
Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales



Mayo de 2018. Año 8. Volumen 1.

Autoridades UNLaR

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Cr. Juan Chade

Secretario Académico:

Ab. Guillermo Elías

Revista IN IURE

Directora:

Dra. Elsa Manrique

Coordinador:

Mg. Maximiliano Bron

Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales

AÑO 8 – VOL. 1 –

Dirección:
Elsa Manrique

Coordinación:
Maximiliano Bron

IN IURE

Decimoquinta edición: 15 de Mayo de 2018, La Rioja, Argentina.

IN IURE

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

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2018

© IN IURE, 2011 - 2018

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

Reflexiones sobre las prácticas educativas en la universidad

Elsa Manrique.....10

Empresas Multinacionales y Derechos Humanos

María Cristina Amuchastegui27

La autoría mediata por aparatos organizados de poder de Roxin en la jurisprudencia local

Sebastián Félix García Amuchastegui.....53

Los hijos en el divorcio

Estelly Mary Díaz Fernández.....77

La guerra del Chaco

Luis Asis Dasmaco.....82

SECCIÓN

JURISPRUDENCIA.....105

BOLETÍN DE REFERENCIA

NORMATIVA.....123

DECIMIQUINTA NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Elsa Manrique

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

DATOS DE LA REVISTA:

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

Fecha de Publicación:
15/05/2018

Dirección de la Revista:
Elsa Manrique

Coordinación:
Maximiliano Bron

PRESENTACION REVISTA IN IURE

La presente Revista IN IURE emerge de la necesidad de contar con un foro para suscitar el estudio del Derecho a través el intercambio, desarrollo y divulgación de ideas innovadoras. La Revista está a la vanguardia en estos temas y dedicada a aspectos relacionados con el derecho. Ponemos a su consideración en este número una gama de aportes de especialistas: la Dra. Elsa Manrique aborda el tema de la investigación educativa manifestando que la misma es una fuente significativa de conocimiento, pero su fundamental función es la para dar respuesta a los profesionales de la educación para solventar todos los problemas que se les presenten en sus prácticas diarias.

Seguidamente la Magíster María Cristina Amuchástegui efectúa un análisis de las empresas multinacionales expresando que son actores no estatales que desarrollan sus actividades en la esfera internacional y de esa manera influyen en la propia comunidad internacional y afecta a su ordenamiento jurídico. El abogado Sebastián García Amuchástegui formula en su trabajo que desde que Claus Roxin desarrolló, por primera vez, en el año 1963 su teoría del dominio por organización como forma independiente y nueva de autoría mediata, varias han sido los debates que se han promovido al respecto, ya sea en el ámbito doctrinario como jurisprudencial.

Seguidamente la abogada Estelly Diaz Fernandez sostiene que el divorcio se ha pensado para los cónyuges, no para los padres. No existen "ex hijos" ni "ex padres". Los esposos no se divorcian de los hijos ni entre sí como padres... o al menos eso no debería suceder. Finalmente el abogado Luis Francisco Asis Dasmaco nos introduce en la temática de la guerra del Chaco exponiendo que ha sido uno de los más tristes sucesos de enfrentamientos entre países hermanos en el siglo XX. La historia de Bolivia y Paraguay hace que la guerra mencionada alcance una dimensión trágica.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Contador Juan Chade, y al Señor Secretario Académico Abogado Profesor Guillermo Elías Sánchez, 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 (2018) "Decimoquinto número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2018, Año 8, Vol. 1. pp. 08-09. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

REFLEXIONES SOBRE LAS PRÁCTICAS EDUCATIVAS EN LA UNIVERSIDAD

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:

Educación, prácticas educativas, docentes, investigación.

Key words:

Education, educational practices, teachers, research.

Resumen

La investigación educativa es una fuente significativa de conocimiento, pero su fundamental función es la para dar respuesta a los profesionales de la educación para solventar todos los problemas que se les presenten en sus prácticas diarias.

Abstract

Educational research is a significant source of knowledge, but its main function is to respond to education professionals to solve all the problems that arise in their daily practices.

Introducción

La capacitación profesional continua de los docentes es primordial para el desarrollo de un país. Teniendo en cuenta de que los docentes son las personas que forman a los futuros miembros de una comunidad, su función es decisiva a fin de vigorizar el desarrollo de la sociedad. Un país con políticas y estrategias de desarrollo profesional permanente no sólo permite que los docentes se conserven a la vanguardia y continúen con su desarrollo, sino que, además, contribuyan a que los educadores brinden servicios educativos de calidad¹.

El desarrollo profesional docente

En el desarrollo profesional docente podemos observar dos fases: a) *la formación* y b) *el desarrollo profesional del docente en el tiempo*. La primera fase, es decir, **la formación** hace referencia a la capacitación e ilustración de los futuros docentes. La segunda fase, **el desarrollo profesional continuo**, hace referencia a los dispositivos y estrategias encauzados a fortalecer las destrezas docentes obtenidas en la primera etapa, además, de darle continuidad al desarrollo de las competencias de los docentes.

¹ Mendoza Valladares, J. L.; Roux R. "La investigación docente y el desarrollo profesional continuo: un estudio de caso en el noreste mexicano"
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-26732016000100043#aff02

Igualmente, se debe destacar la importancia en el proceso de desarrollo del docente lo siguiente:

- a) su formación permanente que debe ser el trabajo conjunto con otros docentes y
- b) la preocupación sobre su propia práctica es, pues, un excelente modo de formación permanente del profesor, fundamentalmente, cuando se efectúa con rigor y auxilio de instrumentos efectivos.

El trabajo de la docencia en equipo es importante a fin de que se asepere el intercambio y la coordinación entre los profesores, sin que ninguna persona se considere arbitrariamente "*coartada en su autonomía de labor y su creatividad*" De esta manera, todos se pueden considerar enriquecidos por su trabajo en comunidad².

Los cambios que se están produciendo en la educación en el actual contexto, ha acarreado un colapso en el desempeño docente elaborado por el profesorado en la educación tradicional, en referencia a la transferencia unidireccional de información, a la memorización de contenidos, a una exigua autonomía en los proyectos y evaluación curricular, a una actitud despreocupada en cuanto al cambio e innovación educativa, y a una forma de trabajar individual y no en comunidad. El colapso conceptual de este rol que desempeña el docente, no ha sido considerado a fin de elaborar cambios en las políticas y estrategias para la formación y el desarrollo de los docentes y, lo que es más preocupante, las propias prácticas pedagógicas son vetustas teniendo en cuenta el papel que desempeña la universidad en la actualidad y su trabajo pedagógico. Los cambios pretendidos por las reformas educativas no han transformado, la cotidianeidad de las universidades y las aulas³.

² C.P.R.s - E.O.E.P.s - S.I.T.E. Demarcación nº 3 de Badajoz, Febrero de 1.997." Guia para la reflexión y la evaluación de la propia práctica docente. 1997".

http://www.juntaex.es/filescms/dpe/uploaded_files/D_PROVINCIALES/Documentos/guiapdf.pdf

³ Robalino Campos, M. Actor o protagonista. Dilemas y responsabilidades de la profesión docente. REVISTA PRELAC. Proyecto regional de educación, para América Latina y el Caribe, UNESCO, Oficina Regional de Educación,

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001446/144666s.pdf>

La actividad docente

El período de preparación de la actividad docente obliga a tomar decisiones en relación de cada uno de los problemas que debe tener un docente en la programación de la clase: los objetivos didácticos de las áreas que se debe trabajar, los contenidos, las actividades más adecuadas para alcanzar los objetivos planteados, las estrategias y los recursos que resulten más convenientes para desarrollarlos de conformidad con los objetivos y el contexto presentado. Asimismo, resulta indispensable concretar los criterios, procedimientos, materiales y técnicas de evaluación, a través de los cuales se permite evidenciar que los alumnos han aprendido y desarrollado las habilidades y capacidades apropiadas a su período educativo.

Asimismo, se debe observar que la experiencia señala que todos los alumnos no aprenden de la misma forma ni al mismo tiempo. La práctica enuncia que la mayor eficacia de los aprendizajes que obtienen los alumnos obedece de su situación especial y concreta. Es ineludible admitir la diversidad como un valor que nos constriñe a prever herramientas que deben desarrollarse cada vez con más precisión en las programaciones de las clases (metodología, espacios, etc...).

Es muy significativo, también, tener en cuenta la importancia de las circunstancias de tiempo y espacio que son útiles para observar los progresos que los alumnos realizan en sus aprendizajes verificando su eficacia.

Las decisiones que cada docente tome al preparar sus clases deben tener como referencia la programación didáctica del espacio adecuado.

Docentes con una actitud reflexiva y crítica en relación a la realidad educativa. La investigación docente

En la actualidad, ante los cambios frecuentes en cuanto al conocimiento y a la variedad de paradigmas, se necesita docentes competentes que puedan atender las necesidades de nuestra realidad compleja y versátil; que posean una actitud reflexiva y crítica en relación a la realidad educativa y además, una aptitud técnico-profesional para examinar científicamente ese entorno y transformarlo creativamente.

Se requiere asimismo de *docentes-pensadores*, es decir como manifiesta Paulo Freire, que *"realicen la tarea permanente de estructurar la realidad, de preguntarle y preguntarse sobre lo cotidiano y evidente, tarea ineludible para todo trabajador social"*.⁴

Los especialistas de la educación deben comprometerse como investigadores de su propia práctica y reflexionar críticamente acerca de la misma para mejorarla, a través de la discrepancia, la plática, el debate, y la experiencia compartida.

Delimitar problemas relacionados a la práctica educativa, resulta complicado ya que es imprescindible "mirarlas desde afuera". Los docentes deben tener la capacidad de "pararse en el borde" y re-pasar sobre lo que hacen con las prácticas, cómo desarrollan los contenidos, desde qué posición, cómo consideran a los alumnos, qué expectativas tienen acerca de ellos, qué recursos emplean para enseñar, cómo evalúan, cuál es la posición en relación a la institución y al contexto. Y ésta no es una tarea fácil, ya que implica "cuestionarse", dejar de lado las "certezas".

Como señala Pérez Gómez *"... es evidente que del modo que se concibe, interpreta y explica la vida del aula se deriva más o menos*

⁴ Freire, P. 1988 *La educación como práctica de la libertad*.

https://assliuab.noblogs.org/files/2013/09/freire_educaci%C3%B3n_como_pr%C3%A1ctica_libertad.pdf_-1.pdf

directa una forma típica de actuación. Por ello no se pueden separar los modelos de comprensión y los modelos de intervención⁵.”

Pensar en concentrarse en las clases prácticas y los errores, implica una apertura total a la tarea y hablar sana y sinceramente.

Los docentes universitarios deben capitalizar estas instancias y abrirse a plantear problemas educativos en pos de mejorar las prácticas docentes y con ello contribuir a la meta más ambiciosa de que los alumnos aprendan más y por ende que el docente se supere día a día.

Es necesario plantear dos puntos de inicio de la tarea:

- *Las conclusiones de la investigación docente se utilizan para perpetrar las prácticas docentes.*
- *Esa premisa lleva a sostener que observar las dificultades que presentan las prácticas docentes permiten ilustrar el trabajo del investigador.*

Esta tarea no resulta fácil, ya que implica conjugar dos competencias: **la de docente y la de investigador**. Por ello, se debe asumir como propias ambas realidades, pero siempre *los docentes se definen sólo como docentes y no como investigadores*. No parece ser sencillo unificar la relación entre teóricos y prácticos de la pedagogía.

Bengtsson sostiene que hay tres fuentes de conocimiento sobre la práctica docente⁶:

- la **autorreflexión**: el docente toma distancia sobre su desempeño, él mismo y sus actividades se convierten en el objeto de análisis y estudio.
- el **diálogo**: en el *diálogo* sobre la práctica hay una doble distanciamiento, porque el docente debe explicar a otros las

⁵Perez Gomez, A. "La función y formación del profesor de la enseñanza para la comprensión, diferentes perspectivas", <http://www.scielo.org.ar/pdf/ics/n5/n5a03>.

⁶ Bengtsson, R. 1993, <https://www.unrc.edu.ar/publicar/cde/h19.htm>

experiencias, reflexiones y argumentos acerca de las prácticas y también debe escuchar las experiencias y reflexiones de otra persona. Este conocimiento es diferente del que resulta de la reflexión y también es diferente del que proviene de la investigación científica.

- la **investigación científica**: Los resultados de la *investigación* pertenecen a las experiencias de otras personas, esta circunstancia hace que los docentes se consideren más alejados de su propia experiencia.

Por todo lo dicho, se considera que la investigación educativa es una fuente importante de conocimiento, pero su primordial función es la para dar respuesta a los profesionales de la educación para resolver todas las dificultades que se les presenten en sus prácticas diarias.

Este nivel de análisis resulta óptimo en todo desempeño docente. Así, entre varios problemas educativos analizados plantearemos tres relacionados a las prácticas docentes:

1. "La vinculación entre la investigación y la enseñanza universitaria"

La investigación docente es una peculiaridad del desarrollo profesional continuo que concede a los profesores escudriñar soluciones a problemáticas educativas existentes y variar sus proyectos y percepciones sobre su labor educativa. Los profesores que hacen investigación se involucran en un proceso de autodescubrimiento y modifican sus esquemas y percepciones sobre la labor docente. Igualmente, las conclusiones determinan que el proceso de reconfiguración de las percepciones sobre su práctica educativa se optimiza cuando existen trabajo en comunidad, coordinado y acompañamiento asistido⁷.

⁷ Mendoza Valladares, J. L.; Roux R., "La investigación docente y el desarrollo profesional continuo: un estudio de caso en el noreste mexicano"

El mayor problema que tienen los docentes al programar sus clases es que no tienen en cuenta lo investigado y en consecuencia no lo aplican a sus prácticas docentes universitarias; la investigación “no nutre” las prácticas ya que muchas veces estas propuestas sólo tienen por finalidad dar cumplimiento a una exigencia académica.

Es común encontrar también, que el resultado de las investigaciones no se aplica al trabajo áulico como asimismo la práctica cotidiana no es insumo para nuevas investigaciones. Esto se trasluce en las propuestas de cátedra que se repiten año a año, y aun cuando el docente “realizó” una investigación sobre una problemática de aula se observa que “no efectuó los cambios positivos”.

Seguramente que encontrar una causa a este posicionamiento implica una investigación exhaustiva sobre qué pasa con los docentes. Se diría que posiblemente esto sea consecuencia de la creencia de que “la enseñanza provoca aprendizaje y si se enseña correctamente los alumnos aprenden” o de que “los conocimientos sobre la didáctica sólo provienen de investigadores y especialistas”, que “indican cómo mejorar” y “cómo ser aplicado en las aulas”. Esta visión simplista del proceso de enseñanza y de aprendizaje no se asume “públicamente”, en realidad convive solapadamente con una visión constructivista que afirma el papel central del estudiante en la construcción de los conocimientos; a esto se suma a que las prácticas están atravesadas por las creencias personales, rutinas y urgencias que impone la planificación.

Frente a estos “dilemas ocultos” se intenta encontrar “mediadores” entre la investigación y las prácticas pedagógicas; algo que se aproxime a mejorar las prácticas; así se recurre a asesores pedagógicos, a improvisar con nuevos recursos, bibliografía o textos, “no validados”. Pero, aunque el docente declare que el eje prioritario de sus prácticas son los alumnos es evidente “*la centralidad de su enseñanza es su actuación*”. Parafraseando a Coll, quien sostiene que

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-26732016000100043#aff02

está faltando completar "...esta concepción constructivista del aprendizaje... con una concepción constructivista de intervención pedagógica"⁸.

2. "La consideración de los factores emocionales en el aprendizaje"

Se puede considerar importante pensar en definir las prácticas a partir de las emociones, estados de ánimo, motivaciones y un diagnóstico certero sobre las condiciones de los alumnos, circunstancia que es un anhelo muy lejano, que aparece en las "declaraciones" pero no en las "acciones".

Los docentes, muchas veces reconocen "a priori" que la falta de interés o la falta de motivación de los alumnos impiden alcanzar los objetivos propuestos (aunque esta "confesión" final no aparezca en los informes de cátedra). Esto se refuerza con la idea de que los adolescentes ya son "adultos" que han elegido estar en una carrera de la universidad y que la opción ha sido libre, nadie los ha obligado ni los obliga a seguir.

Estas concepciones hacen que los docentes consideran que no están obligados a pensar ni tener en cuenta lo que le pasa emocionalmente al alumno cuando se "enfrenta" a una propuesta áulica.

La propuesta áulica, que debe tender al logro de aprendizajes significativos, en general no parte de los aprendizajes previos de los alumnos, ni considera los intereses o actitudes favorables hacia determinados "contenidos" universitarios. Esto se observa críticamente en las distintas propuestas de cátedra; casi el 100% de los docentes han presentado la misma propuesta durante los últimos cinco (5) años⁹. Esto "desalienta" el discurso de que se trabaja con un diagnóstico inicial sobre el estado de los alumnos.

