
Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales



Mayo de 2015. Año 5. Volumen 1.

Autoridades UNLaR

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Cr. Jorge Riboldi

Secretario Académico:

Ab. Mario Orona

Revista IN IURE

Directora:

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales

AÑO 5 – VOL. 1 –

Dirección:
Elsa Manrique

Coordinación:
Maximiliano Bron

IN IURE

Séptima edición: 15 de Mayo de 2015, La Rioja, Argentina.

IN IURE

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

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2015

© IN IURE, 2011 - 2015

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

ÍNDICE

SECCIÓN TEMÁTICA

Presentación del número

Elsa Manrique.....8

Propiedad intelectual: Sobre patentes de invención

Elsa Manrique.....11

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

Juan Noriega.....44

Argentina y sus justos títulos sobre las Islas Malvinas

Guillermo Elías Sánchez.....67

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

Graciela Ramos.....85

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

Estelly Mary Díaz Fernández.....109

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

Luis Asis.....128

SECCIÓN

JURISPRUDENCIA.....138

BOLETÍN DE REFERENCIA

NORMATIVA.....169

NOVENO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Elsa Manrique

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

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

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

Fecha de Publicación:
15/05/2015

Dirección de la Revista:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

Nuestra revista digital se nutre permanentemente de los aportes que ha recibido de ilustres profesores de nuestra universidad y de otras Universidades argentinas y extranjeras con antigua raigambre en la comunidad científica nacional e internacional que conservan su vinculación con la Universidad Nacional de La Rioja, como así también de los aportes de destacados profesores noveles de nuestra casa de altos estudios.

Todas las reflexiones que posee esta revista surgen de premisas fundamentales, tales como la libertad de pensamiento, rigor científico y compromiso ético.

El lector podrá analizar en este noveno número de la revista IN IURE temas referentes al Derecho Civil, Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Penal y Derecho Político, etc.

La Dra. Elsa Manrique expresa en su trabajo que las patentes de invención tienen por fin proteger los descubrimientos o nuevas invenciones con el objeto de fomentar la actividad creativa de los procesos industriales. Por ello, el establecimiento de un régimen de patentes contribuye en forma decisiva al progreso tecnológico y económico de los países. El Mg. Juan Noriega manifiesta que en el trabajo presentado analiza el texto de la Constitución de La Rioja de 1855, y que es preciso dejar algunas apreciaciones respecto del objeto central de este trabajo de investigación, la ideología predominante del contexto político, que dio origen a la materialización de aquella constitución. El abogado Guillermo Elías expresa que la cuestión de Malvinas requiere ser analizada desde una perspectiva histórica de la cual puedan surgir con claridad los justos títulos que nuestro país invoca para sostener el legítimo derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas.

La Lic. Graciela Ramos expone que el propósito de su trabajo es el de aproximarse a la compleja relación que entablan democracia, masas, ciudadanía, opinión pública y medios masivos de comunicación social. Que consciente de la amplitud del tema, intenta bosquejar algunas líneas de pensamiento que permitan considerar la problemática habilitando nuevas posibilidades de abordaje. La abogada Estelly Díaz Fernández sostiene que ningún hijo debe ser tratado como traidor simplemente por amar a ambos padres. La alienación parental es un proceso que radica en programar, mecanizar a un hijo para que odie a uno de sus progenitores sin que tenga justificación, que se hace visible luego de un proceso de divorcio o separación. El Abogado Luis Asís examina en su artículo los efectos jurídicos de la guerra de Malvinas; y manifiesta cómo no tuvieron lugar los efectos que normalmente suceden entre dos Estados en guerra. Además, alude que

normalmente una guerra es la máxima situación de ruptura y enfrentamiento entre dos o más Estados.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Magister Jorge Riboldi, y al Señor Secretario Académico Profesor Abogado Mario Orona, el apoyo que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2015) "Noveno número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2015, Año 5, Vol. 1. pp. 08-10. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

PROPIEDAD INTELECTUAL: SOBRE PATENTES DE INVENCIÓN

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Especialista en Docencia Universitaria, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y en la UNLaR, Directora del Instituto de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de La Rioja. Directora de la carrera de Abogacía de la UNLaR.

Palabras claves:

Protección, invento, novedad, patente.

Key words:

Protecting, invention, novelty, patent.

Resumen

La protección de los derechos de patente de invención constituye una forma de estimular a todos los integrantes de una comunidad, a fin de que efectúen

inversiones en todo lo concerniente a la investigación y el desarrollo de nuevos descubrimientos.

Abstract

The protection of the patent is a way to encourage all members of a community to make investments in research and development of new discoveries.

INTRODUCCIÓN

Las patentes de invención tienen por fin proteger los descubrimientos o nuevas invenciones con el objeto de fomentar la actividad creativa de los procesos industriales. Por ello, el establecimiento de un régimen de patentes contribuye en forma decisiva al progreso tecnológico y económico de los países.

En Argentina, el amparo a las creaciones de la mente tiene rango constitucional. La Constitución Nacional, además, de establecer con criterio general los principios de la libertad en el uso y disposición de la propiedad (artículo 14) y la inviolabilidad de la propiedad (artículo 17, primera parte), explícitamente alude a los derechos intelectuales al disponer que *"todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra o invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley"*.

Asimismo, la protección de las invenciones se realiza mediante los títulos designados patentes de invención (expedidos por la Administración Nacional de Patentes). En estos títulos el Estado certifica, sin garantizarlo, que se ha efectuado una determinada invención y que es propiedad de una persona física o jurídica por un tiempo determinado.

CONCEPTO. REQUISITOS

Una patente es un derecho exclusivo concedido a una invención, que es el producto o proceso que ofrece una nueva forma de hacer algo, o una solución técnica a un problema.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sostenido que el concepto de invención, a efectos de ser objeto de una concesión de patentes, alcanza *"a todos aquellos nuevos productos o procedimientos que, como resultado de la actividad creativa del hombre, signifique un progreso tecnológico (y por tanto no resulten de modo evidente del 'estado de la técnica') y, también, sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria"*¹.

Asimismo, el artículo 1 de la Decisión 344, (Derechos de Propiedad Intelectual, Grupo Andino) define al invento como aquellos *"productos o procedimientos en todos los campos de la tecnología, que posean novedad, nivel inventivo, y sean susceptibles de aplicación industrial"*².

Igualmente, se puede decir que la patente de invención es un documento que se confiere administrativamente a todo inventor de un objeto industrial, a efectos de garantizarle la propiedad exclusiva de su obra, invento o descubrimiento por el término que la ley acuerda (por un periodo de 20 años a partir de la presentación de la solicitud), con el derecho consiguiente para su explotación o cesión lucrativa.

Los requisitos que debe tener un invento para que se le conceda una patente son: **Novedad, actividad inventiva y creativa, aplicación industrial** y debe tener un **objeto lícito** (BEUER MORENO, 1957:130). Estos son requisitos definitivamente ineludibles, insoslayables y de forzosa observancia para el otorgamiento de una patente de invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología.

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 21 de octubre de 2000. Proceso N° 21-IP-2000. Caso: "DERIVADOS DE BILIS HUMANA". Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 631, de 10 de enero de 2001

² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 14 de abril de 2005. Proceso N° 07-IP-2005. Patente de invención; "PROTECTOR DERMATOLOGICO. GEL PARA QUEMADURAS." Publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1203 de 31 de mayo de 2005.

A) **La novedad** implica que el objeto de invención a patentar no debe estar dentro del conjunto de conocimientos técnicos ya conocidos por el hombre en el país o en el extranjero antes de la fecha de presentación de la solicitud. ZUCCHERINO, manifestó que *"Un invento es novedoso cuando la relación causa efecto entre el medio empleado y el resultado obtenido no era conocido"* (ZUCCHERINO, 1997: 150).

Sería discordante con los fines del derecho de patentes otorgar un monopolio, aunque sea transitorio, a quien no justifique un beneficio a la sociedad, porque no contribuye con nada nuevo, nada que brinde un aporte al acervo tecnológico (GOMEZ SEGADÉ, 1990: 10). Asimismo, no debe confundirse *novedad* con *descubrimiento*, puesto que este último existe en la naturaleza, por lo tanto, no es actividad inventiva y creativa.

La legislación argentina sigue el precedente francés en cuanto necesita que el invento para ser patentable: a) no debe haber trascendido al conocimiento público antes de solicitarse la patente, b) que la publicación haya sido apropiadamente completa como para permitir que un técnico elabore la invención (BREUER MORENO, 1957: 71 y 90).

El Artículo 5 Ley de Patentes y Modelos de Utilidad determina que *"La divulgación de una invención no afectará su novedad, cuando dentro de UN (1) año previo a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, el inventor o sus causahabientes hayan dado a conocer la invención por cualquier medio de comunicación o la hayan exhibido en una exposición nacional o internacional. Al presentarse la solicitud*

correspondiente deberá incluirse la documentación comprobatoria en las condiciones que establezca el reglamento de esta ley”.

El Artículo 5 del Dec. Reg.de la Ley de Patentes y Modelos de Utilidad señala que “Si el inventor hubiere divulgado la invención dentro del año previo a la fecha de presentación de la solicitud deberá declararlo por escrito y presentar junto con la solicitud de patente: a) un ejemplar o copia del medio de comunicación por el que se divulgó la invención, si se tratara de un medio gráfico o electrónico. b) una mención del medio y su localización geográfica, de la divulgación y de la fecha en que se divulgó, si se tratara de un medio audiovisual. c) constancia fehaciente de la participación del inventor o del solicitante en la exposición nacional o internacional en que divulgó la invención, su fecha y el alcance de la divulgación. La declaración del solicitante tendrá el valor de declaración jurada y, en caso de falsedad, se perderá el derecho a obtener la patente o el certificado de modelo de utilidad”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, recogiendo criterios expuestos por la doctrina, con la finalidad de delimitar el concepto de novedad ha concluido:

“Guillermo Cabanellas indica que las características del concepto de novedad son las siguientes:

a) Objetividad. La novedad de la tecnología a ser patentada no se determina en relación con personas determinadas ni con el pretendido inventor, sino en relación con el estado objetivo de la técnica en un momento determinado.

b) Irreversibilidad de la pérdida de novedad. (...) una vez que una tecnología pierde su carácter novedoso, por haber pasado a

integrar el estado de la técnica, esa pérdida de novedad se hace irreversible.

c) Carácter Universal de la Novedad (...) la novedad de la invención se determina en relación con los conocimientos existentes en el país o en el extranjero.

(...) no puede pretenderse una patente respecto de una tecnología ya conocida en el extranjero, aunque fuera novedosa en el país.

d) Carácter público de la novedad. (...) la invención patentada pasará a ser conocida a partir de su publicación implícita en su patentamiento, y posteriormente entrará en el dominio público al expirar la patente”.³

B) La **actividad inventiva** es la obra creativa que únicamente puede ser ejercida por el hombre sobre el producto o el procedimiento cuya inscripción persigue; es decir, cuando el proceso creativo o su resultado no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente avezada en la materia técnica correspondiente. Además, debe haber un despliegue, un proceso técnico, un “alza cualitativa” y no una yuxta posición de elementos conocidos con resultados predecibles.

La actividad inventiva de un producto nuevo solo se establece si hay novedad. Para determinar la actividad inventiva es fundamental establecer la siguiente pregunta: ¿Quién es el experto y que ha hecho el experto en la materia?

El artículo 4 Inc d del a LP determina que *"Habrà actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia*

³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: Esta doctrina se recogió en el proceso N° 07-IP-2004. Interpretación prejudicial de 17 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1057, de 21 de abril de 2004.

técnica correspondiente". El artículo de la LP 27.1 establece que los procedimientos o productos "*que entrañen actividad inventiva*".

En otras palabras, existe actividad, nivel o merito inventivo cuando la nueva propuesta técnica no sea obvia (ZUCCHERINO, MITEMAN, 1994: 48). Se entiende por obvio lo que excede el progreso ordinario de la tecnología, que se concluye de forma simple y lógica a partir del estado de la técnica, es decir, todo aquello que no supone el ejercicio de ninguna pericia o destreza más allá de lo ambicionado por un técnico en el tema.

No es preciso que la creación sea excepcional, sobresaliente o extraordinaria, ya que la existencia o inexistencia del mérito inventivo no se vincula con la simplicidad del invento. Puede encontrarse una novedosa e ingeniosa solución a un problema simple.

El mérito inventivo se dispone teniendo en cuenta dos elementos: a) el estado de la técnica y b) el individuo experto en el tema (ZUCCHERINO, MITEMAN, 1994: 48).

a) **El estado de la técnica:** La Ley de Patentes de invención en su artículo 4 Inc. b) expresa que "*Será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica*" y el Inc. C enuncia que "*Por estado de la técnica deberá entenderse al conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero*".

El estado de la técnica está formado por todo lo que se ha dado a conocer al público, por una descripción, por una utilización o por cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente, es

decir, por toda aquella información que puede obtenerse sin romper un secreto. No es suficiente con que una regla técnica sea nueva, porque la novedad podría ser de muy pequeño valor comparando la regla técnica con el estado de la tecnología anterior. Hay que observar si hay un proceso intelectual que merezca una distinción (GOMEZ SEGADE, 1990: 13).

b) **El individuo experto** es una figura ficticia a la que se recurre con la intención de lograr un parámetro objetivo que permita diferenciar la actividad inventiva de la que no lo es. Se trata de una persona normalmente versada en el ámbito tecnológico con el que se relaciona el pretendido invento (ZUCCHERINO-MITELMAN, 1994: 48).

La novedad y actividad inventiva son exigencias autónomas de patentabilidad. Ambas no pueden ser confundidas.

C) El requisito de que el invento tenga **aplicación industrial**, significa que el resultado sea repetitivo, y se pueda ejecutar, en el sentido amplio en la industria.

La aplicación industrial se proporcionará cuando se logra un resultado o un producto industrial, es decir, todo aquello susceptible de ser fabricado o aplicado en serie o a escala industrial. Además, debe ser útil, ventajoso, necesario para las personas y puede recaer en todos los ámbitos (actividad, agrícola, ganadera, minera). Este requisito de la invención encuentra su justificación en el hecho de que la concesión de una patente estimula el desarrollo y crecimiento industrial, procurando beneficios económicos a quienes la exploten, por esto solo son susceptibles de patentabilidad las invenciones que puedan ser llevadas a la práctica. En otras palabras, la invención debe ser utilizable, es decir, materialmente posible en la práctica. Los medios planteados por el inventor deben ser factibles de suministrar, con

mayor o menor perfección, para lograr el resultado industrial buscado (ZUCCHERINO-MITELMAN, 1994: 47).

D) A estos requerimientos se debe agregar **la licitud del objeto**, o sea, que el invento no sea contrario a la moral, la salud, la vida de las personas, vegetales y animales; ni tampoco debe dañar la ecología, el medioambiente y al ecosistema.

El examen y cumplimiento de todas estas exigencias las efectúa el funcionario, y quedan a discreción del examinador de la Administración Nacional de Patente.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La idea de resguardar la innovación y de obtener ventaja económica de ello no es algo novedoso.

A fin de descubrir los orígenes de las patentes de invención se debe recordar que la concesión de este tipo de privilegios se acordó por primera vez en Italia mediante el Estatuto de Venecia de 1474 por el cual las nuevas invenciones, tenían que ser informadas a la República para obtener protección jurídica. Esta prerrogativa se concedía por un periodo de 10 años. Este estatuto determinó los cimientos actuales del Derecho de Patentes puesto que:

- Requería que las invenciones fueran novedosas y ventajosas.
- Otorgaba derechos exclusivos en un tiempo delimitado y
- Juzgaba a los transgresores requiriendo que los dispositivos infractores fueran incautados y destruidos.

En Inglaterra, la primera patente conocida fue concedida a John Utyman en el año 1449 para un proceso de fabricación de cristal utilizado por los vidrieros venecianos. La patente le fue otorgada por el término de 20 años y no de 10 años como normalmente se realizaba.

Posteriormente, se dictó en el año 1623 el Estatuto de Monopolios que concedía exclusividad sobre el invento solamente al verdadero y primer

inventor de invenciones nuevas por un período máximo de 14 años. El "*Estatute Of Monopies*" constituyó la primera legislación sobre patentes, disponía sobre las condiciones de patentabilidad, y la novedad del invento, principios que se encuentran vigentes hasta nuestros días (BREUER MORENO, 1957: 132).

En América, las primeras patentes fueron otorgadas en el año 1641 por los gobiernos coloniales y las primeras leyes de patentes de los EE. UU. fueron establecidas por el Congreso en el año 1790, (Artículo 1 Sección 8 de la Constitución). En este último país, el sistema legal de patentes establecía que los inventos debían ser examinados antes de proporcionar la patente al inventor.

Francia, creó su primera Ley de patentes en el año 1791 que permitía que una persona pudiera depositar ante la oficina de patente la descripción de un invento y sin revisar absolutamente nada se le concedía la patente. En Alemania se legisló sobre las patentes en año 1877. En 1883 los sistemas de patentes se internacionalizaron a través de la firma del Convenio de París.

Las patentes de invención son, en definitiva, derechos que el hombre posee por las creaciones de su espíritu en el dominio de la producción y el comercio.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS INVENTORES

En el mundo contemporáneo todo individuo que realiza un invento tiene derecho a denunciarlo al Estado, para poner en movimiento la maquinaria judicial en defensa de su exclusividad.

Entre las distintas teorías que amparan los inventos se pueden mencionar:

a) La teoría que lo asimila al derecho personal: según la cual se lo incluye dentro de los derechos patrimoniales, y también, dentro de los derechos que tienen como fin la defensa de la personalidad, a saber: la reputación, la libertad creadora y el respeto del honor (BREUER MORENO, 1957: 150).

b) La teoría de los derechos intelectuales y de los derechos inmateriales: la misma expresa que los derechos del autor e inventor tienen distinta naturaleza que los derechos personales y reales. Los juristas Kohler y Picard sostienen que los derechos de autor o del inventor son un derecho afín y que recae sobre un bien inmaterial limitado en el tiempo (BREUER MORENO, 1957: 150).

c) La teoría del Monopolio: que manifiesta que es una facultad exclusiva del Estado conceder al inventor el derecho de explotar su invento por un determinado tiempo. Spector expresa que es frecuente caracterizar al monopolio como una situación en la cual un solo oferente vende un bien, satisfaciéndose las siguientes condiciones: a) el bien no posee de sustitutos cercanos, b) no ingresan competidores (SPECTOR, 1991:130).

d) La teoría que lo asimila al derecho de propiedad: Analizan los seguidores de esta hipótesis que el derecho de propiedad se hace extensivo a las cosas incorpóreas para poder emplearlas y disponer de ellas. Ihering por su parte, enseña que todas las relaciones del derecho patrimonial recaen sobre cosas visibles, materiales. Posteriormente, se hizo extensivo este concepto a lo inmaterial y espiritual (BREUER MORENO, 1957: 150).

Si bien tanto el trabajo material como el trabajo intelectual demandan de un esfuerzo físico, este último, se constituye, además, con un significativo aporte de elementos espirituales, que en algunas cuestiones es pura intuición creadora y en otra delicada sensibilidad para traducir de forma fiel lo que otros han forjado.

FINALIDAD QUE CUMPLEN LAS PATENTES

Las patentes de invención tienen dos significativos propósitos, por una parte es una **distinción** para la creatividad y pericia del inventor; y por otra parte desde la óptica del derecho y la economía es un **derecho de propiedad**.

Si bien su existencia se relaciona con la idea de justa retribución para el inventor, su primordial función es de orden público, puesto que favorece al progreso y perfeccionamiento de nuestra sociedad.

Con el título concedido de Patente de Invención se adquiere un derecho de exclusividad sobre el producto o procedimiento patentado, pudiendo el titular imposibilitar que terceros sin su consentimiento fabriquen, utilicen, realicen ofertas para la venta, vendan o importen el producto o procedimiento patentado, este derecho perdura por 20 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud y una vez finalizado este periodo, el invento pertenece al dominio público.

La Ley de Patentes estipula los derechos que obtiene el titular de una Patente de Invención o Modelo de Utilidad, cuando se concede la Patente.

La concesión de patentes es un monopolio legal del Estado, y su carácter monopólico es lo que le concede ese valor económico (BREUER MORENO, 1957: 160). La doctrina en general, admite ese carácter monopólico porque las patentes de invención poseen una función social que es esencial observar al efectuar la estimación económica. Esta concesión implica un impacto económico para la sociedad, y la concede el Estado únicamente, excluyendo a otros.

EL DERECHO DEL INVENTOR EN NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Nuestra Constitución consagra que el derecho que posee el inventor sobre su invención es un derecho de propiedad.

La Carta Magna dispone en su artículo 14: *"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: ... de usar y disponer de su propiedad..."*. Y el artículo 17 establece del derecho de propiedad: *"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley... Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley..."*.

Para nuestra Constitución, asevera Salvat, que *"se trata de una verdadera propiedad, cuyo único carácter diferencial con la propiedad común, consiste en ser un derecho de duración limitada"* (SALVAT, 1962:443).

A su vez manifiesta Bielsa que *"no puede negarse el carácter de derecho de propiedad, en cuanto representa trabajo o producción de trabajo, y eso, precisamente, en justicia y en economía política, es propiedad"* (BIELSA, 196: 36, 137).

El derecho civil establece que las cosas susceptibles de tener *valor son objeto de un derecho de propiedad*, he aquí la gran discrepancia con lo señalado por nuestra Constitución, la cual extiende el concepto alcanzando también a todos los bienes materiales e inmateriales que componen el patrimonio de la persona, tanto física como jurídica, y además, establece que debe ser susceptible de poseer un valor económico.

En los autos caratulados "Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital" (1925), la Corte Suprema de la Nación concluyó que:

"El vocablo 'propiedad', utilizado en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, 'todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad'. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal

por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'".

Asimismo, en la causa "Rinaldi, Francisco Augusto c. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra" se dijo que la definición de propiedad dada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Bourdie" es la que aún sigue sosteniendo la Corte Suprema.

Es decir, que la Corte Suprema de Justicia ha admitido que el significado de propiedad no solo se refiere a lo que en derecho civil se admite como tal, sino que es más amplio, va más allá del derecho de dominio y de los derechos reales que una persona puede poseer, e incluye todos los bienes –materiales e inmateriales, tangibles e intangibles– que componen el patrimonio de un individuo, y por ende tengan una apreciación económica para su titular (BADENI, 2004: 611).

"La patente de invención es un derecho de propiedad. La propiedad es un derecho y nada más justo que la propiedad de quien crea"⁴.

EL CONVENIO DE PARÍS

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, fue celebrado el día 20 de Marzo del año 1883, (posteriormente firmado por nuestro país y ratificado por la Ley 17.011). Este acuerdo establece que los países suscriptores se constituyen *en Unión para la protección de la propiedad industrial*.

El Convenio de París, fue elaborado con la finalidad de proteger a los titulares de patentes, marcas o diseños industriales, y les permite obtener un solo

⁴ Horvath, manifestó este concepto en la "Exposición ante el Honorable Senado de la Nación en representación de CAEME", p. 19, junio 17 de 1993.

registro en su país y en los otros países de la Unión. Además, legisló sobre las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen y la represión por la competencia desleal brindando a sus autores una protección.

El Convenio de París ha tenido varias observaciones: Bruselas, el 14 de diciembre de 1900; Washington, el 2 de junio de 1911; La Haya, el 6 de noviembre de 1925; Londres, el 2 de junio de 1934; Lisboa, el 31 de octubre de 1958; Estocolmo, el 14 de julio de 1967, y una corrección el 28 de septiembre de 1979. En la actualidad se encuentran asociados 171 países⁵.

Las disposiciones de la Convención se refieren al trato nacional, al derecho de prioridad, y además, establece reglas comunes:

Con respecto al trato nacional: El Convenio sostiene que la protección de la patente es nacional, es decir, que asegura al titular de la misma, el uso exclusivo de la invención en el país en que ha sido concedida. Para alcanzar la protección en otros países es necesario efectuar el registro y obtener el título en cada uno de ellos, salvo que se hubieren celebrado convenios especiales (como en el caso de la Unión Europea) (OFARREL Y FAERMAN, 1989: 30).

En relación con el derecho de prioridad: Dicha convención reconoce al inventor la garantía de solicitar una *prioridad internacional* si se cumplen con todos los recaudos de la ley. El Acuerdo establece que si una persona de un país miembro presenta una solicitud de patente de invención se le otorgará un certificado de prioridad que será válido en los otros países si invoca dicha prioridad. La fecha que se tendrá en cuenta para evaluar lo concerniente a

⁵ Los países contratantes del Convenio de París son: Albania, Alemania, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Baréin, Barbados, Bélgica, Benín, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Chile, China, Croacia, Cuba, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guinea, Guatemala, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajistán, Kirguistán, Letonia, Líbano, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, República de Macedonia, Malasia, Malawi, Marruecos,, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Noruega, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, República Democrática Popular de Corea, República Dominicana, Rumania, Rusia, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Serbia, Singapur, Suecia, Suiza, Surinam, Tanzania, Tayikistán, Trinidad y Tobago, Túnez Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela.

esa invención será la de la presentación original, y no la de la presentación en esos otros Estados, siempre y cuando esa segunda presentación se hubiere efectuado dentro del primer año de la presentación original. Si se trata de un país de lengua extranjera deberá adjuntándose una copia traducida y legalizada. Asimismo, según este pacto se puede pedir una prioridad que exceda el objeto de lo requerido en el país primeramente solicitado.

Entre las reglas comunes se observan: a) Este Convenio determina que el inventor puede ser una persona física o jurídica; (esta última deberá acompañar el Contrato y los Estatutos Sociales), los causahabientes y los representantes legales, igualmente pueden requerir una patente de invención. b) El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial es el ente encargado de llevar los registros de agentes autorizados para realizar los trámites inscriptorios. c) Las patentes conferidas en diferentes Estados contratantes sobre un mismo invento son independientes entre sí; puesto que la concesión de una patente en un Estado contratante no obliga a los demás Estados contratantes a otorgar una patente.

La propiedad industrial se aplica no únicamente a la industria y al comercio, sino además, a las industrias agrícolas, a todos los productos fabricados o naturales, como por ejemplo, vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores y harinas.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y ARGENTINA

En el orden internacional se pueden aludir como significativos antecedentes legislativos el Convenio de París; el Convenio de Munich; el Convenio de Budapest de 1977 sobre depósitos de microorganismos y todas las disposiciones o actas dictadas por la Oficina Europea de Patentes, la Ley Española de 1988 y la Ley Mexicana de 1991.

A nivel mundial se encuentra la organización de la propiedad intelectual (OMPI), que fue creada por el Convenio de Estocolmo de 1967 y tuvo su sede en Ginebra. En este Convenio se promueve la armonización y el tratamiento recíproco de los derechos intelectuales de los estados firmantes. La República Argentina se adhirió a esta organización por la Ley n. 22.195.

Finalmente, en el año 1948 comenzó a regir un Tratado Multilateral firmado por varias naciones, denominado "el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio, (GATT)"⁶. Se trata de un Convenio que fue ideado en el marco de la Conferencia de La Habana que se llevó a cabo en el año 1947 y que fue rubricado un año después por 23 países. Este Convenio se creó con el objetivo de establecer pautas de alcance comercial y concesiones arancelarias. A raíz de este tratado se realizaron muchas negociaciones tales como: La Ronda Uruguay del GATT del año 1994, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado por ley N.º 24.425.

Las negociaciones de La Ronda Uruguay del GATT optimizaron el amparo de la propiedad intelectual (esencialmente sobre las patentes, marcas, derechos de autor y *software* de computadora) a raíz de un acuerdo especial⁷ y por el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio se crearon principios primordiales sobre la propiedad intelectual destinados a armonizar los sistemas entre los países suscriptores y en relación al comercio mundial⁸.

En nuestro país, la Ley n. 24.603 explica que la Ley n. 24.481 modificada por la Ley n.24.572, reemplazó y derogó a la Ley n. 111; la Ley n. 24.481 reformada por la Ley n. 24.572, ambas prescritas de conformidad y en consecuencia con las leyes n. 24.425 (Acuerdo OMC) y Ley n. 17.011 (Conv. de París).

⁶ *Agreement on Tariffs and Trade.*

⁷ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.*

⁸ El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) incorpora como principios esenciales los propios del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Convenio de Berna, la Convención de Roma sobre derechos conexos y el Tratado de Washington sobre Semiconductores

Posteriormente, el 8 de enero de 2004 se dictó la Ley Nº 25.859, la cual fue reglamentada por decreto 590/1995 y 260/1996 y la Resolución 263/2003. Esta última ley establece las medidas cautelares cuando se produce la contravención de patentes de productos o procedimientos. Asimismo, la modificación legislativa mencionada incorpora como requisito previo a la concesión de las medidas cautelares la presencia de *"una razonable probabilidad de que la patente, si fuera impugnada de nulidad por el demandado, sea declarada válida"*.

Otra modificación significativa es la Resolución 263/2003 de fecha 9 de enero de 2004. Dicha resolución establece que para que exista mayor celeridad en el proceso de concesión de la patente se exime a la Oficina de Patentes de verificar la búsqueda de antecedentes y evaluar las exigencias de novedad, actividad inventiva y creativa, aplicación industrial y objeto lícito a las patentes cuyo objeto reivindicado sea igual o menor a una patente concedida en otro Estado, siempre y cuando dicho país posea similares o mayores parámetros formales y de fondo para el otorgamiento de patentes. Igualmente, la Ley Nº 25.859 del año 2004 amplió el resguardo existente.

En nuestra legislación Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad se distinguen de otras legislaciones, porque nos proporciona un concepto de invención: *"es invención toda creación humana que permita transformar materia o energía para que pueda ser aprovechada por el hombre"*.

Desde otro punto de vista la patente de invención es un bien intangible; al igual que un título de propiedad se puede transferir: vender, heredar o donar, a través de una cesión de derechos.

LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTAR UNA PATENTE DE INVENCION

La obligación de explotar una patente tiene su origen en la Edad Media, y era una de las obligaciones que el soberano exigía a los inventores que gozaban de un privilegio exclusivo, a cambio de una regalía.

La concesión de patentes brinda a sus titulares la posibilidad de una explotación exclusiva y excluyente. A cambio de ello, el titular tiene que realizar la explotación del invento y cuando esta explotación es insuficiente puede originar para el titular sanciones tales como la apertura del procedimiento de concesión de licencias obligatorias y/o la caducidad de la patente.

El derecho a la patente pertenece al inventor o sus causahabientes, solo estas personas tendrán derecho de cederlo o transferirlo por cualquier medio lícito y concertar contratos de licencia (art. 8 de la Ley 25.859). Es decir, que el titular de una patente, posee varias maneras de explotar su invento, como por ejemplo, a) Que el propio titular explote su patente. b) Que autorice a un tercero a su explotación por dos formas: 1.- La transferencia de la patente a través de un Contrato de cesión, (se transmite la titularidad de la patente a otra persona). 2.- El contrato de licencia por el cual el titular de la patente conserva la titularidad y autoriza a un tercero para que la utilice comercialmente.

El cumplimiento de todas las exigencias establecidas por la ley deben respetarse, de lo contrario se puede demandar judicialmente (art. 75 y ss de la Ley de Patentes de Invención y de los Modelos de Utilidad).

Actualmente la obligación de explotar ha sido incorporada a casi todas las legislaciones. La Ley 111 sancionada en el año 1864, decía:

...“las patentes válidamente expedidas, caducan cuando transcurren dos años desde su expedición sin explotar el invento que las ha merecido, cuando se interrumpa la explotación por un espacio de tiempo igual, salvo fuerza mayor o caso fortuito calificados por la oficina, y cuando se vence el término porque se han acordado...”.

En el artículo 42 de la Ley de Patentes de Invención y de los Modelos de Utilidad se establece “*que el INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, podrá permitir otros usos de esa patente sin autorización de su titular.* Es decir, que se le puede conceder a cualquier persona con la intervención estatal la explotación del invento. En otras palabras, las licencias en nuestra ley se otorgan en forma voluntaria y solo son compulsivas en casos de emergencia nacional.

El artículo 43 de la Ley de Patentes de Invención y de los Modelos de Utilidad consagra como causal para el otorgamiento de licencias obligatorias la falta de explotación del invento. El mencionado artículo establece que una vez transcurridos TRES años desde la concesión de la patente, o CUATRO desde la presentación de la solicitud, si la invención no ha sido explotada, (salvo en el caso de fuerza mayor) o no se hayan cumplido preparativos efectivos y serios para explotar la invención o cuando la explotación haya sido interrumpida durante más de UN año, cualquier individuo podrá requerir autorización para emplear la invención sin autorización de su titular. La ley considera fuerza mayor, además de las legalmente establecidas, los problemas objetivos de carácter técnico legal, como por ejemplo, la dilación en conseguir el registro en Organismos Públicos para la autorización de la comercialización del invento, y también, aquellas causas ajenas a la voluntad del titular de la patente que hagan imposible la explotación del invento. Pero, la falta de

recursos económicos o la falta de posibilidad económica de la explotación no serán consideradas causas de fuerza mayor.

No todos los inventos se pueden explotar en el plazo establecido por la ley pudiendo resultar ventajoso permitirle al inventor llevar a cabo la tarea en un tiempo mayor al exigido por la legislación. La no explotación del invento puede suceder como consecuencia de algunos cambios en la economía del país (el costo de ciertas materias primas). Por ello, es injusto obligar al inventor a explotar su creación en un plazo tan breve.

No obstante lo dicho anteriormente, la obligación de explotar es una forma de evitar el comportamiento tendencioso de ciertas multinacionales, que traban las solicitudes de patente en algunos países, a los fines de establecer un monopolio.

La Convención de París quedó incorporada a nuestra legislación por la Ley n. 17.011 y dispone en su artículo 5:

"... cada uno de los países de la Unión tendrá la facultad de tomar las medidas legislativas, previendo la concesión de licencias obligatorias, para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio exclusivo conferido por la patente, por ejemplo la falta de explotación...la caducidad de la patente no podrá ser prevista sino para el caso en que la concesión de licencias obligatorias no bastará para prevenir estos abusos. Ninguna acción de caducidad o de revocación de una patente podrá establecerse antes de la expiración de dos años a contar de la primera licencia obligatoria..."

El artículo 62 Ley de Patentes de Invención y de los Modelos de Utilidad establece que las patentes caducan en los siguientes casos, entre otros: a) Al vencimiento de su vigencia. b) Por renuncia del titular. c) Cuando concedido el uso a un tercero no efectuare la explotación de la invención en un plazo de dos años por causas imputables al titular de la patente. Las dos primeras causales no son supuestos de caducidad, porque la caducidad es una forma de extinción de ciertos derechos por la omisión de su ejercicio producido por un determinado tiempo.

En cuanto a la caducidad establecida por la no explotación de una patente es una sanción cuyo fundamento es el interés de la comunidad.

Se debe diferenciar entre los requisitos de orden **Objetivos**, es decir, los referidos a la identificación del objeto de patentes, las exigencias de orden **Subjetivos**, que atañen a los sujetos que aspiran a ser titulares de la patente de invención; y finalmente los requisitos **Formales**, que se refieren a la documentación que se debe acompañar a fin de obtener su derecho de patente.

La solicitud debe contener:

1. Nombre completo y domicilio del solicitante, sea persona física o jurídica. Cada solicitud de patente debe comprender una sola invención, o un grupo de invenciones que integren un único concepto inventivo.
2. Nombre y domicilio de los inventores.
3. La denominación y descripción de la invención.
4. La Memoria Descriptiva: los dibujos, planos y diagramas deben ser claros para que una persona de nivel medio pueda entenderlos y realizarlos, y el examinador calificarlo. Debe confeccionarse según normas fijas y predeterminadas.

5. Los Dibujos, planos y diagramas: Contribuyen a la interpretación del invento. (Dibujos tamaño A4) y los datos relacionados con el depósito de microorganismos (fecha del depósito, nombre y país de la institución depositaria).

