, principio, sujeto y fin de todas las instituciones. Por esencia –el bien común– constituye el conjunto de condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus integrantes, obtener su plena y propia perfección.

²¹⁶ Juan Pablo II, ob. cit., p. 85.

Ello conlleva:

- El respeto a la persona en cuanto a tal.
- El bienestar social y desarrollo de los grupos humanos.
- La estabilidad y seguridad en un orden justo.

Creemos que este concepto del bien común se está universalizando en estos primeros años del siglo XXI, implicando que los derechos y obligaciones miren a todo el género humano.

Cita de este artículo:

ROBLEDO, F. (2011) "Los actuales horizontes del federalismo en MERCOSUR y en OMC". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.278-302 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ACCIONES DERIVADAS DE LA TUTELA SINDICAL

Ab. Fernando Mario Romero

Abogado. Maestrando en la Maestría en
Derecho Procesal de la Universidad
Nacional de La Rioja.

Palabras Clave:

tutela sindical – representante
sindical - ius variandi -
activistas sindicales- inversión
de la carga de la prueba

Key Words:

Procedural Labor Law – labor
union's association – warrants.
causes of justiciación.

Resumen

Actualmente se encuentra legislado la protección del funcionario sindical, en la Ley 23551, de asociaciones sindicales. Pero existe una franja amplia de trabajadores, que se encuentran fuera de dicha tutela, y ante la exposición de sus ideas o reclamos, o no contar con los requisitos de la Ley 23551, el empleador puede despedirlos sin invocar causa alguna, aplicando el régimen general, pudiéndose dar casos de discriminación ante la falta de esa protección.

Abstract

Labor unions use the term jurisdiction to refer to their claims to represent workers who perform a certain type of work and the right of their members to perform such work. Nowadays, the Labor Law N° 23551 guarantees the representative of the labor union's associations. However, reality shows that employer can fire workers in spite of this warrant; in other words, some cases are out of this legal warrant. We focus this work on this cases.

".....Así es, que apenas asoma el orden todos ceden á su imperio, y la vislumbre sólo de lo recto destierra el caos de incertidumbres en que gemían sumergidos. Esta noble deferencia propia del carácter de americanos libres, empeña los desvelos del Soberano Congreso en nuevas deliberaciones, y en arbitrar los medios para consumir con felicidad la obra que ha empezado con tanta gloria".

Fray Cayetano Rodríguez,
redactor del Congreso Nacional, reflexiones del 3 de julio de 1816.

Introducción

El derecho procesal laboral observa en su campo, las distintas variantes que se producen en el procedimiento, entre ellos el tema de las acciones sindicales.

Como bien señalan los autores²¹⁷ de mención ²¹⁸se debe comprender primariamente la noción de lo que significa la tutela sindical, entendiéndose como el sistema de protección especial de los representantes de los trabajadores de actos de persecución o las represalias que pueden tomar los empleadores.

El ordenamiento jurídico interno e internacional, presenta una recepción clara respecto a la contención y protección de quien se erige representante de los trabajadores, y que el mismo pueda tener una actividad sin la amenaza señalada, por lo menos es la idea, ya que en caso de que no se respete el esquema de protección, surgen las acciones a su favor.

1. Representante Sindical

La ley 23551, establece una serie de requisitos para considerar a un trabajador representante de otros trabajadores.

Así tenemos a los **funcionarios sindicales**, quienes ocupan un cargo dentro de la estructura de la entidad con personería gremial.

1.-MACHADO, José Daniel y OJEDA Raúl Horacio "Acciones derivadas de la tutela sindical" en *Revista de Derecho procesal : Tutelas procesales diferenciadas* . -I Rubinzal Culzoni , Sta. Fe . 2008-2.
2.- MACHADO, José Daniel y OJEDA Raúl Horacio "Acciones derivadas...", Cit., p.296

Los **delegados** que asumen la representación del plantel de trabajadores en el lugar donde el trabajo se lleva a cabo.

Los **paritarios** que son designados por alguna entidad gremial, para ser representados ante los organismos que requieren la intervención mencionada, como puede ser el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el salario mínimo, vital y móvil.

Los **candidatos** que se postulan en las elecciones para la candidatura ya sea de funcionarios o delegados.

Se ha dejado fuera de discusión a los candidatos **suplentes**, pues gozan de tutela tanto como los candidatos titulares, durante el proceso comicial y por un plazo de seis meses de finalizada la elección, al igual que aquellos candidatos que no resulten electos.