⁸ Coll, S. C. 2002. Concepción constructivista de la enseñanza y el aprendizaje, http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/Lic_virt/LITE/DITE028/Unidad_2/lec_2.5b_Concepcion_constructivista_de_la_ensenanza_y_el_aprendizaje.pdf

⁹ Información obtenida en la Asesoría Pedagógica del Departamento de Humanidades - UNLaR

Las planificaciones son “homogeneizantes” y están cerradas mucho antes de conocer al grupo de alumnos. Esto pone en evidencia el desconocimiento sobre las características especiales de cada grupo y la falta de adecuaciones en la propuesta de los docentes.

Tener en cuenta la motivación de los alumnos resulta imprescindible (de hecho es uno de los momentos establecidos para una clase modelo) para la construcción de aprendizajes significativos, ya que es necesario que se activen esos impulsos, movilizándolo a las personas a ejecutar acciones reveladoras y que además, tengan interés por la nueva información, diseños previos y la construcción de nuevos aprendizajes.

Pues, la razón y a la emoción son dos aspectos que coexisten conjuntamente y se encuentran unidos en la mente de cada persona, lo que conduce a actuar de modo conjunto, relacionados a los conocimientos obtenidos. Es así, que la necesidad o interés que posee una persona por conseguir específicos conocimientos que permita que las emociones y los sentimientos influyen en su adquisición, demostrando que todo lo que se realiza, piensa, especula, conjetura o conmemora, es viable por cuanto *lo racional y emocional del cerebro* trabajan en forma conjunta, exponiendo una dependencia entre ellos¹⁰.

De esta manera los docentes deben asumir la responsabilidad de formadores, co-responsables de los aprendizajes de los alumnos. Sin adoptar una posición paternalista, ni de baja exigencia académica, debe sostener una actitud positiva y de predisposición hacia los alumnos, lo que significa poner en práctica la noción de *mediación pedagógica*, es decir de orientación y guía de los alumnos en la construcción de experiencias y aprendizajes trascendentes.

¹⁰ Martínez, C. (2009). Consideraciones sobre inteligencia emocional. La Habana, Cuba: Editorial Científico-Técnica, pag 68.

3. "La evaluación de los aprendizajes"

La evaluación es un dispositivo fundamental del proceso de enseñanza aprendizaje que debe emplearse para el aprendizaje de los alumnos y la revisión de la propia práctica docente.

La evaluación reside en un proceso continuo que permite recolectar metódicamente información selecta, con el objeto de reacomodar la intervención educativa de conformidad con los aprendizajes de los alumnos. El propósito de la evaluación educativa es optimizar el proceso de aprendizaje del alumno, el funcionamiento del grupo y la propia práctica.

A partir de la propuesta de cátedra y del programa de la asignatura, cada profesor, en la preparación de las clases, puntualizará: los criterios de evaluación, los procedimientos y tiempos más apropiados para ejecutarla y para aseverar la ineludible información a los propios alumnos y al equipo educativo. A lo largo del proceso el docente se debe ajustar a la aplicación de estos presupuestos.

La fundamentación de este problema surge como necesidad de analizar qué, cómo y para qué se evalúa; qué se va a mirar en las evaluaciones, qué se aporta, cómo mejorar a partir de las evaluaciones.

Como grupo de trabajo, esta reflexión hace reflexionar respecto de lo que es la evaluación; cómo retroalimenta los procesos de enseñanza y aprendizaje; y "si son los docentes parte" de la evaluación institucional o no.

Es importante reconocer que respetar estos conceptos no implica coincidir en la puesta en práctica de los mismos, ni en los criterios, ni en la metodología de evaluación. Seguramente esto tiene que ver (como en el problema anterior) con los posicionamientos personales y con la formación de cada docente.

Definir qué interesa "obtener" con la evaluación hace necesario retomar otros puntos teóricos como que la evaluación: *es comparar* (medir y valorar), *es un proceso sistemático*, *es la formulación de un*

juicio de valor, posee un carácter axiológico, tiene una naturaleza global y comprensiva (los factores que afectan a los procesos de aprendizaje y a los de enseñanza son múltiples y actúan en forma conjunta y en interacción), tiene múltiples objetos de valoración (puede ser institucional, de estrategias didácticas y de recursos, de personas –alumnos-profesores), etc.

Pero en lo cotidiano, estas posiciones teóricas son “desconocidas”, la evaluación “se ha separado” del proceso formativo, como un elemento aislado de la estructura curricular. El proceso de enseñanza y aprendizaje es distinto al proceso de evaluación.

Es necesario reconocer que se debe evaluar al final de cada cuatrimestre o a fin de año para observar el nivel de aprendizaje alcanzado. Esto implica reconocer también que la evaluación es pensada y diseñada sólo para el alumno (de hecho circulan parciales – impresos y por internet, que tienen una considerable antigüedad) y no incide sobre el proceso formativo en general.

Esta forma de evaluación poco aporta a los procesos de mejora de la enseñanza; así se observa cómo los programas se repiten año a año, no se modifican en función de las características de los alumnos. Las clases se desarrollan del mismo modo durante años; la bibliografía se hace “vitalicia” en algunas cátedras. Seguramente esto terminará cuando los docentes tomen conciencia de la importancia de las intervenciones en el proceso formativo de los alumnos.

En esta etapa evaluadora es conveniente observar lo siguiente:

- el procedimiento general, que cada docente define en la programación de aula, para la evaluación de los aprendizajes de acuerdo conforme la propuesta de cátedra y del programa de la asignatura.
- Emplear criterios de evaluación y de calificación (valor de trabajos, tareas de clase, etc...) en cada uno de los temas propuestos.
- Efectuar una evaluación inicial, para decidir la programación de las clases conforme a los conocimientos de los estudiantes.

- Esgrimir criterios de evaluación que tengan en cuenta de manera equilibrada la evaluación de los diferentes contenidos del programa.
- Esgrimir procedimientos y herramientas de acopio de información (registro de observaciones, trabajos de los estudiantes.
- Explicar los criterios de corrección de los trabajos y actividades de los alumnos.
- Utilizar estrategias y procedimientos de autoevaluación que favorezcan la participación de los alumnos en la evaluación. Y diferentes técnicas de evaluación en función de la diversidad de alumnos.

Conclusión

En síntesis y luego de esta revisión se observa que plantearse problemas de investigación educativa implicareflexionar o investigar para solucionar los problemas de su quehacer; se trata más bien de una reflexión destinada a poner en tela de juicio las acciones aparentemente naturales de la clase.

Se trata de “*problematizar* la propia práctica, analizarla críticamente para hacer evidentes sus vicios y contradicciones”.

El fruto de estas investigaciones *permite tomar conciencia de los aspectos sutiles de la enseñanza, de la manera en que a veces las pretensiones quedan desmentidas por las actuaciones, o en que las acciones resultan deformadas por el significado que cobran en el contexto universitario*. Se permite el *contraste* entre las perspectivas de los docentes y las de los alumnos, el análisis sobre el *origen* de las propias perspectivas y la forma en que la *realidad institucional y social afecta la manera de pensar y actuar, así como las posibilidades que se abren y se cierran para el cambio educativo de la enseñanza*”¹¹.

Se debe destacar que la experiencia en trabajos de investigación es muy limitada; es decir, sólo se participa como miembro donde se

¹¹ Contreras, Domingo José, 1994. *Enseñanza, currículum y profesorado*, Editorial Akal, Madrid, pag. 7.

delegan algunas tareas. Por ello los *equipos de docencia e investigación, deben estar conformados por docentes de distintas disciplinas; especializados como investigadores, alumnos avanzados, ayudantes, etc.*

La tarea de enfrentar una investigación pedagógica, es mucho más compleja que encararla como un tema propio de las carreras. Esto obedece a que ello conlleva a abrir las puertas de las aulas, estar dispuestos a ser observados por colegas y extraños; abrirse a un análisis objetivo del accionar.

Los efectos de la investigación en educación son enérgicos, cambian los modos de pensar sobre el aprendizaje, la motivación y el rendimiento de los alumnos. Esta es una asignatura pendiente en el rol de docentes universitarios¹².

Por otra parte, se hace forzoso para aprender a investigar, poseer una experiencia directa con la problemática a estudiar, cuyas conclusiones sean más que una mera recolección de información. Para esto, es esencial implementar los instrumentos propios de la investigación en el análisis de situaciones cotidianas, para un ulterior estudio teórico-reflexivo y la ejecución de estrategias superadoras de esas prácticas.

Finalmente, es necesario instaurar, propiciar, organizar y efectuar un espacio de promoción, investigación y desarrollo, como acciones continuas y sistemáticas enmarcadas en la formación de investigadores de la educación.

Los docentes deben reflexionar y comprender que la labor de investigación pedagógica posee otro nivel de dificultad atento a todos los factores que se encuentran involucrados en el proceso de enseñanza-aprendizaje, pues implica estar dispuestos a ser observados y juzgados.

¹² Kerlinger, Fred, 2002. *Investigación del comportamiento, Método de investigación en ciencias sociales*, Mc Graw Hill, interamericana Argentina, pag. 10.

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE CÁRDENAS, J. "Formación pedagógica y didáctica universitaria", http://www.nhc.noaa.gov/ftp/graphiscs/ATB/AL_1302.W.GIF.

CARR, W. K. 1988. *S. Teoría crítica de la enseñanza. La investigación-acción en la formación del profesorado*. Editora Martínez Roca. Barcelona.

COLL, S. C. 2002. Concepción constructivista de la enseñanza y el aprendizaje, http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/Lic_virt/LITE/DITE028/Unidad_2/lec_2.5b_Concepcion_constructivista_de_la_ensenanza_y_el_aprendizaje.pdf

CONTRERAS D. J. 1994. *Enseñanza, currículum y profesorado*, Editorial Akal, Madrid.

DE LELLA, C. 1999. *Modelos y tendencias de la formación docente*. Lima, Perú.

ESCONTRELA MAO, R. 1992. "La formación del profesor, modelos y tendencias: el modelo crítico reflexivo". *Revista de Pedagogía*. (Venezuela), Enero, Marzo.

FARIÑAS, G. 1990. *La selección de tareas docentes en el proceso de dirección de la enseñanza superior*. Universidad de La Habana, La Habana. Inédito.

FERNÁNDEZ PÉREZ, M. 1988. *La profesionalización docente en la escuela*. Escuela Español. S.A. Madrid.

SACRISTÁN, G., J. y PÉREZ GÓMEZ, A. 1982. *La enseñanza: su teoría y su práctica*. Akal Madrid: universitaria. Madrid.

GIROUX, H. A. 1990. *Los profesores como intelectuales*. Ediciones Paidós/MEC. Barcelona.

IMBERÓN, F. 2000. *La formación y el desarrollo profesional del profesorado universitario. Hacia una nueva cultura profesional*. Editorial Graó. Barcelona.

KERLINGER, F. 2002, *Investigación del comportamiento, Método de investigación en ciencias sociales*, Mc Graw Hill, Interamericana Argentina.

MOTA ENCISO, F. "Reflexiones sobre educación. La docencia como actividad profesional". <http://www.uag.mx/83/egresados.html>.

NOGUERA ARROM, J. 2001. "La formación pedagógica del profesorado universitario". *Revista Bordón* 53.

PEREZ GOMEZ, A. "La función y formación del profesor de la enseñanza para la comprensión, diferentes perspectivas", <http://www.scielo.org.ar/pdf/ics/n5/n5a03>.

POZO, J. I. 1989. *Teorías cognitivas del aprendizaje*, Ed. Morata, Madrid.

PRIETO CASTILLO, D. 1994. *Educación con sentido, apuntes sobre el aprendizaje*, Ed. EDIUNC, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza.

PRIETO CASTILLO, D. 1994. *La pasión por el discurso, cartas a estudiantes de comunicación*, Ed. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNC, Mendoza.

PRIETO CASTILLO, D. 1993. "Notas sobre el trabajo discursivo", en *El discurso pedagógico*, Alejandra Ciriza y otros, Ed. RNTC, San José de Costa Rica.

PRIETO CASTILLO, D. 1986. *Utopía y comunicación en Simón Rodríguez*, Ed. Academia Venezolana de la Lengua, Caracas.

RODRÍGUEZ, J. M. 1995. *Formación de profesores y prácticas de enseñanza. Un estudio de caso*. Universidad de Huelva. Publicaciones. España.

ROGERS, C. 1986. *Libertad y creatividad en la educación de la década de los 80*, Ed. Paidós, Barcelona.

SACRISTÁN, G.; PÉREZ GÓMEZ, A. I. 1993. *Comprender y transformar la enseñanza*, Ed. Morata, Madrid.

SÁENZ, O. 1984. *Pedagogía general*, Ed. Anaya, Madrid.

SALAZAR BONDY, A. 1979. *Educación y cultura*, Ed. Búsqueda, Buenos Aires.

STUBBS, M. 1987. *Análisis del discurso, análisis sociolingüístico del lenguaje natural*, Ed. Alianza, Madrid.

SUCHODOLSKI, B. 1971. *Tratado de pedagogía*, Ed. Península, Barcelona.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2016) "Reflexiones sobre las prácticas educativas en la universidad". Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2018, Año 8, Vol. 1. pp. 10-26. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EMPRESAS MULTINACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

María Cristina Amuchastegui

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

Palabras claves:

empresas multinacionales, globalización, comunidad internacional.

Key words:

multinational companies, globalization, international community.

Resumen

Las empresas multinacionales son actores no estatales que desarrollan sus actividades en la esfera internacional y de esa manera influyen en la propia comunidad internacional y afecta a su ordenamiento jurídico.

Abstract

Multinational companies are non-state actors that develop their activities in the international sphere and thus influence the international community itself and affect its legal system.

Introducción.

Las empresas multinacionales son actores no estatales que desarrollan sus actividades en la esfera internacional y de esa manera influyen en la propia comunidad internacional y afecta a su ordenamiento jurídico.

En el contexto socioeconómico de la globalización, el impacto de las actividades de las empresas multinacionales sobre las condiciones de vida de los individuos y su posible implicación en abuso de derechos humanos se ha intensificado.

Si bien el proceso destinado para el establecimiento de un marco jurídico para el control de las empresas multinacionales no es nuevo, si lo es el contexto en que se desarrollan: la demanda de una globalización más justa y equitativa en la que el desarrollo económico tenga un efecto positivo sobre el disfrute de los derechos humanos. (Martin Ortega, 2007: 20)

Veremos a la globalización como proceso de desarrollo social, económico, político e incluso jurídico; el termino globalización es esencialmente multidimensional. El estudio de la globalización, por tanto, demanda necesariamente la confluencia interdisciplinar es por ello que en la definición de este conjunto de procesos participan varias disciplinas científicas y por lo general, cada una de ellas suele poner el énfasis en uno de sus aspectos, social, económico, político, tecnológico, ecológico, y solo en los últimos tiempos, jurídicos, como elemento principal, desencadenante o re orientador del proceso.

Las transformaciones que se vienen produciendo a nivel internacional, principalmente a principios de la década de los noventa están siendo descritas en el marco de este proceso denominado globalización. Esto lleva a que hoy en día la mayoría de estas transformaciones internacionales se designen como globales.

Desde el Derecho Internacional Público nos interesa fundamentalmente identificar los procesos y cambios producidos a nivel global que alteran la configuración de las relaciones internacionales, la estructura de la comunidad internacional y el orden jurídico que la regula. Estas transformaciones han alterado no solo la configuración del escenario internacional sino también las relaciones entre los actores que se desvuelven en el mismo.

"...La globalización puede comprenderse mejor como un proceso o una serie de procesos, más que como una condición singular. No

refleja una simple lógica de desarrollo lineal, ni prefigura una sociedad mundial o una comunidad mundial. Más bien refleja la aparición de redes y sistemas interregionales de interacción e intercambio. En este sentido la interconexión de los sistemas nacionales y de la sociedad en procesos globales más amplios se debe distinguir de cualquier noción de integración global”.

El alcance espacial y la densidad de la interconexión global transnacional tejen complejas tramas y redes de relaciones entre las comunidades, los Estados, las instituciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las corporaciones transnacionales que constituyen el orden global. Estas redes, que se trasladan e interaccionan, definen una estructura en evolución que les impone restricciones y al mismo tiempo da poder a las comunidades, los Estados y las fuerzas sociales. A este aspecto, la globalización es semejante a un proceso de “estructuración”, en cuanto a que es producto tanto de las acciones individuales de incontables actores e instituciones en todo el globo, como de las acciones acumulativas entre ellas. La globalización está asociada con una estructura global dinámica en evolución, que faculta y restringe. Pero también es una estructura altamente estratificada, puesto que la globalización es profundamente desigual: refleja las pautas existentes de desigualdad y jerarquía y al mismo tiempo genera nuevas pautas de inclusión y exclusión, nuevos ganadores y perdedores. Por consiguiente, la globalización puede comprenderse como si comprendiera procesos de estructuración y estratificación.