6. Las Reivindicaciones: son obligatorias mencionando para que se solicitan, además, deben ser precisas y claras.

7. Resumen de la invención: debe constar en un lenguaje sencillo y lo más preciso posible. Se acompañará un dibujo, diagrama o fórmula si correspondiera hacerlo. (hace más simple la búsqueda del documento).

8. La constancia del pago de los derechos.

9. Se exige que la Cesión de Derechos y de Prioridad sea rubricada antes o en la misma fecha de presentación en nuestro país (solo cuando el solicitante en Argentina no esté indicado en el documento prioritario). No se requiere legalización.

10. Poder firmado por el solicitante. Se exige la Certificación Notarial u Oficial de funcionario autorizado así como Legalización Consular o Apostilla de La Haya.

Si transcurrieren noventa días corridos desde la fecha de presentación de la solicitud sin que se acompañe la totalidad de la documentación, esta se rechazará sin más trámite, salvo casos de fuerza mayor justificados.

TRÁMITE OFICIAL PARA EL REGISTRO DE PATENTES DE INVENCIÓN EN ARGENTINA

"Las patentes de invención no limita, restringe o distorsiona la competencia, sino por el contrario" (ROSANSKI, 1992:91).

Los trámites a seguir son:

1. Dentro del término de noventa días a partir de la fecha de presentación de la solicitud, se podrán corregir los errores de la descripción, presentarse

complementos, modificaciones, y/o agregarse ejemplos, siempre que no incluyan materia nueva.

2. Examen preliminar: Si se solicitan enmiendas, deberán ser presentadas dentro del término de ciento ochenta días a partir de la fecha de notificación de la objeción oficial. Las observaciones pueden consistir sobre: a) la identificación y representación del solicitante, b) el idioma de los documentos presentados, c) el número de ejemplares o copias de los documentos, d) la calidad de los documentos respecto a la posibilidad de reproducirlos, e) la presencia de la descripción de las reivindicaciones y el resumen. Si se solicitan enmiendas, deberán ser presentadas dentro de ciento ochenta días a partir de la fecha de notificación de la objeción oficial.

3. La solicitud será publicada en el Boletín de Patentes, en un plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud. El solicitante podrá solicitar la publicación en forma anticipada. Las patentes concedidas serán inscriptas en el Registro de Patentes. La publicación es obligatoria y debe contener: a) fecha de la presentación de la solicitud, b) número de solicitud, c) nombre del país que corresponda, d) nombre y domicilio de los inventores, e) el dibujo y resumen.

4. Observación de terceros: Deberán ser fundadas y acompañadas por la documental correspondiente, dentro del plazo de sesenta días a contar de su publicación.

5. Examen de fondo: Se evalúa si el invento cumple con todos los requisitos legales necesarios (se podrá solicitar a los investigadores que se desempeñen en Universidades o en Institutos de investigación los informes atinentes). Para lo cual se efectuará: a) la búsqueda de antecedentes (corresponde a todo documento de patentes nacionales, solicitudes de patentes publicadas y literatura técnica); b) el examen, respectivo (hasta donde se lo crea conveniente) y c) las vistas interlocutorias, cuando la solicitud merezca observaciones se dará traslado al solicitante para que enmiende la solicitud, exprese su opinión, formule aclaraciones, etc. si correspondiere. El Estudio de Fondo deberá pedirse dentro del plazo de tres años ulteriores a la fecha de presentación.

6. La Oficina de Patentes notificará las observaciones de los terceros al solicitante, quien deberá responder a las mismas en un plazo de sesenta días posteriores a la notificación.

7. De la Resolución: puede resultar: a) La denegatoria, se debe notificar al solicitante, con expresión de los motivos de la resolución; b) La concesión, previa elevación de un informe al Comisario de Patentes; c) La notificación, y el solicitante tiene un plazo de treinta días para interponer el Recurso de Reconsideración.

8. Las patentes concedidas se realizan por un período de veinte años a partir de la fecha de solicitud. Los modelos de utilidad concedidos se otorgan por un plazo de diez años a partir de la fecha de solicitud.

"Al facilitar la innovación, la patente permite incorporar al mercado un producto que antes no existía" (SWERWOOD, 1992:61).

DERECHO QUE CONCEDE LA PATENTE. PLAZO DE PROTECCIÓN. TIPO DE PROTECCIÓN

La patente de invención es un derecho que un Estado confiere en forma exclusiva al inventor, y este posee la obligación de conceder a la sociedad el resultado de la investigación. Esta investigación se hace pública a los dieciocho meses de la inscripción de la solicitud de patentamiento. Este invento puede ser perfeccionado por otros investigadores.

La patente de invención permite a su titular el derecho a su explotación, este derecho no se concede con la presentación de la solicitud, sino posteriormente cuando se otorga la patente, (proceso que demanda aproximadamente tres o cuatro años). Si se presenta algún conflicto entre el inventor y una persona que sostiene tener un derecho sobre el invento se resuelve por vía judicial.

En la fecha de presentación de la solicitud se verifica el primer depósito, brindándole al solicitante un derecho de prioridad (la solicitud solo concede

un derecho en expectativa). Una vez que se presenta la solicitud se puede comercializar el invento por cuenta propia, pero si el inventor lo lanza al mercado antes de obtener la patente y otra persona lo patenta (como si le perteneciera), el inventor no disfrutará de ningún derecho, pues la ley no lo resguarda.

La Ley establece un plazo máximo de protección de 20 años para las patentes de invención. El artículo 33 del Acuerdo ADPIC⁹ (9) determina que *"La protección conferida por una patente no expirará antes de que haya transcurrido un período de veinte años contados desde la fecha de presentación de la solicitud"*. Casi todas las legislaciones han uniformado el plazo de duración de las patentes.

En armonía con este tratado, el artículo 35 LP señala que *"La patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud"*.

Se puede observar que nuestra legislación ha tenido en cuenta dos cuestiones: a) el plazo de duración de una patente (20 años), b) desde cuando comienza a computarse dicho plazo (a partir de la presentación de la solicitud). Por lo tanto, una vez otorgada la patente de invención, los derechos exclusivos observados en el artículo 8 LP pueden ser ejercidos y demandados desde la fecha de presentación de la solicitud pertinente.

Por tal motivo, la explotación no autorizada de la invención amparada por la patente en el período comprendido entre la fecha de presentación de la solicitud hasta los veinte años (contados a partir de dicha fecha) constituye una infracción, legitimando al titular a solicitar tanto su cese como un compensación patrimonial por los daños causados.

Al finaliza el plazo de protección el invento pasa a ser propiedad del dominio público, esto implica que cualquier persona puede utilizar lo que ha sido objeto de invención sin abonar regalía al titular de la misma.

INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

⁹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio. La República Argentina adhirió a este tratado internacional mediante la aprobación de la Ley N° 24.425 sancionada el día 07/12/1994 (B.O. 05/01/1995).

A fin de garantizar el resguardo de los derechos de Propiedad Industrial se fundó el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), este organismo estatal es el responsable de la aplicación de las leyes de protección de la propiedad industrial. Es un ente autárquico con personería jurídica, patrimonio propio y depende de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

La misión del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) es la defensa de los derechos de propiedad industrial, mediante el otorgamiento de títulos y/o confeccionando los registros que establece la legislación nacional a tal fin.

Entre sus objetivos se deben mencionar:

a) Promover iniciativas y desarrollar actividades adecuadas a fin de optimizar el conocimiento y el amparo de la propiedad industrial, en el orden nacional.

b) Resguardar los intereses nacionales en un marco global, mediante la intervención en los foros internacionales relacionados a la propiedad industrial.

c) Disponer y solucionar todo lo relativo a la solicitud, concesión, explotación y transferencia de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad.

d) Registrar Marcas, Modelos y/o Diseños Industriales, y Contratos de Transferencia de Tecnología.

e) Ofrecer información al público sobre los antecedentes de propiedad industrial, a nivel nacional e internacional, y de las solicitudes de patentes, marcas y sus pertinentes concesiones y transferencias.

Además, entre otras funciones de este Instituto se encuentran la de proponer al Poder Ejecutivo las reformas reglamentarias necesarias y las de Política Nacional, como por ejemplo: controlar al personal técnico y administrativo, celebrar convenios con organismos públicos y privados, gestionar los fondos que recaude por el arancelamiento de sus servicios, confeccionar una memoria y los balances internos, constituir una escala de remuneración para el personal que efectuó tareas en el organismo, editar boletines ilustrativos (sobre patentes de invención, de modelos de utilidad, de modelos y diseños

industriales), confeccionar un banco de datos y promocionar sus actividades, etc.

TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

La transferencia de tecnología, es la *"trasferencia de conocimiento sistemático para la obtención de un producto, la aplicación de un proceso o la prestación de un servicio"* (UNCTAD 1990 - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

En el Resumen para responsables de políticas del Informe Especial, sobre cuestiones metodológicas y tecnológicas en la transferencia de tecnología se define el vocablo transferencia de tecnología como:

"un amplio conjunto de procesos que abarcan el aporte de conocimientos especializados, experiencia y equipo para mitigar y adaptarse al cambio climático y que tienen lugar entre diferentes partes interesadas, como gobiernos, entidades del sector privado, instituciones financieras, Organizaciones No Gubernamentales (ONG) e instituciones de investigación/educación" (IPCC, 2000: 3).

En la transferencia de tecnologías se encuentra: "quien provee y quien recibe la tecnología". En esta transferencia pueden estar involucrados los Estados, organizaciones, empresas, entre otros. La transferencia puede ser vendida, donada, alquilada, etc.

Los objetivos de la transferencia de la tecnología son: A) Democratizar el acceso al conocimiento y a la información. B) Transferir conocimiento y destrezas entre los distintos sectores de la producción para incentivar la economía de los países. C) Propender la formación y capacitación de los integrantes de las organizaciones e instituciones involucradas. D) Incentivar el interés por las actividades de investigación y formación académica del sector productivo de la zona. F) Crear productos y actividades que puedan

ser explotados beneficiosamente desde el punto de vista comercial y que surjan de la innovación tecnológica. G) Forjar espacios de inversión en el área de innovación tecnológica para el sector privado.

A fin de contribuir al desarrollo de la comunidad, a una mejor de su calidad de vida y a la protección del medio ambiente, la transferencia de tecnología es estimulada y recomendada por todos los organismos internacionales, como por ejemplo, en *el Resumen para los tomadores de decisiones del informe Perspectivas del Medio Ambiente Mundial GEO4, realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)*, se asevera que: "La ausencia de tecnología respetuosa con el medio ambiente supone el principal problema de África que debería resolverse a través de transferencias tecnológicas" (PNUMA, 2007: 14).

El artículo 43 de la Constitución de la Prov. de Buenos Aires expresa:

"La Provincia fomenta la investigación científica y tecnológica, la transferencia de sus resultados a los habitantes cuando se efectúe con recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información, a fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una mejor calidad de vida de la población"

Siguiendo con la adopción de nuevas tecnologías para la protección del medio ambiente, en *el Resumen para Responsables de Políticas, de la Contribución del Grupo de Trabajo III al Cuarto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático* (más conocido por su sigla en inglés IPCC), menciona:

"Los gobiernos desempeñan un papel de apoyo crucial al proporcionar medios adecuados, tales como marcos institucionales políticos, jurídicos y de regulación, para mantener los flujos de inversiones y de transferencia de tecnología eficaz – sin los cuales

sería difícil lograr reducciones de emisiones a una escala significativa” (IPCC, 2007: 21).

En nuestro país se creó la Ley de Transferencia de Tecnología (Ley No. 22.426 - B.O. 23/03/81 - modificada por Decreto 1853/93 - B.O. 8/9/93 - arts. 7 y 8) y la Resolución N° 117/2014 del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI).

La Ley 22.426 dispone en el artículo primero *“que quedan comprendidos en la presente Ley los actos jurídicos a título oneroso que tengan por objeto principal o accesorio, la transferencia, cesión o licencia de tecnología o marcas por personas domiciliadas en el exterior, a favor de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas domiciliadas en el país, siempre que tales actos tengan efectos en la República Argentina”.*

De conformidad con el artículo 8 de la misma ley el interesado deberá consignar con carácter de declaración jurada, los siguientes datos: el nombre y domicilio de las partes, la participación del proveedor en el capital social del receptor, la descripción de la tecnología o marcas cuya licencia o transferencia es objeto del acto, la cantidad de personas empleadas por el receptor y la estimación de los pagos a realizarse.

Asimismo, esta Ley crea un registro de actos jurídicos documentados, que instrumenta la transferencia de tecnología (patentes, modelos de utilidad y modelos /diseños industriales y *know how*) o licencias de marcas. El nuevo registro ha sido creado con las siguientes peculiaridades: •Estará a cargo de la Dirección de Transferencia de Tecnología. •Será un registro voluntario y no constitutivo de derechos. •Brindará mayor seguridad jurídica, vigorizando el valor probatorio de los actos jurídicos celebrados, brindándoles fecha cierta y haciéndolos oponibles a terceros.

La Autoridad de Aplicación, a efectos de suscitar la incorporación de nuevas tecnologías optimizando las condiciones de su selección y contratación proporcionará el desarrollo de sistemas de información a través del acceso a bancos de datos, nacionales y del exterior en materia de tecnología aplicable

a procesos productivos, además de la asistencia y asesoramiento a los interesados.

CONCLUSIÓN

La investigación científica requiere para su desarrollo de un clima de libertad y de seguridad lo que hace surgir fundadas esperanzas de un futuro próspero. Las patentes como fuente de información posee un alto porcentaje de la investigación técnica mundial convirtiéndola en la fuente de información más perfecciona de las áreas tecnológicas.

El derecho del inventor nace con la creación de su invento y es anterior e independiente de la patente, pero necesita de ese título para acreditar que es el inventor y así ejercer todos los derechos que la ley le proporciona.

Los procesos industriales para perpetrar los inventos son muy costosos y arriesgados hasta que los mismos sean comercializados en el mercado. A fin de promover el proceso de afrontar estos costos y riesgos, debe forzosamente asegurarse a los inventores la oportunidad de vender su producto a un precio que le posibilite recobrar los gastos de investigación y desarrollo y les provea, además, un rédito por el riesgo tomado. Esta expectativa es amparada por las legislaciones mediante el derecho de patente, el cual permite a su titular imposibilitar la imitación del producto patentado. La manera de progresar y avanzar hacia los países del primer mundo no es cercenando los derechos de patente.

BIBLIOGRAFÍA

ALDERETE, M. V. (2011), "El efecto de las TIC sobre la distribución del ingreso", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, vol. 7, nº 19, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

BADENI, GREGORIO, (2004), *Tratado de Derecho Constitucional*, 1ª ed. La Ley, Argentina.

BIELSA, Rafael, (1964), *Derecho administrativo*, Ed. La Ley, Argentina.

BOIDO, G. y BALDATTI, C. (2012), "Nuevas tecnologías: ¿para quiénes? El caso de la nanotecnología", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, vol. 7, nº 21, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

BREUER MORENO, (1957), Pedro C, *Tratado de Patentes de Invención*, Ed. Abeledo Perrot, T. II, Argentina.

BORDA, Guillermo, (1994), *Manual de Derecho Reales*, Ed. Perrot, Argentina.

BORDA, Guillermo, (1975), *Tratado de Derecho Civil*, Ed Perrot, Argentina.

CORREA, Carlos M., (1976), "El Patentamiento Internacional y la Explotación Obligatoria de las Patentes de Invención. Análisis de la Ley Argentina", Ed. LL, -B-, Argentina.

CHALLÚ Pablo y LEVIS Mirta, (1964), *Adecuación de la Ley Argentina de Patentes al GATT*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina.

DELGADO REYES, Jaime, (2001), *Patentes de Invención, Modelos y Diseños Industriales*, Ed. Oxford University, México.

FOLADORI, G. y TOMMASINO, H.,(2000), "El concepto de desarrollo sustentable treinta años después", *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, nº 1. Editora da Universidade Federal do Paraná.

GOMEZ SEGADE, José Antonio, (1990), *El nuevo derecho de patentes, requisitos de patentabilidad*, en Bisbal, Joaquín y Viladas, Carles, *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Ed. Ariel Derecho, España.

HALPERÍN, Isaac, (1972), *Curso de Derecho Comercial*, vol. I, Ed Depalma, Argentina.

IPCC, (2000), "Resumen para Responsables de Políticas", en Grupo de trabajo III del IPCC (eds.): *Cuestiones metodológicas y tecnológicas en la transferencia de tecnología*, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Ginebra.

OFARREL Y FAERMAN, (1989), *La Obligación de Explotar en nuestra Legislación de Patentes*, Ed. Astrea, Argentina.

PNUMA, (2007), "Resumen para los tomadores de decisiones Perspectivas del Medio Ambiente Mundial GEO4", *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*, Nairobi.

ROZANSKI, Felix, (1992), "La patente de invención no es monopolio: es propiedad", Boletín n. 92, *CEDIQUIFA*, Cooperación entre ciencia y empresa, Argentina.

SALVAT, Raymundo, (1962), *Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales*, Ed. Tea, Argentina.

SPECTOR, Horacio, (1991), *Patentes de invención y el bien social, Derechos intelectuales*, Ed. Astrea, Argentina.

SWERWOOD, Robert, (1992), *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, Ed. Heliasta, Argentina.

ZUCCHERINO, Daniel y MITELMAN, Carlos O, (1994), *Derecho de Patentes: Aislamiento y Armonización*, Ed. Ad-Hoc, Argentina.

ZUCCHERINO, Daniel R. (1997), "Marcas y patentes en el GATT. Regimen legal". Ed. Abeledo Perrot, Argentina.

ZUCCHERINO, Daniel R, (1998), *Patentes de Invención: Introducción al Estudio de su Régimen Legal*, Ed. Ad-Hoc, Argentina.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2015) "Propiedad Intelectual: Sobre patentes de invención".
Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2015, Año 5, Vol. 1.
pp. 10-43. Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

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

Juan Noriega

Abogado, Especialista, Magíster y Docente Investigador. Es profesor de la UNLaR en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal, de las Carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración; de Criminología General en la Licenciatura en Criminología; de Seminario de Trabajo Final y Trabajo Final en las Carreras de Tecnicaturas del Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas. Profesor de Introducción a la Filosofía y Filosofía del Derecho, del Departamento de Humanidades.

Palabras claves:

*Constitución,
instituciones,
ideología, normas,
poder.*

Key words:

*Constitution,
institutions, ideology,
norms, power.*

Resumen

A modo de inicio de este estudio, en el que abordamos y analizamos el texto de la Constitución de La Rioja de 1855, es preciso dejar algunas apreciaciones respecto del objeto central de este trabajo de investigación, la ideología predominante del contexto político, que dio origen a la materialización de aquella constitución.

Abstract

As of the beginning of this study, we address and analyze the text of the Constitution of 1855 of La Rioja, it must leave some insights from the central purpose of this research, the dominant ideology of the political context that gave rise to the realization of that constitution

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

El periodo histórico institucional desde la Revolución de Mayo (25/05/1810), hasta la sanción de la Constitución Nacional (01/05/1853), lo podemos dividir en dos etapas significativamente diferentes, en lo que fueron inicialmente, las Provincias Unidas del Río de la Plata, y después, la Confederación Nacional.

En la primera etapa (1810-1820), la visión y misión fundamental era declarar la independencia de la corona española y sancionar una constitución, que definiera la organización institucional del naciente país, en los términos que el modelo liberal de ese momento, lo definía, libertad, igualdad y fraternidad.

La segunda etapa, entre 1820-1853, se presenta con un perfil diferente, el conflicto por la forma de estado que se iba a adoptar, ¿centralizada o descentralizada?, (¿unitario o federal?); había indefinición, pero sí un propósito esencial: la unión de provincias autónomas, con necesidad de una organización nacional.

Faltaba un punto de inflexión que permitiera visualizar la institucionalidad, y ese fue la denominada Batalla de Caseros (03/02/1852), donde el ejército de Urquiza vence al ejército de Rosas; y comienzan con el liderazgo del General

Urquiza, tres fases esenciales que culminan con la sanción de la Constitución Nacional.

La primera fase fue convocar a los gobernadores y ratificar el Pacto Federal de 1831; solicitó a los gobernadores enviar dos diputados por provincia, a los fines de constituir el Congreso General Constituyente y elaborar y sancionar una constitución nacional de carácter federal, que reconociera la autonomía provincial.

Se abría así, el recorrido histórico institucional de la nación y las provincias, sustentado en las normas integradoras de la Ley Suprema, con su sentido de interpretación lógico y coherente en su aspecto formal, y con una unidad armónica en su aspecto de aplicación sustancial, para la regulación y legitimación.

De esta manera el contenido de las normas constitucionales, disponen los caracteres de la organización del país, en cuanto a la forma de gobierno y la forma de Estado, que las provincias no solo acuerdan sino que adoptan en la organización institucional constituida en cada jurisdicción provincial.

En este marco legal, que reconoce derechos y que impone límites, instituciones, individuales y colectivos, se configura el Estado de Derecho (entendido éste como un ordenamiento jurídico objetivo, estable e integrador), sustentado en el cumplimiento de las leyes y las normas que debe imperar en todo el país.

Capítulo I: La nación y las provincias

Consideraciones generales

Al momento de la sanción de la Constitución Nacional, La Rioja era una de las catorce provincias integrantes de la Confederación, cada una con sus

particularidades y todas con un aspecto en común, ser un Estado provincial autónomo, una entidad con personalidad jurídica, reconocida en la constitución Nacional.

Las provincias eran así, el resultado de un proceso histórico que daba nacimiento a un Estado local como organización jurídico-política, en un espacio determinado, con atribuciones de poder, y una autoridad que gobierna los destinos de su población, acorde lo disponen las leyes y las normas de orden institucional.

Vale reseñar también, que cuando nos referimos a la organización política, la misma implica la creación de los órganos de gobierno con atributos de poder sobre la sociedad, con el fin de administrar la gestión pública; y al decir organización jurídica, hablamos del conjunto de normas que permiten efectivizar la función estatal.

La "autonomía" provincial en la constitución nacional de 1853:

Veamos ahora qué prescripciones políticas constitucionales concebía la Constitución Nacional en el texto originario de 1853 respecto a la autonomía provincial, en lo referente a la cláusula de garantía federal establecida en el Artículo 5, que exponemos a continuación:

Art. 5: "Cada provincia confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional,... Bajo estas condiciones el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

El Artículo 102 refuerza esta idea, respecto de la autonomía provincial, "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus

gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”.

Por otra parte, prescribía la Constitución Federal, que el Congreso tenía la potestad exclusiva e indelegable, determinada en el Art. 5, en los siguientes términos: *“Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación”.*

De manera reiterativa, el Art. 101, expresa, *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”;* y agrega el Art. 103, *“Cada provincia dicta su propia Constitución, y antes de ponerla en ejercicio la remite al Congreso para su examen...”.*

De lo expuesto en este punto, cabe destacar la contradicción manifiesta que guarda el texto constitucional, pues, por una lado dice *“sin intervención del gobierno federal”*, y por otro, que *“las constituciones provinciales deberán remitirse al Congreso para su revisión, antes de su promulgación”.*

Constitución Nacional: Organización jurídico-política:

Después del sucinto análisis que realizamos respecto de las definiciones de la Constitución Nacional en materia de la autonomía de las provincias, abordaremos ahora el contenido de los artículos 1 y 5, en relación a la organización jurídico-política, que en definitiva se le dio al país.

Artículo 1: *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución”.*

Análisis:

Forma de Gobierno y forma Estado en Constitución Nacional:

Cabe aquí analizar los aspectos esenciales de la organización institucional del país, a saber:

La expresión, del artículo 1: "*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma **representativa republicana federal**,...*"

En primer lugar, el término **representativa**, denota la decisión de tomar una forma de gobierno ya existente y aplicado por otras naciones, en el plano de su organización, que define, esencialmente un sistema institucional con características de democracia indirecta, en el que el ciudadano decide su representación.

Por su parte el vocablo "**Republicana**", significa la cosa pública, la cosa de todos, y designa los siguientes caracteres: 1) igualdad ante la ley; 2) elección de autoridades; 3) división de poderes; 4) periodicidad en el mandato; 5) responsabilidad de los funcionarios públicos; 6) publicidad de los actos de gobiernos.

A su vez, la expresión **Federal**, es indicativo de una forma de Estado, en el que coexistan dos jurisdicciones, una de carácter nacional soberano, y la otra de carácter provincial autónomo, con potestades y atribuciones propias, que se vinculan en la relación de subordinación, participación y coordinación.

Al respecto expone Zarini, que, "*El Estado federal o nacional es soberano, mientras que las provincias son unidades autónomas, independientes unas de otras, que componen nuestra federación*". (Zarini, 1995).

El fundamento normativo de esta distinción se evidencia en los artículos específicos que analizaremos de la Constitución Nacional.

En este sentido, en el artículo 1, se dispone la organización de un Estado Federal y se consolida con lo establecido en el artículo 31, sobre la supremacía constitucional, lo que define el status soberano de la institución nacional, a su vez, en el artículo 5, 122 y 123, queda definido el carácter autónomo de cada entidad provincial.

Descentralización política y territorial:

Artículo 5: *"Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".*

Análisis:

En razón de lo expresado en el artículo 1º de la Constitución Nacional, la organización institucional es de carácter federal, estructurada en base a un sistema de descentralización política y territorial, a favor de las provincias que implica ejercer el poder político dentro de su territorio y su jurisdicción.

En este sentido, en el Art. 5, siguiendo el diseño establecido por la Constitución, podemos analizar las siguientes definiciones:

a) - *"Cada provincia dicta para sí una constitución..."*; esta manifestación encierra el significado inicial de reconocimiento como entidad autónoma, es decir como sujeto de derecho interno, con potestad para dictar su carta fundamental en el ámbito provincial, como lo reafirma después el Código Civil, en el Art. 33.

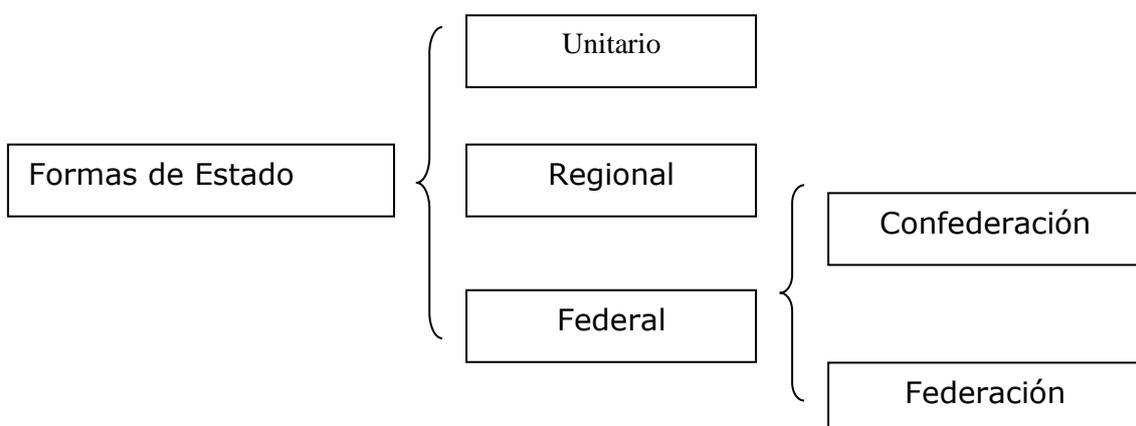
b)- "...Bajo el sistema representativo y republicano..."; en esta reiteración el legislador constituyente pretende consolidar el sistema, basándose en la idea de representación que significa una forma de gobierno democrático, y la concepción republicana que implica un sistema de división en las funciones de poder.

c)- "...Que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria..."; aquí el indicativo se refiere a la obligación que recae sobre las provincias de instituir la Función Judicial, se constituya el nivel de gobierno municipal autónomo, y se establezca el sistema de educación local.

Por último, el art. 5 dispone, que si las provincias cumplen estos mandatos, el Estado Federal va a garantizar el sistema, incluso, ante cualquier eventualidad que afecte este tipo de organización institucional en las provincias, dejando abierta la posibilidad de intervenir (Art. 6), para restablecer la institucionalidad.

En la Constitución. Nacional, (Art. 1, 5 y 123) el sistema federal se refiere a la forma de organización del Estado, descentralizado territorial y políticamente, lo que presentamos en el siguiente esquema que nos sitúa en este tipo de ordenación institucional:

Cuadro N° 1:



Cuadro de elaboración propia

Autonomía provincial:

El término autonomía, proviene del griego autos, que significa "ser por sí mismo", y *nomos* (o *nomía*), que indica "ley", lo que unidos ambos vocablos expresan, capacidad de dictar su Carta Constitucional, como sujeto de derecho, conforme a las condiciones normativas del ámbito interno y el contexto internacional.

Todo lo expuesto hasta aquí, nos lleva a expresar que las provincias son autónomas, lo que nos obliga a brindar un concepto sobre la cuestión en los siguientes términos: Concepto amplio: potestad que dentro de un Estado tienen las provincias y municipios para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.

Con criterio más analítico y con un enfoque más didáctico en relación al artículo 123, de la Constitución Nacional, como concepto restringido de la autonomía provincial decimos que: es la potestad que tiene un Estado para crear sus instituciones, darse su propia constitución, elegir sus autoridades y administrar sus recursos.

Relaciones interprovinciales en la Constitución Nacional:

Validez de los actos públicos de las provincias:

La Constitución Nacional, en materia de las relaciones entre las provincias, ha propiciado distintas formas de interrelaciones de carácter institucional, con el propósito de consolidar “la unión nacional” (Preámbulo), sustentado en la validez de los actos públicos provinciales, Artículo 7, en cada Estado provincial.

Constitución Nacional:

Artículo 7: *“Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás;...”*

Igualdad de los derechos de los ciudadanos y obligación de extraditar:

En el Artículo 8, primera parte, la norma preceptúa la igualdad de los derechos de los ciudadanos en todas las provincias, por el solo hecho de ser titular de ese status previsto por la ley. En tanto, la segunda parte del artículo, impone a las provincias el deber de extraditar a los delincuentes, bajo el criterio de solidaridad.

Constitución Nacional:

Artículo 8: *“Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás”.*

Resolución de los conflictos interprovinciales:

Por último, en el artículo 127, la Constitución Nacional, respecto de las relaciones interprovinciales, indica la forma de resolver los posibles conflictos

entre ellas, mediante la actuación de la justicia, (SCJN) anulando así, la posibilidad del uso de la fuerza, como había sido en la etapa previa a la organización nacional.

Constitución Nacional:

Artículo 127: *“Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella”.*

Tipo de relaciones entre la nación y las provincias:

Relación de subordinación art. 1, 5, 31, 122 y 123, (y 75, inc. 22 y 24):

La idea de relación de subordinación entre nación y provincia se manifiesta específicamente en el concepto de la forma de Estado Federal, la supremacía constitucional, y la autonomía provincial, como base de la organización institucional y del orden jurídico vigente, y la descentralización de la fuente de poder.

De esta manera, que la Carta Fundamental, expresa en su contenido normativo el principio de integración y cohesión del sistema jurídico-político de la República, reconociendo la institucionalidad de dos niveles de organización con potestad de jurisdicción propia, concordantes en unión y pluralidad.

En cuanto a las relaciones de subordinación, debemos distinguir dos tipos de subordinación: **a)**- la subordinación jurídica establecida en los artículos 5, 31, 123; 75 inciso 22, 24, (Tratados Internacionales); 75 inc. 12; y los artículos 116, 117 y 127; **b)**- la subordinación política contenida en los artículos 6 y 23.

Relación de participación art. 44, 45, 54:

En lo que atañe a la relación de participación, entre la nación y las provincias, ello implica el reconocimiento en la toma de decisiones del gobierno nacional, conjuntamente con los gobiernos provinciales, lo que algunos autores, como Pedro Frías llama Federalismo Concertado y Néstor Sagúes denomina Lealtad Federa (Sagúes, 1999).

Esta concepción se fundamenta en que las provincias como Estados autónomos, son parte integrante de la organización del Estado Federal, de manera que en la segunda parte, del título primero, en la sección primera, la Constitución Nacional define la conformación del Poder Legislativo en los siguientes términos:

El Congreso de la Nación estará (Artículo 44) *"...compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires,..."*

Por su parte, en el artículo 45, el texto constitucional define, *"La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires,..."*

En tanto que en el artículo 54, la norma prescribe, *"El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires,..."*

Relación de coordinación art. 121, 124, 125:

El análisis sobre este aspecto de las relaciones de la nación y las provincias en Argentina, surge de la delimitación de las competencias, que son propias del Estado nacional y las que corresponden a los Estados provinciales, siguiendo el criterio que lo que no se atribuye a la Nación, es materia reservada al Estado provincial.

Conforme a esta perspectiva de definiciones, y si bien el artículo 121 delimita las competencias de ambas jurisdicciones, representa también la obligación de organizar de manera coordinada aquellas formalidades de gestión, que las provincias pueden realizar, dentro del marco de la forma de Estado Federal.

A su vez el artículo 124 dispone, *"Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social...en tanto no sean incompatibles con la política exterior...y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal...con conocimiento del Congreso Nacional"*.

De este modo, el artículo 125 establece que, *"Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal;..."*.

En igual sentido y con idéntico criterio de convención el artículo 13, expresa sobre la definición territorial de las provincias, que no podrán instituirse nuevas provincias en el territorio de las ya existentes, *"sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso de la Nación"*.

Por su parte el artículo 3, refiere el mismo criterio de convención, aunque hay autores que postulan que las cláusulas de prosperidad implican un poder de policía general de la nación a las provincias; no es así, porque las definiciones no tienen ese significado, sino, un esencial fundamento formal de legalidad.

En síntesis, podemos aseverar que en razón de los diferentes tipos de relaciones entre nación-provincias, abordados en base a los artículos citados, no es preciso observar esta realidad como un problema de separación de intereses y funciones, sino interpretarlo con un criterio de integración y unidad institucional.

La unidad como fundamento de la organización:

Se llegó a la sanción de la Constitución Nacional en 1853, después de un proceso de intentos de organización de 43 años, sostenido por dos concepciones con proyectos opuestos (unitarios y federales), particularmente en materia de la forma de Estado a definir y la forma de gobierno en la participación institucional.

No obstante estas vicisitudes de esencia política y de efectos sociales y económicos, no fueron suficientes barreras que llevaran a desechar ese pasado de origen común y de pactos políticos interprovinciales, que obraron de fundamentos de una unión que prevaleció, para darle vida orgánica al país.

El origen virreinal de materia sociocultural; desde la invasión española en 1492, basada en las etnias dominantes, que a través del idioma, la cultura, la religión, la evangelización se impuso a los aborígenes, hacían a un ideario común que se mantuvo incólume a lo largo de los siglos de colonización.

Desde la óptica de la política jurisdiccional, el sostenimiento y consolidación de los principios republicanos y democráticos que animaron las provincias en la organización institucional, la entrega heroica en defensa de las conquistas políticas y las acciones mancomunadas, hicieron posible alcanzar la "unión nacional".

Esta línea de pensamiento que trascendió en el tiempo histórico de la nación fue un elemento aglutinador de la concepción aliancista que junto a la fuerza de cambio de la evolución, convirtió a las provincias en unidades jurisdiccionales indestructibles, que superó las vicisitudes ideológicas para unirse en federación.

Capítulo II: Constitución de la Provincia de La Rioja de 1855

Preámbulo:

"Nos los representantes de la Provincia de La Rioja, reunidos en Convención Constituyente, en el Nombre de Dios Todopoderoso ejerciendo la Soberanía provincial no delegada por la Constitución Federal expresamente a las autoridades nacionales, según lo declaran los artículos 5, 101, 102 y 103, hemos acordado la siguiente Constitución" (Art. 64, inc. 28).