3. Acciones de exclusión de garantías. Indemnizaciones

Para el supuesto de que existieren serios motivos de exclusión de la garantía sindical, que determine el despido con justa causa o una suspensión, o cambiar las condiciones de trabajo (siempre que exista un abuso del ius variandi) la patronal no puede por vía directa como lo haría con cualquier empleado, aplicar las mencionadas medidas.

Para el cometido señalado, se seguirá un procedimiento de exclusión previsto en la ley nacional 23.551, ley de asociaciones sindicales, con los matices del decreto cuestionado de inconstitucionalidad nº 467/88, por que es un decreto reglamentario de la ley, y como tal tendría que cumplir esa misión, pero lamentablemente excede facultades reglamentarias para "legislar" y contemplar situaciones distintas a las propuestas por la ley., lo que lejos de acompañar al orden jurídico, lo empaña., obligando a los abogados defensores de los trabajadores que ejerzan actividad sindical, (siempre y cuando detecten el defecto constitucional) plantear la inconstitucionalidad de dicho decreto, si una determinada decisión del empleador se tomó en base al mismo.

La autorización judicial es a través de una sentencia, mediante un procedimiento sumario o sumarísimo según la jurisdicción. El empleador en la demanda, plasmará todas y cada una de las circunstancias de la exclusión sindical, con la prueba necesaria y fundamentos en los que se basa para su decisión. De ello

se correrá traslado al trabajador con tutela sindical, quien contestará o no la demanda interpuesta en su contra.

El empleador, de acuerdo a las condiciones del caso en cuanto se ponga en riesgo la vida y cosas de la empresa, puede pedir una medida cautelar para desafectar preventivamente al trabajador tutelado de su lugar de trabajo, art. 52 de la ley 23551.

El decreto 467/88, amplía indebidamente el espectro de facultades del empleador quien puede: Excluir preventivamente al trabajador **sin el proceso cautelar**, con cargo de comunicarlo a la autoridad administrativa en el plazo de 48 hs., y de iniciar el juicio de exclusión o como ampliar la nómina de personas y bienes que pudieren verse afectados por la conducta del trabajador a excluir.

De la normativa e interpretación judicial puede desprenderse de que luego de que el empleador consiga la sentencia de exclusión, tendrá que notificar fehacientemente la medida que fuere objeto de la exclusión, sin perjuicio de lo que en el párrafo siguiente se detalla.

Que sucede cuando el trabajador sindicalizado, se anoticia de una facultad de desplazamiento preventivo ejercida por el empleador (dec. 467/88) o de una demanda de exclusión, para una futura sanción, despido o variación de las condiciones de trabajo? ¿Tiene alguna posibilidad de despido indirecto? ¿Que sucede en el caso de despido directo sin exclusión?.

Las situaciones planteadas se resuelven de la siguiente manera, sin perjuicio de la profundidad del tema:

- 1) Si el trabajador es **despedido de manera directa**, tiene derecho a la reinstalación laboral, a través de la vía judicial del art.52 ley 23551., pidiendo la reinstalación a su fuente de trabajo. Los requisitos para la acción son: la investidura del representante y su vigencia temporal, su comunicación al empleador y las constancias de la violación de la garantía. Nuestra opinión es que debe sustanciarse por las reglas del juicio sumario o sumarísimo, por que no deja de tener la característica de un juicio contradictorio. El reclamo debe contener el pedido de pago de salarios caídos y el pedido de astreintes en el caso de que el empleador no cumpla con la sentencia.

En el caso de suspensión o alteración abusiva de las condiciones laborales, sería procedente una medida cautelar de no innovar y luego iniciar la demanda de reinstalación para estos supuestos., siempre que en el primer caso la suspensión impliquen ausencia en el trabajo.

En el supuesto de apercibimiento si bien no se encuentra previsto, opinamos que tendrá que por vía de la analogía, seguir el mismo procedimiento con el objeto de anular la sanción impuesta sin la exclusión.

- 2) En caso de de que **directamente se suspenda al trabajador tutelado, o se altere las condiciones del trabajo de manera abusiva (desnaturalización del ius variandi) o ante la situación de despido directo**, puede el trabajador **optar** por considerarse despedido, y reclamar indemnizaciones comunes y especiales equivalente a los salarios esperados hasta la finalización de la tutela., incluyendo el año de extensión de protección.