Son muy pocas las áreas de la vida social que escapan de la esfera de acción de los procesos de globalización. Esto se reflejan en todo los terrenos sociales, desde el cultural hasta el económico, político, legal, militar y ambiental. La globalización se comprende mejor como un fenómeno social de múltiples facetas o diferenciado. No se puede concebir como una condición singular, sino que más bien se refiere a las pautas de la creciente interconexión global dentro de todos los ámbitos claves de la actividad social. Por consiguiente, para comprender la dinámica y las consecuencias de la globalización, se requiere cierto conocimiento de las pautas diferenciales de la interconexión global en cada uno de esos ámbitos. Por ejemplo las pautas de la interconexión ecológica global son muy diferentes de las pautas de la interacción cultural o militar global. Cualquier descripción general de los procesos de globalización debe reconocer que, lejos de ser una condición

singular se concibe mejor como un proceso diferenciado y de múltiples facetas..."¹⁴. (Held D, Mc Grew Anthony, Goldblatt, 2002: 62 - 63).

"Al operar a través de las fronteras políticas y gracias a ellas, la globalización está asociada tanto con la desterritorialización como con la reterritorialización del espacio socio económico y político. Las actividades sociales y políticas ya no se organizan principal o exclusivamente conforme a un principio territorial, debido a que se están extendiendo cada vez más por todo el planeta; pueden estar arraigadas en localidades particulares pero desarraigadas territorialmente. Bajo el condicionamiento de la globalización el espacio político y económico "local", "nacional" e incluso "continental" se reforma de tal manera que ya no es necesariamente confinante con fronteras legales y territoriales establecidas. Por otra parte, a medida que se intensifica la globalización, genera presiones hacia una reterritorialización de la actividad económica, bajo la forma de zonas subnacionales, regionales y supranacionales, mecanismos de gobierno y complejos culturales. También puede reforzar la "localización" y la "nacionalización" de las sociedades.

En efecto, la globalización implica una desterritorialización y una reterritorialización complejas del poder político y económico. A este respecto se describe mejor con aterritorial.

La globalización condiciona el nivel de expansión en el que está organizado el poder y en el que se ejerce, es decir, el extenso alcance espacial y las redes y los circuitos de poder.

De hecho, el poder es un atributo fundamental de la globalización en un sistema global cada vez más interconectado, el ejercicio del poder por medio de las decisiones, acciones o no acciones de los actores en un continente puede tener consecuencias significativas para las naciones, las comunidades y los hogares en otros continentes.

Las relaciones de poder están profundamente inscriptas en los procesos mismos de la globalización. De hecho la ampliación de las relaciones de poder significa que las áreas de poder y el ejercicio del poder están cada vez más distante de los sujetos o de las localidades que experimentan sus consecuencias. A este

respecto la globalización implica la estructuración y la reestructuración de las relaciones de poder a distancia.

Mientras que el concepto de interdependencia supone relaciones de poder simétricas entre los actores sociales o políticos, el concepto de globalización deja abierta la posibilidad de la jerarquía y la desigualdad; es decir un proceso de estratificación global...”¹⁵ (Held D. , Mc Grew Anthony, Goldblatt, 2002: 65 - 66)

La homogeneidad de la estructura tradicional de la comunidad internacional – un sistema interestatal, donde estados iguales y soberanos son los principales sujetos de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional – da paso a un complejo y diverso escenario donde juegan distintos actores debilitando el dominio del Estado en la adopción de decisiones. En el contexto internacional actual, se cuestiona al Estado como unidad única de análisis de las relaciones internacionales lo que algunos han calificado de “retirada del Estado” y aparecen así nuevos entes a tener en cuenta en el proceso de adopción de decisiones que afectan a toda la comunidad internacional.

Ello denota que uno de los rasgos principales de la globalización es la presencia de actores distintos de los Estados en la comunidad internacional. Esto serían los llamados actores no estatales.

Junto al crecimiento del número de organizaciones internacionales, se ha producido un aumento de la presencia internacional de otros entes, que no son sujetos de Derecho Internacional, como los movimientos sociales, estructurados a través de organizaciones no gubernamentales (ONG); los grupos armados, los foros económicos y comerciales internacionales; las empresas multinacionales cuya subjetividad internacional es motivo de discusión en la doctrina; y el individuo. (Martin Ortega, 2007: 32)

Así pues a mediados de los años 90’ se abrió un interesante marco de acción social sobre la premisa que el discurso económico no puede ir separado de los conceptos de respeto, protección y promoción de los Derechos humanos. La base es que el crecimiento económico se legitima cuando contribuye al desarrollo humano, a una realización integral de los derechos humanos del mayor número de personas posibles. Para ello es necesario que las instituciones internacionales en sus actuaciones eviten perpetuar situaciones de pobreza y sub desarrollo.

Los movimientos sociales y los organismos dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos han traído al debate institucional la relación entre pobreza y derechos humanos, comercio internacional y pleno disfrute de los derechos económicos sociales y culturales. Así los organismos internacionales han empezado a llamar la atención sobre la necesidad no solo de abrir diálogos sociales sino también de cooperar internacionalmente para el establecimiento de un marco jurídico que evite q la globalización siga su curso inherentemente asimétrico.

"...Instauradas estas ideas en el discurso político internacional, en la actualidad casi todas las Organizaciones Internacionales e incluso los gobiernos han incluido en sus estrategias las de una mejor gestión de la globalización para evitar sus repercusiones sociales, es decir las distribución de los beneficios de la globalización y que las oportunidades que esta ofrece se pongan al servicio del individuo. Un claro ejemplo de ello es la propia Organización de Naciones Unidas que al definir sus objetivos para el futuro, en su Declaración del Milenio afirma:

Creemos q la tarea fundamental al que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grande posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa...". ¹⁶ (Martin Ortega; 2007:37)

Las empresas multinacionales en tanto que actores no estatales en su actividad, en la esfera internacional puede afectar a los individuos y al disfrute de los Derechos Humanos.

Según la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) estas entidades superan hoy las setenta mil. En el contexto económico dos factores cuales son; las tendencias jurídicas hacia la privatización y la desregulación económica a nivel interno; y la liberalización internacional del comercio y de los movimientos de capital a nivel internacional, inciden particularmente en aumento de poder de empresas multinacionales y por tanto en su peso en la configuración de las adopciones

de decisiones a nivel global. Es en este sentido en el que las empresas multinacionales han sido calificadas de actores globales y su participación en las relaciones internacionales se ha considerado como uno de los motores de la propia globalización.

Aunque la existencia de las empresas multinacionales no es privativa de esta etapa histórica el espectacular aumento de las entidades corporativas e intensificación de sus actividades si son productos de las últimas décadas.

"... Lo que si es cierto que estas entidades son las responsables de casi la totalidad de la inversión extranjera directa. La capacidad de control sobre dicha inversión coloca a las empresas multinacionales en una posición única en la esfera internacional, especialmente si se tienen en cuenta dos factores: por un lado, que la inversión extranjera directa, que ha repuntado en 2004, alcanzando los niveles más altos desde 1997, es uno de los principales motores de la economía mundial y por otro que el régimen jurídico actual les permite mover con cierta libertad su capital e inversiones allí donde las condiciones sean más favorables lo que se denomina deslocalización. Todo ello es especialmente más pronunciado en los países en vía de desarrollo dado que la inversión extranjera directa a sustituido hoy a la ayuda oficial al desarrollo como principal fuente de ingreso en dicho país.

Esta realidad hace que estas entidades tengan una importante capacidad para influir en la política económica de los Estados, e incluso en sus sistemas jurídicos, y puedan por tanto, ejercer un poder significativo sobre los individuos en el sentido más directo de controlar su bienestar. Ello implica que las actividades de las empresas multinacionales en principio contribuyan en forma positiva a dicho bienestar, en cuanto que al ser generadora de riqueza, en la mayoría de los casos la inversión extranjera directa tiene un efecto positivo respecto de los derechos económicos y sociales en el Estado receptor, a través de la creación de empleos y en general del aumento de los estándares de vida lo que repercute a su vez en el disfrute de los derechos civiles y políticos..." ¹⁷ (Martin Ortega, 2007: 40)

Las empresas se dedican a la producción internacional porque poseen una ventaja competitiva específica, que se explota mejor de esta manera. La

ventaja puede ser un producto o una técnica patentados, pero también puede incluir técnicas administrativas y activos intangibles en las capacidades y en la experiencia de la empresa o de su personal. Pero, aun así, las empresas no necesitan producir en el exterior incluso con esas ventajas; es posible servir a los mercados exteriores mediante exportaciones u otorgando licencias para que los productores extranjeros utilicen la tecnología, o bien el proceso de producción puede subcontratarse a compañías independientes, posiblemente con una licencia para utilizar la tecnología de la empresa. Sin embargo, el desarrollo de redes de producción globales implica necesariamente la organización estratégica de las transacciones transnacionales dentro de la empresa o entre grupos de empresas, en vez de hacerlo por medio del mecanismo del mercado. Aun cuando la globalización económica a menudo se entiende simplemente como la difusión de los mercados globales, el crecimiento de las empresas multinacionales y de las redes de producción global representa algo muy diferente: la creciente organización transnacional de la producción y la distribución dentro de las empresas y entre ellas, en vez de mediante los mercados. Por consiguiente, los mercados internacionales no son perfectos: si lo fueran, no existirían las empresas multinacionales y las redes de producción global. Como consecuencia, para las empresas multinacionales los costos de hacer negocios son considerablemente más bajos si organizan la actividad económica dentro de la empresa o por medio de redes de empresas, en vez de hacerlo por medio de las relaciones de mercado.

Las empresas multinacionales han crecido en el periodo de la post guerra debido a que han explotado sus ventajas competitivas en el ámbito internacional. En algunos casos, estas ventajas competitivas se derivan de las economías de escala y de la esfera de acción, de una técnica de gestión superior, de redes de ventas mundiales, o de todo en conjunto. Pero la fuente clave de la ventaja competitiva para las multinacionales en el periodo de la post guerra ha sido la innovación tecnológica. Las empresas multinacionales tienden a encontrarse entre las compañías más innovadoras y están ampliamente representadas en las industrias que se dedican al aspecto tecnológico. Además la innovación tecnológica ha ayudado al proceso de dividir la cadena de valor, mediante el cual un solo proceso de producción se puede separar y distribuir alrededor del planeta. Por lo tanto el crecimiento

de las multinacionales refleja tanto su capacidad para innovar como su habilidad para explotar esto internacionalmente.

La comunidad internacional refuerza cada vez más el papel que las empresas multinacionales desempeñan en la consecución de objetivos fundamentales para la misma: desde el desarrollo económico, a la protección del medio ambiente e incluso a la democratización y elevación de los niveles de cumplimiento de derechos humanos en los Estados como bien dice Olga Martín Ortega

"...Naciones Unidas en su acercamiento en el sector privado a través de la articulación de una estrategia inclusiva, en la que hace partícipe a las empresas multinacionales de los objetivos de la propia organización, y realiza una llamada de atención sobre la necesidad de que la esfera pública internacional se abra a la participación activa de otras entidades, cuya contribución considera esencial para gestionar el avance de la globalización..."¹⁸ (Martín Ortega, 2007:44)

La Declaración del Milenio expone la necesidad de incluir a la sociedad civil y al sector privado en las actividades relativas, no solo a sus objetivos concretos, como la erradicación de la pobreza sino en general, como aliados para el fortalecimiento de la propia organización. Esta Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, firmada en septiembre del 2000, compromete a los dirigentes mundiales a luchar contra la pobreza, el hambre, la enfermedad, el analfabetismo, la degradación del medio ambiente y la discriminación de la mujer. Los objetivos de desarrollo del milenio, dimanantes de esa declaración, tiene metas e indicadores específicos, a saber:

"...consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI.

• *La libertad: los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su libertad y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor de la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular.*

• *La solidaridad: los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia*

social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados.

- *La igualdad: No debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres.*

- *La tolerancia: los seres humanos deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturales e idiomas. No se deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre estas; antes bien, deben apreciarse como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones.*

- *El respeto de la naturaleza: es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. Solo así podemos conservar y transmitir a nuestros descendientes las inconmensurables riquezas que nos brinda la naturaleza. Es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes.*

- *Responsabilidad común: la responsabilidad de la gestión del desarrollo, económico y social en el mundo, lo mismo en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desarrollar un papel central a ese respecto.*

También en esta Declaración del Milenio se decide:

- *Reafirmar el papel central que recae en la Asamblea General en su calidad de principal órgano de deliberación, adopción de políticas y representación de las Naciones Unidas, y capacitarla para que pueda desempeñar ese papel con eficacia.*

- *Redoblar nuestros esfuerzos por reformar ampliamente el Consejo de Seguridad en todos sus aspectos.*

- *Fortalecer el Consejo Económico y Social, sobre las bases de sus recientes logros de manera que pueda desempeñar la pala que se le asigna en la carta.*
- *Fortalecer la Corte Internacional de Justicia a fin de que prevalezcan la justicia y el imperio del derecho en los asuntos internacionales.*
- *Velar porque la Organización cuente de forma oportuna y previsible con los recursos que necesita para cumplir sus mandatos.*
- *Instar la Secretaria a que de conformidad con normas y procedimientos claros acordados por la Asamblea General aproveche al máximo esos recursos en interés de todos los Estados Miembros, aplicando las mejores prácticas y tecnologías de gestión disponibles y prestando una atención especial a las tareas que reflejan las prioridades convenida de los Estados Miembros.*
- *Promover la adhesión a la convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado*
- *Velar para que exista una mayor coherencia y una mejor cooperación en materia normativa entre las Naciones Unidas, sus organismos, las instituciones de Breton Woods y la Organización Mundial del Comercio así como otros órganos multilaterales con miras a lograr criterios perfectamente coordinados en lo relativo a los problemas de la paz y el desarrollo.*
- *Seguir fortaleciendo la cooperación entre las Naciones Unidas y los parlamentos nacionales por intermedio de su organización mundial, la Unión Interparlamentaria en diversos ámbitos a saber: la paz, la seguridad, el desarrollo económico y social, el derecho internacional y los derechos humanos, la democracia y las cuestiones de género.*
- *Ofrecer al sector privado, las organizaciones no gubernamentales y las sociedad civil en general más oportunidades de contribuir al logro de las metas y los programas de la organización...”*

La Declaración del Milenio como hemos visto expone la necesidad de incluir a la sociedad civil y al sector privado en las actividades relativas, no solo a

sus objetivos concretos, como la erradicación de la pobreza, sino en general como aliados para el fortalecimiento de la propia organización.

Aunque la responsabilidad principal en la gestión de la globalización recaerá sobre los Estados, a través de la cooperación internacional, es una constante la llamada a la inclusión de otros actores, en particular los actores relevantes en los asuntos económicos y financieros, en la búsqueda de un sistema más beneficioso para el individuo.

Sin embargo, también es cierto que el poder de las empresas multinacionales genera en algunos casos situaciones de desprotección de los derechos humanos importantes que hacen especialmente urgente la adopción de respuestas jurídicas a la personalidad de las mismas. He aquí el desafío de este trabajo.

Desde el punto de vista jurídico internacional las empresas multinacionales están escasamente reguladas y este peso en las relaciones internacionales tanto positivo como negativo, tiene poco reflejo en el ordenamiento internacional.

La gran mayoría de las normas jurídicas referidas a las empresas multinacionales es el relativo a las inversiones internacionales, que establece derechos sustantivos y de acceso a mecanismos de resolución de controversias para reclamarlos. En este contexto nuestra preocupación es establecer cuál es el estatus jurídico internacional de estas empresas que participan de las relaciones internacionales y que parecen tener derechos y obligaciones que no están claras en el Derecho Internacional tanto a nivel de la doctrina como de la normativa jurídica.

La no correspondencia entre la realidad práctica y la respuesta jurídica respecto de la actuación de las empresas multinacionales en la esfera internacional se pone en evidencia en el hecho de que estas entidades pueden desarrollar actividades jurídicas internacionales tales como negociar y suscribir contratos hacer reclamaciones y acceder a procedimientos internacionales de resolución de conflictos y, de este modo participan cada vez más en la creación, aplicación e implementación del Derecho Internacional y sin embargo, no existe a nivel internacional la posibilidad de exigirles responsabilidad jurídica por las consecuencias de sus actividades.

En este capítulo, se estaría dando cumplimiento a dos objetivos específicos propuestos que consisten en: el análisis de la personalidad jurídica internacional de las empresas multinacionales y la individualización de los

instrumentos internacionales de los cuales surgen la capacidad de las empresas multinacionales para celebrar acuerdos.

Responsabilidad Social Empresarial y Trabajo Decente

Siguiendo a Olga Martín Ortega, podemos decir que la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) es el “hacer negocios basados en principios éticos y apegados a la ley”. La empresa tiene un rol ante la sociedad, ante el entorno en el cual opera.