Análisis:

El Preámbulo es el contenido introductorio, el exordio que antecede al desarrollo del tema que trata, que al referirnos al texto de la Constitución de la Provincia de La Rioja, refleja principalmente, cinco manifestaciones fundamentales que analizaremos sucintamente en sus partes constitutivas, en la siguiente exposición:

a)- *"Nos los representantes de la Provincia de La Rioja"*: en esta expresión del contenido, al comienzo del preámbulo, se consagran dos principios esenciales, el reconocimiento de la soberanía del pueblo y el sistema de representación en responsabilidad de los Diputados, elegidos por el ciudadano provincial.

b)- *"Reunidos en Convención Constituyente"*: la reunión de convencionales constituyentes refleja una situación de acuerdo, de obrar en el mismo sentido en la necesidad de organizar las instituciones, en aras del cumplimiento de una misión encomendada, para reglar y regular las funciones del poder estatal.

c)- *"En el Nombre de Dios Todopoderoso"*: la invocación a Dios, guarda un sentido religioso y una necesidad de protección basado en la razón suprema y la justicia superior, una búsqueda espiritual de sustento en una fuerza

sobrenatural, que justifique los ideales de libertad propuestos por el pensamiento liberal.

d)- *"Ejerciendo la Soberanía provincial no delegada por la Constitución Federal"*: al expresar **"la Soberanía provincial"**, debe entenderse la **soberanía del pueblo de la provincia**, pues, en realidad lo que se ejerce de la provincia no es la soberanía, sino su **autonomía**, en la forma de Estado federal.

e)- *Hemos acordado la siguiente Constitución*: aquí se pone de manifiesto la concreción del texto constitucional, el dejar plasmado en todos y en cada uno de los artículos, el mandato popular y a su vez, acreditar la potestad constituyente, para afianzar el poder conferido por la Constitución Nacional.

No encontramos en el texto del preámbulo la definición de objetivos y la forma de interpretación del articulado, solo expresa la voluntad de plasmar la forma de estado federal, en consideración al mandato establecido en los artículos 5, (64, inc. 28), 101, 102 y 103, que obliga a la provincia a organizarse, bajo el sistema federal.

El texto de la constitución originaria de La Rioja:

Aspectos preliminares:

Desde que fue sancionada la Constitución Nacional, el 1º de Mayo de 1853, las provincias estaban compelidas a dictar su propia constitución, de manera que en La Rioja, como en las restantes 13 provincias, en cumplimiento del Art.5, debían dictar su constitución, conforme a la Carta Fundamental de la Nación.

El Congreso Nacional, a través de una Ley Nacional Reglamentaria sancionada el 29/01/1854, le confería a las provincias un término de ocho meses a partir

del 01/12/1854 para el dictado de su constitución, y su envío al Congreso Nacional, a los fines de su revisión, antes de su promulgación y publicación.

Era en esa época el gobernador de la provincia de La Rioja, Francisco Solano Gómez, quien, mediante Decreto firmado el 30/01/1855, convocó a elecciones de Convencionales Constituyentes, en el ámbito provincial, con el objeto de constituir la convención que elaboró y sancionó la primera constitución provincial (Mercado Luna, 1986: 25).

Cumplido el proceso de control por parte del Congreso Nacional, éste aprobó el texto constitucional mediante Ley Nº 37 del 27/08/1855, pero, objetando el contenido del artículo 16, sobre los requisitos que debían reunir los habitantes de La Rioja, para ser considerados ciudadanos con derecho a voto en el plano provincia (Stoller, 2000: 30).

La constitución sancionada por la Convención Constituyente provincial, fue enviada al Congreso para su revisión y, efectuadas las observaciones por parte del Congreso Nacional, las que fueron subsanadas por la convención provincial, en sesión del 24/11/1855, finalmente se juró en la Catedral el 23/12/1855 (Stoller, 2000: 32).

La Constitución originaria de la provincia de La Rioja, estaba estructurada en un texto introductorio (Preámbulo) y conformada por nueve capítulos, subdivididos en sesenta y cinco artículos, incluyendo disposiciones transitorias (Capítulo VIII) y un apéndice de Derecho Público en su capítulo IX, como tema final.

La sistemática de esa primera constitución de La Rioja, está sintetizada en el siguiente esquema:

Sistemática de la Constitución de La Rioja:

E S T R U C T U R A G E N E R A L	Preámbulo			
	Capítulo I: Disposiciones Generales: Art. 1 al 12	Capítulo IV: Poder Ejecutivo: Art. 34 al 42	Capítulo VII: Reforma Constitucional Art. 54 al 55	Esta Constitución Estaba Conformada Por IX Capítulos y 65 Artículos
	Capítulo II: Poder Legislativo: Art. 13 al 23	Capítulo V: Consejos Secretarías: Art. 43 al 50	Capítulo VIII: Disposiciones Transitorias Art. 56 al 58	
	Capítulo III: Poder Judicial: Art. 24 al 33	Capítulo VI: Poder Municipal: Art. 51 al 53	Capítulo IX: Apéndice Derecho Publico Local Art. 59 al 65	

Primer capítulo: Disposiciones Generales:

El eje principal de este capítulo está centrado en la fundamentación ideológica de la concepción liberal, que dio origen a la Constitución Nacional de 1853/60, y se expandió dogmáticamente a las provincias, en lo concerniente a la construcción del texto constitucional y organización del corpus institucional.

Artículo 1: *“La Provincia de La Rioja con los límites territoriales que le dan las cédulas de erección de los pueblos de Córdoba, San Luís, San Juan y Catamarca y los ulteriores arreglos le reconociere al Gobierno Federal en vista de ellas, es parte integrante de la República Argentina”.*

Análisis:

Este capítulo estaba conformado por doce artículos, que delineaba en el 1º de ellos, la inserción de la provincia de La Rioja, en el paradigma de la

estructura de Estado federal adoptado por la nación, como Estado autónomo provincial, miembro de la organización jurídico-política de la federación.

Artículo 2: *“La Provincia confirma y ratifica el principio de gobierno republicano representativo proclamado...por la Constitución General de 1853”.*

Artículo 3: *“La Provincia confirma y ratifica las disposiciones contenidas en los artículos 5, 6, 7,8, 9, 10 y 11, adoptándolas por base de su derecho público,...”.*

Análisis:

Los artículos 2 y 3, refieren el interés primordial de la provincia de revalidar el sistema de gobierno, y reafirmar los derechos y garantías, reconocidos a los todos los habitantes; base normativa de un Estado de derecho, que regula las facultades individuales y las atribuciones ejercidas.

Artículo 4: *“La Constitución de La Rioja impone a sus autoridades las limitaciones designadas... por los artículos 105 y 106 de la Constitución Nacional...”*

Artículo 5: *“Todas las autoridades de la Provincia son responsables de sus actos...”.*

Artículo 6: *“Ninguna autoridad de la Provincia es extraordinaria: todas son esencialmente limitadas por esta Constitución...”.*

Análisis:

En los siguientes artículos, 4, 5 y 6, el legislador constituyente impone a las autoridades de la provincia constituidas, limitaciones en el ejercicio de sus

atribuciones, de acuerdo a las determinaciones de los artículos 105 y 106 de la constitución federal y a las disposiciones de la constitución provincial.

Artículo 7: *“Cualquiera disposición adoptada por el Gobierno o por las Cámaras Legislativas en presencia o por requisición de fuerza armada, o de una reunión del pueblo es nula de derecho y no podrá tener efecto legal;...”*

Artículo 8: *“La provincia no reconoce más autoridades provinciales que las establecidas por esta constitución”.*

Análisis:

El Artículo 7 expresa la supremacía legal de la Constitución Provincial por sobre cualquier decisión interna o externa exigida a la autoridad, que serán de nulidad absoluta en el plano de la normativa local; por su parte, el contenido del artículo 8, expresa que, reconoce solo las autoridades instituidas por el texto constitucional.

Artículo 9: *“Todo riojano o ciudadano argentino vecindado en La Rioja es soldado de la Guardia Nacional de la Provincia,...”.*

Artículo 10: *“No se dará en la Provincia ley que haga inferior la condición del extranjero a la del nacional;...”.*

Artículo 11: *“Los extranjeros domiciliados en La Rioja, aunque carezcan de ciudadanía son admisibles a los empleos municipales de simple administración”.*

Análisis:

En materia de definiciones de los derechos civiles, el Artículo 9,10 y 11, del texto constitucional, tomando en consideración la esencia del Estado de derecho, reconoce derechos y garantías a todo riojano, ciudadanos

argentinos y extranjeros residentes en el territorio provincial, conforme a lo dispuesto por ley.

Artículo 12: *“La Soberanía reside en el pueblo...”.*

Análisis:

Por último, el artículo 12, del capítulo I, contiene una expresa declaración de reconocimiento de la soberanía del pueblo de la provincia en los siguientes términos,... *“la parte no delegada expresamente a la Confederación es ejercida con arreglos a la Constitución presente por las autoridades provinciales que ella establece”.*

Conclusión:

A modo de cierre de la primera parte de este trabajo, sobre el origen y evolución de la constitución de la Provincia de La Rioja, podemos exponer las siguientes reflexiones:

1)- La sanción de la primera constitución de La Rioja, respondía a la necesidad política de organización institucional del país, en el sentido de las normas establecidas en el artículo 5 de la Constitución Nacional.

2)- La constitución sancionada por el poder constituyente de la provincia, debía ser enviada al Congreso de la Nación para su análisis y promulgación, como mecanismo de control y verificación de constitucionalidad.

3)- Las características orgánicas de la constitución provincial bajo análisis, representa esencialmente la reafirmación de la supremacía constitucional, los principios republicanos y las competencia del sistema federal.

4)- La estructura orgánica de la constitución originaria de La Rioja, consta de tres partes fundamentales: a)- reconocimiento de los derechos civiles; b)- institución de los órganos de gobierno; c)- definición del poder municipal.

Bibliografía

Barrera Buteler, Guillermo, 1995, Las creencias constitucionales en Becerra Ferrer y otros, *Manual de Derecho Constitucional* Tomo I. Editorial Advocatus. Córdoba.

Convención General Constituyente, 1997, *Nueva Constitución de la República Argentina*. Editorial Betina. Buenos Aires. Argentina.

Mercado Luna, Ricardo, 1986, *Constituciones de la Provincia de La Rioja*, Editorial de la Universidad Provincial de La Rioja. Argentina.

Mercado Luna, Ricardo, 2000, *Derecho constitucional provincial, Aportes para su formulación*, Editorial Ciudad argentina, Buenos aires. Argentina.

Díaz, Ramón José, 2006, *La Rioja, Encrucijada de Aridez y Esperanza*, 1ª Edición, Honorable Senado de la Nación argentina, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Publicaciones. Argentina.

Sagüés, Néstor Pedro, 1999, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª edición actualizada y ampliada, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos aires. Argentina.

San Martino de Dromi, María Laura, 1990, *Intendencias y Provincias en la Historia Argentina*, Editorial Ciencias de la Administración SRL. Buenos Aires. Argentina.

Stoller, Enrique Alberto; 2000, *Historia Constitucional Riojana*; Editorial Francisco Ferreira Editores, Córdoba. Argentina.

Zarini, Helio Juan, 1995, *Constitución Argentina Comentada y Concordada*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.

Cita de este artículo:

NORIEGA, J. (2015) "I. Constitución de la Provincia de La Rioja. Origen y evolución institucional". Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2015, Año 5, Vol. 1. pp. 44-66. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ARGENTINA Y SUS JUSTOS TÍTULOS SOBRE LAS ISLAS MALVINAS

Guillermo Elías Sánchez

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

Palabras claves:

*Malvinas, soberanía, justo
título, legitimidad*

Key words:

*Falklands, sovereignty, justly
legitimacy.*

Resumen

Los días 2 y 3 de Enero del año 1833 se produce la segunda ocupación ilegítima del Reino Unido sobre el territorio de las Islas Malvinas. Este acto constituyó un verdadero ilícito internacional y un acto colonialista prohibido por el Derecho Internacional que hasta el día de hoy subsiste.

Abstract

On 2 and 3 January 1833 the second illegitimate occupation of the UK over the territory of the Malvinas Islands is produced. This constituted an internationally wrongful act real and a colonialist act prohibited by international law which until.

I – LOS JUSTOS TITULOS SOBRE MALVINAS

La cuestión Malvinas requiere ser analizada desde una perspectiva histórica de la cual puedan surgir con claridad los justos títulos que nuestro país invoca para sostener el legítimo derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas. Este es el propósito del presente trabajo.

a). Prioridad en el Descubrimiento

El primer aspecto que debe analizarse es el relativo a la prioridad en el descubrimiento de las Islas. Esto nos conduce a preguntarnos ¿Quiénes descubrieron las Malvinas?

Sobre este punto es dable señalar que en el año 1522 las Islas Malvinas ya estaban descubiertas, porque aparecen desde esa fecha en las Cartas marinas españolas con el nombre de Islas Sanson. De las diferentes tesis que han sido planteadas sobre quien efectuó dicho descubrimiento la más verosímil es la que se lo atribuye al marino español Esteban Gómez en 1520. Como consecuencia de este acontecimiento es que las islas comienzan a figurar en la cartografía de la época, y es así como encontramos los mapas de Pedro Reniel (1522-1523), Diego Rivero (1526-1527 y 1529).

Aun cuando la tesis del descubrimiento por Esteban Gómez no fuera aceptada, Francisco de Camargo las describió en su libro de bitácora de la expedición de 1539, apareciendo dos años después en el Islario General de Don Alonso de Santa Cruz en 1541.

Dentro de las tesis inglesas sobre el descubrimiento de las Malvinas existen dos posiciones. En primer lugar la que ubica como descubridor al marino John Davis quien en el año 1592 realizaba exploraciones por los mares patagónicos. Esta tesis resulta totalmente inverosímil por dos factores. El

primero se debe a la actitud de Inglaterra de dejar transcurrir casi dos siglos para decidirse a ocupar las islas. Y el segundo por el silencio guardado cuando en el año 1600 el marino holandés Seebald van Weert aseveró el descubrimiento de las Islas en nombre de los Países Bajos. Cabe preguntarse porque ese descubrimiento no fue registrado en las Cartas náuticas inglesas.

La otra tesis inglesa es la que le atribuye el descubrimiento al marino inglés Richard Hawkins en el año 1594, a la cual se le pueden oponer los mismos argumentos que se le formularon a la tesis del descubrimiento de John Davis en 1592.

b). Prioridad en la Ocupación

El otro aspecto que resulta necesario analizar es el de la ocupación efectiva de las Islas.

Sobre el particular podemos decir que la primera posesión efectiva fue realizada por marineros franceses el 2 de Febrero de 1764 bajo el mando del Capitán Louis de Bougainville. Dichos marineros habían partido del puerto francés de Saint Maló, razón por la cual denominaron a las Islas como Maoulines en recuerdo de su tierra originaria.

Cuando la noticia de la ocupación francesa llegó a España, motivó a que el Rey formulara una formal protesta al Rey de Francia exigiendo la entrega inmediata de las Islas.

El gobierno Francés reconociendo la legitimidad de los títulos invocados por España, decide la entrega formal de las Islas pagándose a Francia una determinada suma de dinero en concepto de indemnización por los gastos efectuados. A este acto de entrega lo relató el mismo Bougainville:

"Habiendo reconocido Francia el derecho de su Majestad Católica sobre las Islas Malvinas, el Rey de España, por un principio de derecho público conocido en todo el mundo, no debía ningún reembolso de estos gastos. Sin embargo como adquiriría los navíos, bateles, mercaderías, armas, municiones de guerra y de boca que componían nuestro establecimiento, este Monarca, tan justo como generosos ha querido reembolsarnos de nuestros adelantos, y la suma supradicha nos ha entregado por sus tesoreros".¹

El 4 de Octubre de 1766 el Rey de España designó a Felipe Ruiz Punte como primer gobernador de las Malvinas estableciendo que a partir del 2 de Abril de 1767 funcionara allí una dependencia de la Capitanía General de Buenos Aires.

Dos años después de la ocupación francesa, en 1766 los ingleses comandados por el Capitán Byron desembarcaron en una de las pequeñas islas del archipiélago, llamada Isla Saunders en la cual fundaron lo que llamaron Puerto Egmont.

Esta ocupación inglesa ha constituido un ilícito tanto para el Derecho Internacional de aquella época, como para el actual ya que se operó una violación del principio pacta sunt servanda². Al respecto cabe decir que existían una serie de tratados internacionales por los cuales los ingleses se habían comprometido a no enviar expediciones a los mares del sur. Estos tratados son:

- Tratado de Münster (1648)
- Tratado de Madrid (1667)
- Tratado de Madrid (1670)
- Tratado de Utrech (1713)
- Tratado de Sevilla (1729)

¹ Bongaiville L. A. de. 1921. *Viaje alrededor del mundo por la fragata del rey la "Boudese" y la fusta la "Estrella" en 1767, 1768 y 1769*. Editorial Calpe. Madrid. España. p 59. Cf Bologna B. A. 1989. *Los Derechos de la Republica Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y sándwich del Sur*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina. p 66.

² Drnas de Clement Z. 2009. *Malvinas ¿El Derecho de la fuerza o la fuerza del derecho?* Editorial Lerner. Córdoba. Argentina. p 9.

- Tratado de París (1763)

Esa instalación inglesa en la pequeña isla del archipiélago pasó desapercibida al principio por los españoles. Luego cuando tomaron conocimiento de la situación se procedió de la misma manera que ante la ocupación francesa. Se ordenó a través de una Real cédula al gobernador de Buenos Aires Francisco de Paula Bucarelli a que intimara a los ocupantes a desalojar las islas e inclusive a emplear la fuerza si fuera necesario.

Contando con el apoyo de Francia, Bucarelli cumplió las órdenes de la metrópoli y envió una expedición comandada por Juan Ignacio de Madariaga quien expulsó por la fuerza a los ingleses del islote Saunders.

Esto generó una situación de inminente guerra entre España e Inglaterra la cual se vio disipada con la firma del acuerdo de 1771, conseguido a través de la mediación de Francia.

Este acuerdo está integrado por un acuerdo público y una promesa secreta. En el acuerdo público se estableció que España consentía en que Inglaterra se reinstalara en Puerto Egmont, pero con la salvedad expresa de que esto no implicaba reconocer en Inglaterra absolutamente ningún derecho sobre las Islas Malvinas.

El 22 de Mayo de 1774 Inglaterra abandona voluntariamente el islote Saunders llamado por entonces Isla de Falkland (en singular), aunque deja una placa en la que hace constar su "exclusivo derecho de propiedad", la cual es llevada a Buenos Aires al año siguiente por el capitán Juan Pablo Callejas. Beresford la encontró en el archivo de la Ciudad en ocasión de la Primera invasión inglesa al Río de la Plata, estando actualmente perdida. Esta placa decía:

"Sepan todas las naciones que la Isla Falkland con su puerto, los almacenes de desembarco, puertos naturales, bahías y caletas a ella pertenecientes, es de exclusivo derecho y propiedad de Su Sacratísima Majestad Jorge III Rey de Gran Bretaña, en sentido de lo cual es colocada esta placa y los colores de Su Majestad Británica dejados flameando como signo de posesión. S.W Clayton, Oficial Comandante de la Isla Falkland 1774."

Una vez retirados los ingleses de las Malvinas, España subsistió como único poseedor y ocupante exclusivo de las Islas Malvinas.

En 1776 se crea el Virreinato del Río de la Plata y tanto las Malvinas como las Islas de Atlántico Sur, pasan a depender de la autoridad del Virrey.

Por aplicación del principio "uti posidetis iuris" una vez producida la Revolución de Mayo, las Islas son regidas por la autoridad del Gobierno Patrio aunque con cierta irregularidad debido a la situación política que se estaba desarrollando por entonces. En efecto ante los sucesos de Mayo, el gobierno de Montevideo no se adhirió al pronunciamiento de Buenos Aires, resolviendo en la Junta de Guerra allí celebrada el 8 de Enero de 1811 retirar la guarnición de las Malvinas y trasladarla a Montevideo para fortificar la Ciudad.

Con esta decisión si bien las Malvinas quedaron desguarnecidas, no quedaron deshabitadas, ya que habrían permanecido allí un grupo de españoles, criollos e indios al cuidado de ganado vacuno, funcionando además allí una cárcel de máxima seguridad.

Desde el retiro de España en 1811 hasta 1820 se producen una serie de actos administrativos por parte de Argentina del cual merece destacarse el realizado en 1820. En este año el Coronel al servicio de la marina nacional David Jewitt en representación de las autoridades de las Provincias Unidas del Río de la Plata, envía una circular a los comandantes de los más de

cincuenta barcos que se encontraban en Puerto Soledad los cuales eran en su mayoría norteamericanos y algunos ingleses, e izó una bandera argentina.

El 23 de Abril de 1821 Jewet salió rumbo a Buenos Aires. Su reemplazante en "La Heroína" fue el teniente coronel Guillermo Mason. El 18 de Diciembre de 1823 el gobierno de Buenos Aires otorgó a Jorge Pacheco el usufructo de la Isla Soledad y se designó comandante de Malvinas al capitán de milicias don Pablo de Areguatí.

Un documento oficial de fundamental importancia para este tema está contenido en los considerandos del Decreto del 10 de Junio de 1829, cuando se nombra a Luis Vernet como comandante político y militar de las Islas Malvinas y las adyacentes al Cabo de Hornos en el Océano Atlántico. En los considerandos se dice que se halla justificada aquella posesión por los siguientes títulos: 1) Derechos del primer ocupante, 2) Consentimiento de la posesión por las principales potencias de Europa, 3) Adyacencia de las Islas al continente y Sucesión en los derechos de España.

Este decreto originó la primera reclamación de Inglaterra ante el gobierno argentino sobre la Soberanía de Malvinas. En efecto al conocerse este decreto el Encargado de Negocios de Gran Bretaña en Buenos Aires Woodbine Parish, envía una nota a su gobierno recordando los antecedentes del caso y los títulos que a su juicio poseía Gran Bretaña.

El 19 de Noviembre de 1829 Parish presenta una nota de protesta al Ministro de Negocios Extranjeros de Argentina, General Tomás Guido, quien responde a la misma en los siguientes términos: *"el gobierno va a prestar una consideración particular a la nota del Sr Parish y será satisfactorio al infrascripto comunicarle su resolución tan luego como reciba orden para hacerlo"*.³

Un hecho de fundamental importancia estuvo dado con la intervención de Estados Unidos en el tema de Malvinas, lo cual seguramente impulsó

³ Bologna B. A. 1989. "Los Derechos de la República Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y sándwich del Sur. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina. p 89.

posteriormente a Gran Bretaña con mayor decisión a la usurpación de las Islas en 1833.

Esta intervención tiene que ver con el conflicto suscitado cuando pescadores norteamericanos fueron apresados por la pesca y la caza de anfibios en aquellos mares, en infracción a las leyes argentinas. Frente a este hecho el cónsul de los Estados Unidos en Buenos Aires George W. Slucum, desconoce el derecho argentino a reglamentar la pesca en las Islas Malvinas y logra convencer al comandante de la corbeta "Lexington" que deberá defender con energía los intereses de la Nación. Este barco al mando de Silas Duncan se dirigió inmediatamente a Puerto Luis a donde llegó el 28 de Diciembre de 1831 enarbolando pabellón francés. Solo después de anclar el 31 de Diciembre de 1831 levantó su bandera norteamericana, e inmediatamente en los primeros días de Enero de 1832 se dedicó a destruir cuantos bienes existían en el establecimiento, apresando a los principales pobladores y poniendo en libertad a los pescadores apresados. En esos momentos la colonia argentina contaba con 150 personas.

El gobierno argentino reclamó enérgicamente contra aquel atropello, pero no tuvo éxito en tal reclamación. En conflicto continuo a través del intercambio de notas oficiales, hasta el momento en que el representante de Estados Unidos en Buenos Aires formuló la siguiente declaración:

"que las Provincias Unidas del Rio de la Plata no tenían ningún derecho a reglamentar la explotación de la industria de la pesca en aquellos mares, ni en las costas del archipiélago. Que el archipiélago nunca había pertenecido a la soberanía de España; que en consecuencia el archipiélago no pertenecía a la soberanía de las Provincias Unidas del Rio de la Plata; que el archipiélago era una pertenencia de la soberanía del monarca de Inglaterra".

4

Ante este apoyo expreso de los Estados Unidos, y sabiendo en consecuencia que no le sería opuesta la doctrina Monroe, Gran Bretaña se decide a la conquista del archipiélago.

⁴ Baquero Lascano E. y otros. 1994. *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado. Tomo IV* Editorial Marcos Lerner Córdoba. Argentina. P 397.

Es así como el día 2 de Enero se presentó la Corbeta Clío al mando del Capitán Onslow en Puerto Soledad, notificando a las autoridades argentinas que venía a hacer efectiva la soberanía de Su Majestad Británica sobre las Islas Falkland. El 3 de Enero realizó el desalojo por la fuerza de la guarnición militar argentina que estaba al mando de J.M Pinedo. Esta guarnición fue obligada a embarcarse en la "Sarandi" y retornar a Buenos Aires. Allí se acusó a Pinedo de haber respondido débilmente al ataque y se constituyó un Tribunal para juzgarlo.

Unos días después del desalojo argentino de Malvinas, Onslow abandonó Puerto Soledad dejando treinta y un hombres (catorce argentinos y diecisiete británicos), sin contar mujeres y niños. El 3 de Marzo con la nave "Harriet", regresó el escocés M. Brisbane para hacerse cargo de las Islas. Ocho de los catorce argentinos no estaban de acuerdo con la situación y formaron un grupo separado al mando del entrerriano Antonio Rivero. El 26 de Agosto atacaron la comandancia, mataron a Brisbane y a cuatro personas más, y enarbolaron la bandera argentina. Rivero y sus hombres recuperaron las Islas durante seis meses sin tener la posibilidad de comunicarse con Buenos Aires.

El 23 de Octubre entró al puerto la goleta "Hopeful" y poco después dos naves británicas más, las que se retiraron sin atreverse a cambiar el estado de cosas. Cuando Rivero y sus compañeros estaban preparando una balsa para dirigirse a la Patagonia, llegó a Puerto Soledad el "Challenger" con la Hopeful (7 de Enero de 1834). Entre los británicos llegó H. Smith quien asumió el gobierno con el carácter de comandante de las Islas. Al llegar izó la bandera británica y ordenó la captura de los argentinos quienes se habían refugiado en los cerros. Luego de tres meses de persecución, Rivero y sus gauchos fueron apresados y embarcados en la nave "Beagle" rumbo a Gran Bretaña. Allí luego de un juicio en el que fueron condenados, los embarcaron y los dejaron en Montevideo. Posteriormente Rivero regresaría a Entre Ríos.

Cuando la noticia del ataque británico llegó a Buenos Aires, acababa de asumir Balcarce quien inmediatamente protestó ante el Encargado de Negocios Británicos Ph Gore, comunicó el hecho a la Legislatura y a todos los Estados con los cuales mantenía relaciones.

El Encargado de Negocios británico contestó el 17 de Enero de 1833 manifestando que no tenía instrucciones de Londres sobre el particular.

El 17 de Junio de 1833 el Ministro Plenipotenciario Manuel Moreno entregó al gobierno británico una larga nota en la cual recordaba los antecedentes históricos de la cuestión. El Secretario de Estado para los negocios extranjeros Lord Palmerston contesta la nota Argentina, reproduciendo los mismos términos que Parish había utilizado en la protesta británica de 1829.

Manuel Moreno replicó a Palmerston en nota del 29 de Diciembre de 1834 aportando nuevos antecedentes y argumentos en apoyo de la posición argentina.

Es dable señalar que a partir de aquí comienza un periodo interminable de notas intercambiadas entre los dos gobiernos por este tema. También surgieron una serie de problemas como la inclusión de las Islas Malvinas en mapas de la República Argentina (protesta inglesa del 15 de Diciembre de 1884), entrega de pasaportes, inscripción de partidas en los registros civiles de Argentina, enrolamiento de ciudadanos, emisión de estampillas por Inglaterra en el centenario de las Islas "como posesión británica en 1933" etc.

c) – Principio "uti posidetis iuris"

La Republica Argentina ha venido realizando desde el momento de la ocupación ilegítima de las Malvinas una serie de protestas y reclamos amparada en el principio "uti posidetis iuris". Según el mismo nuestro país

hereda los títulos que poseía España hasta el momento de la emancipación. "Este principio aceptado por todos los Estados Hispanoamericanos (...) consagra, como límites internacionales de sus respectivos territorios, las demarcaciones hechas por España, vigentes al tiempo de la emancipación.

En virtud de esta fórmula de derecho, dichos Estados dieron garantía recíproca a su status territorial.⁵

El principio "uti possidetis iuris" representa un derecho de sucesión. El nuevo Estado que es la República Argentina realizó actos tendientes a la perfección de su título. Es así que tal como lo habíamos mencionado supra ha tenido lugar una ocupación de las Islas desde 1810 hasta 1833, fecha en que se produce la usurpación de las Islas por parte de Gran Bretaña.

d) – Principio de continuidad.

Otro principio que contribuye a fundamentar el derecho argentino es el principio de la continuidad. En efecto las Islas Malvinas "son una continuación geográfica y geológica del continente americano, y más concretamente de la Patagonia Argentina, pues están situadas sobre la plataforma submarina argentina, dentro del mar epicontinental, que es el mar que rodea el continente hasta la línea de los 200 metros de profundidad".⁶

El mar epicontinental está sustentado sobre la Plataforma del continente, sobre un territorio cubierto por mar y que es continuación geográfica y geológica del territorio emergente sobre las aguas marinas. Se trata de un territorio sumergido que en el caso especial de las Malvinas, reaparece en el mar, en las numerosas Islas integrantes del archipiélago, que se presentan así como una continuación geográfica y geológica de la masa continental.

Este principio de la continuidad no es mero principio de carácter teórico, sino que ha tenido una amplia recepción en el derecho positivo. Es así como

⁵ Moreno Quintana L. M. 1963. *Tratado de Derecho Internacional*. Editorial Sudamericana Buenos Aires. Tomo II p 148.

⁶ Baquero Lascano, E. y otros. 1994. *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado*. Tomo IV Editorial Marcos Lerner Córdoba. Argentina. P 39.

diversos Estados han dado resoluciones por las cuales declaran su soberanía sobre el mar epicontinental.

A modo de ejemplo cabe señalar que el 28 de Septiembre de 1945 el Presidente Truman proclama la jurisdicción de los Estados Unidos sobre esa zona marcando así el nacimiento de la doctrina de la Plataforma Continental. También cabe mencionar la Declaración mexicana del 29 de Octubre de 1945 y el Decreto argentino del 11 de Octubre de 1946.

Consecuentemente es dable afirmar que en América hay una conciencia jurídica bastante evolucionada orientada en el sentido de que el territorio sumergido en la Plataforma Continental está sometido a la soberanía que rige el territorio emergente sobre el mar, y que el mar epicontinental, que se basa sobre esa plataforma submarina, está sometido a la soberanía del Estado ribereño.⁷

II – EL PROBLEMA DE MALVINAS EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, el proceso de descolonización del mundo tuvo un impulso acelerado, el cual no se había manifestado en la fallida experiencia de la Sociedad de las Naciones.

Un paso fundamental fue la aprobación de la Resolución 1514 del 14 de Diciembre de 1960 por la cual se establecen los medios para terminar con la situación colonial.

En esta declaración se establecía que: 1) Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación y en virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. 2) Sin embargo este principio tenía una excepción establecida en la misma resolución y que decía: *"Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas"*.

⁷ *Ibíd.* P 401.

Asimismo en el duodécimo y último fundamento la Resolución señala que: *"El colonialismo debe cesar, allí donde esté presente, y debe hacerlo sin poner condiciones y de manera rápida"*.

A partir de 1964 y por iniciativa de la República Argentina, la cuestión Malvinas entra en el debate del comité de descolonización de las Naciones Unidas. Luego del informe favorable del Comité la cuestión entra en el temario de la Asamblea General.

El 16 de Septiembre de 1965, luego de una activa gestión diplomática impulsada por el Presidente Arturo Illia y su canciller Zavala Ortiz, la Asamblea General de la ONU aprueba la Resolución 2065 por la cual se expresa que reconociendo la existencia de una disputa entre los gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República argentina acerca de la soberanía sobre dichas Islas; invita a los gobiernos a proseguir sin demoras las negociaciones recomendadas por el Comité Especial (...) a fin de encontrar una solución pacífica al problema, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones y los objetivos de la Carta de la ONU y la Resolución 1514 de la Asamblea General.

Esta Resolución no mencionó en su parte resolutive que clase de diferendo existía, pero si lo hizo en la parte preambular. Por otro lado al entender que en la cuestión Malvinas existía una disputa que debía resolverse por vías pacíficas entre los dos gobiernos, impedía a Gran Bretaña tomar decisiones unilaterales en relación al destino del archipiélago.

La Resolución 3160 del 14 de Diciembre de 1973 expresa el agradecimiento al gobierno argentino por los esfuerzos realizados para facilitar el proceso de descolonización y favorecer el bienestar de la población de las Islas.

Asimismo señalaba la preocupación por la falta de progresos en las negociaciones que ocho años atrás encomendara.

El 1 de Diciembre la Asamblea General de ONU adoptó la Resolución 31/49 en la que reiteraba su agradecimiento a Argentina por su buena disposición en solucionar el diferendo y pedía que se "*aceleraran las negociaciones relativas a la disputa de soberanía*", instando a las Partes a abstenerse de adoptar decisiones que pudieren significar modificaciones unilaterales de la situación.

En este clima de dilaciones británicas a tratar la cuestión, lo cual implicaba una abierta rebeldía contra la Organización de Naciones Unidas, se produce la ocupación incruenta de las Islas por parte de la Argentina el día 2 de Abril de 1982.

Gran Bretaña convocó inmediatamente al Consejo de Seguridad, y el 3 de Abril por 10 votos a favor y cuatro abstenciones se aprobó la Resolución 502/82 del Consejo de Seguridad de N.U la que exigía el cese inmediato de las "hostilidades", el retiro inmediato de todas las fuerzas argentinas de las Islas y exhortaba a ambos gobiernos a buscar una solución diplomática al diferendo.

Argentina respondió al Presidente del Consejo de Seguridad su disposición de cumplimiento de la Resolución 502/82 siempre que Gran Bretaña cesara también en sus hostilidades y no pretendiera utilizar la Resolución como instrumento para convalidar un retorno a la situación colonial.

No obstante lo expresado el conflicto bélico se produjo con un resultado que era previsible. La derrota argentina y la recuperación del archipiélago por Gran Bretaña, el 14 de Junio de 1982.

No obstante la derrota bélica argentina, a solicitud de 20 países latinoamericanos, se incluyó la cuestión Malvinas en la Agenda de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1982.

Con posterioridad Argentina siguió una diplomacia que año tras año incrementaba las adhesiones en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Durante la Presidencia del Dr. Carlos Menem y su Canciller Ing Guido Di Tella, se modifica la estrategia argentina, poniendo la cuestión de la soberanía "bajo un paraguas", según la expresión utilizada, lo cual significaba dejar de lado el debate de fondo, procurando asegurar una convivencia pacífica. Es así como se firma la Declaración de Madrid el 15 de Febrero de 1990.

Pero no obstante la colocación bajo un paraguas del problema de la soberanía y del establecimiento de un programa de negociación y acercamiento bilateral amplio, el Viceministro de Asuntos exteriores británico Garel Jones expresó que debido al sentimiento antiargentino de los kelpers, las compañías argentinas no serían habilitadas para participar en las tareas de prospección en búsqueda de petróleo (enero de 1992).

Dadas las dificultades en las negociaciones Argentinas con Gran Bretaña el Comité de Descolonización de N.U aprobó el 29 de Julio de 1992, la Resolución A/AC 109/1132 por la cual reiteraba la exhortación a Gran Bretaña y Argentina de procurar una solución pacífica y negociada sobre la soberanía de las Islas.

Tiempo después el 6 de Julio de 1998 el Comité de descolonización mediante Resolución A/AC 109/2122 señala que *"el mantenimiento de situaciones coloniales es incompatible con el ideal de paz Universal de las UN, lamentando que no obstante el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Resolución 2065 de AG de UN, esta prolongada controversia no haya sido resuelta"*.