Se puede considerar despedido y reclamar indemnizaciones de ley desde la comunicación del acto prohibido, o cuando resultase ganador de la reinstalación y aún así no se lo reinstala, o si la demanda de exclusión iniciada por el empleador fuere rechazada, dentro del plazo de 5 días de quedar firme la demanda.

3. Trabajadores no incluidos como representantes gremiales: Jurisprudencia

Existe una situación en la realidad laboral, que es de los trabajadores que no son "sindicalistas" o que no pertenecen a una asociación gremial, y que sin embargo realizan ciertos actos asimilados a una tarea gremial, o manifestaciones inequívocas de defensa de sus derechos laborales, que pueden provocar el ánimo en el empleador de querer despedirlos argumentando falsas causas o razón que lo justifique, encerrando en su ánimo un verdadero motivo discriminador.

Este tipo de trabajador, no encuentra eco en las categorías de personas alcanzados por la tutela sindical, siendo considerados en la doctrina del

presente trabajo ³²¹⁹ , como *activistas sindicales* , que comprende una gama de funcionarios de entidades simplemente inscriptas (a diferencia de la ley de asociaciones sindicales que dispone que además de ello, debe obtener la personería gremial) delegados informales , pioneros o fundadores de sindicatos nuevos , militantes, o simples trabajadores que dan a conocer lo que piensan mediante palabras o acciones sobre los derechos que les corresponden.

Sobre esta suerte de limbo de trabajadores que no cumplen requisitos de la ley 23.551, se conocieron varios fallos interesantes²²⁰ en distintas partes de nuestro País, con el protagonismo de la Corte Suprema en suspenso por que todavía no ha tomado resolución en el caso "Pellejero" que ha llegado a sus estrados.

El fundamento y eje que han tenido los fallos que a continuación se mencionan, es la ley 23592, que es la ley nacional antidiscriminación. Se ha encontrado en ella las razones para dejar sin efecto los actos de discriminación en contra del *activista sindical*, normativa aquella que obliga a dejar sin efecto el acto discriminatorio, reinstalando al trabajador a su puesto normal y habitual de trabajo, solicitando pago de salarios caídos y en algunos casos, como lo dice la misma ley, pago por el daño moral sufrido.

Brevemente se reseñan los fallos con el condimento señalado de *activista sindical*, categoría que adoptamos para diferenciarlo del sujeto amparado efectivamente en la ley 23551.

En el caso Balaguer²²¹ se planteó un juicio sumario para la reinstalación de la actora a su puesto, ante la discriminación comprobada con fundamento en la ley 23592, condenando además al pago de los salarios caídos .Se trataba de la esposa de un dirigente sindical, desempeñando labores de defensa de

FERNANDO ROMERO: "Acciones derivadas de la tutela sindical"

²¹⁹ .MACHADO, José Daniel y OJEDA Raúl Horacio "Acciones derivadas....,ob. cit., p. 306

²²⁰ Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Juicio sumarísimo sala VI Cámara Nacional de apelaciones del trabajo. *Revista de Derecho Labora*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, nº 2008-2.

²²¹ BALAGUER CATALINA TERESA C/ PEPSICO DE ARGENTINA S.R.L. S/ JUICIO SUMARÍSIMO SALA VI .EXPEDIENTE Nro. 33.975/2002.

6.Parra Vera Máxima c/ San Timoteo S.A s/ Amparo CNAT , sala V ,14/ 06/ 6.L.L. 2006-D-217

los derechos de la mujer trabajadora, participó en medidas de acción directa etc. Todo ello quedó efectivamente comprobado. En el considerando del fallo de la cámara tuvo en cuenta las circunstancias subjetivas que indican una discriminación. Se aplica en el fuero laboral normativa civil e internacional al caso concreto, confirmando el fallo del juzgado

a-quo. , es decir se confirmó la reinstalación de la trabajadora

Otro fallo que también forma parte de la importancia del trabajo, es el caso conocido como "PARRA VERA"²²², se trata de una trabajadora con veinte años de antigüedad , que durante la relación laboral ejercía un rol sindical de hecho , no siendo representante gremial ni tampoco delegada gremial., no gozaba de inmunidad gremial en una palabra. Se revierte el fallo de primera instancia y se produce la reinstalación, pero se sientan criterios procesales importantes , como el umbral mínimo de indicios que el actor debe demostrar para que la inferencia judicial de discriminación resulte razonablemente sustentada en la prueba .