Hacer negocios basados en la ética y la legalidad es de fundamental importancia, ya que con esto se generara

- Mayor productividad
- Lealtad del cliente: porque satisfaciendo sus necesidades, además de calidad y precio, los clientes empiezan a demandar información de las condiciones de producción, entre otras.
- Acceso a mercados
- Credibilidad: la empresa que respeta a las personas, medio ambiente y sociedad en su conjunto adquiere una reputación que le garantiza mayor sostenibilidad en el tiempo, reduciendo riesgos, mayor agilidad para actuar y así genera confianza.

La RSE es el rol que le toca jugar a las empresas a favor del desarrollo sostenible en otros términos a favor del equilibrio entre el crecimiento económico el bienestar social y el aprovechamiento de recursos naturales y el medio ambiente.

El objetivo principal que persigue la responsabilidad social empresarial radica en el impacto positivo que estas prácticas generen en los distintos ámbitos con los que una empresa tiene relación, al mismo tiempo que contribuya a la competitividad y sostenibilidad de la empresa.

En el prólogo a la obra RSE y Trabajo Decente en la Argentina - Contexto, Desafíos y Oportunidades vemos que “... en nuestra región se están fortaleciendo las economías bajo nuevos patrones de crecimiento, que provocan una pregunta clave: ¿Es posible pensar un modelo de desarrollo económico que descansa en el trabajo como fuente de progreso e integración social? En Argentina y en América Latina, el desarrollo y la modernidad civilizada no vendrán por las vías del fin del trabajo sino de su promoción.

Sin lugar a dudas, ese es un desafío para los gobiernos de todas las latitudes que entienden que la promoción del trabajo decente es una

herramienta fundamental no solo para constitución de sociedades cohesionadas, sino también para la consolidación de la gobernabilidad democrática.

El Gobierno Argentino ha introducido esta preocupación en el marco de los objetivos del Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas.

Sin embargo, la creciente globalización económica ha traído aparejada consecuencias negativas para los trabajadores de la mayor parte de los países del mundo, especialmente de los menos desarrollados, entre los cuales se incluyen los latinoamericanos. La disminución de los estándares laborales, la inestabilidad ocupacional, los bajos salarios, la desprotección social, las largas jornadas de trabajo y la explotación del trabajo infantil y adolescente son alguno de los efectos más preocupantes a los que ha dado lugar la aplicación de políticas neoliberales en esta región.

La inequidad no es solo una cuestión ética, es también una de las mayores barreras al desarrollo económico y social..."¹⁹ (Tomada, 2009: 9-10)

En la concepción del rol de la empresa que la RSE supone se basa en el objetivo central del desarrollo sostenible cuya tesis principal sostiene que los objetivos del crecimiento económico, la cohesión social y la protección del medio ambiente, se hayan intrínsecamente relacionados.

Debemos en este desarrollo del tema de RSE debatir, analizar y comparar dos importantes instrumentos internacionales: las Directrices de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) para las Empresas Multinacionales, a las que Argentina adhirió y la, "Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social" adoptada por el Consejo de Administración de la OIT en su 204º Reunión de noviembre de 1977.

En la comparación entre las Directrices y la Declaración adoptada por la OIT lo que importan son las coincidencias.

La OCDE rescata los valores de la libertad sindical, de la negociación colectiva y su presupuesto indispensable, el derecho a la información. Así como el compromiso que toda empresa multinacional debe asumir con su entorno económico, social, laboral, ambiental, por el alto impacto que su presencia tiene en los países en donde se las recibe.

Una de las notas comunes que aparece tanto en las Directrices de la OCDE como en la Declaración de la OIT responde al carácter voluntario de la RSE y al carácter voluntario de la aplicación de estas orientaciones.

La **Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social Ginebra. OIT. 2006** contiene recomendaciones acerca de cinco temas:

- Política General
 - Obedecer las leyes nacionales y respetar las normas internacionales
 - Contribuir a hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo;
 - Celebrar consulta con los gobiernos y con las organizaciones de empleadores y trabajadores para asegurarse que sus operaciones tengan en cuenta las prioridades nacionales de desarrollo
- Empleo
 - Esforzarse por aumentar las oportunidades y niveles de empleo, teniendo en cuenta la política y los objetivos e los gobiernos;
 - Dar la prioridad al empleo, el desarrollo profesional, la promoción y el perfeccionamiento de los nacionales del país de acogida;
 - Utilizar tecnologías capaces de crear empleo tanto directa como indirectamente;
 - Crear vínculo con las empresas locales mediante contratos de aprovisionamiento, fomentando la transformación local de las materias primas y la fabricación local de piezas de recambio y equipos;
 - Extender la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo;
 - Actuar como modelo en la promoción de la seguridad del empleo, notificando con antelación razonable los posibles cambios en sus operaciones y evitando los despidos arbitrarios.
- Formación
 - Proporcionar una formación adecuada a sus trabajadores a todos los niveles para responder a las necesidades de las empresas así como de las políticas nacionales de desarrollo;
 - Participar en programas que fomenten el desarrollo de cualificaciones;
 - Ofrecer al personal directivo local oportunidades en el conjunto de la empresa para ampliar su experiencia.
- Condiciones de trabajo y de vida
 - Ofrecer salarios, prestaciones y condiciones de trabajo no menos favorables que las ofrecidas por los empleadores comparables en el país en cuestión;

- Ofrecer los mejores salarios, prestaciones y condiciones de trabajo que sean posibles, dentro del marco de la política gubernamental, al fin de satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias;
 - Respetar la edad mínima de admisión al empleo;
 - Mantener el máximo nivel de seguridad e higiene en el trabajo;
 - Examinar la causa de los riesgos a la seguridad e higiene en el trabajo, dar información sobre las buenas prácticas que observan en otros países y poner en obra las mejoras necesarias.
- Relaciones de trabajo
- Aplicar normas en materia de relaciones de trabajo que no sean menos favorables que las observadas por empleadores comparables;
 - Respetar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva;
 - Dar su apoyo a las organizaciones representativas de empleadores;
 - Facilitar las consultas regulares sobre temas de interés mutuo;
 - Examinar las reclamaciones de los trabajadores siguiendo un procedimiento adecuado.

Aquí se cumple otro objetivo específico que consiste en analizar los instrumentos internacionales de los cuales surge la capacidad de las empresas multinacionales para celebrar acuerdos. También aquí se utiliza la estrategia metodológica propuesta en el plan de tesis, que hace hincapié en la observación y análisis de documentos internacionales.

Desde mayo del 2003 se hizo necesario promover con firmeza el respeto a los principios del trabajo decente en todos los niveles de las empresas.

En la Argentina, la Red de Responsabilidad Social Empresaria y Trabajo Decente es una iniciativa liderada por el Ministerio de Trabajo con la finalidad de promover la cultura del trabajo de calidad y el dialogo social como condición para el desarrollo de una economía sustentable y competitiva. Cuenta con la participación de más de cien entidades empresariales líderes, cámara y empresas de primera línea, el apoyo de universidades públicas y privadas e instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y el patrocinio de la CEPAL, PNUD y OIT. (Tomada, 2009; 11-12)

La agenda de RSE ha sido forjada por las empresas multinacionales, consumidores, inversores y gobierno de los países industrializados.

Hoy en día ser una buena empresa significa mucho más que tener una fuerte ejecución financiera, significa valorar a los empleados y hacer contribuciones para mejorar la salud pública y el medio ambiente; en otras

palabras, combinar lo que es bueno para los negocios con lo que es bueno para el mundo.

En el año 2008 todos los países mandantes de la OIT adoptaron la "Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa" en la que se consolida el rol del trabajo decente en el contexto mundial.

Como bien dice Bernardo Kliksberg en su artículo "Una agenda renovada de responsabilidad empresarial para América Latina en la era de la crisis" publicada en la obra "RSE y Trabajo Decente en la Argentina - Contexto, Desafío y Oportunidades":

"...la RSE venia avanzando. Más de 3300 empresas se han sumado al pacto global de la ONU que manda la aplicación de principios básicos por parte de las empresas signatarias en Derechos Humanos, libertad sindical, trabajo forzoso, erradicación del trabajo infantil, abolición de discriminaciones, ambiente y corrupción.

Sin embargo, la crisis mostro que existen fragilidades y un largo camino por recorrer.

Más que nunca para restablecer la confianza y superar la crisis se necesitaran altas dosis de RSE. Las políticas públicas deberán estimularlas y crear un marco donde los incentivos perversos que surgían de la desregulación salvaje sean remplazados por regulaciones que garanticen el interés colectivo...".²⁰ (Kliksberg, 2009: 23-24)

Esta crisis tendrá múltiples impactos en América Latina como sobre otras áreas del globo; puede afectar las exportaciones, el turismo, los flujos de inversiones y las fuentes de financiamiento. En la región más desigual del planeta, con el peor coeficiente Gini de distribución del ingreso, donde el 10% más rico de la población tiene el 48,6% del ingreso y el 10% más pobre el 1,6%, la crisis puede afectar más agudamente a los sectores más débiles. Se requerirá entre otros aspectos políticas publicas agresivas en campos como la inversión en infraestructura, transporte y energía, el fortalecimiento de la pequeña y mediana empresa, la puesta en marcha de programas que dinamicen el empleo dirigidos a las mujeres jóvenes, y a los jóvenes que están fuera del mercado de trabajo y del sistema educativo (que son hoy el 25% de los jóvenes de la región).

También será necesario fortalecer la inversión en educación y salud; los pobres que son más del 35% de la población de la región, dependerán fuertemente de políticas públicas, eficientes para hacer frente a los impactos de la crisis.

La empresa privada más que nunca tendrá en este problema un papel protagónico y para ello es necesario un replanteo de efectividad de RSE en la región.

Muchas empresas creen que son responsables si pagan los sueldos y cumplen con los impuestos. Ello es una concepción muy estrecha frente a los lineamientos de la RSE a nivel internacional y las necesidades regionales. Eso significa simplemente cumplir con la ley; pero RSE es mucho más que eso, es asumir responsabilidades éticas y replantearse el rol mismo de la empresa en la sociedad.

También se necesitara que los apoyos que las empresas dan a causa de interés colectivo, no se reduzcan. Una agenda renovada de RSE en este continente implica también avanzar hacia un nuevo pacto fiscal progresivo y minimizador de la evasión, basado en sistemas modernos y totalmente profesionalizado.

Si América Latina no responde a la crisis con políticas publicas muy activas y de alta calidad y con una agenda renovada de RSE en sus empresas, los escenarios pueden ser muy problemáticos.

Analizando a José Manuel Salazar – Xirinachs vemos que, las empresas multinacionales son agentes principales de la globalización. Su influencia las coloca en el centro tanto de los críticos como de los defensores de la misma. Al reconocer el rol clave que desempeñan en la consecución de un desarrollo sustentable, una globalización justa y un trabajo decente para todos, las empresas multinacionales han empezado a involucrarse en un amplio espectro de iniciativas tales como códigos de conducta y otras prácticas.

La OIT y otras agencias multilaterales se han involucrado muy activamente en apoyar los esfuerzos nacionales e internacionales para continuar en el compromiso de promover los objetivos del trabajo decente como un medio a una globalización más justa y como un componente importante para la disminución de la pobreza.

El papel que le toca a las empresas multinacionales, es aprovechar las iniciativas comerciales individuales a fin de asegurar mejoras sistémicas a la contribución de la inversión extranjera directa (IED) para las metas del

desarrollo, reducción de la pobreza en los países en desarrollo en donde las empresas multinacionales operan. La Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y políticas sociales es un instrumento internacional clave para las empresas, gobiernos receptores y de país de origen, organizaciones de empleadores y de trabajadores que están comprometidos en enfrentar este desafío. La Declaración de la OIT sobre las Empresas Multinacionales es el principal instrumento internacional en lo que se refiere al empleo y a la dimensión laboral de las actividades de las empresas multinacionales.

"...En un mundo cada vez más globalizado las empresas multinacionales son una parte importante del sector privado en países en desarrollo e industrializados. Han sido y siguen siendo los actores principales en liberar fuerzas de mercado que se expandieron por el mundo en desarrollo durante los últimos 30 años. En varios países la inversión extranjera directa (IED) ha hecho una clara contribución al crecimiento económico y a la creación de empleo.

También se ha podido constatar la creación de buenos empleos directos como resultado de la inversión de las multinacionales. Los trabajadores empleados por las multinacionales generalmente gozan de salarios, condiciones de trabajo y otros beneficios iguales o a menudo más altos que aquellos de los empleados en empresas locales.

Sin embargo persiste el hecho de que la distribución geográfica de la inversión extranjera es muy desigual.

En los países en desarrollo que reciben Inversión Extranjera Directa (IED) el impacto ha sido eficaz solamente donde hay capacidades de manufacturas locales y un gobierno capaz. La Comisión Mundial sobre Crecimiento y Desarrollo ha destacado la importancia de un gobierno comprometido, creíble y con capacidad creciente para fomentar un crecimiento sostenido e inclusivo.

La mayor parte de la fuerza de trabajo en muchos países en desarrollo tiene serias dificultades para acceder a las oportunidades que ofrece la Inversión Extranjera Directa (IED) y la competencia global. Se estima que las empresas multinacionales emplean directamente más de 95.000.000 de personas, concentrados

principalmente en las economías industrializadas. Ello representa solamente el 3,4% del empleo mundial total que es de aproximadamente 2.8 billones de personas...” ²¹ (Salazar – Xirinachs, 2009: 45-46)

La Declaración de la OIT sobre las empresas multinacionales, proporciona orientaciones para un buen comportamiento, basada en los valores consagrados en las normas laborales internacionales y acordadas por los gobiernos y los representantes de trabajadores y empleadores. Aunque es un instrumento voluntario, la Declaración de la OIT sobre las empresas multinacionales hace referencia a prácticas y marcos jurídicos nacionales, normas laborales internacionales relevantes, acuerdos internacionales aprobados en las Naciones Unidas y a la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

La Declaración de la OIT sobre las empresas multinacionales es un instrumento universal aplicable a todos los Estados miembros de la OIT, tanto en países desarrollados como en desarrollo.

La Declaración de la OIT sobre las empresas multinacionales es referencia clave para la consulta y cooperación entre los gobiernos, las empresas multinacionales, las organizaciones de empleadores y trabajadores, sobre temas de trabajo y empleo.

En el área de los mercados financiero, los dos más influyentes índices bursátiles socialmente responsables donde muchas empresas multinacionales están listadas - el índice de sustentabilidad Dow Jones y el FTSE-4-Good - ambos hacen referencia a las prácticas laborales de la declaración de la OIT sobre empresas multinacionales.

Desde el marco teórico que nos permite llegar a una definición amplia de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), vemos que el Estado es concebido como el principal órgano articulador entre empresas y organizaciones de la sociedad civil.

Siguiendo a Pablo Montivero Araya en su obra

"La responsabilidad social en la visión de la empresa actual" vemos que la RSE surge ante la necesidad de cambio en la gestión empresarial del siglo XXI. Un cambio que debe orientarse hacia un compromiso con la sociedad y el mundo donde vivimos. La RSE ejercida por las empresas pretende dar respuestas mensurables,

planificadas y orgánicas a este escenario globalizado con grandes desigualdades presente a comienzos del siglo XXI.

Una empresa multinacional asume si RSE cuando adopta voluntariamente pautas de actuación de carácter no solo económico, sino también ético, social y ambiental en su estrategia empresarial y en la relación con sus actores principales.

Los factores que influyen en las empresas multinacionales para desarrollar políticas de RSE son principalmente no financieros. Porque la RSE mira el negocio a más largo plazo e incorpora valores como la ética, la transparencia y la responsabilidad hacia la sociedad en la toma de decisiones.

No hay consenso sobre una única definición pero en términos de proponer una definición genérica podemos entender por RSE a "la responsabilidad de la empresa y otras organizaciones de cooperar con el desarrollo de las comunidades y de la sociedad en general".²² (Montivero, 2009: 134)

Para las Naciones Unidas, el concepto de RSE nace junto con la renovada noción de la empresa moderna. Hace referencia a una nueva manera de hacer negocios en la cual las empresas tratan de encontrar "un estado de equilibrio entre la necesidad de alcanzar objetivos económicos, financieros y de desarrollo, y el impacto social y ambiental de sus actividades".

También podemos definir a la RSE como "el conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos nacionales e internacionales, con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la actividad y operaciones de las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos humanos".²³ (Montivero, 2009: 137)

De las definiciones expuestas, queda claro que las áreas de responsabilidad social que tienen injerencia en la vida de las empresas son básicamente tres, la económica, la sociocultural y la ambiental.

Entender que un comportamiento responsable de la empresa implicaría desde el punto de vista económico solo crear valor, no es el paradigma de tipo de empresa hoy presente en el escenario multifacético sobre el cual le toca actuar.

La responsabilidad de la empresa desde el punto de vista social implica, en primer lugar, respeto al espíritu y la letra del marco normativo vigente; en segundo lugar, respeto a las costumbres sociales, a la herencia cultural y a la diversidad; y en tercer lugar, involucrarse en la vida política y cultural.