En el tiempo transcurrido hasta el presente han continuado incesantemente los reclamos argentinos en torno a debatir sobre la cuestión de la soberanía de las Islas, encontrando por parte del Reino Unido una férrea resistencia sobre el particular. La postura británica expresada hasta el momento ha sido

la de resolver el diferendo haciendo una aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos consagrado por la Resolución 1514 de Asamblea General de Naciones Unidas. Es necesario resaltar la inaplicabilidad de dicho principio al caso de las Malvinas, atento a que la población a la que se consultaría sobre el tema de Soberanía, es de origen netamente británico, razón por la cual es previsible el resultado. Al respecto se ha dicho que *"El derecho de autodeterminación implica la libre determinación de un pueblo naturalmente asentado en un territorio, pero no la vía indirecta de desintegración territorial y de dominación colonial trasplantando población previa expulsión de la naturalmente asentada"*.⁸

III - CONCLUSIONES

Como ha podido apreciarse de las páginas que anteceden, la República Argentina es poseedora de múltiples títulos que fundamentan su Soberanía sobre las Islas Malvinas, los cuales resultan absolutamente irrefutables. Sin lugar a dudas que esto es lo que ha determinado la reticencia británica a someterse a algunos de los modos de solución pacífica de conflictos previstos por el Derecho Internacional, como así también a dar cumplimiento con las Resoluciones de la Organización de Naciones Unidas.

Esta negativa a negociar la cuestión de fondo implica la violación de la obligación jurídica contenida en el Art. 2 párrafo 2 de la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625, de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales, generando por lo tanto responsabilidad internacional.

No obstante y aunque la recuperación de las Islas resulte muy distante, dada la situación actual del conflicto, la soberanía habrá de llegar por los caminos de la Paz y del Derecho cumpliéndose con un propósito fundamental de la Carta de Naciones Unidas como es el mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacionales y con un principio rector que es el de solución pacífica de las controversias.

⁸ Baquero Lascano, E. y otros. 1994. *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado*. Tomo IV Editorial Marcos Lerner Córdoba. Argentina. P 411.

BIBLIOGRAFIA

CISNEROS, A. Y ESCUDE, C. (1999) *Historia General de las Relaciones exteriores de la Argentina*. Tomo XII. www.argentina-rree.com. Argentina.

BAQUERO LASCANO, E. Y OTROS. (1994) *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado*. Tomo IV. Marcos Lerner Editora Córdoba. Argentina.

BOLOGNA, A. B. (1982) "Los derechos argentinos sobre las Islas Malvinas". *Revista de estudios internacionales*. Vol. 3. Nº 3. Madrid. Julio septiembre. España.

BOLOGNA, A. B. (1989) *Los derechos de la República Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina.

BOSOER, F. (2007) *Malvinas, capítulo final (I) Guerra y diplomacia en Argentina (1942-1982)*. Editorial Capital intelectual. Buenos Aires. Argentina.

DRNAS DE CLEMENT, Z. (2000) *Malvinas ¿El derecho de la fuerza o la fuerza del derecho?* Editorial Lerner Córdoba. Argentina.

GUTIERREZ POSSE, H. (1982) Consideraciones sobre la cuestión de Las Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur en el marco de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas". Publicado en Cari (Consejo argentino para las relaciones internacionales. www.cari.org.ar. Argentina.

MORENO QUINTANA, L. M. (1963) *Tratado de Derecho Internacional*. Editorial Sudamericana Buenos Aires. Argentina.

PODESTA COSTA. L.A. (1960) *Derecho Internacional Público*. Tomo I. Cuarta edición. Tipográfica editora argentina. Buenos Aires. Argentina.

VERDROSS A. (1976) *Derecho Internacional Público*. Editorial Aguilar. Madrid. España.

Cita de este artículo:

SANCHÉZ, G. E. (2015). "Argentina y sus justos títulos sobre las Islas Malvinas". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2015, Año 5, Vol. 1. pp. 67-84. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

UNA RELACIÓN COMPLEJA: DEMOCRACIA, CIUDADANÍA, MASAS, OPINIÓN PÚBLICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

Graciela Ramos

Licenciada en Ciencias de la Información,
Titular de la Cátedra de Opinión Pública de
la Carrera de Comunicación Social de la
UNLaR y Docente Investigadora.

Palabras claves:

*Democracia, ciudadanía,
comunicación, opinión
pública.*

Key words:

*Democracy, citizenship,
communication, public
opinion.*

Resumen

Un trabajo que propone reflexionar sobre los vínculos entre democracia, ciudadanía, opinión pública y medios masivos de comunicación social, habilitando la posibilidad de efectuar nuevas lecturas. El Homo videns. La opinión pública. La opinión pública y los medios de comunicación. La democracia. La opinión pública, los ciudadanos y las masas.

Abstract

Work that proposes to think about the links between democracy, citizenship, public opinion and mass media of social communication, enabling the

possibility of making new readings. Homo videns. The public opinion. Public opinion and the media.

Introducción

El propósito de este trabajo es el de aproximarse a la compleja relación que entablan democracia, masas, ciudadanía, opinión pública y medios masivos de comunicación social. Conscientes de la amplitud del tema, intentaremos bosquejar algunas líneas de pensamiento que permitan considerar la problemática habilitando nuevas posibilidades de abordaje.

Decimos que se trata de una relación compleja porque la temática es y ha sido tratada desde muy diversas perspectivas, ofreciendo desde los distintos paradigmas desde donde su lectura se ha efectuado, un sinnúmero de aristas dignas de interés.

Antes de efectuar un recorrido general de estas posturas y para justificar la redacción de estas páginas, creemos que desde ambas puntas del espectro ideológico, y desde los distintos paradigmas que las han matrizado, algo queda fuera de los análisis y lecturas propuestas, que no han permitido dar cuenta cabal de la problemática considerada.

De los términos que intervienen en la relación a la que intentamos aproximarnos: democracia, ciudadanía, opinión pública, masas y medios masivos de comunicación social, hemos escogido como hilo conductor de la lectura, el rol que juegan estos últimos y su incidencia en la configuración de los otros.

La propuesta no es caprichosa, es que desde la irrupción de los medios masivos de comunicación, en especial los electrónicos, y sobre todo la televisión, los efectos que se les han atribuido son por demás significativos, en sentido positivo o negativo.

La importancia que se les concede tanto en términos de construcción, como de influencia en la configuración del sistema democrático, la ciudadanía, la opinión pública y las masas está ampliamente difundida, no solo en los ámbitos académicos en donde es abonada por muy diversas teorías, que en algunos casos colisionan entre sí. En consecuencia intentaremos determinar si es posible una lectura centrada en los medios y sus efectos.

Para justificar la relación que proponemos abordar desde estos medios, basta citar a Jürgen Habermas o Giovanni Sartori, entre otros, quienes les confieren un papel preponderante en la configuración de la opinión pública, la democracia y el rol ciudadano.

Los medios masivos de comunicación

En la academia, los medios de comunicación son fuertemente vinculados con diferentes conceptos de ideología. Así, desde una concepción negativa de ideología, son ubicados por el marxismo ortodoxo, en la superestructura y como elementos de reproducción ideológica, de sujeción, según los aportes efectuados por Althusser.

Recordemos que Althusser ubica a "los medios de información, prensa, radio, televisión, etc." entre los aparatos ideológicos del estado, que funcionan masivamente con la ideología de "la clase dominante", que detenta el poder y que de esta manera asegura su reproducción.

Por su parte la teoría gramsciana hace estallar los límites rigurosos entre estructura y superestructura, confiere un sentido positivo a la ideología y la enriquece y contiene en su concepto de hegemonía. Abre de esta manera la posibilidad de efectuar una lectura diferente del poder.

La introducción de estos conceptos, en donde abrevarán luego los estudios culturales de la escuela de Birmingham, tornarán mucho más rica y compleja

las concepciones en torno al poder político, su lucha y detención y por supuesto, la cuestión de los medios.

Gramsci destaca "... que las ideologías 'históricamente orgánicas' – aquellas que son 'necesarias'- tienen una validez psicológica y crean el terreno sobre el que los hombres se mueven, adquieren conciencia de su posición, luchan, etc.'..." (Zizek, 2005: 264).

La ideología entendida como "un terreno de lucha", de subordinaciones y resistencias y la afirmación de que "los elementos ideológicos articulados por una clase hegemónica no tienen necesariamente una pertenencia de clase", como lo señalan Laclau y Mofé (Zizek, 2005: 264), abren otras perspectivas para leer los medios, sus contenidos e influencias.

Podríamos extendernos en el desarrollo de las teorías matizadas por el pensamiento gramsciano, que referidas a la comunicación, dan por tierra con aquellas que consideran al receptor "un sujeto pasivo" pero nos desviaríamos del propósito primario e inicial de este trabajo.

Podríamos también mencionar en abierta oposición a las teorías señaladas, el rol que le confieren a los medios de comunicación las de matriz liberal, que reconocen su origen en las de de Wiener y Shannon, centradas en los avances de la tecnología informática y que los conciben como instrumentos liberadores del hombre y de difusión de las prácticas democráticas, como las teorías sistémica, conductista y funcionalista.

Más allá de las diferencias sustanciales, las teorías aludidas suponen un estrecho vínculo entre los medios masivos de comunicación y el poder político. A los efectos de este trabajo, situaremos ese poder en el marco del sistema democrático y estableceremos sus relaciones con la ciudadanía, la opinión pública y las masas.

Lo cierto es que desde un extremo del abanico ideológico se demonizan los medios, se los integra a una concepción de dominación social y se los concibe como instrumentos de esa dominación, en manos de la clase que detenta el poder, y que los emplea a su antojo.

Desde el otro son pensados como medios democratizadores, como se ha señalado, liberadores del hombre, fortalecedores del sistema democrático, constructores y vehículos de la opinión pública, considerada ésta como expresión ciudadana.

Baste citar como ejemplo la cristalización de esta concepción en derechos, algunos de rango constitucional, como el de la libertad de prensa y de información.

Entre ambas posiciones, se levantan otras voces interesantes, como la liberal de Giovanni Sartori, que entiende que los medios, en especial la televisión, tal como hoy están planteada destruye la democracia, banaliza la opinión pública y degrada la ciudadanía.

Como ha quedado de manifiesto en todos los casos, la vinculación entre medios y poder político, es sostenida por teorías de muy diverso signo. Y es objetivo de este trabajo aproximarse a la relación que entre estos términos se ofrece, y que enmarcada en el sistema democrático, también comprende la opinión pública y el ciudadano.

Queremos agregar aquí que no resulta caprichosa la inclusión de las masas en los términos de esta relación, ya que ofrece aspectos interesantes en su vinculación con el concepto de ciudadanía, tema sobre el que volveremos en las próximas páginas.

Recapitulando los puntos hasta aquí expuestos, queremos señalar que tanto la demonización de los medios como su concepción de instrumentos

democratizadores, que contribuyen a la libertad del hombre, pueden resultar posiciones extremas que consideramos merecen ser revisadas y que a pesar de sus muy diversos signos presentan las siguientes coincidencias:

1.- Muchas de las teorías de matriz liberal como las marxistas ortodoxas confieren a los medios una gran capacidad de manipulación de la mente humana.

2.- Entienden mayoritariamente la comunicación propia de los medios masivos como vertical y unidireccional, instituyéndolos de un poder que la realidad ha demostrado que no tienen, por lo menos en la medida en que ellas lo manifiestan. Basten como ejemplos que Perón ganó las elecciones en Argentina con los medios en contra, que lo mismo sucedió con Chavez y Evo Morales en Venezuela y Bolivia más recientemente, y que Pinochet perdió el referéndum que lo hubiera habilitado a ser Presidente de Chile con el control de los medios y la suma del poder político, económico y militar.

3.- Estas situaciones reclaman otras lecturas sobre el rol de los medios masivos de comunicación y sus efectos que bien pueden transitar, como de hecho lo hacen, el camino abierto por Gramsci con sus conceptos de ideología y hegemonía. Así, como se ha señalado, los estudios culturales entre otras corrientes, confieren al receptor un rol activo y leerá los mensajes desde la realidad en la que está inmerso, desde la vida cotidiana y sus grupos de referencia. En este marco también intervendrá desde algún lugar como productor de esos mensajes, como veremos más adelante.

Las posibilidades de otras lecturas

Lo que intentamos sostener y que seguramente merecerá un desarrollo mucho más profundo y minucioso que el que pretendemos plasmar en estas páginas, es que la búsqueda de una lectura que supere la que se podría

atribuir a la razón ilustrada, desde cualquier extremo del arco ideológico desde donde se efectúe, lectura vinculada a la relación entre democracia, ciudadanía, masas, opinión pública y medios, excede largamente muchas de las explicaciones hasta ahora proporcionadas. También determinaremos si es desde los medios, por la importancia que se les concede, desde donde debe emprenderse.

En párrafos anteriores insistimos en las coincidencias que en la concepción de los medios, se pueden advertir en las teorías de opuesto signo ideológico. Para avanzar en el desarrollo de este trabajo tomaremos como ejemplo la posición de Giovanni Sartori, que resulta emblemática en este sentido. Creemos que una breve exposición de su pensamiento que sintetice los puntos en común aludidos, darán pie a una serie de reflexiones conducentes al objetivo de estas páginas.

Antes de efectuarla nos parece pertinente señalar en el marco de estas coincidencias y a manera de ejemplo, el rol que tanto Sartori como Althusser, de signos ideológicos radicalmente opuestos, asignan a los medios masivos de comunicación. Conscientes de la amplitud del tema sólo pretendemos justificar la afirmación de la existencia esos puntos en común, en los desarrollos teóricos aludidos.

Ambos coinciden en los efectos negativos que producen los medios masivos en los receptores, a los que denominan de diferentes maneras, ya que Sartori habla de "pueblo", "ciudadanos", "demos", "públicos", "hombre de la calle", "bestias", "homo videns", mientras que Althusser de "individuos" y "clase obrera".

Recordemos que Althusser ubica a los medios masivos de comunicación entre los que el caracteriza como "aparatos ideológicos del estado" destinados a asegurar la reproducción de la ideología de la clase dominante. Al respecto manifiesta que la reproducción de la fuerza de trabajo exige

"...la reproducción de su sumisión a las reglas del orden establecido, es decir una reproducción de la sumisión a la ideología dominante por parte de los obreros y una reproducción de la capacidad de buen manejo de la ideología dominante por parte de los agentes de la explotación y la represión, a fin de que aseguren también 'por la palabra' el predominio de la clase dominante." (Althusser, 2003: 15).

Más adelante agrega con relación a los aparatos ideológicos del estado:

"Cada uno de ellos concurre a ese resultado único de la manera que le es propia: el aparato político sometiendo a los individuos a la ideología política del Estado, la ideología 'democrática', 'indirecta' (parlamentaria) o 'directa' (plebiscitaria o fascista); el aparato de información atiborrando a todos los 'ciudadanos' mediante la prensa, la radio, la televisión, con dosis diarias de nacionalismo, chauvinismo, liberalismo, moralismo, etcétera." (Althusser, 2003: 35).

Sartori, partidario de la democracia representativa y ubicado exactamente en el otro extremo del abanico político ideológico habla también de una clase que controla los medios, aunque no determina con precisión quiénes y cómo la configuran. A referirse al bajo nivel de la información televisiva, señala: *"la 'nueva clase' que administra el video-poder se defiende de las acusaciones culpando a los telespectadores. Sí; pero esta defensa demuestra una mala conciencia, ya que en televisión más que en ningún otro medio es el productor el que produce al consumidor."* (Sartori, 1998: 139).

También resultan reveladoras sus afirmaciones en torno a que *"el demos está dirigido por los medios de comunicación"*, destacando que *"quienes seleccionan las informaciones se convierten en administradores del dominio simbólico de las masas."* (Sartori, 1998: 130). Tras señalar que al final *"el*

poder pasa al Gran Hermano electrónico” que no es un Gran Hermano en singular, advierte que

“...no será óbice para que la `tecnópolis` digital sea utilizada por una raza patrona de pequeñísimas élites, de tecno-cerebros altamente dotados, que desembocará –según las previsiones de Neil Postman (1985)- en una `tecnocracia convertida en totalitaria` que plasma todo y a todos a su imagen y semejanza.”
(Sartori, 1998: 130).

El Homo videns

Efectuaremos a continuación una reseña del pensamiento de Sartori, ajustándonos a lo que el mismo expone en su libro “Homo videns. La sociedad teledirigida”.

Allí reconoce en el lenguaje la capacidad de abstracción del hombre y en la escritura, como palabra escrita, el motor de desarrollo de las civilizaciones. La llegada de la televisión determina para él, que el hecho de ver prevalezca sobre el de hablar, transformando al hombre en un animal vidente e imprimiendo *“... un cambio radical de dirección, porque mientras la capacidad simbólica distancia al homo sapiens del animal, el hecho de ver lo acerca a sus capacidades ancestrales, al género al que pertenece la especie del homo sapiens.”* (Sartori, 1998: 27).

Sin querer salirnos del tema nos parece por lo menos curiosa la coincidencia que se advierte en torno a la consideración de la imagen y los medios electrónicos, con los representantes de la Escuela de Frankfurt. Teodoro Adorno y M. Horkheimer. Al referirse a la industria cultural y lo que ellos consideran la atrofia de la actividad del espectador en el cine señalan la prevalencia de la imagen y manifiestan: *“...el filme no deja a la fantasía ni al pensar de los espectadores, dimensión alguna en la que puedan moverse por*

su propia cuenta con lo que adiestra a sus víctimas para identificarlo inmediatamente con la realidad.” (Horkheimer y Adorno, 1971:153).

Continuando con Sartori, la televisión cambia sustancialmente la naturaleza de la comunicación, trasladándola de la palabra a la imagen, modificando la relación entre entender y ver, revirtiendo la naturaleza misma del homo sapiens y generando *“un nuevo ánthropos, un nuevo tipo de ser humano”*. Este ser humano es el hombre masa incapaz del pensamiento abstracto.

La opinión pública

Señala que *“...la noción de opinión pública denomina sobre todo opiniones generalizadas del público, opiniones endógenas, las cuales son del público en el sentido de que el público es realmente el sujeto principal.”* Inmediatamente indica que *“...se denomina pública no sólo porque es del público, sino también porque implica la res pública, la cosa pública, es decir argumentos de naturaleza pública: los intereses generales, el bien común, los problemas colectivos.”* (Sartori, 1998: 69).

Sartori reconoce la existencia de un nexo constitutivo entre opinión pública y democracia. Partidario de la democracia representativa, caracteriza a este sistema como un gobierno de la opinión que se fundamenta en el sentir de la res pública: *“...a la democracia representativa le es suficiente, para existir y funcionar, con el hecho de que el público tenga opiniones suyas, nada más, pero, atención, nada menos.”* (Sartori, 1998: 70).

Distingue dos etapas en la formación de la opinión pública: una que reconoce sus orígenes en el siglo XVIII y que se extiende hasta la aparición de la televisión y que él valora positivamente en términos de una democracia representativa.

Una apreciación similar efectúa Habermas, en su Historia y Crítica de la Opinión Pública. Al aludir al cine, la radio y la televisión, afirma: *“Con los nuevos medios se transforma la misma forma de la comunicación; éstos actúan en el más estricto sentido de la palabra, con más penetración de la que es posible con la prensa.”* (Habermas, 1981: 199). Inmediatamente agrega:

“Las emisiones de los nuevos medios contribuyen a cercenar, sin comparación posible con las comunicaciones impresas, las reacciones del receptor. Atraen a su terreno al público de oyentes y espectadores, privándole al mismo tiempo de la distancia propia de la ‘mayoría de edad’, de la posibilidad, esto es, de hablar y replicar.” (Habermas, 1981: 199).

Volviendo a Sartori, el segundo período valorado negativamente, se extiende hasta nuestros días, instituyendo la autoridad de la visión, de la imagen sobre la palabra. Al respecto expresa:

“...cuando la opinión pública se plasmaba fundamentalmente en los periódicos, el equilibrio entre opinión autónoma y opiniones heterónomas (heterodirigidas) estaba garantizado por la existencia de una prensa libre y múltiple que representaba a muchas voces. La aparición de la radio no alteró sustancialmente este equilibrio. El problema surgió con la televisión en la medida en que el acto de ver suplantó al acto de discurrir.” (Sartori, 1998: 70).

Más adelante agrega *“...la videocracia está fabricando una opinión sólidamente hetero-dirigida que aparentemente refuerza, pero que en sustancia vacía, la democracia como gobierno de opinión. Porque la televisión se exhibe como portavoz de una opinión pública que en realidad es el eco de regreso de la propia voz.”* (Sartori, 1998: 71).

La opinión pública y los medios de comunicación

Básicamente Sartori describe como expresión de la opinión pública el contenido de los medios de comunicación. Debemos volver aquí a la diferencia que marca antes y después de la irrupción de la televisión. Recordemos la cita del punto anterior en la que confiere un valor positivo a la prensa escrita incluso a la radio, garantizando el equilibrio entre opiniones autónomas y heterónomas.

Sin embargo este equilibrio se rompe con la televisión. *"Actualmente el pueblo 'opina' sobre todo en función de cómo la televisión le induce a opinar. Y en el hecho de conducir la opinión, el poder de la imagen se coloca en el centro de los procesos de la política contemporánea."* (Sartori, 1998: 66). Inmediatamente agrega: *"...la televisión condiciona fuertemente el proceso electoral, ya sea en la elección de los candidatos, bien en su modo de planear la batalla electoral, o en la forma de ayudar a vencer al vencedor."* (Sartori, 1998: 66).

Sartori afirma también que la televisión condiciona las acciones de gobierno, no ahorra críticas a los sondeos de opinión e indica que la mayoría de las opiniones recogidas por ellos son débiles, volátiles, a veces inventadas, produciendo un *"efecto reflectante, de rebote de lo que sostienen los medios de comunicación"*.

Ya hemos aludido a los dos períodos que distingue Sartori en la conformación de la opinión pública. En ambos casos su relación con el periodismo y los medios de comunicación es estrecha, a punto tal que resulta difícil pensarla sin la prensa. Basta recordar el rol que le asigna a la gráfica, e incluso a la radio, como garantía de equilibrio entre opiniones autónomas y heterónomas y como medio en el que se plasmaba la opinión pública, antes de la irrupción de la televisión.

A partir de ese momento Sartori habla de una opinión pública degradada y responsabiliza especialmente a los telediarios, por lo que la relación entre opinión pública, periodismo y medios de comunicación (considera a la televisión el más importante) continúa siendo muy estrecha. Nos atreveríamos a decir que esta relación aparece en Sartori como constitutiva de la opinión pública misma, ya que resulta difícil pensarla, a lo largo del texto analizado, sin lo medios y la prensa. Esto nos conduce a señalar de manera coherente, que no puntualiza diferencias entre opinión pública y publicada, por lo que podemos afirmar que las identifica.

En la misma línea de pensamiento la influencia que le atribuye a los medios de comunicación, en especial a la televisión, en la conformación de la opinión pública es central, a punto tal que aparece implícita en el texto, como constitutiva.

De modo que básicamente es la televisión el medio de generación y expresión de una opinión pública degradada. Alrededor de ella giran los resultados electorales, los sondeos de opinión, y las decisiones gubernamentales.

La democracia

En la primera parte de su obra, Sartori señala citando a Dicey y Lowel, que la democracia ha sido definida como un gobierno de opinión, definición que se adapta a la video-política entendida como *"...uno de los múltiples aspectos del poder del video: su incidencia en los procesos políticos, y con ellos una radical transformación de cómo 'ser políticos' y de 'como gestionar la política'"* (Sartori, 1998: 66). Señala luego que la televisión conduce la opinión del pueblo y que el poder de la imagen se ubica en el centro de los procesos políticos contemporáneos.

Más adelante, en la última parte de su libro afirma: "*Democracia quiere decir, literalmente, 'poder del pueblo', soberanía y mando del demos*". Inmediatamente agrega: "*El problema siempre ha sido de qué modo y qué cantidad de poder transferir desde la base hasta el vértice del sistema potestativo. Una cuestión es la titularidad y otra bien diferente es el ejercicio del poder. El pueblo soberano es titular del poder. ¿De qué modo y en qué grado puede ejercitarlo?*" (Sartori, 1998: 129).

Sartori busca la respuesta en la opinión pública y en lo que el pueblo sabe o no sabe y tras indicar que "*la base de información del demos es de una pobreza alarmante*" ya que la mayoría de las personas no sabe casi nada de los problemas públicos, indica que lo que ha permitido que la democracia funcione es el sistema representativo.

"En ésta, el demos ejercita su poder eligiendo a quien ha de gobernarlo. En tal caso, el pueblo no decide propiamente las issues –cuál será la solución de las cuestiones que hay que resolver- sino que se limita a elegir quién las decidirá." (Sartori, 1998: 124).

Su conclusión es reveladora: son muy pocas las personas informadas y menos aún las competentes para ejercer las acciones de gobierno. Una vez más responsabiliza a la televisión, "el poder de la imagen", de la pobre información y formación del ciudadano, que es en definitiva lo que determina la ineficacia de los mecanismos de la democracia directa o semidirecta. Entre ellos cita los sondeos de opinión y referendos que si bien representan una mayor democracia., "un incremento de demo poder", no se corresponden con un "incremento de demo saber". Así "*...la democracia se convierte en un sistema de gobierno en el que son los más incompetentes los que deciden.*" (Sartori, 1998: 125).

El problema para Sartori es de muy difícil solución y en todo caso a largo plazo ya que implica superar lo que él denomina el postpensamiento, la

incapacidad de pensar, destronando la cultura de la imagen y retornando a la cultura escrita. Se plantea aquí un interrogante interesante: ¿Si esto no sucede, o hasta que suceda, si es que es posible revertir el proceso, que pasa con la democracia?

Si la opinión pública es un elemento constitutivo y central de la democracia y está tan degradada que ya es imposible pensarla como tal, cabe preguntarse ¿cómo interviene el demos?, ¿qué rol se le asigna desde esta lectura? ¿Quiénes deben gobernar, cómo y de qué manera deben ser elegidos? Pero fundamentalmente cabe preguntarse sobre la existencia misma de la democracia. Volvemos así al interrogante con que el propio Sartori titula uno de sus capítulos y que nosotros también nos formulamos.

Y en este punto surge otro interrogante sobre el que seguramente retornaremos: ¿Todo es por culpa de la televisión? El propio Sartori nos alcanza algunos elementos que pueden ayudarnos a encontrar una respuesta, que a esta altura y desde su texto está resultando restringida: el sufragio universal y la irrupción de las masas.

Hasta aquí nos hemos limitado a rastrear en sus páginas, y en algunos casos sintetizar, los conceptos de democracia y opinión pública, sus vínculos con los medios de comunicación, en especial la televisión, y la relación que establecen entre sí que a la luz de lo expuesto, los configura y significa.

La opinión pública, los ciudadanos y las masas

Son realmente numerosas y variadas las definiciones de opinión pública que circulan en los ámbitos académicos y resulta interesante revisarlas en función de las relaciones que se pueden establecer con el concepto de ciudadanía, los derechos políticos y civiles y las masas.

Resulta pertinente mencionar al respecto, las dos grandes líneas que distingue Ellisbeth Noelle-Neumann: la de la opinión pública entendida como racionalidad atada a la formación de la opinión y la toma de decisiones en democracia, y como control social con “funciones latentes” no pretendidas ni reconocidas, destinadas a obtener consenso.

Ella señala:

“El concepto de una opinión pública racionalmente configurada se basa en la idea de un ciudadano informado y capaz de formular argumentos razonables y de realizar juicios correctos. Este concepto se centra en la vida política y en las controversias políticas. La mayor parte de los autores que emplean este concepto reconocen que sólo un pequeño grupo de ciudadanos informados e interesados participa realmente en esas discusiones y juicios.”
(Noelle-Neumann, 1995. 287).

Inmediatamente con respecto al concepto de opinión pública como control social y su formación, indica.

“...afecta todos los miembros de la sociedad. Como la participación en el proceso que amenaza con el aislamiento y provoca el miedo al aislamiento no es voluntaria, el control social ejerce presión tanto sobre el individuo, que teme el aislamiento, como sobre el gobierno, que también quedaría aislado y finalmente caería sin el apoyo de la opinión pública.” (Noelle-Neumann, 1995. 287).

Resulta interesante este concepto amplio, inclusivo, de opinión pública que no queda reducido a una minoría ilustrada. Esto indica a la hora del análisis, considerar los aspectos no racionales, que para nada son ajenos a la naturaleza humana, como los psicológicos, la afectividad, el miedo, la necesidad de pertenencia y reconocimiento, los grupos de referencia, entre otros.

Esta propuesta no implica dejar de lado la racionalidad, sino tenerla en cuenta como un elemento más que se conjuga con los ya mencionados y que permite, sin desconocer la importancia de los medios masivos de comunicación, comenzar a despegarlos del concepto de opinión pública entendidos como su elemento central constitutivo.

Desde esta perspectiva, desplazando el rol protagónico de los medios en la opinión pública y consecuentemente en la democracia, se abre la posibilidad de analizar desde un ángulo diferente estos conceptos, vinculados al de ciudadanía y al fenómeno de la masificación, proceso éste que sin dudas, tiene lugar antes del surgimiento de los medios electrónicos. En consecuencia y sin desconocer su influencia, mal se los puede señalar como los responsables de este proceso.

Lo que si queda claro es que resulta menos complejo apuntar a los medios, en especial a la televisión, que reconocer y replantearse lo ideológico y desde allí lo pragmático, del rol del pueblo o de las masas en la democracia. Y a esta altura, resulta muy difícil entender la democracia sin considerar la irrupción de las masas, su emergencia histórica, su visibilidad y presencia en la vida política y social.

Creemos que aquí hemos arribado a un punto que consideramos nodal. No por azar hemos empleado indistintamente los términos pueblo y masa, aunque son muy diferentes sus connotaciones y es ésta la diferencia que merece algunas reflexiones y que tal vez pueda iluminar otras aristas en torno a la temática de los medios, la opinión pública y la democracia.

Rousseau en su "Contrato Social" reconoce al pueblo como fundamento de una sociedad, la sociedad moderna se constituye desde la voluntad general y ésta es a su vez la que configura al pueblo. En tanto, Jesús Martín Barbero citando a Mairet, señala que es entonces el pueblo el fundador de la democracia, no como población sino como "*...categoría que permite dar parte,*

en tanto que aval, del nacimiento del Estado moderno.” (Martín-Barbero, 2003: 4).

Barbero considera que es ésta la racionalidad que inaugura el pensamiento ilustrado y que da cuenta de un dispositivo central que consiste en la inclusión abstracta del pueblo como categoría, a través de cuya invocación se legitima el poder de la burguesía, y de su exclusión concreta del oficio político, la educación y la cultura, legitimando así las diferencias sociales (Martín-Barbero, 2003: 5).

Pero si la invocación del pueblo legitima el acceso al poder político y su ejercicio, por parte de la burguesía, el mismo pueblo se torna una amenaza cuando reclama el ejercicio efectivo de sus derechos y pretende también hacer efectivo el principio de igualdad, uno de los rectores de la Revolución Francesa. En este punto, el pueblo parece transformarse en una masa peligrosa, ignorante e irracional. ¿Incapaz de pensamiento abstracto, diría Sartori?

¿No es la masa de Ortega y Gasset que “no actúa por sí misma” y que “necesita referir su vida a la instancia superior, constituida por las minorías excelentes”? Al respecto señala: *“Ha venido al mundo para ser dirigida, influida, representada, organizada –hasta para dejar de ser masa, o, por lo menos aspirar a ello. Pero no ha venido al mundo para hacer todo eso por sí.”* (Ortega y Gasset, 1984: 117).

Es el mismo pueblo fundante de la sociedad moderna, legitimador del poder político, ese al que los gobiernos –dirá Voltaire- deberán darle placeres diferentes del saber y “más adecuados a su carácter”. Es el mismo pueblo en el que Tocqueville advertirá el germen del despotismo de las mayorías, racionalizando el desencanto de una burguesía que ve en peligro el orden social que ella misma ha creado, a través de una categoría abstracta que comenzó a corporizarse y a demandar la concreción efectiva de sus derechos.

¿Es este mismo pueblo, el público del que nos habla Habermas, al que los nuevos medios atraen a su terreno “privándole al mismo tiempo de la distancia propia de la ‘mayoría de edad’, de la posibilidad, esto es, de hablar y replicar”?

Sin bien en este punto Habermas se acerca a Sartori, con lucidez se pregunta en su “Historia y Crítica de la opinión pública” –señala Barbero- por qué Rousseau no llama simplemente opinión a la opinión popular soberana, por qué la identifica con la opinión pública. Y responde

“... la reconducción de la soberanía real a soberanía popular no ha sido capaz de superar el dilema: la transformación de la voluntas en ratio acaba traduciendo el interés general en argumentos privados, esos que delimitan y constituyen el verdadero espacio de lo político que es el espacio público burgués.” (Martín-Barbero, 2003: 5).

¿No es desde este espacio, matizado por la razón ilustrada, desde donde se formulan los conceptos de democracia, opinión pública, medios de comunicación, ciudadanía y masas? ¿No es desde allí desde donde se leen sus relaciones y efectos?

¿No quedan por eso constreñidos a los límites rigurosos de la razón? ¿Y no es esta razón, una razón de clase que defiende un orden social por ella organizado y que por eso que no puede dar cuenta de una realidad que parece reducir a los efectos de los medios?

Desde ambos extremos del arco ideológico se piensa lo masivo como una “deformación” de lo original o bien, como señala Barbero, “*desde una concepción de la dominación social que no puede pensar lo que producen las clases populares más que en términos de reacción a lo que induce la clase dominante.*” (Martín-Barbero, 2003: 328).

En realidad y en función de la breve recorrida que hemos efectuado por los autores citados, no se piensa en términos de alternativa, lo uno o lo otro, sino como conjunción: hay deformación de lo original, de lo auténtico, así entendido en sus orígenes por la burguesía, y hay producción desde los sectores populares, limitada con exclusividad a la relación de dominación de la que prácticamente no pueden escapar.

En este sentido y con relación a los medios, resulta pertinente la reflexión de José Nun:

"En América Latina, en general, la literatura sobre los medios masivos de comunicación está dedicada a demostrar su calidad (innegable) de instrumentos oligárquicos-imperialistas de penetración ideológica, pero casi no se ocupa de examinar cómo son recibidos los mensajes y con cuáles efectos concretos: es como si fuera condición de ingreso al tópico que el investigador se olvidase de las consecuencias no queridas de la acción social para instalarse en un hiperfuncionalismo de izquierda."
(Nun, 1982: 40).

Pero como hemos visto no es sólo desde la izquierda desde donde no se analizan estas consecuencias "no queridas" de los medios, sino que tampoco lo hacen quienes se identifican con el liberalismo, por caso Sartori y el mismo Ortega y Gasset. La lectura de la ciudadanía, la democracia, la opinión pública, las masas y los medios, implican necesariamente desplazarla de estos últimos, como el hilo conductor que al inicio de nuestro trabajo habíamos propuesto. También implica replantear la relación de los medios y el fenómeno de la manipulación. En realidad el ángulo de análisis parece trasladarse al de la masificación, por ser éste anterior a los medios, en especial los electrónicos, y por no poder dar cuenta acabada de las relaciones consideradas.

Entendemos entonces que la entrada clave al tema, o por lo menos una de las más importantes es la de la masificación. Barbero señala al respecto que *"... la imposibilidad de que las masas hicieran efectivo su derecho al trabajo, la salud, la educación y la diversión sin masificarlo todo. Lo masivo en esta sociedad no es un mecanismo aislable o un aspecto, sino una nueva forma de sociabilidad."* (Martín-Barbero, 2003: 319). A esta nueva forma concurren los medios, pero no como elemento central constitutivo, sino imbricándose, relacionándose con otros factores.

Los cambios que la visibilidad, la presencia social de las masas, de las grandes multitudes que comienzan hacerse presentes originariamente en el ámbito urbano, dislocan fuertemente y ponen en crisis el concepto de democracia y ciudadanía.