Se suma a dicho criterio el de la **inversión de la carga probatoria**, dejando de lado el tradicional criterio en virtud de que el empleador es quien debe probar la verdadera causa del despido, y que el mismo no ha sido discriminatorio.

Otro de los varios fallos que ya tienen resolución favorable en el sentido expuesto, es el caso "Pellejero Maria Mabel".²²³ La accionante, fue despedida en el año 2004 con invocación de justa de causa alegando el banco que había incurrido la demandante en una serie de irregularidades en la cancelación de un crédito de su hermano. Ella pidió la nulidad de la medida y reinstalación, aduciendo que fue despedida por ser esposa del secretario general de la seccional de Viedma de la asociación bancaria. En primera instancia, el Banco Hipotecario fue condenado. El Tribunal superior de justicia de dicha provincia confirmó el fallo.

El banco Hipotecario interpuso Recurso Extraordinario ante la corte Suprema de Justicia de la Nación. La misma, antes de resolver, ha decidido emplear una herramienta procesal poco común en nuestro sistema procesal , como lo es convocar al proceso la figura *amicus curiae*, para la disolución del caso Pellejero.

FERNANDO ROMERO: "Acciones derivadas de la tutela sindical"

²²³ Mabel Pellejero c/ Banco Hipotecario sucursal Viedma.-Río Negro STJ de Río Negro ,2/06/05 L-L2005.1261

La Corte convocó a una audiencia pública para el día 15 de abril del corriente año, con el propósito de escuchar **opiniones** de entidades especializadas y a los abogados entendidos en la materia. Además de la causa Pellejero, se encuentran radicadas en la Corte, otras tres causas más.

El tema suscita polémica por que pone en juego lo que los abogados laboristas llaman la "estabilidad impropia", limitándose los derechos de las empresas a despedir sin justa causa, alegando los abogados de patronal que, si el criterio de la corte fuera positivo, **cualquier** despido puede ser considerado como discriminatorio. También, entre fundamentos, sostienen estos últimos que se encuentran en juego los derechos constitucionales de las empresas como el libre derecho de contratar y del ejercicio de una industria lícita y la libertad de comerciar libremente.

Lo concreto es que la audiencia se realizó para el día previsto, con la presencia de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carmen Argibay, Juan Carlos Maqueda, Enrique Petracchi, quienes escucharon los alegatos de los doctores Moisés Meik, en representación de la asociación de abogados laboristas, presentándose en calidad de amicus curiae, Daniel Funes de Rioja, en representación del Banco Hipotecario, y Ariel Galinger, defensor de Mabel Pellejero.

Actualmente, se espera el fallo de la Corte respecto a estos casos, y que de alguna manera, provocará, una visión a tener en cuenta tanto en la admisión o rechazo del recurso extraordinario.

En los casos presentados, hemos visto que se trata de aquel *activista sindical*.

4. Conclusiones. Aporte personal

Las acciones que emanan de una tutela sindical, tienen en el fondo, una solución indiscutible para las personas allí contempladas, como los funcionarios, delegados y candidatos.

Pero que ocurre con los *activistas sindicales*? Merecen estar fuera de una protección legal por no encuadrar en la ley 23.551?, ¿Sería posible aceptar que alguien que participe de actividades que, en líneas generales, son considerados "gremiales" o "sindicales", fueran despedidos por esa causa aunque se la encubra en

FERNANDO ROMERO: "Acciones derivadas de la tutela sindical"

otras "Motivos"?. No debe olvidarse que el hombre es el centro del sistema jurídico, y por ello, los jueces han resuelto favorablemente en cada caso planteado, acudiendo a la universalidad de los pactos internacionales y de una norma específica en materia de discriminación., como la ley 23592.

Por ello, es posible brindar protección a los *activistas sindicales* con las precauciones del caso, respetando ese umbral mínimo de indicios, invirtiendo la carga de la prueba, demostrando el empleador la verdadera causa del despido y aventar seriamente las intenciones de una discriminación por motivos políticos o ideológicos.

Es necesario en fin, contar con un proyecto de ley claro, que surja del congreso de la Nación Argentina, contemplando la laguna de las situaciones de aquellos trabajadores que defienden sus derechos fuera de la organización rígida de la ley 23551.

Cita de este artículo:

ROMERO, F. (2011) "Acciones Derivadas de la tutela sindical". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.303-311 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>