Los dos primeros aspectos requieren que la empresa acepte los estándares legales y socioculturales de la sociedad en la que operan, tanto externos como internos, regulados o no.

Y el tercer aspecto determina un papel más activo de la empresa cuando la gravedad de las necesidades así lo exija. Cualquier decisión que tome la empresa tiene un impacto sobre el ambiente, ya sea a través del consumo de los recursos naturales, como materias primas, energía, etc. la empresa debe contribuir al desarrollo sostenible. Se entiende por "empresa sostenible" aquella que integra los siguientes valores: sostenibilidad (búsqueda permanente del desarrollo económico, la integridad ambiental y el bienestar social), visión a largo plazo, diversidad (de opiniones, culturas, perspectivas, edades y sexos en su organización en el las relaciones con su entorno), apertura al dialogo con las partes interesadas, integridad y responsabilidad.

Resumiendo el esquema de los tres ejes podemos decir que los valores genéricos que las empresas hoy manifiestan, son los siguientes:

- Lograr el crecimiento sostenido, mediante personas capaces y facultadas que actúen con responsabilidad y construyan confianza;
- Convertir al espacio laboral en el mejor lugar para trabajar;

Generar una cultura diversa e incluyente hacia todos los que integran la fuerza laboral en contacto con la corporación.

A continuación transcribiremos un documento internacional esencial para nuestro estudio que fue adoptado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 232º reunión (Ginebra, marzo de 1986); titulado **"Procedimiento para el Examen de Conflictos relativos a la Aplicación de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social mediante la Interpretación de sus Disposiciones"**:

1. La finalidad del procedimiento es interpretar las disposiciones de la Declaración, cuando ello sea menester, para solventar una controversia sobre su significado, dimanante de una situación real, entre las partes objeto de la Declaración.

2. Este procedimiento en modo alguno se añadirá a los procedimientos vigentes nacionales o de la OIT ni entrara en el conflicto con ellos, no podrá, pues, alegarse este procedimiento respecto de:

- (a) A legislación y la practica nacionales;
- (b) Os convenios recomendaciones internacionales del trabajo;
- (c) Os asuntos que incumben el procedimiento de libertad sindical.

Lo que antecede significa que las cuestiones relativas a la legislación y practica nacionales deberán ser examinadas a través del sistema nacional competente; que las cuestiones relativas a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo deberán examinarse a través de los distintos procedimientos previstos en los artículos 19, 22, 24 y 26 de la Constitución de la OIT, o a través de las solicitudes gubernamentales dirigidas a la Oficina a efectos de interpretación oficiosa, y que las cuestiones referentes a la libertad sindical serán examinadas mediante procedimientos especiales de la OIT aplicables al respecto.

3. La Oficina Internacional del Trabajo, cuando reciba una solicitud de interpretación de la Declaración, dará acuse de recibo a la misma y la someterá a la Mesa de la Comisión sobre las Empresas Multinacionales. La Oficina informara al gobierno y a las organizaciones centrales de empleadores y de trabajadores interesadas de toda solicitud de interpretación que haya recibido directamente de una organización, en virtud de lo dispuesto en los apartados (b) y (c) del párrafo 5.

4. La Mesa de la Comisión sobre las Empresas Multinacionales decidirá por unanimidad, previas consultas en los grupos, si una solicitud es admisible en virtud de este procedimiento. Cuando la Mesa no pueda llegar a un acuerdo sobre la solicitud recibida, la remitirá a la Comisión en pleno afectos de decisión.

5. Podrán enviar a la Oficina solicitudes de interpretación:

(a) Por regla general, el gobierno de un Estado Miembro que actúe por iniciativa propia o a petición de una organización nacional de empleadores o de trabajadores;

(b) Una organización nacional de empleadores o de trabajadores, representativa a nivel nacional o sectorial, o por ambos conceptos, a reserva de las condiciones estipuladas en el párrafo 6. Normalmente, estas solicitudes deberían presentarse por conducto de las organizaciones centrales del país de que se trate;

(c) Una organización internacional de empleadores o de trabajadores en nombre de una afiliada nacional representativa.

6. En el caso de los apartados (b) y (c) del párrafo 5, se podrán enviar solicitudes cuando sea posible demostrar:

(a) Que el gobierno interesado se ha negado a presentar la solicitud a la Oficina; o

(b) Que han pasado tres meses desde la fecha en que la Organización se dirigió al gobierno, sin recibir respuestas de la intención del mismo

7. En el caso de solicitudes admisibles, la Oficina preparara un proyecto de respuesta en consulta con la Mesa de la Comisión sobre las Empresas Multinacionales. Deberá recurrirse a todas las fuentes apropiadas de información, incluidas las del gobierno y de las organizaciones de empleadores y trabajadores del país correspondiente. La Mesa podrá pedir a la Oficina que fije un plazo para la presentación de información.

8. El proyecto de respuesta a una solicitud admisible será objeto de examen y aprobación por la Comisión sobre las Empresas Multinacionales antes de someter dicho proyecto al Consejo de Administración para su aprobación.

9. Una vez aprobada por el Consejo de Administración, la respuesta se enviara a las partes interesadas y se publicara en el Boletín Oficial de la Oficina Internacional del Trabajo.

Como bien dice Olga Martin Ortega, una vez cumplidos estos requerimientos fundamentales, la empresa puede enfocarse hacia la dimensión externa y tendrá mayor impacto positivo. Esto se debe a que en una empresa en la que se adoptan valores éticos, existe transparencia en las operaciones y se cumple con los requerimientos legales, transmite mayor confianza a lo externo con sus proveedores, clientes, gobierno y con la sociedad en su conjunto.

Así mismo, ampliando el círculo de influencia de las empresas, esta deberá actuar buscando generar una vinculación con los planes de la comunidad, los planes municipales, los planes departamentales, y finalmente los planes de la Nación.

La RSE se logra evidenciar a través de la ejecución de prácticas empresariales que generan un impacto positivo tanto a lo interno como a lo externo para las empresas que las apliquen. La empresa puede orientar sus prácticas responsables hacia el interior de la empresa o hacia fuera de la

empresa y en cada caso existen diferentes grupos hacia donde puede focalizar su acción.

En lo interno, se contempla la interacción de los recursos de la empresa en función de sus resultados. Para esto se consideran dos dimensiones: **El cumplimiento del marco legal** ya que es necesario reconocer que la empresa no puede ser responsable socialmente si no está cumpliendo, antes que nada con el régimen legal ya que esta es la base de cualquier acción de RSE y el fundamento para el desarrollo de cada uno de nuestros países. De otro modo, las acciones de la empresa carecerán de legitimidad y sostenibilidad en el largo plazo.

El segundo paso de este contexto es propiciar el **desarrollo de la persona** dentro de la empresa. Los colaboradores son necesarios para el éxito de cualquier empresa, y en la medida en que están más capacitados, más motivados, mejor tecnicados y con buenas condiciones laborales, la competitividad de la empresa será mayor logrando así maximizar la productividad de las empresas.

El segundo contexto es el externo, en donde ya se desarrollan las relaciones de la empresa hacia afuera formando el vínculo empresa-sociedad. Dentro de este contexto se consideran tres dimensiones:

1. **La proyección a la familia del colaborador**

2. **La proyección a la comunidad:** la que consiste en la articulación de alianzas con organizaciones públicas y privadas locales, con el propósito de integrar esfuerzos en la consecución de objetivos y metas comunes de carácter local y estructural que faciliten el desarrollo sostenible de la zona.

3. **La participación en el diseño y ejecución de Políticas de Estado:** consiste en la participación del empresariado en la agenda social del país.

La formulación de planes de la Nación a largo plazo, la ejecución de las acciones y cambios estructurales, así como la evaluación de los resultados, son funciones que el sector privado debe compartir con sus gobernantes para garantizar su continuidad y consecución. Las prácticas de interacción con las decisiones gubernamentales, diseño e implementación contribuyen a generar un mejor clima de negocios.

Este breve análisis relativo a la RSE en donde se destaca fundamentalmente el aspecto ético que deben respetar las empresas multinacionales en su accionar es de fundamental importancia para nuestro

estudio ya que al analizar la personalidad jurídica internacional de dichas empresas vemos que no puede faltar el fin ético social.

Aquí se estaría cumpliendo con el objetivo específico que consiste en el análisis de la personalidad jurídica de las empresas multinacionales.

Bibliografía

Kliksberg Bernardo, 2009, *Más ética, más desarrollo*, 19va. Edición actualizada, Temas, Buenos Aires.

Martin-Ortega, Olga, 2007, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*. J.M. Bosch Editor, España.

Roldán Barbero, Javier, Investigación en Derecho Internacional Público, <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/152>

Held, David And McGrew, Anthony G.; Goldblatt David And Perraton, Jonathan, Global, 2002, *Transformations. Politics, Economics, and Culture*, Stanford University Press.

Cita de este artículo:

Amuchastegui, M. C.. (2018). "Empresas multinacionales y Derechos Humanos". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2018, Año 8, Vol. 1. pp. 27-52. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER DE ROXIN EN LA JURISPRUDENCIA LOCAL. UN CASO PARADIGMÁTICO: EL HOMICIDIO DE MONS. ANGELELLI¹

Sebastián Félix García Amuchástegui

Abogado (UNC). Doctorando en derecho (UNC).
Docente de Derecho Penal, Parte Especial,
Universidad Nacional de Córdoba.
Investigador en el Institut für
Kriminalwissenschaften, Abteilung für
ausländisches und internationales Strafrecht,
Director Académico Kai Ambos, Universidad
de Göttingen, Alemania.

Palabras claves:

derecho penal internacional, crímenes internacionales, homicidio.

Key words:

international criminal law, international crimes, homicide.

Resumen

Desde que Claus Roxin desarrolló, por primera vez, en el año 1963 su teoría del dominio por organización como forma independiente y nueva de autoría mediata, varias han sido los debates que se han promovido al respecto, ya sea en el ámbito doctrinario como jurisprudencial.

¹ El presente artículo reproduce –parcialmente– el publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V, número 07, Dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Bs. As., 2015.

Abstract

Since Claus Roxin developed, for the first time, in 1963, his theory of the domain by organization as an independent and new form of mediate authorship, several debates have been promoted in this regard, either in the doctrinal sphere or jurisprudential.

Introducción

Desde que Claus Roxin desarrolló, por primera vez, en el año 1963² su teoría del dominio por organización como forma independiente y nueva de autoría mediata, muchas han sido las cuestiones que se han suscitado al respecto, ya sea en el ámbito doctrinario³ como jurisprudencial⁴.

² ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193 y ss.

³ Diversos autores desde los albores de la cuestión, expresaron su conformidad con la misma aunque otros mostraron su rechazo a su contenido teórico como a su aplicación práctica. Entre los primeros se encuentran a nivel internacional Maurach/Gössel, Schumann, por citar algunos. A nivel nacional, Edgardo Alberto Donna quien afirma que, frente a un nivel de ausencia absoluta del Derecho, como ocurrió durante el nazismo alemán, los ejecutores no tenían el dominio del hecho, que sólo correspondía a Hitler. (Cfr.: LASCANO, Carlos J., "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001, p. 355 y 361).

⁴ Fue admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Federal alemán al entender que, los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de Alemania del Este, fueron autores mediatos de homicidios dolosos porque habían ordenado impedir a fugitivos, que querían traspasar el muro divisorio del Estado alemán del Este, la puesta en práctica de su decisión, en caso necesario mediante disparos mortales. Los soldados de frontera, que habían realizado los disparos, fueron condenados igualmente por homicidio doloso. Recientemente, la teoría de mención ha experimentado un reconocimiento universal a partir, principalmente, de una importante decisión judicial de la Corte Penal Internacional (CPI), en el caso: *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation for charges*, del 30/09/2008 (ICC-01/04-01/07) para. 495 y ss. (498, 500 y ss.). También es factible señalar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, contra el ex presidente Alberto Fujimori. Ambas decisiones se verán con más detalle en el punto V del presente trabajo.

Dicha construcción teórica⁵ implicó, entre otras cuestiones, poner en el centro de la discusión jurídica del Derecho Penal Internacional⁶ el tema central de la responsabilidad por crímenes internacionales⁷ de los autores por mando⁸, lo cual trajo aparejado cierta congruencia con la idea primigenia de su autor, en cuanto al traslado de ese concepto común a las precisas categorías de la dogmática jurídica⁹.

La idea central de Roxin¹⁰ se apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás, que ordenan delitos con

⁵ De acuerdo al desarrollo actual de la dogmática jurídica la imputación penal para este tipo de casos puede fundarse en las formas de participación correspondiente a la instigación, la coautoría o la autoría mediata (Cfr.: AMBOS, Kai, GRAMMER, Christoph, "Dominio del hecho por organización: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", en *Iter Criminis*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, nro. 08, México, 2003, p. 4). Los dos primeros supuestos fueron rechazados por Roxin al entender que, en lo que respecta a la instigación, el inductor no domina la ejecución del hecho en tanto la realización del tipo no depende de su voluntad y por su parte, en lo concerniente a la coautoría, al afirmar, por un lado, que falta una resolución conjunta o común a cometer el hecho y, por otro lado, porque también falta una ejecución conjunta del hecho.

⁶ Históricamente, el Derecho Penal Internacional no ofreció puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata. Con mucha buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de dominio por organización en el proceso a los juristas de Núremberg (Cfr.: AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2005, p. 196).

⁷ En el art. 7 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY), como en el art. 6 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR) y en el art. 25 (3), (b), (c) y (d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), los conceptos de planear, instigar, ordenar o cooperar se configuran como formas de responsabilidad accesoria en la comisión por delitos por terceros, rigiéndose, por tanto, en principio, por los principios de accesoriidad y unidad de atribución (Cfr.: OLASOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 190).

⁸ AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" (...)", op. cit. p. 3/4.

⁹ ROXIN, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia* (REJ), n° 7, 2006, disponible en [www. rej.uchile.cl/](http://www.rej.uchile.cl/) (consulta el 12.04.15).

¹⁰ En 1962, Roxin pretendió publicar una parte de su escrito de habilitación como profesor de la Universidad de Hamburgo en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*. Dicho escrito versaba, precisamente, sobre su tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder el cual, sin embargo, fue rechazado para su publicación. La negativa a la difusión de la tesis de Roxin puede encontrarse, entre otros aspectos, en el giro que implicaba para la época la aceptación de que en los pocos casos juzgados de este tipo por los tribunales alemanes, los que antes eran considerados como meros partícipes ahora pasarían a autores (para mayor abundamiento: MUÑOZ CONDE, Francisco, "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado" en *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, GIL GIL, Alicia, Dir., Dykinson, Madrid, 2013, p. 259 y ss). Repárese, en este punto, que tal como ocurrió en Alemania occidental, los crímenes de derecho internacional con frecuencia fueron castigados con base en el derecho penal general, es decir, gran parte de los juicios realizados en esa época no fueron juzgados como crímenes de lesa humanidad sino como asesinato. A ello debe agregarse que en los procesos seguidos por ante los Tribunales Militares Internacionales de post-guerra y en los procesos sucesivos, no se diferenció entre las diversas formas de participación delictiva actuales. El principio rector señalaba que todo tipo de apoyo o colaboración en el hecho debía ser valorado como intervención punible, siguiendo un concepto unitario de autor (WERLE, Gerhard, "Tratado de Derecho Penal (...)", op. cit. p. 286). Es decir, en aquel entonces el Estatuto de Londres no distinguía entre autoría y participación, como tampoco lo hacía la Ley n. 10 del Consejo de Control Aliado.

mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables.

Dicha concepción primigenia y novedosa encontró cabida a nivel jurisprudencial por primera vez en nuestro país, a partir de su aplicación por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal en el denominado "juicio a las juntas militares"¹¹; lo cual constituyó el basamento inicial para su posterior adopción por parte de otros tribunales nacionales, entre los que se encuentra el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de la Rioja, el cual juzgó el homicidio perpetrado en perjuicio de Monseñor Angelelli¹².

La muerte del mencionado religioso vino a engrosar la larga lista de actos criminales perpetrados por el terrorismo de Estado que asoló la República Argentina entre los años 1976 y 1983, cuyo ámbito de aplicación alcanzó a todos y a cada uno de los sectores de la comunidad, no encontrándose excluidos, por consiguiente, aquellos sacerdotes, seminaristas, catequistas, etc., y miembros de otras confesiones, que estaban comprometidos con la causa de los más carenciados y con aquellos que sostenían una actitud de denuncia frente a la violación sistemática de los Derechos Humanos, los cuales sufrieron secuestros, vejaciones, torturas y en muchos casos, la muerte¹³.