Esta crisis que en el caso de Giovanni Sartori procura ser explicada por la aparición de la televisión, disloca también el concepto de espacio público, que termina siendo identificado con los mensajes de los medios masivos de comunicación, ignorando los intereses que en ellos se juegan, atravesados por la lógica del mercado. También así se leerá la existencia de políticos mediáticos y ciudadanos mediatizados, mientras que la opinión pública que Habermas por ejemplo, entiende como construcción crítica, será instalada como sujeto político y reducida a sondeos de opinión.

Pero la crisis parece tener otras raíces, que Barbero reconoce en una nueva condición de existencia y conflictividad, en donde pensar lo popular desde lo masivo no implica automáticamente manipulación y alienación, sino justamente esa nueva condición de sociabilidad a la que él alude.

Cuando Althusser nos habla de los medios como aparatos ideológicos del estado que aseguran la dominación de la clase dominante, cuando Habermas nos señala que los medios electrónicos impiden la mayoría de edad del público y Sartori afirma la existencia también de clase, del dominio simbólico

del mercado, corresponde preguntarse si ese mercado que excede a los medios, no es permeable a los intereses, prácticas y creencias de los dominados. Esto implicaría pensar lo masivo no sólo como negación, manipulación, alienación y deformación, sino también como experiencia y producción.

Volvemos entonces a Gramsci, y a sus reflexiones en torno a la hegemonía como proceso, en el que no todo lo que en ese marco se produce implica la reproducción del sistema. Recordemos que él entiende que una clase hegemoniza representando también intereses de las clases dominadas y que este proceso se da en un marco de luchas, subordinaciones, complicidades y resistencias.

Es entonces desde aquí y desde la masificación entendida como una nueva forma de sociabilidad, desde donde consideramos pertinente intentar la lectura de los conceptos propuestos al iniciar este trabajo.

Ello implica despojarse, si fuera posible, de los resabios del pensamiento ilustrado, para comenzar a transitar y comprender el camino abierto por estas nuevas condiciones sociales de existencia.

Sin dudas es todo un desafío pensar desde este lugar la democracia, la opinión pública, los medios, las masas, la ciudadanía y sus derechos, el gobierno de las mayorías, incluso los denominados sin cierta aversión "populismos" y "caudillismos" en América Latina. Por supuesto que el análisis excede largamente el motivo inicial de estas páginas y que cada uno de estos temas merece un desarrollo mucho más profundo y exhaustivo, motivo tal vez de futuras reflexiones. Por ahora creemos haber cumplido con el objetivo propuesto, atravesar los límites que advertíamos inicialmente, y que sorteados implicarán una lectura más rica y comprensiva de los fenómenos considerados.

Bibliografía

ADORNO, Theodor y HORKHEIMER, Max 1971, *Dialéctica del iluminismo*, Sur, Buenos Aires.

ALTHUSSER, Louis, 2003, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, trad. de José Sazbón y Alberto Pla, Nueva Visión, Buenos Aires.

GRAMSCI, Antonio, 1998, *Cartas desde la cárcel*, trad. de Gabriela Moner, Nueva Visión, Buenos Aires.

HABERMAS, Jürgen, 1981, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. de Antoni Doménech y Rafael Grassa, Gustavo Gili, Barcelona.

MARTIN-BARBERO, Jesús, 2003, *De los medios a las mediaciones*, Convenio Andrés Bello, Colombia.

MATTELART, Armand y Michèle, 1997, *Historia de las teorías de la comunicación*, Paidós, Buenos Aires.

NUN, José, 1982, "El otro reduccionismo", en *América Latina: ideología y cultura*, Flacso, Costa Rica.

NOELLE- NEUMANN, Elisabeth, 1995, *La espiral del silencio. Opinión pública. Nuestra piel social*, trad. de Javier Ruiz Calderón, Paidós, España.

ORTEGA Y GASET, José, 1984, *La Rebelión de las masas*, Orbis, Buenos Aires.

ROUSSEAU, Jean Jacques, 2004, *El Contrato Social*, trad. de Consuelo Berges, Cayfosa-Quebecor, Barcelona.

SARTORI, Giovanni, 1998, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. de Ana Díaz Soler, Taurus, España.

TOCQUEVILLE, Alexis, 1980, *La democracia en América*, Alianza, Madrid.

ZIZEK, Slavoj, 2005, *Ideología. Un mapa de la cuestión*, trad. de Pablo Preve, Fondo de Cultura Económica, Argentina.

Cita de este artículo:

RAMOS, G. (2015). "Una relación compleja: Democracia, ciudadanía, masas, opinión pública y medios masivos de comunicación". Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2015 Año 5, Vol. 1. pp. 85-108. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ALINEACIÓN PARENTAL: SU RELACIÓN CON LOS INSTITUTOS DE RÉGIMEN DE VISITAS Y TENENCIA.

Estelly Mary Diaz Fernández

Abogada, JTP: Cátedra Derecho Civil V
de la Carrera de Abogacía de la UNLaR.

JTP: Cátedra Detección de Fraudes y otros
Delitos Económicos de la Carrera
Tecnicatura en Seguridad con
Orientación Ciudadana de la UNLaR.

Palabras claves:

*Divorcio, síndrome,
alienación, régimen de
visitas, tenencia.*

Key words:

*Alienation, divorce,
syndrome, visits, tenure
regime.*

Resumen

Ningún hijo debe ser tratado como traidor simplemente por amar a ambos padres. La alienación parental es un proceso que radica en programar, mecanizar a un hijo para que odie a uno de sus progenitores sin que tenga

justificación, que se hace visible luego de un proceso de divorcio o separación.

Abstract

No child should be treated as a traitor simply loves both parents. Parental alienation is a process which lies in programming, machining a child to hate one parent without having justification, which becomes visible after a divorce or separation.

INTRODUCCIÓN

Debido al importante incremento de progenitores, casi siempre madres¹, que desacatan la orden de permitir al otro progenitor tener contacto con su hijo/a o aun frente a la inexistencia de judicialización del terna obstaculizan el contacto, y a que el modelo de familia ha cambiado desde las últimas décadas, es necesario tratar un tema que no tiene demasiada difusión o que no es reconocido en nuestra sociedad por su nombre; es necesario que se tomen las medidas necesarias para reconocer el síndrome, así como el desarrollo de estrategias de intervención para prevenir la alienación parental.

En el presente trabajo se aborda el espinoso y complejo tema de los impedimentos de contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente; la proliferación de las denuncias de abuso sexual que se están dando en un divorcio destructivo o en el contexto de una disputa por la tenencia de un hijo.

Los intrincados funcionamientos emocionales que estos procesos desencadenan originan, en sus protagonistas, la imposibilidad de distinguir entre aptitudes maritales y parentales.

Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor que se convierte en la

¹ Es importante destacar que se le cuestiona a esta teoría la adjudicación del papel de progenitor alienador siempre a las madres. Su antecedente es el "síndrome de la madre maliciosa.

contraparte de la contienda. De esta pérdida de objetividad, quienes resultan víctimas, inevitablemente, son los hijos.

Brevemente reseñare que el síndrome de alienación parental o SAP, es un término que el profesor de psiquiatría Richard A. Gardner acuñó en 1985 para referirse en lo que él describe como un desorden en el cual un niño, de forma permanente, denigro e insulto sin justificación a uno de sus progenitores. Trabajando- el autor citado- como perito en casos de divorcios conflictivos o destructivos, se refirió al conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición amorosa.

Estas conductas, que llevan a cabo ambas partes, se manifiestan a través de obstrucciones al régimen de visitas del progenitor no conviviente, y generalmente se fundan en el argumento de proteger al hijo del mismo, desconociendo los efectos deteriorantes que este tipo de acciones genera sobre la identidad de los niños.

En este contexto, en los últimos años han proliferado las denuncias de abuso sexual intrafamiliar (una circunstancia que no es habitual en nuestra comunidad pero si en las grandes ciudades).²

En muchos casos el intento de bloquear el acceso de un progenitor al hijo está basado en hechos reales e importantes. A veces uno de los progenitores daña a sus hijos, los maltrata física o psíquicamente, abusa de ellos sexualmente o se comporta con grave negligencia a su respecto, poniéndolos en riesgo.

En otros, los motivos alegados no son verdaderos y carecen de razón suficiente para obstaculizar el acceso del otro a los hijos. Hoy en día, una de las tareas más importantes y difíciles que enfrentamos los operadores del

² El presente trabajo es más bien orientado a tratar la faceta del Síndrome en lo que respecta a la obstrucciones al régimen de visitas del progenitor no conviviente.

derecho en los tribunales es diferenciar las reales denuncias de las falsas alegaciones.

Introducidos en el tema el objetivo principal de este trabajo es el de presentar un tema que tiene incidencia dentro de los institutos de Tenencia y Régimen de Visitas. Asimismo, el objetivo del presente trabajo tiende a concientizar a los progenitores sobre los daños (entre ellos psicológicos) que se le generan a los menores- principales víctimas- y su protección en consonancia con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en la legislación vigente.

Es importante aclarar que, el SAP- según las teorías negatorias- carece de consenso científico porque no reúne los criterios metodológicos científicos para ser aceptado como médico y por eso su aplicación es considerada una Pseudociencia. No se reconoce como un síndrome o un trastorno por las comunidades médicas y legales. Sin embargo, el concepto separado pero relacionado de alienación parental sí se reconoce como una dinámica en algunas familias divorciadas.

El SAP- como lo enunciara- ha sido reconocido por algunos profesionales como una dinámica en algunas familias divorciadas.

Asimismo, existen partidarios de las postulaciones de Gardner que afirman que existe un desconocimiento por parte de los terapeutas y falta de recursos de los profesionales para tratar el problema de forma adecuada.

FACTORES DEL SINDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Según Gardner³ son cuatro los principales factores que contribuyen al desarrollo de este síndrome.

En **primer lugar**, el lavado de cerebro consistente en la programación consciente del niño contra el otro progenitor. Por ejemplo, acusándole injustamente de haberlos abandonado o de irse con otra mujer, describirlo

³ Es importante destacar que la Teoría de Gardner hace referencia a un único sujeto pero este síndrome no solo es un proceso implementado por la madre sino también por el padre.

como alcohólico o realizando comentarios sarcásticos (‘por fin hoy tu maravilloso padre va a venir y se va a gastar algún dinero en ti’).

El **segundo factor** lo constituyen intentos más sutiles, e inconscientes de programar al menor en contra del progenitor que no tiene la custodia. La madre realiza al hijo comentarios del tipo “Te podría contar cosas de tu padre que te pondrían los pelos de punta, pero afortunadamente no soy de esa clase de personas que critica a un padre delante de sus hijos”. También puede actuar de una forma aparentemente “neutral”, advirtiendo a los niños que la decisión de visitar o no al padre les corresponde totalmente a ellos. Esta estrategia aumenta la indisposición de los niños contra el padre, desanimándolos al mantenimiento de interacciones y visitas. Otra estrategia a la que también suelen recurrir es hacer que los hijos se sientan culpables por desear mantener contactos con el otro progenitor. Así el niño puede sentirse culpable por “dejar sola a su pobre madre”.

En **tercer lugar**, habría que tener en cuenta los factores internos del propio niño. Normalmente, el vínculo psicológico que mantenía antes del divorcio con el progenitor residente era más fuerte que el mantenido con el no residente. Por consiguiente, ante el temor de que el progenitor custodio lo abandone, el niño tendrá que aliarse con la madre.

Finalmente, factores situacionales también pueden contribuir al desarrollo del síndrome. Por ejemplo, si un niño observa que su hermano es castigado por expresar sentimientos positivos hacia el padre, aprenderá a no expresar esos sentimientos abiertamente.

En definitiva, en el síndrome de alienación parental tanto el progenitor con la custodia como el menor comparten unas mismas creencias y conductas en contra del otro. En tales casos se produce una interferencia crónica de las visitas al haber sido aleccionado el menor para que se oponga totalmente a mantener contactos con el otro progenitor.

INDICADORES- CRITERIOS DEL PROCESO DE ALIENACION PARENTAL.

El fenómeno que, consiste en que un progenitor vuelva a los hijos en contra del otro progenitor, es algo fácil de comprender. Sin embargo, históricamente, el proceso ha sido difícil de identificar.

Es importante reconocer cuales son algunos de los indicadores típicos que permitirían detectar síntomas de maltrato⁴. Así algunos de esos indicadores serían los siguientes:

- Impedimento por parte de uno de los progenitores a que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos.
- Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia del hijo, aludiendo a cuestiones de pareja que no tienen nada que ver con el vínculo parental.
- Implicar al propio entorno familiar y a los amigos en los ataques al ex-cónyuge, ex-pareja.
- Subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor.
- Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor (basta con que los niños vean que esa actitud hace feliz a la madre o al padre, para ofrecer su dolor y así reconfortar al adulto alienador).
- Influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor llegando a asustarlos.
- En los niños puede detectarse cuando éstos no pueden dar explicaciones absurdas e incoherentes para justificar el rechazo; y también si utilizan frases o palabras impropias de su edad, como diálogos similares o idénticos al del progenitor alienador, llegando incluso a recordar y mencionar situaciones que jamás han sucedido.

En su trabajo Bone- Walsh expuso que, examinando 700 casos de separaciones conflictivas durante los 12 últimos años, se han observado la presencia de 4 criterios, que permiten de manera razonable predecir que el proceso de alienación está en curso.

1. **Obstrucción a todo contacto:** La razón más invocada es el hecho que el otro progenitor no es capaz desocuparse de los hijos y que estos no se

⁴ Se hace referencia solo algunos indicadores; ya que contemplar a todos ellos excede el presente trabajo.

sienten bien cuando vuelven de la visita. La última razón es la acusación de abuso (ver el criterio siguiente). Otro aumento es el hecho de que el ver al otro progenitor no sea conveniente para los hijos y que estos necesitan un tiempo para adaptarse.

2. **Denuncias falsas de abuso:** El abuso más grave que se invoca es el abuso sexual. Ocurre en la mitad de los casos de separación problemática, especialmente si los hijos son chicos y más manejables. El abuso invocado más a menudo es el abuso emocional.

3. **Deterioro de la relación desde la separación:** Es el criterio más decisivo. Es importante que el examen de la relación antes de la separación sea hecho con mucha minuciosidad. Es corriente que el experto designado se conforme con la descripción que los hijos dan de la situación actual, sin intentar indagar como era la relación antes de separarse.

4. **Reacción de miedo por parte de los hijos:** El hijo puede mostrar reacciones evidentes, de miedo, de desagrado o de estar en desacuerdo con el progenitor alienador. Es corriente que el progenitor alienador amenace al hijo con abandonarlo o mandarlo a vivir con el otro progenitor. El hijo es puesto en una situación de dependencia y está sometido regularmente a tests de lealtad. El hijo se ve obligado de escoger entre sus padres, lo que está en total oposición con el desarrollo armonioso de su bienestar emocional.

GRADOS DEL SINDROME DE ALIENACION PARENTAL.

En el desarrollo de este proceso de denigración, rechazo o destrucción del vínculo con el otro progenitor se reconocen tres grados de SAP: leve, moderado y grave, aconsejando los especialistas en el tema diversas formas de actuación para cada uno de ellos y destacando la importancia de distinguir en qué caso se está actuando.

Es característico que, los hijos estén involucrados en el proceso de deterioro, hecho que logra provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina 'lavado de cerebro'. Los hijos que sufren este síndrome, desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de éstos. Consecuentemente el síndrome afecta también a familiares del progenitor alienado como son: abuelos, tíos, primos, etc. Otras veces, sin llegar a sentir odio, el SAP provoca en el niño/a un deterioro de la imagen que tiene del progenitor alienado, resultando de mucho menos valor sentimental o social que la que cualquier niño tiene y necesita de sus progenitores: "el niño/a no se siente orgulloso de su padre/madre como los demás niños".

Esta forma más sutil, que se servirá de la omisión-negación de todo lo referente a la persona alienada, no producirá daños físicos en los menores, pero sí en su desarrollo psicológico a largo plazo, cuando en la edad adulta ejerzan su papel de progenitores. El síndrome de alienación parental está considerado como una forma de maltrato infantil. Por otra parte, la resistencia de muchos profesionales se explica por los casos de maltrato (incluyendo casos de abusos sexuales) en los que judicialmente se ha alegado SAP para desacreditar el testimonio de la madre y de sus hijos víctimas de abusos. Por esta razón, el diagnóstico diferencial del Síndrome de Alienación Parental requiere que no exista maltrato, previo, psicológico o físico, a la madre y los hijos, por parte del progenitor alienado.

Producto de este proceso- según lo sostienen especialista en el tema y seguidores de la Teoría de Gardner- los niños que sufren este síndrome padecen perturbaciones y disfunciones debido a que sus propios procesos de razonamiento han sido interrumpidos o coaccionados.

Los menores que sufren esto, relacionan sus frustraciones con los pensamientos o recuerdos asociados al progenitor alienado, y por tanto

desarrollarán conforme vayan creciendo, tendencia a proyectar toda su negatividad psicológica sobre la imagen que tienen de tal progenitor, lo que termina por destruirla y por extensión a la relación. Para ello, el progenitor alienante, trae a colación la persona del alienado, sólo en los momentos en que el menor sufre alguna frustración; lo hacen sistemáticamente, es decir, en todas las ocasiones posibles antes explicadas, al tiempo que omiten toda referencia a la misma persona, sistemáticamente en todos los momentos en que el niño esté de buen ánimo. Esta polarización de frustraciones que asocia toda la negatividad mental del menor con su progenitor alienado o su imagen, es dirigida por manipulación consciente del alienante, sirviéndose de su prevalencia sobre el niño/niña.

Gardner plantea tres tipos de alienación con diferentes intensidades de manifestaciones sintomáticas. Para el citado autor los tipos o grado del síntoma de alienación parental son: 1) Ligera; 2) Moderada y 3) Severa.

En el **TIPO LIGERO**, la alienación es relativamente superficial y los niños básicamente cooperan con las visitas, aunque están intermitentemente críticos y disgustados. No siempre están presentes los ocho síntomas primarios⁵. Durante las visitas su comportamiento es básicamente normal.

En el **MODERADO**, la alienación es más importante, los hijos están más negativos e irrespetuosos y la campaña de denigración puede ser casi continua, especialmente en los momentos de transición, donde los hijos aprecian que la desaprobación del padre es justo lo que la madre (estimo que correspondería decir el progenitor) desea oír. Los ocho síntomas suelen estar presentes, aunque de forma menos dominante que en los severos: El padre es (igual consideración a la ya realizada- el progenitor) es descrito como totalmente malo y la madre como totalmente buena. Los hijos defienden que

⁵ Gardner describe una serie de "síntomas primarios" que usualmente aparecen juntos en los niños afectados por el SAP. Estos síntomas son: campaña de denigración; Ausencia de ambivalencias; Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el respeto; Fenómeno del "pensador independiente"; Apoyo reflexivo al progenitor "alienante" en el conflicto parental; Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor alienado; Contradicciones; El niño tiene información inapropiada e innecesaria sobre la ruptura de sus padres y el proceso legal; El niño demuestra un sentimiento de restricción en el permiso de amar y ser amado, etc.

no están influenciados. Durante las visitas tienen una actitud opositora y pueden incluso destruir algunos bienes paternos.

En el **TIPO SEVERO** las visitas pueden ser imposibles. La hostilidad de los hijos es tan intensa que pueden llegar incluso a la violencia física. Gardner dese estos hijos como fanáticos involucrados en una relación de folie a deux con su madre. Los ocho síntomas están presentes con total intensidad. Si se fuerzan las visitas, pueden escaparse, quedarse totalmente paralizados o mostrar un abierto y continuo comportamiento opositora y destructivo.

Se advertirá hasta lo aquí expuesto que, se afectan derechos esenciales de los menores por lo que ello, hace necesario, hacer referencia a más del tema propuesto, a la tutela de esos derechos menoscabados por nuestra Legislación; la Convención sobre los Derechos del Niño; Doctrina y Jurisprudencia.

LA FAMILIA Y EL DERECHO DE LOS HIJOS A UNA PLENA RELACIÓN CON AMBOS PADRES

Tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo y surge integralmente de su espíritu, la familia "es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños", es decir que 'para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia'.

Esta afirmación, que seguramente es compartida por todos, plantea algunos interrogantes cuando nos proponemos trasladarla al contexto de la familia que se organiza con posterioridad a la ruptura de la pareja conyugal.

El principio establecido en el art. 18 de la Convención dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo.

En nuestro derecho, este principio, sumado al respeto por la igualdad de los cónyuges, ha sustentado la instauración legal del ejercicio conjunto o indistinto de la autoridad parental, previsto por la ley 23.264.

Otra norma fundamental relativa al ejercicio de las relaciones paterno filiales el derecho del hijo, consagrado en el art. 9 de la Convención, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos y, si bien plantea excepciones, el principio general para evaluarlas es que tal separación "sea necesaria en el interés del hijo".

El Código Civil no contiene definición ni concepto general de familia, salvo en las referencias específicas en las que se describe para supuestos particulares/ (bien de familia o derecho de habitación).

Se contemplaron las relaciones dentro de la familia de persona a persona, por esa razón no puede hablarse de una composición de la familia específicamente determinada en el Código Civil.

El Código adopta como modelo de familia a la nuclear, ya que sus funciones esenciales son asumidas, en principio, por el núcleo reducido de la pareja conyugal y los hijos menores. Éste es el grupo obligado a convivir.

Creo que todas las formas de organización familiar son objeto de tutela legal través de numerosos textos constitucionales de este siglo, que tienden a imponer al Estado el deber de protección de la familia.

La jurisprudencia comienza a reconocer la existencia de una nueva estructura familiar posterior al divorcio como merecedora de protección.

El art. 264, inc. 1, de la ley 23.264 adopta, como principio general, el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad, al disponer que el ejercicio

corresponde "en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado".

En el caso de que los padres se encuentren separados, el ejercicio de la patria potestad se concentra en el "padre o madre que ejerza legalmente la tenencia" (art. 264, inc. 2).

Deja a salvo el derecho del progenitor que no ejerce la guarda de "tener una adecuada comunicación y supervisar su educación".

Si bien el poder de iniciativa está en cabeza del cónyuge que tiene\3pdJ. guarda del hijo, el otro podrá formular oposición en sede judicial.

El sistema adoptado, tanto en lo normativo como en lo cultural, de atribución unipersonal de la tenencia de los hijos, lleva implícita la idea de su inclusión en el "reparto" posterior al divorcio; ello presupone que los hijos no son "atribuibles" u "otorgables", mas como obviamente no son "divisibles", se ha optado por la salomónica solución de adjudicados a uno de los cónyuges.

Además de las disposiciones de derecho interno, rigen en la materia los arts. 9 inc. 3 y 10 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

"Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (art. 9, inc. 3).

EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN.

A la luz de estas disposiciones, el derecho de comunicación es un derecho del hijo y no sólo del progenitor que no convive con él.

Ya en 1957, la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, en autos Villareal c/ Mancorda Balbi", decidió que:

"el derecho de visitas puede ser ejercido por el menor en forma directa o por medio de sus representantes legales, o guardadores, a fin de lograr, en cuanto sea posible, el mantenimiento de la integridad de la relación paterno- filial mediante la conservación de la unión más plena que las circunstancias del caso lo permitan".

Igualmente, antes de la incorporación de la Convención, nuestro derecho interno y la doctrina ya había entendido que se trataba de un derecho propio y autónomo del hijo, que puede ser ejercido por éste en forma directa o por medio de sus representantes legales o guardadores.

El derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la *"adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal"*.

Se desprende, además, que resulta explícito en el discurso tradicional que las visitas son "el derecho que le queda al progenitor".

Es, en realidad, la misma ideología que sirve como sustento a la necesidad de atribución unilateral del ejercicio de la patria potestad después del cese de la convivencia la que consolida este estereotipo de ejercicio de parentalidad y de la familia posterior al divorcio.

Esto es, la familia y la paternidad o la maternidad, estructuradas en base a un esquema de monoparentalidad, que en la dinámica funciona en términos de sobrecarga para un progenitor y de exclusión para el otro.

Con independencia de la evaluación de los criterios para la atribución de la tenencia de los hijos, cabe una consideración respecto del significado propio

de la atribución de la tenencia a uno de los progenitores, como concesión de una facultad o un poder a uno de ellos en detrimento del otro.

La influencia de esta decisión judicial, aun antes de que ésta se produzca, es determinante de la organización de las relaciones de poder en la familia, sobre todo en la pareja parental.

La atribución unipersonal de la tenencia implica conferirle una cuota de poder en lo relacionado con la parentalidad, que representa una compensación a la cuota de poder económico que conserva generalmente aquel de los padres que no convive con los hijos.

Esta aparente compensación termina por generar una sobrecarga en las responsabilidades que se derivan de los poderes asignados a cada uno y una paulatina desvinculación en las funciones atribuidas al otro miembro de la pareja parental. En síntesis, el progenitor a quien se le ha otorgado la tenencia comienza a “apoderarse” de los hijos, y el otro, a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad y a “apoderarse” del control del dinero, restringiendo los aportes necesarios para la manutención de los hijos (lo vemos a diario en nuestros tribunales la cantidad de juicios por alimentos iniciados).

Probablemente, el reemplazo del concepto de atribución de la tenencia unilateral por el de la determinación del progenitor conviviente con los menores signifique, además de considerar a los hijos como sujetos de las relaciones familiares, la subsistencia de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores y la sola redistribución de funciones como consecuencia de la nueva organización familiar.

Pienso que éste es el quid del problema que, nosotros, como operadores del derecho, debemos modificar desde lo normativo y lo cultural.

Quizás el exagerado interés de sustentar las bases de la familia y su protección jurídica en el matrimonio provoque que, ante la separación o la disolución del vínculo, resulte casi inconcebible la noción de familia funcional o sana. Así, todo intento de abordaje de las relaciones familiares después del divorcio está condicionado a una ideología de familia incapaz de generar respuestas válidas a los requerimientos de la parentalidad.

Se traduce a través del principio de la atribución unipersonal de la tenencia la convicción sobre la imposibilidad de la plenitud de la relación paterno-filial para ambos progenitores, como si ello estuviese impedido por una incapacidad inherente a su condición de cónyuges divorciados.

Debemos empezar a hablar de un nuevo tipo de familia: la familia binuclear⁶, Y de un nuevo concepto: "la copaternidad".

Ésta es una familia donde hay dos casas. Los chicos tienen dos casas, dos camas, dos cepillos de dientes, de todo tiene dos. Aquí, la palabra clave es "copaternidad"⁷.

No sirve hablar de "tenencia" porque los hijos no se "tienen", no son propiedad de nadie.

Tampoco sirve hablar de "visitas" porque ningún padre es una visita en la vida de su hijo.

Ni de "control de la educación que el otro da" porque en la Práctica no es nocivo sino que es imposible.

En la "familia binuclear", el derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la "adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal".

⁶ A la nuclear se agregaron la familia binuclear, cuando el divorcio deja a los hijos a cargo del padre y de la madre; la uniparental, cuando un sólo progenitor está a cargo de los hijos; la familia ensamblada, cuando uno o ambos miembros de la pareja posee hijos de una unión anterior, y la compuesta, cuando en una misma casa conviven abuelos, padres e hijos.

⁷ Hace referencia a la Custodia Compartida de los menores en la etapa posterior al divorcio.

En la medida en que, el concepto de "familia binuclear" y el de "copaternidad" los traduzcamos en el marco normativo y los incorporemos culturalmente, existirán menos problemas de impedimentos de comunicación de hijos con padres no convivientes o falsas denuncias de abuso sexual infantil.

ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS FALSAS DENUNCIAS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

Dada la importancia del tema, las respuestas son urgentes por lo mucho que está en juego: por un lado, que el abusador sexual pueda seguir causando daño y destrucción con su conducta; por otro, que una persona inocente sea culpada y penada, con la siguiente destrucción de él mismo y sus hijos.

El abuso sexual dentro de las familias era un secreto casi total hasta hace unos veinte años, y sigue siendo todavía tabú. Fueron las investigaciones sobre maltrato y violencia sobre los niños las que permitieron su llegada a los tribunales.

La posibilidad de realizar denuncias de abuso sexual intrafamiliar es una conquista importante de nuestra sociedad y nuestro derecho. Como tal debe ser defendida y vigorizada. En esta línea es importante no retroceder en esa conquista, ni permitir que las denuncias de abuso sexual intrafamiliar caigan en descrédito.

Cuando un progenitor realiza una denuncia de abuso sexual de un hijo contra el otro padre, sea verdadera o falsa, debemos saber que este hecho puede provocar un grave daño en el menor y las consecuencias pueden ser potencialmente devastadoras sobre la vida del niño.

Actualmente, la mayor parte es promovida por uno de los progenitores con el otro en situaciones de separación o divorcio destructivo. Es altamente

preocupante el notable incremento de las denuncias por falsos hechos de abuso sexual infantil.

Por ello es necesario que nosotros, los operadores del derecho, empecemos a realizar cambios en la legislación y a tomar ciertos recaudos para dilucidar las falsas de las reales denuncias de abuso sexual infantil.

El derecho de la niña y del niño a que su integridad sea respetada, a que no se violen sus fronteras epidérmicas y mentales, a que su persona sea vista como tal y no como propiedad de nadie, ni siquiera de sus padres, son, entre otros muchos, avances que las leyes introdujeron, por su poder educacional y ejemplaridad, en la sociedad toda.

Evidentemente, este problema da para mucho más, simplemente se trata de un esbozo de ideas para pensar, reflexionar, criticar para replanteamos lo que diariamente hacemos en un juzgado de familia.

CONCLUSIONES

RESPECTO A LOS IMPEDIMENTOS DE CONTACTO DE LOS HIJOS MENORES CON EL PROGENITOR NO CON VIVIENTE

El paradigma de padres separados según el cual la madre se ocupaba casi en exclusiva de la crianza y educación del hijo y detentaba su guarda y patria potestad, y el padre aportaba "alimentos", cumplía con las visitas y "supervisaba" la tarea de la madre (familia nuclear incompleta) ha caducado por ineficaz.

Actualmente construimos con mejores resultados un nuevo paradigma en que los dos progenitores separados son responsables de la crianza y educación

del hijo (coparentalidad), en dos hogares diferentes en que ambos lo son también del hijo (familia binuclear).

La incorporación y aceptación cultural de este paradigma, ayudará a disminuir los casos de obstrucción de la comunicación de un hijo con alguno de sus padres.

Tanto los casos de obstrucción del régimen de visitas por el progenitor conviviente como los de negativa de los hijos a mantener comunicación con su progenitor evidencian la existencia de una grave crisis familiar, que demanda la intervención interdisciplinaria del auxilio terapéutico.

Los operadores psicológicos y legales muchas veces ayudan a que esta obstaculización se produzca o afirme, si no están entrenados en este tipo de fenómenos o sustentan una ideología sexista (machista o feminista) que sesga su visión.

Los profesionales que evalúan los casos de obstaculización del contacto del hijo con el otro padre por orden del tribunal deben conocer ciertas características de los mismos y tener la suficiente información contextual, para no dañar con observaciones y conclusiones ingenuas.

Activar la red de personas e instituciones capaz de operar la reducción de la violencia es el abordaje que ha demostrado mayor eficacia. No es la derivación de toda la familia a tratamientos individuales la indicación correcta en estos casos, sino el abordaje de red breve, con objetivos y plazos claros.

El establecimiento de metas accesibles y comprensibles para la familia, las intervenciones de tipo educativo y las que tienden a intensificar el apoyo y el control social son recursos privilegiados en este tipo de abordaje.

Sólo la familia puede reparar el daño que ha sufrido en el curso de un litigio.

BIBLIOGRAFIA

Pedrosa, S. y Bouza, J. M. 2008. *Síndrome de alienación parental*. 1ª ed. editorial: García Alonso. Buenos Aires.

Gardner, R. 1999. "Family therapy of the moderate type of parental alienation syndrome". <http://www.fact.on.ca/info/pas/gard99m.htm>

Bolaños I. 2002. "El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales. Psicopatología legal y forense". <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag41342/sindromealienacionparental.pdf>

Cita de este artículo:

DIAZ FERNÁNDEZ, E.M. (2015). "Alienación parental: Su relación con los institutos de régimen de visitas y tenencia". Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2015 Año 5, Vol. 1. pp. 109-127. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA GUERRA. LA GUERRA DE MALVINAS, LA EXCEPCIÓN.

Luis Asis

Abogado, Jefe de Trabajos Prácticos en la
Cátedra de Derecho Internacional Público
de la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Guerra, efectos jurídicos,
Estado, Tratados
internacionales.*

Key words:

*War, legal effect, state,
international treaties.*

Resumen

En el presente caso analizaremos los efectos jurídicos de la guerra de Malvinas; y observaremos cómo no tuvieron lugar los efectos que normalmente suceden entre dos Estados en guerra.

Abstract

In the present case analyze the legal effects of the Falklands war; and did not observe place like the effects they usually happen between two states at war.

INTRODUCCIÓN

A continuación estudiaremos el caso de los efectos jurídicos de la guerra de Malvinas; veremos cómo no tuvieron lugar los efectos que normalmente suceden entre dos estados en guerra. Normalmente una guerra es la máxima situación de ruptura y enfrentamiento entre dos o más estados, que fue definida como *"un acto de fuerza para obligar al contrario al cumplimiento de nuestra voluntad"* (Von Clausewitz 1922) y justamente para lograr el cumplimiento de dicho objetivo, durante y con más razón después de finalizada, la guerra *"produce efectos sobre los tratados, sobre las relaciones diplomáticas, sobre las relaciones consulares, sobre las personas y bienes de los nacionales del Estado enemigo, y sobre los bienes de dicho Estado enemigo"* (Baquero Lazcano 1998). No sucedió así durante la guerra de Malvinas, ya que los capitales e intereses británicos no sufrieron perjuicio alguno, ni durante ni después de los 74 días que duró la guerra.

Las relaciones entre la Argentina y Gran Bretaña comenzaron con el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado el 2 de febrero de 1825, que fue ratificado expresamente en el Tratado Roca- Runciman firmado el 1 de mayo de 1933.

El Tratado de 1825, estipula una serie de privilegios a Gran Bretaña, ya que la situación de las Provincias Unidas del Río de la Plata no estaban en condiciones de gozar de la reciprocidad que otorgaba dicho tratado, lo reconocería el Secretario de la Legación de Estados Unidos, John Murray Forbes *"...su ostensible reciprocidad es una burla cruel de la absoluta falta de recursos de estas provincias y un golpe de muerte a sus futuras esperanzas de cualquier tonelaje marítimo"* (Coccorese 1970), posteriormente le escribiría al Secretario de Estado del flamante presidente de los Estados Unidos John Quincy Adams, Henry Clay:

“los capitalistas ingleses en Londres y en esta ciudad hacen rápidos progresos para convertirse en los verdaderos amos de este país. Usted debe ya conocer las importantes compañías organizadas para explotar minas, además de lo cual están adquiriendo grandes extensiones de campo, en esta provincia, en Entre Ríos y en la Banda Oriental. El Banco, que ellos controlan, tiene créditos hipotecarios sobre muchas casas de esta ciudad...todo indica que esta provincia se convertirá pronto en una verdadera colonia británica, exenta de los gastos y responsabilidades del gobierno, pero sujeta a influencias políticas y morales equivalentes”.

Cabe realizar algunas acotaciones al respecto, cuando en el texto citado dice “esta provincia”, se está refiriendo a la provincia de Buenos Aires, que en virtud de la “Ley Fundamental” del 23 de enero de 1825 otorgaba a ésta (art. 7º) la representación en las relaciones exteriores y la autorizaba a celebrar tratados contando con la previa autorización del congreso y cuando habla de banco, se refiere al Banco de Descuentos, fundado en 1822, que fue un antecedente de lo que a fines del siglo XIX fue el Banco de la Nación Argentina.

Ahora bien, este Tratado con Gran Bretaña, firmado por el Cónsul General de Gran Bretaña, Woodbine Parish y el Ministro Manuel García, había despertado lógicos celos en Estados Unidos, recordemos que la Doctrina Monroe data de diciembre de 1823, proclamada por el Presidente James Monroe, y que consta de tres principios: Territorial, Jurídico-político y el tercero según el cual Estados Unidos tampoco incurriría en las conductas descriptas en los principios anteriores. Pues bien, recordemos, que según el principio territorial, *“en América no existen “res nullius”, es decir territorios sin dueños, que sean susceptibles de nuevas adquisiciones y establecimientos coloniales por los Estados europeos”* (Baquero Lazcano 1998); y que según el segundo

principio, el jurídico-político, "no es admisible la intervención de Estados europeos en los asuntos de los Estados americanos" (Baquero Lazcano 1998).

Si bien la doctrina de marras, fue muy criticada por la interpretación y aplicación que hicieron posteriormente los gobiernos de Estados Unidos, fue ese mismo gobierno del Presidente Monroe, quien envió a su congreso una recomendación de reconocer la independencia de todos los países que se hubiesen liberado de España, lo que finalmente sucedió el 28 de marzo de 1822, cuando el congreso aprobó dicha recomendación.

Como decíamos, y si vemos la opinión del secretario Forbes, era comprensible que Estados Unidos viese como una injerencia inapropiada por parte de Gran Bretaña en la vida política y económica de las flamantes Provincias Unidas del Río de la Plata; cabe destacar que sólo unos años antes ambas potencias habían estado en guerra, la guerra anglo-estadounidense (1812-15).

El Tratado de 1825, otorga ventajas de todo tipo a Gran Bretaña, como la de navegar por nuestros ríos, beneficios impositivos, absoluta libertad de comercio, libertad de culto, exención del servicio militar, empréstitos forzosos y contribuciones ordinarias, si bien a pesar de todo esto no había un reconocimiento expreso de nuestra independencia, se interpreta que es un reconocimiento tácito.

El artículo de dicho Tratado que nos interesa en el tema que analizamos, es el undécimo, que establece lo siguiente:

*"Para la mayor seguridad del comercio entre los súbditos de S. M. B. y los habitantes de las Provincias Unidas del Río de la Plata se estipula que, **en cualquier caso en que por desgracia aconteciere alguna interrupción de las amigables relaciones de comercio o un rompimiento entre las dos partes contratantes, los súbditos o ciudadanos de cada cual de las dos partes contratantes residentes en los dominios***

de la otra, tendrán el privilegio de permanecer y continuar su tráfico en ellos, sin interrupción alguna, en tanto que se condujeran con tranquilidad, y no quebrantasen las leyes de modo alguno, y sus efectos y propiedades, ya fueran confiados a particulares o al Estado, no estarán sujetas a embargo ni secuestro, ni a ninguna otra exacción que aquellas que puedan hacerse a igual clase de efectos o propiedades pertenecientes a los naturales habitantes del Estado en que dichos súbditos o ciudadanos residieren”.

Sabemos que los británicos son muy previsores, y en la primera parte del Tratado Roca-Runciman, firmado el 1 de mayo de 1933, expresa:

“El gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la República Argentina, reafirmando su común propósito de mantener y perfeccionar el Tratado de amistad, comercio y navegación firmado en Buenos Aires, el 2 de febrero de 1825, y, considerando que, para acrecentar y facilitar el intercambio comercial entre la República Argentina por una parte y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte por la otra, es convincente completar dicho tratado de 1825 con algunas disposiciones adicionales concernientes a las relaciones comerciales entre ambos países.....”,

Y por si queda alguna duda, en el artículo Art. 4º establece: *“Ninguna disposición de la presente convención afectará los derechos y obligaciones emergentes del tratado de amistad, comercio y navegación firmado en Buenos Aires el 2 de febrero de 1825”.* Dicho tratado sólo perfeccionó la pesada influencia británica en el País, de modo que su suscriptor y vicepresidente de la Nación, Dr. Julio Roca (h) admitiera que la Argentina era desde el punto de vista económico, parte integrante del Imperio Británico; en ese tenor también se expresarían: Sir Heribert Samuel, parlamentario inglés en la Cámara de los Comunes: *“Siendo de*

hecho la Argentina una colonia de Gran Bretaña, le conviene incorporarse al Imperio”; o William Burton en The Espectator, “en materia económica la Argentina hace tiempo que es prácticamente una colonia británica”.

Pasaron los años, hasta que llegamos a la guerra de Malvinas de 1982, normalmente es que se tomen medidas respecto a los bienes del Estado enemigo, pero no será en este caso, pues está vedado. El 1 de mayo (Bautismo de fuego de nuestra Gloriosa Fuerza Aérea Argentina)

“se comienzan a conocer a través de informes del Estado Mayor Conjunto, las acciones bélicas en el Atlántico Sur. La aviación británica ataca en cuatro ocasiones a Puerto Argentino con Vulcans provenientes de la Isla Ascensión; helicópteros británicos operan contra Puerto Darwin, donde son derribados. Desde las fragatas británicas, cañonean a Puerto Argentino. Los intentos de desembarco fueron rechazados por fuerzas argentinas. Cinco buques ingleses resultan averiados y dos aviones Harrier resultan destruidos. La clase 1961 es convocada. El presidente Galtieri, en un discurso dirigido al país, recalca que la Argentina responderá al ataque. Son atacadas sin mucho éxito: HMS Arrow, HMS Exeter, HMS Glamorgan, portaaviones HMS Hermes (accidente propio), HMS Alacrity”⁸.

El 2 de mayo es hundido por el submarino nuclear “Conqueror” fuera de la zona de exclusión impuesta por los británicos, el crucero ARA “GRAL. BELGRANO”, el 4 la aviación naval hunde el HMS “Sheffield”.

En pleno desarrollo de la guerra, el gobierno del Proceso de Reorganización Nacional dicta la **ley N° 22.591**, sancionada el 19 de mayo y publicada en el Boletín Oficial el 21 de ese mes, establecía la “Indisponibilidad de bienes británicos”, nótese que los términos son diferentes al utilizado por aquél lejano decreto 7032 del 11 de marzo de 1945, que estipulaba en su art. 1:

Las firmas o entidades comerciales, industriales, financieras o que desarrollen cualquier otra actividad, radicadas en la República que

⁸ <http://www.elmalvinense.com/crono.html>

sean representantes, filiales o sucursales de firmas o entidades radicadas en Japón, Alemania o países dominados por esas naciones, están desde el día de la fecha sometidas a la total dependencia del Consejo de Administración (creada por decreto 30.301 de noviembre de 1944). El Consejo de Administración tomará posesión en las condiciones que el mismo determine del patrimonio de estas empresas e indicará al Poder Ejecutivo si conviene la prosecución de su actividades o su liquidación”.

En éste último caso se haría por pública subasta (art. 7). Por su parte el Decreto Nº 10.935 del 18 de mayo de 1945 disponía la creación de una Junta Nacional de Vigilancia y Disposición Final de la Propiedad Enemiga, que actuaría sin perjuicio de las funciones del Consejo de Administración (art. 1º) y que tendría a su cargo la custodia, administración y/o liquidación de la propiedad enemiga y de las actividades y bienes vinculadas a la misma (art. 2º).

Después de estos contundentes términos, comparémosle con la ley 22.591, cuyos primeros tres artículos transcribiremos:

"ARTICULO 1. - Declárase la indisponibilidad de todos los bienes existentes en el territorio de la REPUBLICA ARGENTINA o en lugares sometidos a su jurisdicción, de propiedad del REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, de la Corona Británica, de súbditos británicos no residentes permanentes en la REPUBLICA ARGENTINA, de personas de otra nacionalidad residentes en el REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE y de toda empresa o entidad por ellos controlada en forma directa o indirecta.

ARTICULO 2. - La indisponibilidad declarada precedentemente importa para sus titulares, representantes, dependientes y cualquier otra persona, la prohibición de disponer de los bienes por

*cualquier título y la prohibición de otorgar actos o contratos que disminuyan el patrimonio afectado o su capacidad productiva o que ocasionen el desplazamiento de algún bien fuera de la jurisdicción nacional. **No alcanza a las operaciones propias del giro normal de las personas, empresas o entidades.***

ARTICULO 3. - Expresamente se declara que la indisponibilidad ordenada precedentemente no afecta los bienes de los súbditos británicos residentes permanentes en la REPUBLICA ARGENTINA, siempre que no incurran en actividades que pongan en peligro la economía nacional o la capacidad productiva del país. Lo dispuesto en este artículo está condicionado al igual tratamiento que se otorgue a los argentinos con residencia permanente en el REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE”.

El art. 5 crea una “Comisión Nacional de Vigilancia” como órgano de aplicación, y el artículo siguiente relativiza y hasta inutiliza todo el texto normativo, pues establece:

***ARTICULO 5 bis.- LA COMISION NACIONAL DE VIGILANCIA teniendo en consideración el interés general, las circunstancias del caso y los fines cautelares de la presente ley, podrá disponer que se suspenda la aplicación de las disposiciones de esta última en relación con personas, empresas o entidades determinadas, o para casos singulares, en particular dejando sin efecto la indisponibilidad de bienes y otras medidas cautelares o sustituyéndolas según conceptúe más conveniente.**

En cualquier oportunidad, de estimarlo razonablemente necesario, podrá restablecer la eficacia plena de las disposiciones legales.

En ningún momento se habla de disponer de la propiedad enemiga, sólo, y sujeto a condición, la Comisión designaría depositarios, administradores, veedores, etc.

Por ello, el Dr. Julio González en su libro titulado "Los Tratados de Paz por la Guerra de Malvinas", destaca que *"durante la guerra de Malvinas, mientras en el frente de operaciones se masacraban regimientos, se hundían buques y se derribaban aviones argentinos, el Banco de Londres en Buenos Aires y sus sucursales en todo el país continuaban operando como si nada ocurriera"*.

A pesar de la derrota militar, los derechos argentinos sobre las islas se mantienen inalterables, la guerra no tuvo efecto jurídico en ese sentido. Quizás haber tomado medidas contundentes contra la propiedad enemiga hubiese podido producir algún tipo de perjuicio a los intereses británicos. Pero, tal como se hemos visto, el predominio británico está marcado a fuego desde el Tratado de 1825, de Roca-Runciman de 1933, Tratados de Madrid y Londres de 1990 y el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TPPI), que perfeccionan más todavía el coloniaje inglés.

CONCLUSIONES

Para concluir, en primer lugar, podemos apreciar los privilegios que posee Gran Bretaña por sobre otros Estados en las relaciones internacionales que entabla la Argentina, hemos podido verificar la auténtica fuerza de ley que poseían los Tratados internacionales en épocas (1825 y 1933) en las que el sistema monista o dualista no estaba siquiera en discusión.

También contemplamos la firme voluntad de Gran Bretaña, que no conforme con usurpar nuestras islas Malvinas, se ocupó de consolidar sus intereses mercantiles a través de tratados internacionales (Fuente del Derecho Internacional, que ellos burlan); que ocho años después del primer tratado ocupa por la fuerza militar las islas Malvinas, luego en el siglo XX se asegura la provisión de materias primas (carne) en forma exclusiva y que como si de

una burla de tratarse, luego de la derrota militar de 1982, mediante otros tratados se asegura el dominio sobre todos los bienes físicos de la Argentina. Es decir, **Gran Bretaña utiliza por un lado, el Derecho Internacional para sojuzgarnos económica y financieramente en el continente y lo viola para mantener ocupadas militarmente nuestras islas Malvinas.**

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ, Julio, 1998, *Los Tratados de Paz por la Guerra de Malvinas*, Edición del Autor, Buenos Aires.

PEREIRA, Susana, 1984 *.En tiempos de la república agropecuaria (1930-1943)*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

VON CLAUSEWITZ, Carlos, 1922, *De la Guerra*, Taller Grafico de L. Bernard, Buenos Aires.

BAQUERO LAZCANO, Emilio, 1998, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomos I a V, Marcos Lerner Editora, Córdoba.

COCCORESE, Horacio Juan, 1970, *Manual de Historia Económica y Social*, Ediciones Macchi, Buenos Aires.

ETCHART – DOUZON, 1972, *Documentos de Historia Argentina*, Cesarini Hnos Editores, Buenos Aires.

Cita de este artículo:

ASIS, L. (2015). "Los efectos jurídicos de la guerra. La guerra de Malvinas, la excepción". Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2015 Año 5, Vol. 1. pp. 128-137. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

CASO 1

BIEN DE FAMILIA. MATRIMONIO. DERECHOS HUMANOS. DISCRIMINACION. REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE.

Descripción del caso (1):

Una pareja conviviente sin hijos aspira inscribir el inmueble que poseen en condominio sometido al régimen de bien de familia. El registro de la propiedad inmueble rechaza tal petitorio basado en que la pareja no tiene descendencia. Ante esta denegación, la pareja incoa recurso de apelación contra la resolución pronunciada por el Registro de la Propiedad del Inmueble. La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hace lugar a la solicitud y ordena al Registro de la Propiedad Inmueble registrar el inmueble bajo el régimen de "Bien de Familia".

Sumarios:

1.- Que "Excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues con aquella restricción se vulnera el principio de autonomía de la voluntad que resulta ser uno de los pilares sobre los que se asientan los derechos humanos y sus implicancias (Conf. Loyarte Dolores, en "Revista del Derecho Privado y comunitario, Bien de Familia", ed. Rubinzal -Culzoni, 2011-1, pág.501/510)."

2.- Que "No hay razón alguna que justifique hoy la discriminación sobre el alcance de este último cuando la familia es de carácter convencional y no matrimonial. Mucho menos si la desigualdad se produce respecto del tipo familiar de hecho cuando no existen hijos en común (Conf. Loyarte Dolores-ob. cit. págs. 508/509)."

3.- Que "Es relevante señalar en el caso de autos, que el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial define el concubinato como 'la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo' (art. 509) y prevé la ampliación de los beneficiarios de este sistema -bien de familia-, incluyendo a los convivientes

(art 246). Si bien no escapa al Tribunal que hasta tanto se sancione la norma, los jueces deben decidir conforme la normativa vigente, en el caso a estudio, en orden a la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la Constitución Nacional), esa tutela no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección, por parte del Estado. Pues como se señaló en la realidad, la convivencia en relación de pareja es una situación visible y clara que emerge en la actualidad como manifestación en la sociedad argentina.”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado: M, de fecha: 16-may-2014, C. J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara

AUTOS Y VISTOS: Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada por el Registro de la Propiedad del Inmueble, mediante la cual denegó el pedido de afectación del inmueble del que los actores son condóminos al régimen de Bien de Familia, con el fundamento de que el requisito de parentesco sólo puede ceder cuando el beneficiario es un hijo. Los actores solicitaron la aludida inscripción respecto del inmueble sito en ..., del cual son condóminos y en el que además conviven en aparente estado de matrimonio desde el año 1995.I.- Los recurrentes sostuvieron que la resolución es errada e importa una suerte de discriminación. Ello pues, refirieron que el Registro violó la garantía constitucional de igual ante la ley, en virtud de que admite el pedido de inscripción de los concubinos que tengan descendencia, mientras que para aquellos sin hijos, la falta de parentesco es un requisito insoslayable. Sostuvieron que la ley no impone como requisito obligatorio la existencia de un hijo a estos fines, sino que el Registro lo hace a partir de la interpretación de la sentencia dictada en los autos “Marchetti”, donde se amplió el concepto de cónyuges admitiendo como tales a los concubinos que tengan hijos en común. Agregaron que la finalidad del instituto es la protección de la familia, independientemente de si ha habido o no descendencia y/o si sus miembros se han casado de acuerdo a la ley civil o no. Por último, añadieron que el proyecto de ley de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, que ha recibido media sanción de la Cámara de Senadores de la Nación, se hace eco de las formas actuales de familia y dispone de modo expreso como beneficiarios de este sistema a los convivientes. II.- El fundamento de la constitución de un inmueble como “bien de familia” radica en la protección de la vivienda familiar, excepcionándola del principio general según el cual el patrimonio de una persona responde por sus deudas. El artículo 43 de la ley 14.394 permite la afectación del inmueble como bien de familia en el supuesto de que los constituyentes resulten condóminos y requiere que para ello estos reúnan los requisitos previstos en el artículo 36. Esa norma dispone que: “El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas en los artículos 34 y 36 de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios (...). Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.” La ley define a la familia como “...la constituida por el propietario y su

cónyuge, sus descendientes y ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que conviven con el constituyente". Este concepto de familia sólo toma en consideración a la familia matrimonial, excluyendo de este modo a la familia de hecho. Ahora bien, la existencia del núcleo familiar sin correlación con las instituciones legales de matrimonio y parentesco es indiscutible como realidad fáctica; aun entendiendo que la familia sólo se halla reconocida, en derecho, en la medida de tales presupuestos. Por ello, excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues con aquella restricción se vulnera el principio de autonomía de la voluntad que resulta ser uno de los pilares sobre los que se asientan los derechos humanos y sus implicancias (Conf. Loyarte Dolores, en "Revista del Derecho Privado y comunitario, Bien de Familia", ed. Rubinzal -Culzoni, 2011-1, pág.501/510).Pues la finalidad del Bien de Familia no es sólo favorecer el fin social de la vivienda o unidad económica familiar, sino especialmente a la familia en sí misma. Por tanto, es a ésta como institución, y a todos los miembros que la componen en un pie de igualdad, a quienes va dirigido especialmente el beneficio de protección. Entonces, no hay razón alguna que justifique hoy la discriminación sobre el alcance de este último cuando la familia es de carácter convencional y no matrimonial. Mucho menos si la desigualdad se produce respecto del tipo familiar de hecho cuando no existen hijos en común (Conf. Loyarte Dolores- ob. cit. págs. 508/509).Por último, es relevante señalar en el caso de autos, que el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial define el concubinato como "la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo" (art. 509) y prevé la ampliación de los beneficiarios de este sistema -bien de familia-, incluyendo a los convivientes (art 246).Si bien no escapa al Tribunal que hasta tanto se sancione la norma, los jueces deben decidir conforme la normativa vigente, en el caso a estudio, en orden a la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la Constitución Nacional), esa tutela no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección, por parte del Estado. Pues como se señaló en la realidad, la convivencia en relación de pareja es una situación visible y clara que emerge en la actualidad como manifestación en la sociedad argentina. Por ello, dado que se encuentra acreditado que las partes conviven en aparente estado de matrimonio desde el año 1995, conforme surge de la información sumaria de fs. 11, así como del informe de la Obra Social OSTPBA, de donde resulta que "P. B. es afiliado a dicha entidad desde el 07/11/1994 teniendo y abonando cuota como familiar a cargo a A. L. M." (ver fs. 13), corresponde hacer lugar a la queja. Por todo lo expuesto, el Tribunal Resuelve: Revocar la resolución del Director General del Director del Registro de la Propiedad Inmueble, ordenándole que proceda a la inscripción del inmueble sito en la calle ..., bajo el régimen de Bien de Familia, en la forma solicitada, previo cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales que correspondan. Regístrese y notifíquese a los

peticionantes. Oportunamente devuélvanse las actuaciones al Registro de la Propiedad del Inmueble.-

La Dra. Mabel De los Santos no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 31 del RLJN – Ac. 34/77 y 12/04 de la CSJN). ELISA M. DIAZ DE VIVAR, FERNANDO POSSE SAGUIER

CASO 2

RESPONSABILIDAD EN EL HECHO DAÑOSO. DAÑOS Y PREJUICIOS. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Descripción del caso (2):

Un menor se electrocutó al trepar un cartel publicitario que no tenía la distancia reglamentaria en relación a los cables de alta tensión.

Sumarios:

1.- Cabe confirmar la sentencia que, ante la electrocución de un menor por trepar a un cartel que vulneraba la distancia mínima en relación al cableado de alta tensión, Se imputó a la víctima el 60% de responsabilidad en el hecho dañoso, el 30% a la empresa que pertenecía el cartel y el remanente a la empresa de electricidad.

2.- Aunque la debida atención de la madre del menor podría haber impedido el incidente, el mismo no habría ocurrido si el cartel hubiera tenido las apropiadas medidas de seguridad que imposibilitasen su ascensión, y además, hubiera sido colocado teniendo en cuenta las distancias reglamentarias en relación a la línea de media tensión que pasaba sobre el mismo (colocada al momento del montaje de la estructura publicitaria); descuido también imputable a la empresa concesionaria del suministro eléctrico por inobservancia del deber de seguridad.

3.- El artículo 15 de la Ley 11.769 enuncia que los agentes de la actividad eléctrica están forzados a conservar y manipular sus instalaciones y equipos de modo tal que no sean peligrosos para la seguridad pública y a cumplir con los reglamentos que prescriban la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control.

4.- En observancia del deber de seguridad, la empresa de electricidad debió inspeccionar que en la colocación del cartel se respetaran las distancias de seguridad entre la estructura y la línea eléctrica, como así también indicar a la empresa propietaria de la estructura que la misma posibilitaba el fácil acceso para las personas, tornándola peligrosa.

5.-Está acreditada la peligrosidad del anuncio publicitario debido a: su estructura de fácil ascensión; la ausencia de un contorno perimetral que de modo eficaz impidiera, o al menos obstaculizara el acceso al mismo; la falta de señales indicadoras de prohibición de acceso y; esencialmente, la colocación de la estructura vulnerando las normas de seguridad reglamentarias referentes a la distancia que debe existir entre el arista superior del cartel y las líneas conductoras de electricidad.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, de fecha: 19-dic-2014, S. L. y otro/a c/ M. P. s/ daños y perjuicios.

En la Ciudad de Azul, a los 19 días del mes de Diciembre de 2014 reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I-Doctores Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "S., S, L, Y OTRO/AC/ M, P, S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO) ", (Causa Nº 1-591142014), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Doctores BAGU-COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI .Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:-C U E S T I O N E S-1ra. ¿Es justa la sentencia de fs. 436/455 vta.? 2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?-V OT AC I O N-A LA PRIMERA CUESTION: el Sr. Juez Dr. Bagú dijo: I.-Contra la sentencia de primera instancia de fs.436/455 vta., se interponen los siguientes recursos de apelación:1) A fs. 462, apela NATIVA S.A. (compañía aseguradora de COOPELECTRIC) a través de su letrada apoderada Dra. Marina Alejandra Fal. A fs. 463 es concedido libremente, fundándose a fs. 510 y vta.; agravios que a fs.529/533 vta. obtienen réplica de la contraparte.2) A fs. 464 apela la parte actora a través de sus apoderadas Dras. Andrea Irene Imbrogno y Mónica E. Novack. A fs. 465 se concede libremente, fundándose a fs. 482/490 vta., obteniendo réplica de la codemandada COOPELECTRIC a fs. 516/522 vta., y del codemandado Alberto Martín a fs. 535/537.2) A fs. 464 apela la parte actora a través de sus apoderadas Dras. Andrea Irene Imbrogno y Mónica E. Novack. A fs. 465 se concede libremente, fundándose a fs. 482/490 vta., obteniendo réplica de la codemandada COOPELECTRIC a fs. 516/522 vta., y del codemandado Alberto Martín a fs.535/537.3) A fs. 466 apela la codemandada Coopelectric (a través de su letrado apoderado Dr. Adolfo Rocha Alonso). A fs. 467 se concede libremente, fundándose a fs. 492/503 vta., obteniendo réplica de la parte actora a fs. 529/533 vta.4) A fs. 468 apela el codemandado A., M, (a través de su apoderado Dr. Marcelo Alberto Bianco). A fs. 469 se concede libremente, fundándose a fs. 505/508, obteniendo réplica de la parte actora a fs. 524/527.A fs. 538 vta. se cursó vista a la Sra. Asesora de menores e incapaces, la cual fue contestada a fs. 543 y vta., llamándose autos para sentencia a fs. 545.A fs. 547 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver. II.-A modo de introducción resulta útil señalar que las presentes actuaciones se originaron en el accidente que tuvo lugar el día 14 de

noviembre de 2009. En dicha oportunidad, el menor K. D. D. se encontraba jugando al football con un grupo de amigos en una cancha "precaria" emplazada en el descampado ubicado en la calle N° 15 y ruta 226 de la ciudad de Olavarría. En un momento, y como parte del juego, comienza a treparse al cartel de publicidad de la empresa Martín Publicidad, que se encontraba montado por debajo de una línea eléctrica de media tensión, recibiendo una descarga eléctrica que lo despide de manera inmediata, ocasionándole los daños que se describen en el escrito inicial, por cuya reparación reclama la suma de \$ 300.000. Luego de sustanciado el expediente, la sentencia de grado imputa a la víctima el 60% de responsabilidad en el hecho dañoso, atribuyendo a la empresa M. P. el 30 % y a Coopelectric el 10% restante, reduciendo el monto pretendido a la suma total de \$ 36.000. Para así decidir, la anterior sentenciante consideró que cabía responsabilidad a la empresa propietaria del cartel puesto que su instalación antirreglamentaria, le confiere el nexo causal requerido entre el hecho y el daño; en tanto que extiende también dicha responsabilidad a Coopelectric por no haber cumplido con el deber de seguridad a su cargo respecto del tendido eléctrico. Por su parte, la responsabilidad de la víctima en el hecho, deriva de que el mismo -según expresa la anterior magistrada-, no habría acaecido si los padres del menor lo hubiesen resguardado de tales riesgos, impidiéndole permanecer solo o sin la presencia de adultos, en un predio peligroso o previniéndolo de los riesgos que tenía treparse al cartel o de acercarse a la ruta. La sentencia recibe los embates recursivos antes aludidos, cuyos fundamentos y réplicas -en lo medular-, se refieren a continuación. 1) Los agravios de NATIVA S.A.: Al fundar su recurso, la compañía aseguradora de COOPELECTRIC se limita a adherir a los argumentos de esta última; a lo que agrega que en caso de que la sentencia sea confirmada, se tenga en cuenta la medida del seguro, aplicándose en consecuencia los límites y franquicia que oportunamente denunciara en autos. 2) Los agravios de la parte actora: La actora expresa 5 agravios, los que a continuación se describen: A) Errónea interpretación de la responsabilidad parental: Al respecto, las apoderadas de la recurrente sostienen que el cumplimiento del deber de educación y vigilancia debe medirse teniendo en cuenta el nivel socio cultural de la actora, destacando que el barrio que habitan sus mandantes es muy precario, donde las calles son de tierra, las casas no cuentan con todos los servicios (gas, cordón cuneta, etc.), linda con la ruta 226 y además delimita el fin de la planta urbana y el inicio de la zona rural. Agregan que la madre de K. se encontraba con 4 hijos a su cargo y al momento del accidente estaba embarazada de 7 meses, mientras que el padre, por razones laborales, se encontraba fuera de la ciudad de Olavarría; señalando también que este tipo de terrenos baldíos constituyen el espacio de esparcimiento de niños que no cuentan con la posibilidad de concurrir a lugares especialmente preparados para ello. Tales circunstancias, sostiene, morigeran la exigencia de vigilancia esperada en un padre. En otro pasaje del desarrollo del agravio, indica que tanto padres como vecinos se encargaban de mantener a sus hijos fuera y alejados de la ruta 226 pero que no tenían conocimiento del peligro que representaba el cartel de publicidad por carecer de los conocimientos técnicos específicos sobre tendido de redes, reglamentaciones vigentes, etc. B) Desplazamiento de

prueba científica: Señala como sustento de este agravio que la magistrada dejó de lado las conclusiones de la perito psicóloga (pericia que no fuera impugnada por las partes), reemplazándolas por el informe de la institución educativa, concluyendo que el apartamiento del juez del informe pericial, si bien es válido, debe ser razonado. C) Omisión de las conclusiones del informe psicológico: Al desarrollar este agravio, profundiza acerca de las conclusiones de la perito psicóloga, en virtud de las cuáles -según entiende-corresponde indemnizar el daño psicológico sufrido tanto por la madre como por su hijo K.D) Contradicción en la interpretación de la prueba: En este punto, alude a una contradicción incurrida por la sentenciante respecto a la interpretación de la prueba que estaría dada por la mayor extensión que le dedica al tratamiento del deber de seguridad de la codemandada Coopelectric comparado con el que asigna a la responsabilidad parental, para luego, al momento de atribuir la responsabilidad, otorgarle mayor gravitación a la conducta de la víctima y deber de vigilancia de los progenitores, que a la de los codemandados por la instalación del cartel y falta al deber de cuidado. E) Errónea ponderación de los daños: La recurrente considera que la magistrada ha ponderado los daños en forma indebida. Ello así, pues -según sostiene-, al denegar el lucro cesante por falta de prueba, desconoce la situación de los trabajadores informales que no pueden acreditar sus ingresos. Por otra parte, manifiesta que la a-quo ha ponderado el daño estético sujetándolo al grado de incapacidad de la víctima, cuando -en realidad-, debió hacerlo teniendo en cuenta las cicatrices y la renguera que quedaron en el cuerpo de K. como consecuencia del accidente. En cuanto al daño moral, se agravia por entender que no se ha considerado el sufrido por los progenitores ocasionado por la situación familiar que debieron afrontar a partir del accidente. Se agravia también por la falta de consideración de la magistrada respecto del daño psicológico sufrido por K. y su madre, el cual fuera determinado y tarifado por la perito psicóloga designada en autos. Por último, objeta por bajos los montos indemnizatorios otorgados por la Sra. juez de grado. A fs. 516/522 vta.Coopelectric contesta los agravios de la actora. Los aspectos sustanciales de tal contestación son los siguientes:-Que los alambres que delimitan la propiedad privada donde se encuentra colocado el cartel no son precarios, sino los normales para este tipo de predios rurales.-Que desconocía la existencia misma del cartel y que no lleva registros del uso que se le da a los espacios públicos o privados aledaños a sus líneas. Que no tiene obligación de hacerlo.-Que su control se limita a las instalaciones riesgosas o peligrosas, o sea a aquellas que en una revisión visual y somera hacen prever en forma indudable que engendran un riesgo con potenciales daños a terceros.-Que aun cuando hubiera registrado la existencia del cartel, la revisión visual y somera que se realiza -siguiendo, según afirma el recorrido de las líneas en camioneta-, no hubiera arrojado en modo alguno una situación de peligro para la línea ubicada encima, teniendo en cuenta que el cartel se encontraba en propiedad privada, que la invasión del cartel era mínima y solo detectable con instrumentos de medición y aún detectada la infracción, en modo alguno hacía suponer riesgos para terceros.-Que era impensable la posibilidad de escalamiento del cartel con intención de tocar las líneas de electricidad.-Que no debe confundirse instalaciones antirreglamentarias con instalaciones

peligrosas.-Que la condición socio – cultural de los padres no constituye una excusa absoluta atendible del deber de vigilancia a su cargo respecto de su hijo menor.-Que el peligro no sólo estaba en la línea de electricidad sino también en la altura del cartel (6 mts.) al cual los padres según afirma la codemandada-permitieron que su hijo trepara.-Que la actora, en la demanda refirió que su hijo recibió la descarga eléctrica cuando se encontraba sobre el cartel a un metro del suelo; afirmación -según indica Coopelectric-tendiente a morigerar la enorme transgresión incurrida respecto al deber de cuidado de su hijo, pues quedó demostrado que el menor se encontraba en la cima del cartel, lugar hasta donde se le había permitido ascender con el riesgo de caída que ello traía aparejado.-Que desconocía que el lugar fuera usado como plaza de juegos y que el cartel fuera asimilable a los de trepar de las plazas convencionales.-Que el deber de seguridad y la única obligación en tal sentido la fija el art. 15 de la ley 11.769 que impone controlar instalaciones propias peligrosas, que de entre todas las existentes son aquellas que siendo antirreglamentarias suponen riesgo previsible de daños a terceros.-Que la distancia que fija la normativa específica entre el cartel y la línea, se considera "posición impracticable", lo que implica que dicha distancia se fija pensando que a ese lugar tendrán acceso los técnicos que colocan o desmontan el cartel, o los que lo reparan o mantienen, munidos de los elementos necesarios para su tarea; mientras que se considera "posición practicable" a la distancia que supone la presencia de transeúntes o personas no especialistas en la cercanía de la instalación. En este último caso, la distancia es mayor.-Que es la previsibilidad del daño lo que define si la instalación eléctrica es simplemente antirreglamentaria o peligrosa, y en este caso sujeta a la obligación de control; pero además define la existencia de relación de causalidad adecuada, y la existencia de imputabilidad de responsabilidad objetiva o subjetiva.-Que la obligación de seguridad existe, pero que es contractual, acotada y de medios, que cumplidas las normas que lo rigen, se puede saber con precisión y antes de cada evento el límite de las obligaciones y de la responsabilidad. En caso de incumplimiento, sólo puede engendrar responsabilidad subjetiva, por lo tanto, demostrada la diligencia, no hay responsabilidad.-Que la perito psicóloga se limita a transcribir los dichos de los entrevistados, teniéndolos por ciertos, descartando toda influencia de cuestiones ajenas al hecho de autos, como asimismo que el menor no posee afecciones o secuelas de ninguna clase y que lleva una vida normal. En cuanto al sentimiento de angustia de la madre, agrega que – de ser cierta-, se debe a que el hecho se produjo en su presencia, resultando esta la única responsable del mismo.-Que en este punto corresponde -tal como lo hiciera la anterior magistrada-ponderar el informe de la escuela donde docentes y directivos tienen un contacto diario y permanente de varias horas con el menor.-Que la conclusión de la pericia psicológica de que como consecuencia de la descarga eléctrica el menor sufrió el acortamiento de una de sus piernas, es falsa. La pericial médica -continúa diciendo la recurrente-, descarta tal afección destacando que la actora no posee secuelas físicas ni psíquicas, refiriendo solamente a una pequeña cirugía reparadora en la planta del pie. Se resalta en dicha experticia que el menor realiza actividad física normal y que también lleva una vida normal acorde a su edad.-Que la culpa

de la víctima (que supone la responsabilidad de los padres del menor), debe excluir en forma total la responsabilidad que se atribuye a su mandante.-Que considera que es correcto exigir la prueba del lucro cesante, como asimismo que el monto otorgado por tal concepto resulta elevado.-Que respecto al daño estético considera que no se han aportado pruebas que lo acrediten pues la renguera no existe y las cicatrices pueden ser reparadas con una pequeña operación.-Que la afección espiritual derivada de las cicatrices no se repara como rubro independiente sino que pertenece al daño moral.-Finalmente considera que el daño moral no debe prosperar, sin perjuicio de lo cual, la suma admitida resulta excesiva. A fs. 535/537 los agravios de la parte actora son respondidos por el codemandado A.M. Los aspectos sustanciales del responde son los siguientes:-Que las condiciones de vida de la familia no pueden ser tomadas en cuenta para deslindar la responsabilidad de los padres del menor, cuyo factor de atribución -según sostiene en base a un precedente de la SCBA-, es subjetivo donde para liberarse de responsabilidad los padres deben probar que han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos.-Que el hecho de vivir en cercanías de la ruta impone a los padres un mayor deber de cuidado, al tiempo que destaca la particular relevancia del hecho de que al momento del accidente, el menor se hallara bajo el cuidado de su madre.-Que el cartel de publicidad no admite otro uso más que al que está destinado, por lo que no puede ser asimilado a los juegos "trepadores" que se instalan en las plazas, máxime teniendo en cuenta que el lugar donde se encontraba emplazado el cartel no es una plazoleta de juegos.-Que los 6 mts. de altura del cartel constituyen una medida riesgosa para ser trepada incluso por un adulto, que permitir esa conducta por parte de un menor constituye una clara violación al deber de cuidado. -Que la jueza no se apartó arbitrariamente de la opinión de la perito psicóloga, sino que formó su convicción en base al testimonio brindado por la directora del colegio al cual asiste el menor por provenir de quien tiene un contacto más cercano y durante más tiempo con el niño. -Que los daños no han sido debidamente probados, incluso que los montos reconocidos por los rubros reclamados, resultan elevados. -Finaliza sosteniendo la improcedencia de indemnizar el daño moral de los padres del menor toda vez que la falta al deber de cuidado respecto de su hijo, tuvo alto nivel de participación en el hecho. 3) Los agravios de la codemandada Coopelectric: A fs. 492/503 vta. Coopelectric funda su recurso planteando 7 agravios que se resumen de la manera que sigue. El primero de ellos se refiere a la inaplicabilidad al presente caso de la ley de defensa del consumidor. Al respecto, sostiene el recurrente que no estamos en presencia de una relación de consumo, requisito imprescindible para que resulte de aplicación la normativa citada, pues en el lugar donde se produjo el evento, no sólo no se estaba desarrollando consumo alguno, sino que tampoco puede considerarse al menor comprendido en la figura del "bystander" que es aquel -según expresa la codemandada-, que se encuentra de cualquier manera expuesto a una relación de consumo. Por tal motivo, considera que no es de aplicación el deber de seguridad -entendida como obligación de resultado y capaz de producir responsabilidad objetiva-, a cargo del proveedor del servicio eléctrico. El segundo agravio se refiere a los alcances de la responsabilidad objetiva. En este sentido expresa la apelante que es

incorrecto considerar de aplicación el art. 1113 del C.C. imputando responsabilidad objetiva al dueño o guardián de la cosa riesgosa (en el caso, la electricidad) y, al mismo tiempo, incluir en el análisis las conductas u omisiones que le caben al dueño, su culpa o negligencia. El tercero, se refiere a la falta de consideración por la a-quo de la eximente total de responsabilidad objetiva por culpa de la víctima (con la correlativa responsabilidad de los padres por tratarse de un menor). Sostiene que a pesar de la mínima responsabilidad que se le atribuye, la sentencia carece de todo análisis de las razones por las cuáles se llegó a tal conclusión. Entiende que la eximición de responsabilidad debió ser total puesto ha quedado demostrado que el evento ocurrió en propiedad privada, donde el menor accedió sin autorización del propietario y estando bajo la custodia de su madre, subió al cartel con un elemento conductor y con el objetivo de tocar la línea eléctrica a más de 6 mts. de altura. El cuarto agravio se centra en el supuesto incumplimiento del deber de seguridad, la falta de detección de la ubicación antirreglamentaria del cartel respecto de la línea eléctrica y su verdadera implicancia jurídica. Se agravia en cuanto la sentencia considera que Coopelectric ha incumplido su deber de seguridad y que por considerar dicho deber una obligación de resultados, engendra responsabilidad objetiva. Deber que encuentra su fuente en la ley de Defensa del Consumidor. Al respecto considera que su deber de seguridad tiene fuente contractual derivado de la concesión y que el mismo constituye una obligación de medios, por lo que generará responsabilidad subjetiva. Agrega que las instalaciones antirreglamentarias pero no peligrosas, no forman parte de su deber de seguridad y que de todas maneras, su incumplimiento no genera responsabilidad alguna por no tener adecuada relación de causalidad con el daño. Sigue expresando que la sentencia confunde la causalidad física o material con la causalidad jurídica. Entiende el recurrente que para determinar la causa de un daño se debe hacer un juicio de adecuación a la luz de los hechos de la causa; habrá que preguntarse -sostiene-si la acción u omisión del presunto agente -en abstracto-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Como consecuencia, concluye que la sentencia tuvo por acreditada una relación de causalidad inexistente entre el daño y la omisión de la cooperativa eléctrica, que no tienen entre sí la relación de adecuación necesaria; y agrega que la omisión para ser jurídicamente relevante debe estar unida a un daño previsible según el curso normal de los acontecimientos, lo cual nunca pudo ocurrir en el caso de autos pues aun cuando hubiera sido detectada por Coopelectric la ubicación antirreglamentaria del cartel, en modo alguno podría hacer presumir el daño a alguien que necesariamente debió trepar a gran altura con el objetivo de tocar el cable de 32.000 volt. Por otra parte -sigue diciendo el recurrente-, la falta de relación causal se ve reforzada por el hecho de que la distancia entre la línea eléctrica y el cartel, fijada por la normativa es considerada "impracticable", lo que significa que la distancia de seguridad está pensada para instalaciones a las que no acceden más personas que los técnicos a los fines de la instalación, mantenimiento, reparación y desarme de la estructura; destacando que la infracción de 38 cm en la distancia de colocación del cartel, ni siquiera resulta riesgosa para los especialistas.