¹¹ Sin embargo, para cierta parte de la doctrina la Cámara al juzgar a los ex comandantes no los trató como autores mediatos —esto sin perjuicio de la calificación jurídica atribuida— sino como partícipes accesorios. Así lo entiende, entre otros, Sancinetti al considerar que el tribunal de juicio al aplicar la falta de dolo respecto de los autores materiales en relación de resultados más graves de muerte a causa de torturas, los consideró, en definitiva, simples responsables de un hecho ajeno y no como autores. Es que, para dicho autor, las órdenes impartidas ya constituyen un comienzo de ejecución de todo el plan. Entonces, a partir de dicho momento, el autor es responsable con dolo directo o eventual de la tentativa de todos los hechos que podrían ser derivados de la ejecución, aunque finalmente no se produjeran todos los resultados previstos (SANCINETTI, Marcelo, A., 1988, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner, Bs. As., p. 29/30).

¹² Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Rioja (en adelante TOCFR), S. del 12/09/2014, *in re*: "Menéndez, Luciano Benjamin y otros p.ss.aa homicidio agravado p/ el concurso de dos o más personas en concurso real con asociación ilícita, Expte. N° FCB97000411-2012".

¹³ Así se sostuvo en el informe *Nunca Más, de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)*. Aquí se cita el publicado por la Editorial de la Universidad de Buenos

Sin embargo, el homicidio perpetrado en perjuicio de Monseñor Angelelli presenta aristas particulares que lo alejan del común denominador de aquellos otros ocurridos durante la dictadura militar. La mentada diferenciación no se encuentra, tal como se verá seguidamente, en el carácter religioso de las víctimas, ni siquiera en determinadas características que presentaban aquéllos que ordenaron la realización de los actos criminales sino, precisamente, en la metodología utilizada por los autores materiales para el desarrollo de su cometido, es decir en el *modus operandi* orquestado por los autores de atrás y concretado por los ejecutores.

Es por ello que en el presente trabajo pretendo analizar si, el mentado órgano judicial adecuó su jurisprudencia o no a los presupuestos esgrimidos por Roxin, para la configuración de su teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder.

A tales fines, en primer término, reseñaré el supuesto de hecho que tuvo por acreditado el tribunal para luego, en segundo término, exponer los argumentos brindados por el mencionado órgano judicial en orden a la aplicación de la figura de autoría mediata.

Posteriormente, me abocaré a enunciar los requisitos establecidos por Claus Roxin para la aplicación de su teoría, para luego determinar si la sentencia adecuó o no su decisión a la misma, exponiendo finalmente la conclusión.

II. El caso

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Rioja tuvo por probado el siguiente hecho que, para un mejor descripción del mismo, se transcribe a continuación: *“Conforme el plan denominado “proceso de reorganización nacional”, concebido, delineado e implementado a nivel nacional con el alegado propósito de perseguir y aniquilar*

Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 1984 (cuarta reimpresión de la segunda edición de 1996), específicamente lo sustentado en el Cap. 2, punto E, "Religiosos".

la llamada "subversión", durante la última dictadura cívico-militar 1976-1986, el Comandante en Jefe del Ejército Argentino y Presidente de la Junta Militar que de facto gobernó nuestro país a partir del 24/03/1976, el entonces Teniente General Jorge Rafael Videla, dispuso un plan de acción que integraba el resto de las Fuerzas Armadas (Armada y Fuerza Aérea) y de seguridad, policiales y penitenciarias provinciales, con la finalidad de eliminar mediante la destrucción psíquica y física, a toda persona o grupo de personas que se opusieran-sea por la fuerza, sea por la ideas- al estilo de vida adecuado a los valores de la cultura occidental y cristiana que la dictadura cívico-militar decía defender. En el marco de este plan, el General Albano Harguindeguy, titular del Ministerio del Interior entre el 29.03.1976 y el 29.03.1981, emitió directivas precisas para eliminar los grupos vinculados al Movimiento de Sacerdotes del Tercer Mundo. En la jurisdicción del III Cuerpo de Ejército, que coincidía territorialmente con la Zona de Defensa 3, ese plan era delineado e implementado por su Comandante, el entonces General de División **Luciano Benjamín Menéndez**, bajo cuya jurisdicción se encontraba la subzona 31 y el área 314, conformada especialmente para la denominada "Lucha contra la subversión", al igual que las restantes Áreas en que se dividió el país. Dependía a su vez del III Cuerpo, el Batallón de Ingenieros 141 que tenía su base en La Rioja, y se encontraba a cargo del Teniente Coronel Osvaldo Pérez Bataglia (fallecido). Como el Ejército Argentino detentaba la responsabilidad primaria en la "lucha contra la subversión", dependía del mencionado Batallón y cuerpo de Ejército, la Base Aérea Chamental "CELPA" (Centro de Ensayo y Lanzamiento de proyectiles Autopropulsados), elemento orgánico de la Fuerza Aérea Argentina. El Jefe

*del Escuadrón y Tropas del Departamento Aeródromo de dicho elemento era el Vice comodoro **Luís Fernando Estrella**, quien, de acuerdo con su posición intermedia dentro de la estructura castrense, emitía al personal bajo su mando, órdenes ilícitas en el marco de las operaciones destinadas a combatir la "subversión". A su vez, teniendo en cuenta el control operacional del Ejército sobre la policía de la Provincia de La Rioja, la Jefatura del Servicio de Informaciones (D-2) de ésta, a cargo del Comisario Juan Carlos Romero, se hallaba bajo las órdenes del Jefe de Inteligencia y Operaciones del Batallón de Ingenieros 141, desde donde se retransmitían las ordenes provenientes del III Cuerpo de Ejército en el marco de la "guerra anti subversiva", y se brindaba la infraestructura y recursos necesarios para llevarla a cabo. En este contexto, se planificó, ordenó e instrumentó el atentado de fecha 04.08.1976 con la finalidad de eliminar al Obispo de La Rioja Mons. Enrique Angelelli, quien junto al sacerdote Arturo Pinto partió ese día a las 14.30 hs., munido de una carpeta con información sobre el homicidio de los sacerdotes Carlos de Dios Murias y Gabriel Longueville ocurrido días antes, desde Chamental con destino a la ciudad de La Rioja, al mando del utilitario Fiat 125 Multicarga, modelo 1973, motor 125 BTO38-688807, por la ruta nacional 38, en dirección norte, tomando el camino viejo para evitar el conocimiento de su viaje por parte de los miembros del CELPA. En proximidades del mojón que indica el Km. 1.056, luego de traspasar una elevación de terreno (bordo), a unos 6 Km. después de pasar la localidad de Punta de los Llanos, se le acercó a gran velocidad un vehículo de color claro -presumiblemente modelo Peugeot 404- conducido por personas que no han podido ser individualizadas hasta la fecha, que circulando*

en el mismo sentido de dirección alcanzó a la camioneta por su izquierda, encerrándola hacia la derecha con una maniobra intencionalmente brusca, momento en que se produjo una explosión, saliendo de la camioneta del asfalto e ingresando a la banquina en forma de un semicírculo, para luego ingresar de nuevo la ruta, donde se produjo su vuelco, que trajo como resultado la muerte de Mons. Angelelli y lesiones en Arturo Pinto, aproximadamente entre las 15.15/15.30 horas, no consumándose la muerte de este último por razones ajenas a la voluntad de los acusados”.

III. Argumentos del Tribunal para la aplicación de la figura de autoría mediata por aparatos organizados de poder

El Tribunal Oral Federal en lo Criminal de la Rioja sostuvo, en lo que aquí interesa, que la condena de Luciano Benjamín Menéndez y Luis Fernando Estrella como autores mediatos por su participación en el hecho descrito precedentemente, encuentra base legal en nuestro derecho positivo, pues halla favorable acogida dentro del concepto de autor que el legislador argentino contempló en el art. 45 del Código Penal¹⁴.

En tal sentido, se indicó que las reglas sobre autoría que contiene el mencionado artículo son amplias, dominadas por conceptos demasiados vagos (v.gr: *tomar parte en la ejecución del hecho*), por lo tanto, la interpretación de acuerdo con la teoría del dominio del hecho no presenta inconvenientes, pues ello significa que es razonablemente factible atribuir a los hombres de atrás, la circunstancia que con sus órdenes están tomando parte en la ejecución del hecho.

¹⁴ TOCFR, supra nota 12, p. 571.

En cuanto al marco teórico pretendido se precisó que autores mediatos no sólo son aquéllos que se encuentran en la cúspide de la cadena de mando estructurada jerárquicamente dentro de un aparato organizado de poder como el que actuó en nuestro país entre 1976 y 1983, sino que, también, dicha calidad se atribuye a las personas intermedias que organizan y controlan el cumplimiento de estas órdenes¹⁵.

Como presupuestos fundamentales para la configuración de la autoría mediata se siguió la postura de Roxin al considerar que, a los requisitos ya conocidos de aparatos organizados de poder y del carácter fungible (intercambiable) del ejecutor, se debe añadir el de actuación de los aparatos de poder al margen del ordenamiento jurídico¹⁶, lo cual entendió aplicable al caso juzgado.

Precisamente, en cuanto a las cuestiones fácticas se refiere se precisó que Luciano Benjamín Menéndez ocupaba el cargo de Jefe del Tercer Cuerpo de Ejército, y desde ese rol desarrolló un estricto y permanente control de las zonas a su cargo, tomó decisiones, impartió ordenes, aseguró las condiciones para el cumplimiento efectivo de las mismas, supervisando los resultados y controlando el impacto de las acciones.

Con respecto a Luis Fernando Estrella meritó que ocupaba un rol fundamental de autoridad en la Base Aérea CELPA de Chamental, principal guarnición militar con jurisdicción sobre esa zona de la Provincia de La Rioja desde donde se gestaban planes, se emitían órdenes, se hacían tareas de inteligencia, asesoramiento, planificación estratégica y supervisión en la ejecución de las ordenes emanadas del Comandante del Tercer Cuerpo de Ejército; detentando Estrella poder y autoridad, como Segundo Jefe de la Base Aérea¹⁷.

Un punto particular de la sentencia aquí analizada lo constituye, tal como ya se adelantó, la cuestión particular de la modalidad

¹⁵ TOCFR, supra nota 12, p. 573/574.

¹⁶ TOCFR, supra nota 12, p. 575/576.

¹⁷ TOCFR, supra nota 12, p. 578.

elegida para terminar con la vida de Monseñor Angelelli y con el intento de hacerlo con la del sacerdote Pinto. En tal sentido, el Tribunal entendió que

"(...) Si bien es reconocido que el plan sistemático de represión y aniquilación de opositores al régimen respondía a determinados parámetros (intentos de fuga frustrados, detenciones ilegales, torturas, permanencias en centros clandestinos de detención, desaparición, fusilamientos, etc.), el caso bajo examen no se ajusta a ninguno de los mismos (accidente provocado). Ello tiene su explicación en los siguientes elementos objetivos: en general: el significado de la Iglesia para el régimen militar, la posición jerárquica de los Obispos en la estructura eclesiástica, su influencia en las Conferencias Episcopales y en la mirada que la comunidad internacional otorgaba a sus documentos; y en especial: la personalidad y trascendencia del Obispo Diocesano Enrique Ángel Angelelli, quien mantenía una posición muy firme y pública en su homilías, denunciando la detención de sus párrocos y laicos, persecución de religiosos, grabaciones de homilías, gestionando en forma personal la liberación de los detenidos políticos ante las autoridades y exteriorizando públicamente su opción por la paz y repudio de la violencia. La postura pública de Monseñor Angelelli hacia la no violencia (que surge de recortes periodísticos de la época que transcribían sus homilías –reservados en Secretaría- y los testimonios de los sacerdotes que integraban la Iglesia riojana), la investidura que detentaba (Obispo de la Rioja), y la admiración y respeto que le dispensaba la mayoría de la feligresía (la presencia del Obispo era convocante), impedía a las fuerzas de seguridad implementar con Monseñor Angelelli las clásicas metodologías del plan sistemático previstas por el Proceso de Reorganización Nacional, consistentes de detención, secuestro, torturas, asesinato por simulacro de fuga, fusilamiento, desaparición etc., lo que sí fue utilizado con sacerdotes de menor jerarquía (secuestro y asesinato de Murias y Longueville, detenciones de Gervasio Mecca, Eduardo Ruiz, entre otros), sin afectar, aunque

sea en lo formal, la relación de la Junta Militar con las autoridades eclesiásticas y con el Vaticano (...)"¹⁸

Por ello entendió que, en definitiva, los hechos cometidos en contra de Mons. Angelelli y el sacerdote Pinto no consistieron en hechos aislados y fuera de contexto, presididos por móviles particulares sino que, por el contrario, las conductas endilgadas debían interpretarse y comprenderse precisamente en el contexto de un plan sistemático de eliminación de opositores políticos ¹⁹ . Considerándose, asimismo, que

"(...) es fácil observar la compleja trama que estuvo detrás del homicidio de Angelelli. El Obispo formaba parte de la Iglesia Católica su Pastoral había sido aprobada por el propio Papa Paulo VI. Las internas entre los distintos miembros de la Iglesia en relación a las denuncias de Angelelli y el silencio ante sus reclamos, favorecieron la decisión y oportunidad para cumplir con el Plan del Ejército y "aniquilar" al Obispo ejecutando un plan perfectamente diseñado para ocultar el homicidio bajo el manto del "accidente". Para ello, desde la Base Aérea CELPA, a través de sus autoridades, Aguirre (f) y Estrella, realizaron las tareas de inteligencia al menos para: a) conocer las actividades realizadas por Monseñor Angelelli durante su permanencia en Chamental. La policía controló abierta y expresamente el movimiento de sacerdotes y religiosos que concurrieron al velatorio y al entierro. Al querer continuar con su investigación, después del sepelio, fue advertida por el Obispado de que éste colaborará en la medida en que la misma se den las garantías fundamentales de que se busca llegar a la verdad ("Crónica de los hechos relacionados con los asesinatos de los P. Murias y Longueville", firmada por Mons.

¹⁸ TOCFR, supra nota 12, p. 385/386.

¹⁹ TOCFR, supra nota 12, p. 515/518.

Angelelli); b) conocer el día y hora de partida: "el 3 de agosto vino un compadre de Angelelli a la casa de las hermanas y le preguntó a Angelelli a qué hora se iba mañana...el compadre era un civil de la base, un empleado no uniformado, que para la dicente era el entregador... pudiendo ser el Pato Espartaco Rigazzi (declaración de Luisa Sosa Soriano). "Espartaco Rigazzi era personal civil de la Fuerza Aérea y veía dentro del CELPA cómo llevaban gente detenida" (declaración de Hilda Moreno de Rigazzi). Asimismo desde la Base Aérea, Luis Fernando Estrella, al tener el control operacional de la Policía de la Provincia, ordenó liberar la zona en la que usualmente había controles (...)"²⁰.

IV. Requisitos estructurales de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Roxin.

Desde los albores de su construcción jurídica Claus Roxin sostuvo que el dominio del hecho constituye el criterio decisivo para la autoría y que sólo existen tres formas prototípicas en las que se puede dominar un acontecimiento sin poner las manos en la ejecución: a) obligando o forzando al ejecutor, b) engañando al mismo o c) disponiendo de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución²¹.

Según el profesor alemán la novedosa construcción jurídica encontró (en su momento) un claro ejemplo histórico en la dictadura nacionalsocialista, toda vez que cuando Hitler, Himmler o Eichmann daban una orden de matar podían estar seguros de su ejecución, ya que la posible negativa de uno de los incitados a la ejecución no

²⁰ TOFCR, supra nota 12, p. 551 y ss.

²¹ ROXIN, Claus, 2014, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, especiales formas de aparición del delito, Civitas, Navarra, p. 111.

podía producir como efecto que no tuviera lugar el hecho ordenado. Éste era realizado por otro²².

Es por ello que, para el mentado autor tres son los requisitos necesarios para atribuir el dominio del hecho a los hombres de atrás:

1. **Poder de mando:** Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida, tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo.

2. **La desvinculación del ordenamiento jurídico:** como condición indispensable del dominio de organización. La desvinculación del Derecho tiene que producirse no en toda relación, sino únicamente en el marco de los tipos penales realizados por él. Por otra parte, la ausencia de conexión al Derecho no debe depender, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica.

3. **La fungibilidad del ejecutor inmediato** ²³ : esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo²⁴.

Estos tres requisitos deben estar presentes para la configuración de la teoría del dominio de la organización sin olvidar, claro está,

²² ROXIN, Claus, "Derecho Penal...", op. cit. p. 111.

²³ Entre las varias críticas que se han formulado contra la fungibilidad como presupuesto del dominio de organización en los aparatos organizados de poder, se encuentra desde el punto de vista fáctico que en las organizaciones hay distribución de trabajo y especialidades, situación que haría difícil el reemplazo o el intercambio de un ejecutor material en determinada circunstancias; asimismo, los ejecutores materiales lo son, por la experiencia que ostentan y porque se han ganado la confianza de sus superiores y, por ende, de la misma organización, situación que debe observarse al momento de plantear la intercambiabilidad como automática. Del mismo modo, si esa intercambiabilidad debe materializarse por la razón que sea, el cumplimiento de la orden ya no depende de esa misma intercambiabilidad sino de la disposición que los demás miembros de la organización tengan de cometer el hecho punible ordenado. Finalmente, no podría adjudicarse un dominio de organización sobre un delito determinado, pues su realización es incierta hasta el momento en que se sustituya efectivamente al ejecutor material (ARANA SAGANOME, Federico, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, en *Dialnet*, www.dialnet.unirioja.es/ (consulta el 27/04/2015).

²⁴ Con respecto a este requisito Roxin ha reconocido como acertado que, en supuestos de designación de un especialista (que no es fungible) entra en consideración más bien la inducción. Admitiendo, asimismo, que pueden existir casos en los que el ejecutor no llegue a ejecutar el hecho. Sin embargo, tal cual lo sostiene Kai Ambos, tal fracaso de organización no conduce en el autor alemán a la inidoneidad general del criterio de la fungibilidad, sino que comporta solamente su relativización y ampliación acudiendo a la exigencia de la disposición del hecho (Cfre: AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización" op. cit. p. 5/6). Este último criterio, es decir "la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor" en el sentido de que un sujeto dentro de la esfera de un aparato organizado de poder tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo, no constituye, en realidad, un requisito propiamente dicho en la teoría aquí analizada, sino que se deriva de los tres anteriores.

que la teoría propuesta por Roxin es un modelo, cuyos elementos constitutivos deben ser verificados en cada caso concreto.

En tal sentido, la necesidad de que la construcción teórica descripta encuentre su correlato fáctico a partir de la verificación de todos los requisitos enunciados, ha sido considerado como un criterio excluyente al momento de su aplicación al caso concreto.

Como ejemplo de ello se puede citar la decisión del Tribunal Supremo Español (en adelante TSE) que, al reexaminar la responsabilidad del acusado Hassan El Haski por el atentado del 11 M²⁵, admitió la posibilidad teórica de la autoría mediata por aparatos de poder –en el derecho penal español- aunque no la consideró aplicable al caso, al sostener, entre otras cosas, que no puede declararse la responsabilidad como autor del nombrado sobre la única base de su posición como dirigente, en general, de la organización terrorista.

IV. Análisis crítico

Tal como se desprende de la breve enunciación desarrollada en párrafos anteriores, el TOFCR comprobó, en el caso concreto, que los requisitos exigidos por Roxin para la configuración de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder, se encontraban presentes en las conductas desarrolladas por Menéndez y Estrella para perpetrar el asesinato de Monseñor Angelelli.

Dicha meritación la efectuó, en primer término, al entender que la base normativa para derivar la autoría mediata se encuentra expresamente reconocida en la fórmula del art. 45 del CP, lo cual luce congruente con lo sustentado por la doctrina clásica, en cuanto a que todos los autores –también los autores mediatos– se

²⁵ STS N° 503/2008 del 17 de julio de 2008, Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, citada por GIL GIL, Alicia, "La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española" en *Dialnet*, www.dialnet.unirioja.es/ (consulta el 27/04/2015).

encuentran comprendidos en la primera parte del mentado art. 45: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho..."²⁶.

Luego de ello, ya en el aspecto concreto de la teoría del profesor alemán meritó no sólo que Menéndez y Estrella –cada uno en su rol– cumplían funciones de poder y control dentro de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas que ostentaban el poder en aquel momento sino que, además, dichas funciones no eran meramente superficiales evidenciando, por el contrario, **que ambos condenados las ejercían de hecho, con un férreo control sobre sus subordinados.**

Esta primera aseveración no es menor, ya que para cierta parte de la doctrina, la jurisprudencia posterior a la sentencia del denominado "juicio a las juntas militares" ha demostrado, aparentemente, una cierta relajación en orden a la comprobación – en el caso concreto– del control de la organización y de la dación de las órdenes limitándose, en muchos casos, exclusivamente, a una prueba del cargo o posición del superior en la estructura militar o policial (prueba del estatus)²⁷.

La referencia, por otra parte, a que las conductas desarrolladas por los condenados se enmarcaron dentro del plan sistemático de aniquilamiento pergeñado por la dictadura militar ²⁸ persigue evidenciar, a mi entender, por un lado, la existencia del elemento de contexto ²⁹ como requisito ineludible para la tipificación de las

²⁶ Sin embargo, "...La doctrina más moderna, en cambio, deriva esta forma de intervención criminal de la última parte de dicha disposición "[...] los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo)", al igual que hace, como hemos visto, la jurisprudencia mayoritaria. Esta posición encontraría un punto de apoyo en los antecedentes del Código penal vigente. Algunos autores han sostenido, por otra parte, que no es necesario que exista una regla explícita sobre la autoría mediata en el Código Penal, pues esta forma de intervención en el hecho puede derivarse ya de las disposiciones de la parte especial. La "cuestión no depende tanto de una regla explícita sobre la autoría, cuanto de un concepto relativo a qué es lo que está prohibido; por ejemplo, en qué consiste matar a otro (art. 79, CP)...", MALARINO, Ezequiel, "El caso argentino", en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Segunda edición revisada, Temis, Bogotá, 2009, p. 62.

²⁷ Cfr: MALARINO, Ezequiel, "El caso argentino" (...) , op. cit., p. 62.

²⁸ En clara referencia al requisito de desvinculación del derecho de la organización.

²⁹ Todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo. Así, en los crímenes contra la humanidad, el hecho global consiste en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido. En los crímenes de guerra, el contexto de violencia

conductas particulares como crímenes de lesa humanidad y, por otro lado, precisamente, que los actos particulares desarrollados por los ejecutores –los cuales no pudieron ser identificados- se encuentran comprendidos dentro de aquel contexto de ataque sistemático contra la población civil.

Esto último guarda especial relevancia ya que, tal como ya se adelantó, la metodología utilizada para consumar el homicidio de Monseñor Angelelli y del sacerdote Pinto –en éste último caso no lográndose tal cometido- se alejó de la mayoría de conductas típicas perpetradas durante la dictadura de Estado lo cual, sin embargo, no impide considerar a las mismas como parte de aquel otro entramado de carácter general³⁰.

Es evidente, por otra parte, que el TOFCR ha seguido, al menos implícitamente, los criterios propugnados por la jurisprudencia internacional al respecto³¹.

En tal sentido, se pueden señalar que, a nivel internacional, la primera vez que se aplicó la teoría aquí analizada fue en la sentencia del 31 de julio de 2003 de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), en el

corresponde, por lo general, al conflicto armado en cuyo marco los sucesos criminales deben ser realizados. Cfre: WERLE, Gerhard, *“Tratado de Derecho Penal Internacional”*, op. cit. p. 84. Asimismo se puede consultar: BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992; CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2º edición, Oxford, University Press, 2008. También, al respecto: GARCIA AMUCHASTEGUI, Sebastián Félix, “Análisis del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2014 en relación con los crímenes de Derecho Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Bs. As., 2015, p. 181 y ss.

³⁰ Por ello es que no se comparte la opinión en cuanto a que: “(...) tratándose el presente de un hecho singular por su mecánica, era ineludible probar que el ejecutor del homicidio disfrazado de accidente automovilístico pertenecía al aparato organizado de poder, lo que no se pudo hacer en este caso porque nunca se identificó al autor material (...)” (Cfre: MARCOTULLIO, Silvia, E., “Delitos de lesa humanidad. Caso Obispo Enrique Angelelli, nota a fallo”, en *Actualidad jurídica-Derecho Penal*, número 204, Córdoba, 2014, A 6070). Es que, en realidad, la autora de mención soslaya, por un lado, que el TOFCR sí constató que los autores materiales pertenecían al aparato organizado de poder (ver *ut supra* TOFCR, supra nota 20, p. 551 y ss.) y, por otro lado, una cuestión evidente -incluso reconocida por la jurisprudencia y doctrina internacional- en cuanto a que en los hechos aquí meritados (v.gr.: crímenes de lesa humanidad) la perpetración de las conductas individuales es realizada, en la mayoría de los casos, por un gran número de personas, lo cual dificulta la identificación de las mismas en el caso concreto, pero no impide considerar la pertenencia de los perpetradores al aparato organizado de poder.

³¹ Para Werle antes de la entrada en vigor del ECPI la autoría mediata no estaba regulada en el Derecho Penal Internacional, ni había sido aplicada por la jurisprudencia internacional. Por ello, entiende que la importancia de la regulación no procede de la existencia de una nueva criminalización, sino de la contemplación dogmática y precisa de las distintas constelaciones de casos (cfre: WERLE, Gerhard, *“Tratado de Derecho (...)”*, op. cit. 300/301).

caso contra Milomir Stakic, ex alcalde de la ciudad de Prijedor situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska (Bosnia y Herzegovina)³².

Desde entonces, para cierta parte de la doctrina³³ esta figura ha sido aplicada por varios tribunales penales internacionales, incluyendo, entre otros: **a)** Los casos ante el TPIY contra Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martić, Vlasistimir Dordejić, Ante Gotovina, Radovan Karadžić y Ratko Mladić; **b)** El caso ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) contra Protais Zigiranyirazo y, más recientemente, **c)** los casos ante la CPI contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Francis Muthaura Uhuru Kenyatta, William Ruto, Henry Kosgey y Laurent Nbagbo.

Sin embargo, para Alicia Gil Gil³⁴ hasta el momento sólo se encuentran tres decisiones de confirmación de cargos por parte de la CPI en las que se aplica la teoría del dominio por aparatos de poder³⁵.

En dichas decisiones, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II (en adelante SCP) sostuvieron que para que se dé la autoría mediata, el líder debe utilizar su control sobre el aparato para ejecutar los delitos, lo que significa que el líder, como el autor detrás del autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes.

³² OLASOLO ALONSO, op. cit., p. 213.

³³ OLASOLO ALONSO, op. cit., p. 213 y sgtes. Para el autor de mención, si bien, en la gran mayoría de estos casos, la aplicación de la autoría mediata se llevó a cabo conjuntamente con la aplicación de la co-autoría basada en el co-dominio funcional del hecho, no obstante ello, en el caso ante la CPI contra Omar al Bashir el concepto de autoría mediata por estructura organizada de poder ha sido aplicado de forma autónoma

³⁴ GIL GIL, Alicia, 2013, "Imputación de crímenes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución", en *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, p- 523.

³⁵ ICC, PTC I, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, "Decision on the Confirmation of the Charges", ICC-01/04-01/07-717, 30.09.2008; ICC, PTC II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, "Decision on the confirmation of charges", ICC- 01/05-01/08-424, 23.01.2012; ICC, PTC II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/09-02/11, 23.01.2012.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Katanga y Ngudjolo la SCP refiriéndose de forma casi exclusiva a la jurisprudencia y a la doctrina alemanas y españolas, estableció los siguientes requisitos para afirmar que existe un dominio sobre los actos de otra persona por medio del dominio sobre la organización jerárquica: a) el acusado y el ejecutor directo deben operar dentro de la estructura jerárquica de un aparato organizado de poder y b) el aparato organizado y jerárquico debe hacer posible que los superiores se aseguren la comisión de los crímenes³⁶, lo que garantiza que la negativa de un subordinado no impedirá los planes del dirigente³⁷.

Por otra parte, una cuestión particular en donde también el TOCFR ha seguido la jurisprudencia internacional es aquella referida a considerar, conforme lo postulado por Roxin, a los superiores intermedios de las estructuras organizadas de poder³⁸ (que reciben órdenes de los niveles más altos y tienen la facultad de dar órdenes a sus subordinados inferiores de la organización) como autores mediatos, debido a su dominio sobre la voluntad de los autores materiales³⁹.

En tal sentido, la posición mantenida por el profesor alemán fue aplicada por la SCP I de la CPI, en la orden de arresto que emitió el 27 de junio de 2011 contra Muammar Gaddafi⁴⁰, su hijo Saif Al-Islam

³⁶ WERLE, Gerhard, 2011, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 302.

³⁷ Como se desprende, la Sala no consideró aplicable el requisito de la desvinculación de la organización del Derecho.

³⁸ En el caso que nos ocupa a Estrella.

³⁹ Para cierta parte de la doctrina, los superiores intermedios deben responder como coautores y no en el carácter de autores mediatos. Así lo entiende, entre otros, Kai Ambos al considerar que el control de los superiores intermedios sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización. Dicha postura fue seguida por la Corte Superior de Justicia de Lima en su sentencia de 8 de abril de 2008, en la que condenó como autor mediato en aplicación del concepto de EOP a Salazar Monroe (Director del Servicio de Inteligencia Nacional del Perú ("SIN") durante los gobiernos de Alberto Fujimori), mientras que a varios superiores intermedios del SIN y a los autores materiales de los delitos (que pertenecían al "Grupo Colina" de operaciones especiales del SIN) se les condenó, a pesar de la existencia de una relación superior-subordinado entre los mismos, como coautores de la desaparición forzada de un profesor y nueve alumnos en la Universidad estatal de La Cantuta de Lima en 1992 (AMBOS, Kai, "El juicio a Fujimori (...)", op. cit. p. 260/261).

⁴⁰ En este caso la SCP I explicitó los elementos que se deben configurar para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito conforme al artículo 25 (3) (a) del Estatuto como un **autor mediato**: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y

Gaddafi y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios Abdullah Al-Senussi, en la que aplicó el concepto de autoría mediata a través de estructuras de poder para imputar, a este último, los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011.

La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que Al-Senussi se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder del Estado de Libia, por debajo de Muammar Gaddafi, de quién recibía instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver en Benghazi las manifestaciones contra el régimen⁴¹.

Por otra parte, como un ejemplo de aplicación –aunque parcial– de la teoría propugnada por Roxin en sus aspectos centrales se puede citar, tal como ya se adelantó, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia peruana en el caso contra el ex presidente Alberto Fujimori⁴²

organizado; (c) la ejecución de los delitos deber ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata.

⁴¹ OLASOLO ALONSO, "Tratado de autoría (...)", op. cit., p. 210.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJSPE), Exp. No. AV 19-2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/sentencia.pdf> (consultado el 05 de mayo de 2015); Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT), Exp. No. 19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009; disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/R.N.fujisuprema.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2015).

En dicha decisión⁴³, el tribunal de mención sostuvo –acorde con la postura de Roxin⁴⁴- que con respecto a Fujimori no cabía aplicarle el carácter de coautor, ya que faltaba entre el autor directo y el nivel estratégico superior, que controla el aparato de poder organizado, un plan criminal de mutuo acuerdo y con distribución del trabajo en función de una horizontalidad necesaria⁴⁵.

También rechazó el supuesto de instigación, ya que con ello se ignoraría el rol de Fujimori como una figura central del aparato de poder⁴⁶

Sin embargo, con respecto a los superiores intermedios que habían intervenido en el plan criminal consideró que no debían

⁴³ En 2009, el ex presidente peruano Alberto Fujimori fue condenado por la Sala Penal Especial y posteriormente en apelación por la Primera Sala Transitoria, ambas de la Corte Suprema de Justicia, por graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente por crímenes de lesa humanidad cometidos entre 1991 y 1992 durante su presidencia. Las condenas contra Fujimori como autor mediato se basan en la teoría del dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder (autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder). Ambas salas de la Corte Suprema establecieron cinco requisitos para esta modalidad de autoría mediata: a) como requisito general la existencia de una organización jerárquica y como requisitos específicos: b) el poder de mando del autor indirecto, c) la desvinculación de la organización del derecho, d) la fungibilidad de los autores directos y e) la disposición del autor directo (cfre: AMBOS, Kai, "El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato organizado de poder" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, época, n. 5, 2011, págs. 229-272). En el proceso contra Fujimori se constató que los actos considerados como crímenes de lesa humanidad fueron cometidos por un comando militar especial denominado "Grupo Colina", el cual estaba conformado por 38 integrantes. Dicho grupo se integraba por el Servicio de Inteligencia del Ejército que a su vez se encontraba subordinado a la Dirección General de Inteligencia del Ejército, la cual estaba sujeta a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército, formando parte del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. La Dirección General de Inteligencia informaba al Servicio de Inteligencia Nacional, el cual, como parte del Sistema de Inteligencia Nacional, coordinaba todas las actividades de inteligencia, encontrándose dirigido por Vladimiro Montesinos, asesor de Fujimori y persona con estrechos vínculos con Fujimori. Es por ello que se considera que en el presente caso, la sentencia abordó la existencia de varios aparatos de poder organizados: en el nivel superior, el sistema de inteligencia nacional, en el nivel intermedio, el servicio militar de inteligencia y, en lo más bajo, en el nivel ejecutivo, el comando homicida Colina. Todos ellos se encontraban al servicio del aparato de poder estatal en torno a Fujimori-Montesinos y estaban estructurados jerárquicamente el uno en relación al otro (cfre: AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio (...)", op. cit., p. 11/12).

⁴⁴ Es preciso aclarar que, si bien, la Sala Especial aplicó la teoría de Roxin, no obstante ello, posteriormente la Corte Suprema de Justicia Peruana, a través de su Sala Permanente, en su sentencia de 13.06.2013 (RN N. 4104-2010, caso "Grupo Colina") rechazó dicha postura sosteniendo que no cabe atribuir la categoría de autoría mediata con ejecutor responsable, sino que, por el contrario, se debe acoger el concepto normativo de autor de Jakobs, basado en la idea de competencia por organización.