Prueba de ello es que el cartel fue montado, mantenido, reparado y desmontado en infracción sin evento dañoso alguno para los operarios que realizaron tal actividad. Como quinto y fundamental agravio, la codemandada objeta el deber de seguridad a la luz del contrato de concesión y de la ley de Defensa del Consumidor. Al respecto, sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos sistemas de responsabilidad civil autónomos y diferenciados: el subjetivo (dolo o culpa) que gira en torno a los arts. 1109 y 1072 del C.C. y el objetivo (art.1113 del C.C.). Por tal motivo encuentra equivocado que de una conducta incumplida se derive una imputación objetiva de responsabilidad, y a la inversa que la propiedad o guarda de la cosa riesgosa origine reproche subjetivo por dolo o culpa, tal como -según afirma-, se desprende de la sentencia en crisis. El apelante considera que su conducta omisiva respecto del control de la colocación del cartel, no guarda relación de causalidad adecuada con el hecho dañoso, ni constituye una conducta dolosa o culposa, y tampoco la propiedad de la cosa riesgosa es capaz de originar responsabilidad objetiva por el claro eximente de responsabilidad existente. Sostiene Coopelectric que sobre ella pesa un deber de seguridad limitado que deriva de la ley provincial que rige las concesiones eléctricas municipales. En apoyo de sus dichos transcribe el art. 15 de la ley 11.769 que reproducimos también aquí: "Los agentes de la actividad eléctrica están obligados a mantener y operar sus instalaciones y equipos de manera tal que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública y a cumplir los reglamentos que dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control, en el marco de sus respectivas competencias. El Organismo de Control procederá periódicamente a la revisión, inspección, a la producción de pruebas a fin de verificar el cumplimiento de estas obligaciones, pudiendo ordenar la suspensión del servicio, la reparación o el reemplazo de instalaciones y equipos o cualquier otra medida tendiente a proteger la seguridad pública". El recurrente interpreta que esta obligación de seguridad pesa sobre instalaciones propias, no así de terceros, y que en todo caso, de esa norma surge que debe detectar cuándo sus instalaciones se convierten en un peligro para terceros, ya sea por el estado de sí mismas no por la influencia de instalaciones de otros, a lo que agrega que una instalación antirreglamentaria no significa que necesariamente sea peligrosa. Sostiene que la instalación del cartel era antirreglamentaria pero no peligrosa porque nada hacía prever la ocurrencia del daño que se reclama; más aun teniendo en cuenta que la estructura se encontraba en propiedad privada lo que hace suponer que nadie ingresaría y que la distancia (38 cm) entre el cartel y la línea de electricidad se considera como "posición impracticable", esto es, sólo accesible por personas experimentadas. Por tales razones entiende que la normativa que regula la concesión no impone la obligación de detectar toda instalación antirreglamentaria, sino solo aquella que hace peligrosa la línea eléctrica propia en resguardo de terceros. En este punto transcribimos un pasaje de los agravios que el propio recurrente destaca en letra negrita y subrayada, que resume su posición. Sostiene Coopelectric: ". Tal como se dijera, mi mandante no tenía registros de la existencia del cartel, ni tampoco conocía que el lugar fuera plaza de juego de niños, ni pudo detectar visualmente la infracción mínima existente. Pero aun cuando hipotéticamente

todo ello hubiera acontecido, mi mandante nunca hubiera considerado peligroso el emplazamiento, porque el escalamiento de un menor es un hecho absolutamente imprevisible que impide suponer la peligrosidad". En cuanto a la ley de Defensa del Consumidor, entiende que no es de aplicación al caso que nos ocupa, pero aun cuando tales normas resultaran de aplicación, estaríamos en presencia de una obligación de medios y no de resultado. El sexto agravio, lo constituye la falta de consideración de la sentenciante de la imprevisibilidad del daño como eximente de responsabilidad subjetiva. Reitera que el hecho de que un menor escale un cartel es tan inconcebible y extraordinario, que supera absolutamente toda imaginación y previsión, por lo que al no existir instalación peligrosa, riesgo o daño previsible, no le cabe responsabilidad alguna. El séptimo y último agravio, está dado por la orfandad probatoria de los daños fijados en la sentencia, los que considera infundados y elevados. Al contestar los agravios a fs. 529/533, la parte actora manifiesta: -Que en el caso de autos se configura una relación de consumo, sosteniendo -siguiendo a Lorenzetti-, que la relación de consumo debe ser definida de modo que abarque toda las situaciones posibles en la que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar, cuando es dañado por un ilícito contractual. el derecho del consumidor debe comprender todas las situaciones posibles. Siguiendo estos lineamientos considera al menor un consumidor y a la codemandada como proveedora (del servicio eléctrico). - Que no son atendibles las causas exoneratorias que opone Coopelectric a la atribución de responsabilidad objetiva. Así, luego de encuadrar el hecho dañoso en el segundo párrafo primera parte del art.1113, destaca que la co accionada no demostró su falta de culpa en el acaecimiento del evento dañoso, antes bien, está faltando al deber de seguridad a su cargo y al de velar por el bien público y a sus obligaciones como cooperativa. Agrega que la actividad recreativa que desarrollaban los niños en el predio donde se encontraba instalado el cartel, era notoria y habitual, tanto que hasta tenían un profesor de football. -Que la responsabilidad del menor y la correlativa de sus padres debe ser analizada en el contexto social en que se desenvuelven, teniéndose en cuenta que el mayor riesgo considerado por los padres de K. siempre fue la ruta lindera al barrio. Sostiene que los padres del menor no lo desprotegieron, sólo le dieron permiso para que saliera durante la tarde a jugar al lugar de esparcimiento del barrio. Sigue diciendo que la conducta del niño no fue más que una travesura y que si el acceso al cartel y la zona de cables hubiese estado cercado con mecanismos de seguridad que imposibilitaran el acceso, seguramente el accidente no habría ocurrido. Asimismo, expresa que el menor trepó al cartel inocentemente desconociendo el peligro, y que no podría pretenderse que éste -a esa edad-, conociera los riesgos de la electricidad ni que los padres tuviesen conocimientos especiales en el tema. -Que -contrariamente a lo sostenido por Coopelectric-, el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, toda vez que la misma deriva de la obligación genérica de no dañar a otro, a lo que agrega que quien explota una actividad y se aprovecha de sus beneficios, debe responder por los riesgos que con ella introduce en la sociedad (riesgo provecho). -Que la interpretación que la codemandada Coopelectric realiza del art. 15 de la ley 11.769 carece de sentido, por cuanto en 10 años de existencia del cartel, la

empresa de electricidad no cumplió con los deberes citados en dicha norma. -Finalmente, refuta la pretendida orfandad probatoria de estas actuaciones.

4) Los agravios del co demandado A.M.: El co demandado M., expresa 3 agravios. El primero de ellos, cuestiona la sentencia en lo que respecta a la mecánica de los hechos, toda vez que -según expresa el recurrente-, la hipótesis que la sentencia tiene por válida para asignar las responsabilidades no encuentra sustento en las pruebas producidas en autos. El segundo agravio, se relaciona con la adjudicación de responsabilidad. Al respecto sostiene que instaló el cartel en un predio de propiedad privada, dentro de un espacio cercado y que por ende no puede atribuírsele responsabilidad si los niños pasan el alambre, máxime teniendo en cuenta que su empresa posee domicilio en la ciudad de Rosario a 500 km. de Olavarría (lugar donde ocurrió el hecho). Agrega que no violó sus deberes de cuidado. Sigue diciendo que está claro que M. P. no instaló el cartel como escalera, ni autorizó su uso para treparse. Que por tratarse de un menor, la culpa del hecho debe recaer en forma excluyente sobre sus padres. Teniendo en cuenta la casi imposibilidad de la ocurrencia del hecho en las condiciones de instalación del cartel y la forma en que el hecho se habría producido, solicita que se establezca la culpa excluyente de la víctima o, en su caso, que se minimice el porcentaje de responsabilidad que le corresponda. El tercer agravio, apunta a la prueba del daño y a la valoración efectuada en la anterior instancia. Destaca que sólo ha sido probada una mínima consecuencia en la planta del pie derecho (informe pericial del Dr. Soriani), mientras que los demás rubros reclamados no han podido ser acreditados. Particularmente se agravia del lucro cesante reconocido a la parte actora que tampoco ha logrado probar los extremos que invocara en la demanda. En cuanto al daño moral, el mismo es considerado excesivo; al tiempo que entiende que la sentencia resulta incongruente al referirse al daño estético por el que otorga una indemnización de \$ 20.000, luego de reconocer que no debe ser reparado en forma autónoma y que las lesiones sufridas resultan irrelevantes. Al contestar los agravios a fs. 524/527, la parte actora expresa que no existe la referida orfandad en la sentencia en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos puesto que la misma hace una descripción positiva y precisa basándose en prueba científica. Destaca también que se encuentra descartado que el menor tuviera un elemento conductor pues de haber sido así, la descarga habría acabado con su vida. En cuanto a la atribución de responsabilidad y el porcentaje de la misma, manifiesta que la distancia a la que se encuentra el domicilio de la empresa demandada (500 km) del lugar del hecho, no morigera la responsabilidad objetiva ni el deber de seguridad a su cargo. Los argumentos siguientes, no son más que reiteración de los expuestos al expresar agravios. En respuesta al tercer agravio, la actora señala que el daño estético se ve configurado por las cicatrices que presenta K. y con la renguera que le quedara como consecuencia del accidente. En lo atinente a las condiciones laborales e ingresos del Sr. D. (padre del menor), vuelve a mencionar que el mismo se desempeñaba como albañil de manera informal y que para subsistir mientras duró la recuperación de K. debió recurrir a la ayuda económica de familiares y amigos puesto que tuvo que dejar de trabajar para dedicarse al cuidado de sus otros 4 hijos. Finalmente, destaca

que -excepto en lo que respecta al quantum-, la sentencia resulta acertada en lo que al daño moral concierne. Por su parte, la Asesora de Menores e Incapaces al contestar la vista que le fuera conferida, a fs. 543 y vta. considera que el porcentaje de responsabilidad de las codemandadas debe ser elevado en tanto el alambrado que corre paralelo a la línea de electricidad fue instalado con posterioridad al evento y que la instalación del cartel en cercanías de la mencionada línea lo convertía en una cosa riesgosa. III.- De las posiciones expuestas por las partes en sus expresiones de agravios y sus contestaciones, podemos extraer 4 cuestiones medulares para la resolución del caso que nos ocupa, que consisten en la determinación de: 1) si resulta de aplicación la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, 2) el factor de atribución de responsabilidad, 3) la existencia de culpa de la víctima y su incidencia en el resultado dañoso, y 4) los rubros indemnizatorios y el quantum de los mismos. Seguidamente entonces, realizaré un análisis de tales cuestiones en el orden indicado en el párrafo anterior. 1) La aplicación de la ley de Defensa del Consumidor: Recordemos para comenzar que la sentencia de grado atribuye a las demandadas responsabilidad objetiva derivada del art. 1113 2da. parte in fine del C.C. y -respecto de Coopelectric-, del deber de seguridad que acompaña a la relación de consumo. Esta atribución de responsabilidad por aplicación de la ley 24.240, nos lleva a indagar sobre el origen de la misma con particular atención -claro está-, a la situación que se plantea en autos. Así, el artículo 1º de la mencionada ley - en lo que aquí interesa-, dispone que ".Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo." (el destacado me pertenece). En el artículo siguiente (2º), la ley 24.240 define a la relación de consumo como ".el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario." Fulvio G. Santarelli -con cita de Mosset Iturraspe-, refiriéndose a la figura del Bystander, explica que la legitimación lata de todo aquel que se encuentre expuesto a una relación de consumo, tiene raíces en concepciones que procuran alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes (Fulvio G. Santarelli, en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada" dirigida por Picasso y Vázquez Ferreyra, Ed. La Ley, T. I, pág. 52, comentario al art.2º).n Analizando la legitimación en vistas a la reparación de daños, Santarelli opina que ".la interpretación lata no parece recomendable, ya que el sistema nacional carece de una normativa integral de responsabilidad por producto; adolece de una definición de producto elaborado, no existe la premisa del "ingreso del producto en el mercado", entre otros conceptos que el derecho comparado ha construido para identificar la responsabilidad del proveedor de bienes y servicios por los daños causados por aquellos. El art. 40 de la presente ley, dista mucho de constituir un sistema tal como el apuntado. Por otra parte, "la exposición a una relación de consumo" en rigor no constituye ninguna regla de legitimación, legitima a

todos frente a un daño cuya causalidad se acredite ocasionada por algún objeto, actividad o cosa que pueda ser denominada "producto"; claro está sin que tal término encuentre precisión en alguna fuente del sistema jurídico". Con todo -continúa el autor-, ".debe anticiparse que la tendencia es hacia la aplicación lata de la legitimación de que se trata, tal como el Máximo Tribunal lo ha demostrado en el caso "Mosca, Hugo c/ Pcia. de Buenos Aires" del 6 de marzo de 2007 en donde se reconoció la legitimación al actor que sin ser parte de una relación de consumo (espectáculo deportivo) se vio expuesto a ella sufriendo lesiones por las cuales se responsabilizaron a los organizadores del evento". Se decía en el citado caso "Mosca." que " el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el periodo precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales". El límite -que surge del fallo mencionado en el párrafo anterior- a esa atribución objetiva de responsabilidad, está dado por la vinculación inmediata de los hechos con el accionar del organizador (en el caso mencionado), o del proveedor del servicio eléctrico en nuestro caso, y en la previsibilidad de los mismos. En la misma dirección Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli sostienen que en el contexto normativo actual, la obligación de seguridad puede existir con independencia de la celebración de contrato alguno cuando pueda identificarse una relación de consumo. En este último supuesto -agregan-, su estructura desborda su consideración como mero deber de protección, anexo a la prestación principal, para asumir el carácter de una obligación autónoma de fuente legal, derivada del principio informador emergente de la cláusula constitucional de protección de los consumidores (Carlos A. Hernández – Sandra A. Frustagli, en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada" dirigida por Picasso y Vázquez Ferreyra, Ed. La Ley, T. I, pág. 77, comentario al art. 6º). Siguen diciendo los autores citados que, la noción de relación de consumo determina el ámbito en el cual puede identificarse la actuación de la obligación de seguridad, de modo que será exigible cuando aquélla sea reconocida, la que se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la propia ley 24.240, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual, puesto que -en el marco de la normativa de defensa del consumidor-, se prioriza la noción de relación por sobre la de contrato a fin de incluir todas aquellas situaciones fácticas en las cuales las personas quedan expuestas a las prácticas y comportamientos empresariales desplegados en el mercado de bienes y servicios (ob. cit. pág.77). En la obra que venimos mencionando, Hernández y Frustagli destacan con lucidez la ampliación del ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor a partir de la reforma introducida por la ley 26.361. En un párrafo que transcribimos en honor a su claridad, expresan los autores: "Así, la ley 26.361 amplía el radio de aplicación hacia quienes se encuentran "expuestos a una relación de consumo", expresión que tiene connotaciones

significativas en orden a la seguridad. Semánticamente, "expuesto" deriva del verbo exponer, una de cuyas acepciones significa poner algo en contingencia de perderse o dañarse -conforme el Diccionario de la Real Academia Española-. Con ese entendimiento aquel sujeto que se sitúa frente a un peligro derivado de una relación de consumo, o que resulte efectivamente afectado, se verá beneficiado con la aplicación de la ley 24.240. En definitiva, se trata de un problema de determinación de beneficiarios del régimen de responsabilidad por defectos de seguridad de bienes y servicios." (Hernández -Frustagli, ob. cit. pág. 78). Y agregan, reforzando y esclareciendo aún más los argumentos que vienen desarrollando que: "En el Derecho comparado, las legislaciones más avanzadas evidencian similar apertura, incluyendo como beneficiarios de tutela no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a toda víctima. En esa línea, la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, legitima expresamente a todo "perjudicado" (art.4), en tanto que el Código de Defensa del Consumidor de Brasil señala, en el artículo 17, que "Para los efectos de esta sección [Responsabilidad por el hecho del producto o del servicio] se equiparan a los consumidores todas las víctimas del evento". Al respecto, Lima Márquez expresa categóricamente que ". basta ser víctima de un producto o servicio para ser privilegiado con la posición de consumidor legalmente protegido por las normas de responsabilidad objetiva por el hecho del producto presentes en el Código de Defensa del Consumidor" (ob. cit. págs. 78/79) Consecuentemente, el acreedor de la obligación de seguridad, es determinable en tanto sujeto potencialmente afectado o expuesto a un riesgo. Por otra parte, es dable señalar -como lo hacen los autores citados-, que el contenido de la obligación de seguridad, en el marco de las relaciones de consumo, constriñe al deudor a incorporar al mercado productos y servicios seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor. De lo que se trata es de concretar una garantía de inocuidad de los productos y servicios, de asegurarle al consumidor que de su correcta utilización o consumo, mediante instrucciones y advertencias claras y veraces no lo colocará en riesgo ni le ocasionará daños (con cita de Graciela Lovece, Hernández - Frustagli, ob. cit. pág.79). Tras el desarrollo que antecede, estamos en condiciones de afirmar que a los efectos de determinar la responsabilidad de Coopelectric, resulta de aplicación la ley de defensa del consumidor, pues claramente la víctima se vio expuesta a una relación de consumo, es decir, a la práctica y comportamiento de la cooperativa proveedora del servicio eléctrico. Admitido lo cual, seguidamente debemos determinar el alcance del factor de atribución de tal responsabilidad y las consiguientes causales exonerativas (puntos 2 y 3 de los cuatro consignados al comienzo de este acápite). 2) El factor de atribución: En esta materia, encontramos por un lado a quienes si bien reconocen que en el ámbito de las relaciones de consumo la obligación de seguridad generalmente es de resultado, admiten que por excepción sea de medios (Pizarro, Ramón Daniel y Ricardo Lorenzetti, entre otros); y por el otro, a los que entienden que el estatuto de defensa del consumidor estructura una órbita especial de responsabilidad, una de cuyas características es la de ser objetiva (Carlos A.

Hernández, Sandra A. Frustagli, Sebastián Picasso, entre otros). Sostienen estos últimos autores que la responsabilidad objetiva emergente de la obligación de resultado surge de los supuestos del art. 5º de la LDC y de otros deberes a cargo del deudor tales como de advertencia, subsanación, sustitución, retiro y recupero del producto. Sin embargo, el propio Picasso -comentando el fallo de la CSJN en autos "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A." del 22/4/08-, destaca el criterio amplio del Máximo Tribunal Nacional al analizar los alcances de la obligación de seguridad. Señala el autor que la Corte Nacional al aclarar que "en el caso" (refiriéndose a "Ledesma.") la violación de la obligación de seguridad genera responsabilidad objetiva, deja traslucir que la solución podría variar en otros supuestos regidos por normas diferentes. Esta prevención -agrega Picasso-, nos confirma que, en el criterio de la Corte, la obligación de seguridad que dimana del art.42 de la Constitución Nacional puede articularse con distintos alcances según los supuestos, dependiendo también de normas infraconstitucionales que resulten aplicables a cada uno de ellos (Picasso, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", L.L. 2008-C, 562). En la misma senda se ubicó el voto del Dr. Roncoroni en la causa C. 85.552, "Andrade de Elgart y otros c/ Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda. s/ daños y perjuicios" del 22/8/07. Allí, el magistrado -luego de señalar que una línea portadora de energía es una cosa riesgosa per se, aun cuando la misma se encuentre instalada y mantenida respetando estrictamente las normas de seguridad pues en función de su naturaleza, o según su modo de utilización, generan amenaza a terceros-, expresaba que la obligación de seguridad siempre integra el elenco de prestaciones debidas por el concesionario, ya fuere que su fuente se encuentre en la ley, el contrato de concesión, el contrato de distribución o suministro de electricidad o la relación de consumo, según las posturas que se adopten al respecto. Dicha obligación de seguridad -continuaba diciendo en su voto el Dr. Roncoroni-, puede describirse como la obligación, en virtud de la cual, el concesionario que presta el servicio eléctrico, debe velar porque ni los vicios, defectos u omisiones de las líneas portadoras y distribuidoras de la energía, ni el riesgo per se resultante de la naturaleza misma de ella, ni los que surjan o "pongan" en juego las acciones u omisiones de terceros o el obrar de la naturaleza, en determinadas y multivariadas circunstancias, causen daños a las personas o a los bienes. Y, adentrándose luego en la categorización de las obligaciones como de "medios" o de "resultado", citaba a Vázquez Ferreyra en estos términos "Creemos que la solución está en el criterio de lo aleatorio. Si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios. Si en cambio, lo normal es que un mínimo de cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad será de resultado. De ahí que lo aleatorio del resultado constituye el criterio de distinción que deberá ser apreciado en cada caso concreto" (conf. Vázquez Ferreyra, R., "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en la ley de contrato de trabajo", Ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, pág. 120/122). Citando también la obra de Alterini - Ameal y López Cabana, agrega el magistrado que estas

categorías ".han sido explicadas a partir de la distinción entre el objeto de la obligación (el bien sobre el cual recae la expectativa del acreedor) y su contenido (la conducta o comportamiento del deudor tendiente a satisfacer aquella expectativa). Se advierte sin esfuerzo que la prestación -la conducta debida-es siempre un medio y el objeto es siempre un resultado, aludiéndose a obligaciones de resultado cuando la consecución del objeto obligacional depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor y a obligaciones de medio cuando depende también de diversas circunstancias, más o menos complejas -previsibles o no-que tornan a ese resultado aleatorio y son externas a la conducta debida" (conf. Alterini -Ameal y López Cabana, "Derecho de Obligaciones", Abeledo Perrot, 1995, pág.500 con cita referida a Zannoni). Es en este contexto donde habrá de analizarse el alcance de la obligación de Coopelectric. Veamos: Está probado y reconocido por la propia codemandada Coopelectric que la instalación del cartel de publicidad era antirreglamentaria, por no respetar la distancia requerida por la legislación vigente entre la parte superior de la estructura y la línea de conducción eléctrica. Esa distancia, bueno es destacarlo, constituye una medida de seguridad prevista por la ley, por lo que su observancia en modo alguno puede resultar discrecional, ya sea para el dueño de la estructura como para el proveedor del servicio eléctrico. Por otra parte, el artículo 15 de la ley 11.769 que la compañía eléctrica transcribe al fundar sus agravios, expresa que los agentes de la actividad eléctrica están obligados a mantener y operar sus instalaciones y equipos de manera tal que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública y a cumplir los reglamentos que dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control. De modo que en el caso en análisis, el deber de seguridad a cargo de la compañía de electricidad, deriva tanto de la Ley de Defensa del Consumidor como de la citada ley 11.769. En cumplimiento de dicho deber de seguridad, Coopelectric debió controlar que en la colocación del cartel se respetaran las distancias de seguridad entre la estructura y la línea eléctrica antes referidas, como así también advertir a la empresa propietaria de la estructura que la misma resultaba de fácil acceso (escalamiento) para el común de las personas, tornándola potencialmente riesgosa. Si bien es cierto, y no escapa a la apreciación de este Tribunal que una mínima diferencia de medidas puede resultar imperceptible al ojo humano, no lo es menos que el adecuado control exige algo más que una mera inspección ocular. En efecto, desde el punto de vista del control, la instalación de un cartel de publicidad, puede dar lugar a las siguientes situaciones: 1) La empresa propietariadel cartel de publicidad informa a la compañía eléctrica su intención de instalar el cartel debajo de una línea de media tensión, oportunidad en que ésta última debe brindar la información, asesoramiento y control acerca de las medidas de seguridad requeridas por la legislación; o 2) Advertida por parte de la empresa de energía la presencia del cartel, ésta constata el cumplimiento de las medidas reglamentarias y, en caso de comprobar alguna irregularidad, solicita a la propietaria de la estructura, la adecuación de la misma o bien su relocalización. Ninguna de las alternativas descriptas se produjo en el caso que nos ocupa. El cartel se instaló debajo de la línea conductora de electricidad sin previo anoticiamiento a la compañía eléctrica y ésta ni siquiera reparó en dicha circunstancia; la

cual -según surge del expediente-, data de 10 años. Huelga aclarar aquí que la amplia extensión del tendido eléctrico, no puede constituirse en un motivo serio para justificar la falta de control por inadvertencia de un cartel de publicidad 6 mts. de alto, por 11 mts. de ancho, ubicado a la vera de la transitada ruta provincial 226. Por lo demás, y abordando la cuestión acerca de la naturaleza de la obligación de seguridad (de resultado o de medios), considero que en el caso, la obligación de seguridad de la Cooperativa eléctrica asume las dos variantes. Es de resultado respecto de la inocuidad que debe presentar el cableado frente a terceros a partir del respeto de la distancia -exigida por la legislación vigente-, que debe existir entre la parte superior del cartel y la línea de electricidad. Y de medios en lo que se refiere a la actitud diligente de advertir a la empresa de publicidad acerca de la peligrosidad de la estructura debido a su fácil acceso y escalamiento. Arribo a tal conclusión a partir de la ya mencionada descripción de la obligación de seguridad a cargo del concesionario del servicio eléctrico que realizara el Dr. Roncoroni en su voto en la causa "Andrade." donde extiende la misma a los riesgos que surjan o pongan en juego las acciones u omisiones de terceros o el obrar de la naturaleza, en determinadas y multivariadas circunstancias que causen daños a las personas o a los bienes; descripción que se complementa con la incidencia del también aludido factor aleatorio en el resultado dañoso para determinar si la obligación es de medios o de resultado. En este contexto, advertimos que la obligación de seguridad -considerada desde sus dos vertientes-, se halla incumplida toda vez que por un lado tenemos que la instalación del cartel no cumple con la distancia reglamentaria entre su parte superior y la línea eléctrica (obligación de resultado a cargo de Coopelectric), y por el otro, que la compañía de electricidad no sólo no advirtió a la empresa M. P. de la peligrosidad del cartel (obligación de medios), sino que admitió no tener siquiera conocimiento de la instalación del mismo que además de sus dimensiones, se encontraba emplazado en un lugar -reitero- de gran exposición pública (adyacencias de la ruta provincial 226 en cercanías del casco urbano). A modo de aclaración, y con la finalidad de despejar eventuales dudas interpretativas, considero oportuno destacar que si bien en el citado caso "Andrade de Elgart." la compañía eléctrica fue eximida de responsabilidad y en estos obrados es condenada conjuntamente con la empresa de publicidad, tal diferencia de resultados obedece a cuestiones fácticas probadas en uno y otro caso, lo cual no obsta a que ambos supuestos compartan los mismos argumentos jurídicos acerca de la legislación aplicable, tipo y alcance de las obligaciones a cargo de la cooperativa y factor de atribución. Expuesto lo anterior, en este punto me detengo a señalar que a pesar del esfuerzo puesto de manifiesto por el apoderado de la compañía eléctrica en el desarrollo de cálculos y consideraciones tendientes a persuadir de que la víctima no pudo ser alcanzada por el arco voltaico sin la utilización de un elemento conductor, al contestar el pedido de explicaciones, la presentación del perito de fs. 384/85 da cuenta de la efectiva posibilidad del acaecimiento del siniestro en cuestión sin elemento alguno que lo facilitara. Allí, el experto expresaba que la distancia entre la línea eléctrica y el borde superior del cartel era de 1,427 metros y que el arco voltaico sólo pudo producirse a no más de 21 cms de la línea de electricidad, por lo que el campo

de no riesgo de descarga eléctrica entre el cartel y dicha línea era de 1,21 mts. Luego, tomando la altura del menor al momento del hecho (1,24 mts), el perito explica que para mantenerse erguido K. debió pararse de modo que sus rodillas quedaran por debajo de la cima del cartel, lo cual -según el profesional-, reduce su talla en 40 cm, pero que la misma aumenta en 50 cm al estirar su brazo y ponerse en puntas de pie, lo que arroja una altura de 1,34 mt sobre la línea superior de la estructura. De modo que si tenemos en cuenta que la zona de no riesgo de electrocución era de 1,21 mt y el menor -en las condiciones descriptas por el perito-sobrepasaba el cartel en 1,34 mt podemos concluir que bien pudo ser alcanzado por el arco voltaico sin necesidad de contar con ningún elemento conductor. La única objeción formulada por el apoderado de la cooperativa a tales mediciones, se limitó al largo del brazo estimado por el perito. Sostuvo el letrado que a los 50 cm que medía el miembro superior, debía descontarse la altura de la cabeza (20 cm), quedando de esta manera reducida a 1,14 mt la altura del menor por encima del cartel. Sin embargo, si tomamos en cuenta que -como señaló el experto-K. pudo ponerse en puntas de pie, como asimismo la mayor longitud promedio del miembro superior informada por el Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan P.Garrahan (fs. 404) de 53 cm, concluimos que el niño pudo ser alcanzado por el arco voltaico sin necesidad de elemento alguno. En efecto si a la altura de K. (1,24 mt) le descontamos los 40 cm del cuerpo que queda por debajo de la línea superior del cartel obtenemos una altura de 84 cm por sobre el mismo, a la cual le debemos adicionar 33 cm por la extensión del brazo derecho (largo del brazo 53 cm menos 20 cm ocupados por la cabeza), lo que nos coloca en una altura de 1,17 mt. por arriba del cartel, a la que a su vez deben agregarse los cm ganados por la posición de K. (puntas de pie según apreciación del perito ingeniero), sobrepasando de esta manera el área de seguridad para invadir el campo abarcado por el arco voltaico de la línea de media tensión. Cabe señalar aquí que de haberse respetado la distancia reglamentaria de 1,8 mt entre el cartel y la línea, K.-en la situación descrita en los párrafos que anteceden-, no habría quedado expuesto a la acción del arco voltaico. Sin perjuicio de lo expuesto, es del caso mencionar también que no ha quedado demostrado en autos que la víctima llevara un elemento conductor de electricidad que facilitara el acaecimiento del hecho, de modo que no puede sostenerse que aun cuando se hubieran tomado todas las medidas de prevención posibles (que como se dijo, no se adoptaron), el suceso habría ocurrido igualmente. De todas maneras, el hecho de haber contado el menor con un elemento conductor de electricidad, sólo sería relevante para justificar que su conducta resultó factor exclusivo en el acaecimiento del hecho dañoso, si se hubiese cumplido con la distancia reglamentaria entre el cartel y la línea eléctrica antes mencionada. En cuanto a la "posición impracticable" del cartel respecto de la línea de electricidad a la que alude la codemandada para eximirse de responsabilidad, debo decir que la misma obedece a una clasificación que trae la reglamentación de líneas aéreas exteriores de media y alta tensión emitida por la Asociación Electrotécnica Argentina, que reviste importancia en cuanto a las distancias de seguridad exigidas según se trate de una posición practicable o impracticable. En autos no se pretenden como incumplidas

medidas correspondientes a posiciones distintas a las que corresponden según la mencionada reglamentación. Por lo tanto, debe quedar claramente diferenciado el ya aludido incumplimiento incurrido por la cooperativa eléctrica, de la incidencia que la conducta de la víctima tuvo en el evento dañoso, la que será objeto de análisis en el desarrollo del presente. Luego del desarrollo de la atribución de responsabilidad a la codemandada Coopelectric, corresponde el tratamiento de la responsabilidad del codemandado A.M. Como se dijo al comienzo de este acápite y también en la sentencia de grado, la misma es objetiva. Tal conclusión fue resistida por el accionado quien al expresar agravios sostuvo -en lo sustancial de sus dichos-, que la culpa del hecho debe recaer en forma excluyente sobre la víctima (en realidad sobre los padres por tratarse de un menor), solicitando -en su defecto-, que se minimice el porcentaje de responsabilidad que le pudiese corresponder. Destacando que el cartel fue colocado en propiedad privada, dentro de un espacio cercado y que en modo alguno fue instalado para ser utilizado como escalera ni autorizó su uso para treparse. Vistos los argumentos del recurrente, debo señalar que el cartel de publicidad, individualmente considerado es un objeto inerte que, según las particularidades que presente su construcción, instalación, o ambas, puede convertirlo en una cosa riesgosa. Esto fue lo que ocurrió con la estructura interviniente en el hecho en análisis. Al respecto se ha dicho que: ".tratándose de cosas inertes, la carga de alegación y prueba del actor se ve en cierto modo agravada. Es que, tal como lo explica Juan Manuel Prevot, la doctrina mayoritaria entiende que tratándose de una cosa "móvil" (ascensores, automotores, trenes, etc.) incumbe a la víctima acreditar la intervención material de la misma, situación a partir de la cual se presume que esta ha sido activa y por consiguiente causal, correspondiendo al dueño o guardián, para liberarse, probar una causa ajena. En cambio, cuando se trata de una cosa "inerte" (escalera, el piso, el automóvil estacionado, etc.) se requiere dar cuenta, además de la intervención material de la cosa en el evento lesivo, de su rol activo, lo que a diferencia de las cosas en movimiento, no se presume sino que resulta de su posición o comportamiento anormal, cuando no de un defecto o anomalía (autor citado, "Daños causados por cosas inertes" (jurisprudencia agrupada), en L.L. Córdoba, año 2011, pág.1043; del mismo autor "Cosas inertes y nexos causal", en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, febrero de 2008, pág. 6 y sig.; puede verse también a Sagarna, Fernando A., "El vicio, los riesgos recíprocos y el factor etiológico en la causación de perjuicios", en L.L. 1994-C-361; Mayo, Jorge A., "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", E.D., 170-997; Pizarro, "Algunas reflexiones en torno a los daños causados por cosas inertes", en L.L. Córdoba, 2006-1244). Es más, tal como lo aclaran Prevot y Pizarro en los trabajos citados, dentro del universo de las cosas inertes también pueden hacerse distinciones, ya que cuando la cosa inerte no presenta un grado de peligrosidad intrínseca o natural, es menester la alegación y prueba categórica de dicha riesgosity, lo que equivale a decir que el actor debe argumentar y demostrar en qué consiste ese riesgo, cómo opera, o lo que es igual, porqué la cosa inerte es riesgosa" (esta Sala, causa nº 5760, "López Osornio." del 9/4/13 y demás precedentes allí citados). En este contexto, en el caso de autos está

acreditada la peligrosidad del cartel debido a su estructura de fácil escalamiento, la ausencia de un cerco perimetral completo que de manera eficaz evitara, o al menos dificultara el acceso al mismo, la falta de señales indicadoras de prohibición de acceso y, fundamentalmente, la colocación de la estructura violando las normas de seguridad reglamentarias relativas a la distancia que debe existir entre el borde superior del cartel y las líneas conductoras de electricidad. Estos extremos han quedado debidamente acreditados en autos tanto con las fotografías de fs. 26 y 27 y publicaciones periodísticas de fs. 20/23, como con la pericia electromecánica de fs. 358/363 y ampliaciones de fs. 368/369, 384/385 y 391/393. Cabe agregar aquí, que también se encuentra probado que el predio donde se encontraba emplazado el cartel, era utilizado como lugar de juegos por los niños del barrio. Por lo tanto, el más mínimo control tanto de la línea eléctrica como del cartel, hubiera advertido al concesionario del suministro eléctrico y al propietario del cartel respectivamente, de la posibilidad de que algún niño pudiera trepar por la estructura metálica, máxime teniendo en cuenta -como se dijo-, la facilidad de escalamiento que presentaba la misma, que la hacían atractiva como desafío para niños de la edad de K. De modo que no se necesita ser muy perspicaz para prever que la ubicación y características del cartel podían generar un accidente; tanto por el riesgo de electrocución (como ocurrió en el caso en análisis), como por el de caída desde la estructura metálica. Estas observaciones, que en modo alguno pretenden anular o minimizar la incidencia de la conducta de la víctima en el acaecimiento del hecho, tienen como finalidad poner de relieve la peligrosidad que puede representar una cosa -aparentemente inocua observada en forma aislada-, cuando sus características de ubicación, estructura, requisitos de construcción, etc., son considerados en un contexto determinado. No caben dudas entonces, que el cartel de publicidad era una cosa riesgosa que jugó un rol activo en el siniestro ocurrido. Por lo demás, la distancia existente entre el lugar del hecho y el domicilio de la empresa propietaria del mencionado cartel (500 km), no puede sostenerse como argumento serio para justificar la falta de control sobre el mismo. De otro modo, -en gran cantidad de casos-la sola acreditación de este extremo se constituiría en causal excluyente de responsabilidad. 3) La culpa de la víctima: Es el turno ahora de considerar la incidencia de la conducta de la víctima en la ocurrencia del hecho; factor de alta sensibilidad por tratarse de un menor y encontrarse -por ende-comprometido el deber de vigilancia de los padres. Para comenzar el tratamiento de este aspecto, considero útil destacar como dato relevante, que al momento del accidente, K. estaba por cumplir 9 años de edad y que para los hechos ilícitos el discernimiento se adquiere a los 10 años (art. 921 C.C.). Esta circunstancia reviste un verdadero interés práctico pues - como es obvio-, dicho sujeto no puede incurrir en culpa. Al respecto, Bueres y Mayo -siguiendo a la doctrina que consideran mayoritaria-, destacan que el problema debe emplazarse en el plano causal, en el de la autoría, y no en el de la culpabilidad. Por ende - sostienen-, el sindicado como responsable debe demostrar, para eximirse de responsabilidad, el hecho que reúna los caracteres del caso fortuito con arreglo a los criterios de mérito de la causalidad adecuada (Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo, "Menores Dañantes

y Menores Dañados" (enfoque general), Revista de Derecho de Daños, "Menor dañino y menor dañado" 2002-2, Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 80). Tal postura fue adoptada por esta Sala en la causa nº 52.964, "Ojuez." del 2/7/09, donde también se aclaraba que cualquiera sea el criterio (imprevisibilidad e inevitabilidad, autoría o relación causal) que se adopte para encuadrar el supuesto de concurrencia de riesgo creado con el accionar de las víctimas sin discernimiento, nada impide acudir a los deberes emergentes de la patria potestad como sustento normativo del déficit de cuidado y control derivados de ella (arts. 264, 265 y concordantes del C.C.; conf. Sala II, causa nº 42.469 "C.M.A." del 26/6/01 y esta Sala, causa nº 48.678, "Mendiburu." del 28/12/05). Es que -al decir de López Mesa-, para que una persona pueda ser tenida como civilmente responsable por un hecho ilícito dañoso, resulta imprescindible que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de un hombre o al hecho de una cosa (López Mesa, Marcelo J., "Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada" LL 2013-D, 1167). Como principio -sigue diciendo el autor mencionado con cita de autores extranjeros-, no son causa de un daño más que aquellos hechos que han sido necesarios para su producción; se trata de la exigencia de que el hecho del presunto responsable haya sido condición sine qua non del daño. Destaca además, que lo que se debe establecer es un nexo o ligamen de causalidad jurídica que es el único que satisface el requisito legal de causalidad adecuada dispuesto por el art. 906 del C.C.; ello sin dejar de mencionar que la causalidad material o física es la base de la causalidad jurídica puesto que sin la primera no puede predicarse la existencia de la segunda. Explica López Mesa que a través de los conceptos de normalidad, de previsibilidad y de imputación, y aplicando las normas vigentes, la causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso. El mero contacto material o la coetaneidad temporal - agrega el autor en otro pasaje del artículo citado-, pueden hacer nacer una conjetura de causalidad, pero para que esa causalidad se transforme en jurídica, debe existir en el caso una adecuación del resultado a la incidencia causal de la cosa riesgosa interviniente y a la mecánica de los sucesos descriptos. El sistema de causalidad adecuada, que adopta nuestro Código Civil (art. 906), no requiere proximidad, ni temporal ni espacial, entre la causa y el efecto. Interesa si un hecho es generador de un resultado; así será si es apto para producir la consecuencia dañosa (López Mesa, ob. cit.). Clarificando aún más la cuestión -de por sí compleja-, al abordar el tratamiento de la diferencia entre la causalidad científica y la jurídica, López Mesa citando a Le Tourneau destaca que el jurista estudia dos eventos conocidos (el daño y el hecho generador alegado) y busca si, entre los dos, existe un nexo de probabilidad, nada más. Concluyo con el autor que vengo

siguiendo que la relación causal es aquel elemento del acto ilícito que vincula el daño directamente con el hecho dañoso e, indirectamente, con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva de responsabilidad, razón por la cual, como factor aglutinante que es, hace que el daño y el riesgo queden integrados en el acto que es fuente de la obligación de indemnización. Analizada la conducta de la víctima en el mencionado contexto, advertimos que la misma tuvo significativa gravitación en la ocurrencia del hecho. En efecto, el menor trepó el cartel de 6,10 mts.de altura, parándose en puntas de pie con el brazo derecho extendido en la forma indicada en la pericia electromecánica, lo que lo expuso al arco voltaico de la línea de media tensión que pasaba sobre la estructura en cuestión. A ello debe sumarse la presencia en el lugar de la madre del menor, circunstancia que surge del relato de K. a la perito psicóloga (ver fs. 198 vta.), y de la respuesta a la repregunta tercera de la declaración testimonial (fs. 316) de la Sra. M. C. B. (testigo propuesto por la parte actora); testimonio por demás valioso toda vez que la testigo declaró haber estado presente en el lugar y haber visto lo ocurrido. De modo que, además de la incidencia de la conducta del menor, el déficit en el deber de cuidado y control de la madre respecto de su hijo, contribuyó también en la causación del hecho, puesto que el mismo podría haberse evitado si la progenitora hubiera impedido el escalamiento del cartel por parte de su hijo K. Mas esa prevención requerida a la madre -bueno es aclararlo aquí-, en modo alguno se sustenta en conocimientos técnicos tales como el voltaje de la línea eléctrica o la existencia del arco voltaico que la rodea, que, por cierto, la mayoría de las personas no posee, sino que se apoya en una apreciación del más mínimo sentido común esperable de todo individuo capaz cualquiera sea su condición sociocultural, cual es, la representación del peligro dada por la altura del cartel (6,10 mt) y de las lesiones que pueden derivarse de una eventual caída desde dicha altura. Por otra parte, el progenitor al cuidado de su hijo menor, no puede pasar por alto que la estructura metálica que sostiene el cartel de publicidad, no constituye un objeto asimilable a un juego de los denominados "trepador es" que existen en las plazas y espacios públicos de la ciudad, en los cuáles es común ver advertencias acerca de las edades de los niños que habilitan su uso. Sin embargo, estos elementos -si bien importantes-, no resultan suficientes para eximir de responsabilidad en forma total a los codemandados, más si para atenuarla sensiblemente. Arribo a esta conclusión luego de considerar que si bien la debida atención de la madre podría haber evitado el accidente, el mismo tampoco habría ocurrido si el cartel hubiera contado con adecuadas medidas de seguridad que impidiesen su escalamiento y hubiera sido instalado respetando las distancias reglamentarias respecto de la línea de media tensión que pasaba sobre el mismo (ya instalada al tiempo del montaje de la estructura publicitaria); omisión también imputable a la empresa concesionaria del suministro eléctrico por incumplimiento del deber de seguridad al que me refiriera en el punto 2. Estas consideraciones me llevan a compartir el criterio de distribución de responsabilidad entre actora y demandados adoptado por la magistrada de la anterior instancia.4) Los rubros indemnizatorios y el "quantum" de los mismos: Finalmente, habré de adentrarme en la consideración de los rubros indemnizatorios admitidos o denegados en la sentencia de grado y - en su

caso-, los montos por los que prosperaron y que dieron lugar a diversos embates recursivos. A.-Daño patrimonial: Por este rubro se reclama: el lucro cesante, consistente en lo que dejó de percibir el padre de K. mientras este estuvo internado en la ciudad de Bs. As. (tiempo durante el cual quedó al cuidado de sus otros cuatro hijos), y durante los siguientes tres meses en que no encontró trabajo, estimando un ingreso mensual de \$ 2.000; y daño material por la suma de \$ 50.000 que debió pedir en préstamo a sus familiares y amigos para atender a las necesidades del hogar durante dicho lapso. La jueza de la anterior instancia otorgó la suma de \$ 10.000 en base a presunciones (art.163 CPCC) puesto que no encontró debidamente probados los extremos invocados por la accionante. Este aspecto de la sentencia es recurrido por los codemandados por considerar que el reclamo no ha sido probado y -en su caso-por resultar elevado el monto concedido por el mismo. El Código Civil define al lucro cesante como "la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito" y lo declara resarcible como uno de los capítulos del daño patrimonial, al lado del "perjuicio efectivamente sufrido" o daño emergente (art. 1069). Como es sabido, la procedencia de este rubro se asienta en un juicio de probabilidad, en una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso no de no haber tenido lugar el hecho dañoso (esta Sala in extenso en causa nº 53.322, "Larregina." y sus acumuladas, del 22/10/09). Ahora bien, para que ese juicio de probabilidad pueda llevarse a cabo, es necesario que la víctima (en el caso su progenitor por ser quien habría dejado de percibir los ingresos provenientes de su actividad como albañil) demuestre ciertos extremos fácticos, en cuyo defecto este daño no podrá ser resarcido (art. 375 del C.P.C.C. (esta Sala, causa nº 53.322, "Larregina." y sus acumuladas, del 22.10.09.; Sala II, causa nº 45.685, "Colazo.", del 11.09.03., entre otras). En palabras de Zavala de González, debe acreditarse la aptitud productiva, su efectivo despliegue con anterioridad al hecho (la "actividad" rentable) y que la suspensión a raíz de las lesiones ha sido el germen eficiente de la pérdida de ingresos. Lo expuesto -aclara la prestigiosa autora-es sin perjuicio de que en ciertos casos este último nexa pueda presumirse en función de las circunstancias del caso, como ocurre si se trata de un trabajador independiente (sin cobertura laboral), que desarrollaba tareas de modo personal, no sustituible y con alguna habitualidad. En cuanto al monto de los ingresos, también es necesario su acreditación, en especial de los que se obtenían en una fecha próxima al hecho, aunque en defecto de prueba certera sobre el quantum es factible su estimación prudencial por el juez, según expresamente lo autoriza el art. 165 del C.P.C.C. (Zavala de González, "Resarcimiento.", cit., T. 2A, pág. 309, esta Sala causa nº 53.758, "Rebollo." del 3/2/10). En este caso, tanto en la causa penal como en la civil ni siquiera se intentó demostrar la actividad del progenitor, la regularidad de la misma, los ingresos aproximados percibidos en los meses anteriores a la fecha del accidente de su hijo Kevin, que cesada la internación del menor y de regreso a su ciudad, su padre tuviere dificultades en conseguir trabajo, etc.; circunstancias cuya carga probatoria se encontraba en cabeza de la accionante por haberlas invocado (art. 375 del CPCC), máxime teniendo en cuenta que fueron desconocidas por los codemandados (fs. 58 vta., fs. 87 vta. y 97). La orfandad probatoria de los

aspectos indicados en el párrafo anterior, impide conceder por vía presuncional indemnización alguna, toda vez que las presunciones a que se refiere el art. 163 inc. 5º del CPCC deben fundarse en hechos reales y probados, y que por su número, precisión, gravedad y concordancia, puedan producir en el magistrado convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica; norma que se complementa con el art. 165 del mismo cuerpo legal que dispone que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto (el destacado me pertenece). La misma suerte debe correr el reclamo del daño material antes individualizado, por no haberse acreditado elemento alguno que permita admitirlo. Es de hacer notar aquí que los testigos ofrecidos por la parte actora, ni siquiera fueron preguntados por tales aspectos (actividad e ingresos del progenitor de K. y préstamos recibidos por la familia para afrontar las necesidades del hogar) y que la causa penal tampoco aporta prueba al respecto. Por tales razones considero que deben admitirse los recursos de los codemandados, revocándose esta parcela de la sentencia de la anterior instancia. B) Daño psicológico: La Corte Nacional ha considerado que: ".cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (el destacado me pertenece), (Fallos: 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847; causa M. 802.XXXV, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", del 6/3/07. En la misma dirección, esta Sala en la causa n° 50.427, "Basso.", del 12/04/07, cuya doctrina fue reiterada en las causas n° 51.028, "Sarachu.", del 20/09/2007, n° 52.544, "Echeverría.", del 29/04/09., n° 53.758, "Rebollo", del 3/2/10, n° 58.624, "Quintana." del 11/9/14). Con especial referencia al daño psíquico, esta Cámara, a través de sus dos Salas, ha seguido la postura que sostiene que el denominado "daño psicológico", no obstante su indisputable autonomía conceptual, no puede -en principio- verse como un rubro resarcitorio autónomo y distinto del daño moral y patrimonial, por lo que no constituye un tercer género (esta Sala, causas n° 49.261, "Oroquieta.", del 08.06.06; n° 49.607, "Otero.", del 07.09.06., n° 50.982, "Saez." del 06.12.07.; n° 52.544, "Echeverría." del 29.04.09., n° 53.514, "Romay.", del 18.11.09., n° 57753, "Medrano.", del 4.6.13, entre otras; Sala II, causa n° 45.685, "Colazo.", del 11.09.03.; n° 47.844, "Villarreal.", del 24.02.05., n° 58.624, "Quintana." del 11/9/14, entre otras). Esta ha sido, por lo demás, la postura adoptada por la S.C.B.A. (Ac.77.461, "González.", del 13.11.02.), por un importante sector de la doctrina (véase a Galdós, Jorge M., "Daños a la persona", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año VII, N° 2, febrero de 2005), y ha sido ratificada -por mayoría- por la Comisión N° 2 de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en el

mes de septiembre de 2007. A la par del innegable interés dogmático que esta cuestión despierta, también tiene una no menos importante proyección práctica, ya que -al margen del costo del tratamiento psicológico, que naturalmente integra la partida de los daños patrimoniales- el daño psíquico que puede seguir padeciendo la persona luego de transcurrido el período de recuperación también debe tomarse en cuenta para cuantificar la indemnización a otorgar por la incapacidad psicofísica. Esta cuestión fue objeto de desarrollo por esta Sala en la causa nº 52.544, "Echeverría.", del 29.04.09., donde luego de recordarse el concepto amplio de incapacidad psicofísica que adoptara la C.S.J.N. en las causas "Camargo" y "Mosca", se hizo notar que en la segunda de ellas se tuvieron en cuenta las incapacidades físicas y psíquicas informadas por los peritajes médico oftalmológico y psicológico, fijándose un importe único por este concepto. Lo propio se hizo en el precedente citado de esta Sala ("Echeverría."). Sentado que -a excepción del supuesto mencionado anteriormente-, el daño psíquico no constituye un tercer género indemnizable, sino que se inscribe en el marco de los daños patrimonial y moral, veamos cuál es la situación que se plantea en autos. En relación a este rubro, se han producido dos pruebas: la pericia psicológica y el informe del colegio al que asistía K. Tomando el informe del colegio al que asistía el menor, la magistrada de la anterior instancia desestima el reclamo lo cual es objetado por la actora al apelar dicho aspecto de la sentencia de grado Sin perjuicio de la contundencia del informe escolar de fs. 324, considero que la evaluación del establecimiento educativo, debe ser confrontada con las conclusiones de la perito psicóloga. Al respecto debo señalar que -a diferencia de lo expresado por Coopelectric-, la experticia de fs. 198/200 vta. no se limita a reflejar el discurso del menor sino que lo somete a distintos test que allí se individualizan para luego, extraer del conjunto de esos elementos las conclusiones y respuesta a los puntos propuestos por las partes. Observo también que la psicóloga invade indebidamente (fs. 200 respuesta al punto 2) la esfera de conocimiento de los magistrados, conducta que se desaconseja y que se exhorta a evitar en lo sucesivo, toda vez que predispone o alienta a los entrevistados (en el caso K.) a la obtención de un determinado resultado que no depende exclusivamente de la pericia psicológica (que alude a las consecuencias de un evento dañoso) sino también de una serie de elementos fácticos, técnicos y técnico jurídicos que exceden el marco de incumbencia de la perito psicóloga. No obstante ello, la pericia psicológica de K. diagnostica que el menor padece de neurosis traumática y angustia y -sin determinar concretamente la existencia de afecciones psíquicas limitantes- aconseja tratamiento psicológico por el término de uno o dos años. Teniendo en cuenta que la actividad escolar se desarrolla durante una pequeña fracción del día y constituye sólo un aspecto de la vida del menor, no puedo pasar por alto el resultado de la pericia en cuanto aconseja tratamiento psicológico para K.; tratamiento que -evaluando en forma completa el informe pericial y la amplitud que el mismo exhibe-, considero adecuado admitir por la suma de \$ 7.000 (pesos siete mil) como integrante del daño patrimonial, sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán al tratarse los agravios referidos al daño moral. En lo que respecta al reclamo efectuado por el mismo rubro por

la madre de K., entiendo que no cabe acceder a la misma conclusión, toda vez que en su caso, el informe pericial es aún menos consistente sin especificar patología alguna, y la posibilidad de tratamiento psicológico como su duración están referidos de manera meramente potencial, lo que denota la inexistencia de daño concreto susceptible de ser reparado. Por lo tanto, en lo que a este rubro concierne, el recurso de la actora prospera -por el monto antes indicado-para Kevin y se desestima respecto de su madre. C) Daño estético: Tiene dicho este Tribunal a través de sus dos Salas que el daño estético no constituye un tercer género diferente del daño extrapatrimonial y del material (arts. 1066, 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083, 1084, 1086 y ccs. del C.C.), por lo que no corresponde resarcirlo en forma autónoma, particularizada e independiente del daño moral o del daño patrimonial (Sala II, causas, nº 52421, "Vegetti." del 5/11/08, nº 52992, "Comes Dumoulin." del 6/8/09, esta Sala doct. causas nº 50982, "Saez." del 6/12/07; nº 55154, "Moreno." del 4/11/14, entre otras). En el caso de autos, y teniendo en cuenta la inexistencia de incapacidad dictaminada por el Dr. Soriani al momento de su evaluación, donde determina que la única secuela se encuentra en la planta del pie derecho que requeriría una pequeña corrección estética y funcional, el mismo será ponderado al tratar el daño moral C) Daño moral: En torno al daño moral, la Corte Nacional en el citado precedente "Mosca", dijo: ".Que resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume la lesión por la índole de la agresión padecida, la inevitable lesión de los sentimientos del demandante. A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847)". La Suprema Corte provincial ha desarrollado la tesis de que el daño moral es "todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra y como tal debe ser indemnizado" (S.C.B.A. L58812, 25/3/97, "Obregón", D.J.B.A.152, 274284; L65757, 23/2/2000, "Villagrán", D.J.B.A., 158, 85; L68063, 21/6/2000, "Montovio"). Más explícitamente, "el daño moral constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral" (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, "Toledo", A. y S. 1995 III,635; Ac.53110, 20/9/94, "Colman", D.J.B.A. 147-299; J.A. 1995-III-183, A. y S. 1994III- 737), (esta Cámara, Sala II, causas nº 45.193, sent. del 25-2-03, "Santillán", voto del Dr. Galdós, y nº 45.685, sent. del 11-9-03, "Colazo", voto del Dr. Peralta Reyes; esta Sala, causas nº 51.028, "Sarachu.", del 20.09.07., nº 50.982, "Saez.", del 06.12.07., nº 52.167, "Sánchez.", del 15.04.09., nº 53.758, "Rebollo.", del 03.02.10, nº 58.624, "Quintana." del 11/9/14, entre otras). Conceptualizado de esta

manera, su admisibilidad -que no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y su titularidad- conlleva a que su determinación se efectúe precisamente atendiendo a todos los padecimientos y aflicciones que las lesiones presumiblemente pudieron haber provocado en el estado anímico y en la vida de relación de la víctima (esta Sala, causas nº 50.427, "Basso.", del 12.04.07., nº 51.028, "Sarachu.", del 20.09.07., nº 50.982, "Saez.", del 06.12.07., nº 52.167, "Sánchez.", del 15.04.09, nº 53.758, "Rebollo.", del 03.02.10, nº 58.624, "Quintana." del 11/9/14, entre otras). Por tales consideraciones considero que corresponde elevar a la suma de \$ 90.000 (pesos noventa mil) el daño moral sufrido por K., abarcativo tanto de los padecimientos derivados de su atención médica, como de la incidencia psicológica del hecho ocurrido, y de la lesión estética que surge de la pericia médica de fs. 242/244. En cuanto al agravio planteado por los progenitores, respecto a la omisión incurrida en la anterior instancia de concederles un monto indemnizatorio por este rubro, cabe señalar que la cita al art. 1078 del C.C. efectuada por la magistrada en sus considerandos, podría significar un rechazo implícito de tal pretensión; sin embargo, y aun cuando se considerare que el tratamiento de la cuestión ha sido omitida, debo señalar aquí que la norma mencionada, sólo otorga legitimación activa para reclamar por daño moral a la víctima del hecho, extendiéndola a sus herederos forzosos sólo en caso de fallecimiento de aquella -situación afortunadamente no ocurrida en el caso en análisis-. De modo que corresponde confirmar ese aspecto del decisorio recurrido, no sin antes destacar que en el caso concreto no ha sido objetada la constitucionalidad de la aludida norma. Así lo voto.- Los Señores Jueces Dres. Comparato y Louge Emiliozzi, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.- A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Bagú, dijo: Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo :I.- Confirmar por las razones expuestas el fallo de primera instancia en torno a la atribución de responsabilidad II.- Admitir parcialmente los recursos de los codemandados, revocándose la parcela de la sentencia de la anterior instancia en cuanto admite el reclamo por lucro cesante efectuado por la parte actora. III.- Admitir parcialmente el recurso de la actora respecto del daño psicológico que por la suma de \$ 7.000 (pesos siete mil) prospera respecto de K. como integrante del daño patrimonial, y se desestima respecto de su madre. IV.- Admitir en forma parcial el recurso de la actora respecto del daño moral, el que se eleva a la suma de \$ 90.000 (pesos noventa mil) respecto de K., confirmándose el rechazo de la pretensión efectuada respecto de sus progenitores (S. L. S. y G. D. D.). V.- A las sumas indicadas habrá de aplicarse el porcentaje de responsabilidad atribuido a cada parte y adicionarse los intereses dispuestos en la sentencia de grado. VI.- Los importes correspondientes al menor deberán ser depositados en autos. VII.- Hacer extensiva en forma solidaria a Nativa Compañía Argentina de Seguros S.A. la condena dispuesta contra Coopelectric, con los límites de cobertura que pudieren corresponder. VIII.- En materia de costas, y en atención a lo prescripto por el art. 274 del CPCC, en cuanto a que cuando la sentencia fuere revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, el tribunal adecuará las mismas al contenido de su pronunciamiento, aunque no hubiesen sido

materia de apelación, corresponde aplicar la doctrina legal vigente que dispone que sólo cuando algunos rubros prosperan -aunque sea parcialmente-, y otros son íntegramente desestimados, las costas deben distribuirse en los términos del art. 71 del C.P.C.C. (Excma. S.C.B.A. en causas Ac. 78.451, "Carquen S.A." del 29.10.03., Ac. 85.695, "Rendichi.", del 10.11.04., C. 93.236, "Cáceres.", del 26.09.07.; C. 100.646, "Sánchez", del 07.10.2009; C.96.859, "Banco de la Provincia de Buenos Aires" del 02.12.2009; C. 104.484, "Sánchez", del 16.12.2009; doctrina seguida por esta Sala en causas n° 52.008, "Dirazar.", del 25.09.08.; n° 52.016, "H.J. Navas y Cía. S.A.", del 29.10.08.; n° 52.301, "Mascetti.", del 26.11.08.; n° 52.365, "Rivera.", del 11.12.08.; n° 52.328, "Cooperativa.", del 23.12.08.; n° 52.590, "Girbent.", del 11.03.09.; n° 53.830, "Augelli", del 24.02.11.; n° 54.908, "Vidaguren", del 07.07.11.; n° 55.098, "Volonté", del 15.07.11.; n° 55193, "Sucesores de Abdala", del 25.08.11.; n° 55395, "Gordillo de Fernández." del 13.09.11.; n° 47.650, "Transportes" del 18.10.11.; n° 56.079, "Moreira" del 17.04.12., entre otras).Aplicando estos principios al caso de autos, yteniendo en cuenta que -aunque de manera parcial-ha prosperado la totalidad de los rubros reclamados, corresponde imponer a los codemandados las costas de primera instancia en un 75% a cargo de M.P., y en el 25% restante a cargo de Coopelectric. En lo que respecta a las costas de Alzada, siendo que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530 "Díaz." del 25/2/09; esta Sala, causa n° 53223 "Orella." del 21/8/09), estimo equitativo imponerlas en el orden causado (art. 71 CPCC).Ello así teniendo en cuenta que tanto la parte actora como los codemandados han resultado parcialmente gananciosos en sus embates recursivos. IX.-Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 del Dec. Ley 8904/77.Así lo voto.-Los Señores Jueces Dres. Comparato y Louge Emiliozzi, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.-Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; se Resuelve: Confirmar por las razones expuestas el fallo de primera instancia en torno a la atribución de responsabilidad; II.-Admitir parcialmente los recursos de los codemandados, revocándose la parcela de la sentencia de la anterior instancia en cuanto admite el reclamo por lucro cesante efectuado por la parte actora; III.- Admitir parcialmente el recurso de la actora respecto del daño psicológico que por la suma de \$ 7.000 (pesos siete mil) prospera respecto de Kevin como integrante del daño patrimonial, y se desestima respecto de su madre; IV.- Admitir en forma parcial el recurso de la actora respecto del daño moral, el que se eleva a la suma de \$ 90.000 (pesos noventa mil) respecto de K., confirmándose el rechazo de la pretensión efectuada respecto de sus progenitores (S. L. S. y G. D. D.); V.- A las sumas indicadas habrá de aplicarse el porcentaje de responsabilidad atribuido a cada parte y adicionarse los intereses dispuestos en la sentencia de grado; VI.-Los importes correspondientes al menor deberán ser depositados en autos; VII.- Hacer extensiva en forma solidaria a Nativa Compañía Argentina de Seguros S.A. la condena dispuesta contra Coopelectric, con los límites de cobertura que pudieren corresponder; VIII. Imponer a los codemandados las costas de primera instancia en un 75% a

cargo de M. P., y en el 25% restante a cargo de Coopelectric, y las de Alzada en el orden causado; IX) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 del Dec. Ley 8904/77. Notifíquese y devuélvase. Lucrecia Inés Comparato Juez-Sala 1- -Cám.Civ. Azul; -Ricardo César Bagú Juez -Sala 1- -Cám.Civ.Azul;- Esteban Louge Emiliozzi Juez -Sala 1- -Cám.Civ.Azul-.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

- Ley Nacional de Prevención del Suicidio.
LEY 27.130. 11/3/2015. Vigente, de alcance general.
- Ley de Inteligencia Nacional. Disolución de la Secretaría de Inteligencia. Creación de la Agencia Federal de Inteligencia
LEY 27.126. 25/2/2015. Vigente, de alcance general.
- Aprobación del II Protocolo Complementario al Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre la República Argentina y la República de Chile Relativo al Proyecto "Túnel Internacional Paso de Agua Negra
LEY 27.124. 25/2/2015. Vigente, de alcance general.
- Elección de Parlamentarios del Mercosur
LEY 27.120. 29/12/2014. Vigente, de alcance general.
- Ley Argentina Digital
LEY 27.078. 16/12/2014. Vigente, de alcance general.
- Creación de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, como auxiliar de la justicia federal y de la justicia nacional, en el ámbito del Poder Judicial de la Nación
LEY 27.080. 16/12/2014. Vigente, de alcance general.
- Ley Federal del Trabajo Social
LEY 27.072. 10/12/2014. Vigente, de alcance general.
- Creación de la Universidad Nacional del Alto Uruguay
LEY 27.074. 10/12/2014. Vigente, de alcance general.
- Fomento, promoción, protección y difusión de las artes gráficas nacionales
LEY 27.067. 10/12/2014. Vigente, de alcance general.
- Traducciones y Adaptaciones de Obras de Autores Extranjeros

- LEY 27.065. 10/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Modificación de la Ley de Contrato de Trabajo](#)
- LEY 27.073. 10/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Código Procesal Penal de la Nación](#)
- LEY 27.063. 4/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Regulación y Supervisión de Instituciones de Educación no Incluidas en la Enseñanza Oficial](#)
- LEY 27.064. 4/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Autorización a la señora Presidenta de la Nación para ausentarse del país durante el año 2015](#)
- LEY 27.058. 3/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Obligación de exhibir una Leyenda en lugar visible que diga "La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes y la trata de personas en la Argentina es un delito severamente penado. Denúncielo"](#)
- LEY 27.046. 3/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Declaración como Obligatoria la educación inicial para niños/as de cuatro \(4\) años en el sistema educativo nacional](#)
- LEY 27.045. 3/12/2014. Vigente, de alcance general.
- [Puentes Para La Democracia](#)
- LEY 27.050. 3/12/2014. Vigente, de alcance general.

LEYES PROVINCIALES

- [Elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias. Boleta única y tecnologías electrónicas-régimen normativo. Anexo II de la Ley Nº 4894](#)
- LEY 5241. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 4/3/2015. Vigente, de alcance general.
- [Ley Nº 2830: Acuerdo de Renegociación con la Empresa "Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A."-AÑO 2015](#)
- LEY 2.830. La Pampa 5/2/2015. Vigente, de alcance general.

- Espacios de publicidad electoral en medios de comunicación audiovisual

LEY 13.461. Santa Fe 18/12/2014. Vigente, de alcance general.

- Ley N° 2822: Aprobando Convenio de Ejecución Plan Nacional de Seguridad Alimentaria, Abordaje Federal 2014 entre el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia

LEY 2.822. La Pampa 17/12/2014. Vigente, de alcance general.

- Observatorio de Violencia contra las Mujeres

LEY 7.863. Salta 11/12/2014. Vigente, de alcance general.

- Ley modificatoria del Estatuto del Docente

LEY 5206. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 11/12/2014. Vigente, de alcance general.

- Creación de una central telefónica para orientación sobre violencia de género

LEY 5228. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 11/12/2014. Vigente, de alcance general.

- Estatuto del Docente. Junta de Clasificación

LEY 5189. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 4/12/2014. Vigente, de alcance general.

DECRETOS NACIONALES

- Aprobación del Modelo de Contrato de Préstamo BIRF con el Banco Internacional De Reconstrucción y Fomento (BIRF) destinado a financiar parcialmente el "Segundo Proyecto de Mejora para la Educación Rural"

DECRETO NACIONAL 570/2015. 14/4/2015. Vigente, de alcance general.

- Modificación de la Estructura Orgánica del Ministerio de Salud

DECRETO NACIONAL 580/2015. 14/4/2015. Vigente, de alcance general.

- Aprobación de Modelo de contrato de Préstamo Birf destinado a financiar parcialmente el "Proyecto de Fomento del Empleo para Jóvenes"

DECRETO NACIONAL 558/2015. 13/4/2015. Vigente, de alcance general.

- Desclasificación de documentación de los archivos de inteligencia relacionados con el atentado a la Embajada de Israel CAUSA EMBAJADA DE ISRAEL

DECRETO NACIONAL 529/2015. 8/4/2015. Vigente, de alcance general.

- Releva de la clasificación de seguridad a toda aquella documentación, de carácter no público, vinculada al desarrollo del Conflicto Bélico del Atlántico Sur obrante en los Archivos de las Fuerzas Armadas

DECRETO NACIONAL 503/2015. 1/4/2015. Vigente, de alcance general.

- Modificación de la Estructura Orgánica de la Jefatura de Gabinete de Ministros

DECRETO NACIONAL 296/2015. 27/2/2015. Vigente, de alcance general.

- Creación del Registro Nacional de Infracciones a la Ley N° 20.680. Autoridad de aplicación

DECRETO NACIONAL 203/2015. 11/2/2015. Vigente, de alcance general.

- Delimitación de responsabilidad de Directores, Síndicos, Consejeros y Funcionarios

Reglamentación de la ley 26.364 sobre Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas

DECRETO NACIONAL 111/2015. 26/1/2015. Vigente, de alcance general.

- Modificación de la estructura del Ministerio de Salud

DECRETO NACIONAL 2.734/2014. 30/12/2014. Vigente, de alcance general.