⁴⁵ CSJ-SPE, supra nota 12, párrafo 726. Günther Jakobs al analizar la sentencia de mención sostuvo que en el supuesto aquí analizado, podría haber una interacción en el reparto de funciones y de una decisión común del hecho, así que la suposición de complicidad afecta mejor la igualdad jurídica de las partes y su mutua dependencia. Para mayor abundamiento se puede consultar: JAKOBS, Günther, "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori", en *La autoría mediata, El caso Fujimori*, AMBOS, Kai, /MEINI (editores), Ara, Lima, 2010, p. 105 y ss.

⁴⁶ CSJ-SPE, supra nota 12, párrafo 720.

juzgarse como autores mediatos sino como coautores, siguiendo, en este punto, lo sustentado por cierta parte de la doctrina⁴⁷.

Asimismo, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú, aplicó el llamado criterio de la "fungibilidad positiva", conforme al cual el dirigente de la organización selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible,⁴⁸ con el objeto de evitar cualquier fallo⁴⁹.

En definitiva, la breve reseña de la jurisprudencia internacional existente al respecto, evidencia que la sentencia del TOFCR aplicó la teoría de Roxin ajustada a las concretas circunstancias fácticas, con arreglo -en su mayoría- a los precedentes internacionales, en especial, en lo concerniente al dominio del hecho el cual constituye un dato fáctico referido a la dirección del curso causal, el cual fue meritado por el mencionado órgano judicial bajo el parámetro del elemento de contexto ya aludido.

V. Conclusión

La teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder elaborada por Roxin implicó, en lo concreto, un avance decisivo a los fines de considerar a los dirigentes y superiores como autores de los hechos por ellos ordenados.

⁴⁷ En contraposición a Roxin, Kai Ambos considera que a los superiores intermedios se les debería calificar como coautores en lugar de autores mediatos. Si bien coincide con Roxin en que los delitos sólo pueden ser cometidos a través de una estructura organizada de poder porque sus miembros, en diferentes niveles, dirigen la parte de la organización que está bajo su responsabilidad hacia la comisión de los delitos, para Ambos el control de los superiores intermedios sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización (o como mucho a una parte de la organización), de manera que, en todo caso, los más altos dirigentes de la organización pueden en cualquier momento interferir y bloquear dicho control. De ahí que, según Ambos, en el caso de los superiores intermedios sólo pueda hablarse, a lo sumo, de un control parcial, puesto que únicamente los más altos dirigentes de la organización (las personas que lideran un gobierno, y en circunstancias excepcionales quienes dirigen la policía de inteligencia), pueden ejercitar su control sin ningún tipo de interferencia (AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio (...)", op. cit., p. 17/18).

⁴⁸ De esta manera, aunque el grupo especial de operaciones "Colina" del Servicio de Inteligencia Nacional, al que se le encargaron los delitos, estaba compuesto únicamente de unos treinta miembros, no se excluía su fungibilidad puesto que habían sido cuidadosamente seleccionados y entrenados para realizar este tipo de actividades.

⁴⁹ OLASOLO ALONSO, "Tratado de autoría (...)", op. cit., p. 199.

Es que, tal como lo sostiene Kai Ambos, dicha teoría contiene el punto de partida correcto para este tipo de casos, o sea, casos en los cuales los autores inmediatos o materiales actúan en el marco de una política de represión o persecución sistemática y/o generalizada, desarrollada y preparada por la cúpula de una organización estatal (la junta de un gobierno de facto, el comité ejecutivo del partido político dominante, etc.).

En tal sentido, al menos intuitivamente, la idea esbozada por la doctrina aludida evidencia que no es posible considerar como meros partícipes, sin concretar una inadecuada subsunción del substrato fáctico, a aquéllos que, si bien, no pusieron "las manos en el hecho" sí ordenaron, idearon, organizaron (entre otras conductas) valiéndose de una posición de mando actos tan atroces como la consumación de crímenes de Derecho Internacional, en lo que aquí interesa, los cuales afectan la base misma de la comunidad internacional en su conjunto.

Dicha correlación entre justicia material y aplicación práctica de una teoría de índole penal se encuentra plasmada en la sentencia aquí analizada, ya que su aplicación al caso concreto posibilitó una ajustada valoración de las conductas desarrolladas por los autores mediatos Menéndez y Estrella.

Es por ello que, las críticas esbozadas a la teoría de Roxin en cuanto a sus deficiencias estructurales no deben conducir a su rechazo o al abandono de su figura, sino que, por el contrario, tal cual fue sustentado por el TOCFR, la necesidad de su aplicación surge congruente con la magnitud de los sucesos juzgados siempre y cuando, claro está, los requisitos esenciales de la teoría aplicada se encuentren presentes en el caso concreto.

VII. Bibliografía

* AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", en *InDret*, disponible en WWW. INDRET. COM.

- 2011, El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato organizado de poder”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n. 5.

- 2005, *La parte general del Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay.

* AMBOS, Kai, GRAMMER, Christoph, 2003, “Dominio del hecho por organización: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en *Iter Criminis*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, nro. 08, México.

* BASSIOUNI, M. Cherif, 1992. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht.

* CASSESE, Antonio, 2008. *International Criminal Law*, 2ª edición, Oxford, University Press.

* GARCIA AMUCHASTEGUI, Sebastián Félix, 2015, “Análisis del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2014 en relación con los crímenes de Derecho Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Buenos Aires.

* GIL GIL, Alicia, “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”, en *Dialnet*, www.dialnet.unirioja.es/.

* GIL GIL, Alicia, 2013, “Imputación de crímenes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución”, en *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid.

* LASCANO, Carlos J., 2001, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba.

* MALARINO, Ezequiel, 2009, “El caso argentino”, en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, segunda edición revisada, Temis, Bogotá.

* MUÑOZ CONDE, Francisco, 2013, “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en *Intervención delictiva y Derecho*

Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales, GIL GIL, Alicia, Dir., Dykinson, Madrid.

* OLASOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

* ROXIN, Claus, 1963, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*.

_ 2006, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, n° 7, disponible en [www. rej.uchile.cl/](http://www.rej.uchile.cl/).

_ 2014, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, especiales formas de aparición del delito, Civitas, Navarra.

* SANCINETTI, Marcelo, A., 1988, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner, Buenos Aires,

* WERLE, Gerhard, 2011, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHASTEGUI, S. F. (2018). "la autoría mediata por aparatos organizados de poder de roxin en la jurisprudencia local. un caso paradigmático: el homicidio de Mons. Angelelli". *Revista In Iure* [en línea] 15 de Mayo de 2018 Año 8, Vol. 1. pp. 53-76. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LOS HIJOS EN EL DIVORCIO

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
Tecnatura en Seguridad con
Orientación Ciudadana de la UNLaR.

Palabras claves:

*Familia-Matrimonio-
Divorcio- Hijos-Efectos-
Impacto..*

Key words:

*Family-Marriage- Divorce-
Children-Effects- Impact.-*

Resumen

El divorcio se ha pensado para los cónyuges, no para los padres. No existen "ex hijos" ni "ex padres". Los esposos no se divorcian de los hijos ni entre si como padres... o al menos eso no debería suceder.

Abstract

Divorce is intended for the spouses, not for the parents. There are no "ex-children" or "ex-parents". Spouses do not divorce their children or each other as parents ... or at least that should not happen.

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ha producido profundas modificaciones en el **Derecho de Familia**.

Lo único que sostiene a un matrimonio es la voluntad de ambos cónyuges de seguir unidos en un proyecto de vida común⁵⁰.

El divorcio forma parte de un conjunto de **cambios significativos** que se sucedieron en el derecho familiar, porque **ya no hay causas, culpas, ni plazos**.

No es ninguna una novedad para el derecho que, el divorcio⁵¹, es una de las causales establecidas para la conclusión del vínculo matrimonial, entonces ¿en que cambio este instituto en el nuevo digesto?

Entre los cambios más significativos y a modo de síntesis puede citarse que: **a)** se elimina el régimen de causalidad; **b)** se sustituye por un sistema incausado; **c)** se pone especial acento en las consecuencias del divorcio y no en sus causas y, **d)** el único requisito indispensable es la presentación de una propuesta de convenio regulador o un convenio regulador (de cómo se van a regular los efectos de este divorcio) según la petición sea formulada de manera unilateral o de ambos cónyuges, respectivamente.

Los cambios son varios porque **los matrimonios y las familias en general han cambiado** y mucho.

La frustración de la familia, se produce cuando aparece el divorcio, que deja en situación de vulnerabilidad y desamparo emocional a los integrantes de la misma, llámese padres e hijos.

Pareciera que los matrimonios duran cada vez menos tiempo. También pareciera que los matrimonios se separan con los hijos cada vez más pequeños y se olvidan que les espera una larga tarea de crianza por delante. Pueden citarse muchos pareceres pero a este punto lo único cierto es -que cualquiera sea la apreciación o mirada del

⁵⁰ Artículo 431 del C.C.C.-

⁵¹ Artículo 435, inc. C del C.C.C.

lector acerca del matrimonio y su ruptura- el divorcio produce **un alto impacto emocional en los hijos.**

Como si se tratara solo de **una cuestión de adultos**, los hijos solo tienen en este panorama una referencia en la propuesta de convenio regulador o convenio regulador⁵² en la extinción del vínculo matrimonial cuando se requiere que el citado contenga los efectos de la crisis matrimonial, a decir, la división de los bienes, la vivienda familiar, compensaciones económicas y lo relativo a los hijos (ejercicio de la responsabilidad parental⁵³, plan de parentalidad, atribución de la vivienda familiar para el progenitor que tiene a su cuidado los hijos menores de edad, y prestación alimentaria).

Mucho se habla del divorcio y los efectos que se pueden o no producir en los adultos, pero poco se habla (al menos en el derecho), del impacto que la ruptura del vínculo familiar produce en **los hijos.**

El divorcio es siempre para los hijos una experiencia distinta que para los progenitores.

Investigadores de distintas especialidades han estudiado el impacto y efectos del divorcio en los hijos, pero sin conclusiones unánimes. Un estudio publicado por UNICEF⁵⁴, señala que las consecuencias pueden ir de **moderadas a graves, de transitorias a permanentes**, y que dependen: **1)** del grado del conflicto previo, especialmente que se involucre o no a los hijos, **2)** del ejercicio o no de la coparentalidad (crianza conjunta de los hijos) y, **3)** de los efectos del deterioro económico y del estilo de vida que por lo general trae aparejado.⁵⁵

Al igual, se ha señalado que las reacciones y sentimientos de los hijos dependen de diferentes factores: edad, explicaciones recibidas, continuidad de la relación con ambos progenitores, acuerdos o

⁵² Artículo 438 y 439 del C.C.C.-

⁵³ En lo que respecta al ejercicio de la responsabilidad parental, no debe dejarse de puntualizar que esta decisión dejó de ser una cuestión entre adultos y que se trata de una cuestión de **tres partes**: padre, madre (o en su terminología neutra: progenitores) e hijos.

⁵⁴ UNICEF y UDELAR, 2003, *Nuevas formas de familia. Perspectivas Nacionales e internacionales*. Uruguay.

⁵⁵ Davison, Dora, 2003, *Familias Ensambladas. Mitos y realidades de los tuyos los míos y los nuestros*. Ed. Buenos Aires, Argentina.

desacuerdos entre los padres, grado de hostilidad entre los mismos, intervención de otros adultos o sistemas, etc.⁵⁶

A este punto debe considerarse que, es crucial y debe ser una prioridad para los progenitores tomar los recaudos necesarios para disminuir el alto impacto de la ruptura marital en los hijos.

Desde la psicología se señala que hay dos circunstancias que los progenitores deben saber en este panorama de ruptura familiar: **la primera** es, que nadie mejor que los progenitores para ayudar a los hijos a transitar la ruptura y crisis, y **la segunda**, que para ayudar a los hijos frente al divorcio, estos deben estar informados. Un mensaje dicho por ambos padres puede tener un efecto reparador impensado.

Debe pensarse que este nuevo sistema de divorcio se pensó con la finalidad exclusiva de evitar la existencia de un padre principal y un padre periférico, que el divorcio deje de ser destructivo para toda la familia y que la coparentalidad sea la regla respecto del cuidado de los hijos.

Que el divorcio se ha pensado para los cónyuges, no para los padres. Que no existen "ex hijos" ni "ex padres" y que los esposos no se divorcian de los hijos ni entre si como padres... o a menos eso no debería suceder.

A modo de cierre de este trabajo considero que no puedo dejar de citar por su pertinencia los argumentos⁵⁷ vertidos en un fallo- a mi modo de ver- ejemplar:

"Los Hijos, se fortalecen en el amor de los padres que, aunque ya no permanezcan unidos, lo estarán en ellos para siempre... Como adultos, aceptar lo que nos ha brindado el otro y agradecer, nos pone directamente en disposición de valorar lo recibido y desde ahí poder superar la ruptura, ya que la gratitud mitiga el victimismo y el resentimiento. En la

⁵⁶Ídem al 5.

⁵⁷ Cámara Nacional en lo Civil, Sala J-Expte.54.963/13 "D., A. c/D C., F. N. s/Aumento de cuota alimentaria" Juzgado N°81 //nos Aires, de Septiembre de 2015.-

medida en que podemos ver lo que nos ha aportado una relación y lo que hemos aprendido de ella, estamos disponibles para cerrarla y abrirnos a los siguientes sucesos de nuestra existencia.- Este gran reto, que implica asumir una actitud madura y despojada de egoísmos yoicos, que nos invita a tolerar lo imperfecto de la vida y de los otros, nos trasciende y nos eleva en la excelsa tarea de educar y contener a quienes nos suceden. Nuestros Hijos acompañándolos y robusteciéndolos en el maravilloso camino de formarse como personas de bien"

Cita de este artículo:

DIAZ FERNÁNDEZ, E.M. (2018). "Los hijos en el divorcio".
Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2018. Año 8, Vol. 1.
pp. 77-81. Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

LA GUERRA DEL CHACO

Luis Francisco Asis Dasmaco

Abogado, Universidad Nacional de La Rioja,
Ayudante de Primera en Derecho
Internacional Público, Universidad
Nacional de La Rioja.

Palabras claves: *Uti possidetis iuris; Uti possidetis de facto; "modus vivendi"; Guerra; solución pacífica de las controversias; Conferencias Panamericanas; Liga de las Naciones; "ex aequo et bono"*

Key words: *Uti possidetis iuris; Uti possidetis de facto; "Modus vivendi"; War; peaceful settlement of disputes; Pan American Conferences; League of Nations; "Ex aequo et bono".*

Resumen

La guerra del Chaco ha sido uno de los más tristes sucesos de enfrentamientos entre países hermanos en el siglo XX. La historia de Bolivia y Paraguay hace que la guerra mencionada alcance una dimensión trágica.

Abstract

The Chaco War has been one of the saddest events of clashes between brother countries in the twentieth century. The history of Bolivia and Paraguay makes the aforementioned war reach a tragic dimension.

INTRODUCCIÓN

La guerra del Chaco ha sido uno de los más tristes episodios de enfrentamientos entre países hermanos en el siglo XX. La historia particular de Bolivia y Paraguay hace que la guerra en cuestión adquiera una dimensión trágica sin ejemplo.

En cuanto a Bolivia, a fines del siglo XIX se enfrentó militarmente, junto a Perú, con Chile en lo que se denominó "Guerra del Pacífico" (1879-1883) o también llamada "Guerra del Salitre". Conflicto desencadenado por el aprovechamiento de recursos naturales (guano, sal, minerales)⁵⁸, en la región de Atacama, cuya principal ciudad costera es Antofagasta. Dicha guerra trajo como resultado la pérdida para Bolivia de la salida al mar. Por el Tratado de Tregua (4/04/1884) y Tratado de Límites, Paz y Amistad del 20 octubre de 1904 y Protocolo del 15 de noviembre del mismo año, especialmente en éstos dos últimos, Bolivia reconocía el dominio absoluto y perpetuo de Chile entre los paralelos 23° y 24°; Perú, que también perdió territorios, por el Tratado de Ancón (20/10/1883), cedía a Chile el territorio de Tarapacá, Tacna y Arica, cuyas poblaciones, a los 10 años de la firma del tratado deberían realizar un plebiscito y decidir su nacionalidad, cuestión que fue producto de nuevo conflicto, resuelto recién con la firma del Tratado de Límites (3/06/1929) en donde se estableció que Tacna era adjudicada a Perú y Arica para Chile. En ambos tratados con Bolivia y Perú, se incluyeron concesiones en infraestructura, como en éste último, que se estableció un puerto libre en Arica para Perú, costado por Chile y 6.000.000 de dólares. En el caso de Bolivia, consistió en la construcción de un ferrocarril a cargo de Chile de Arica a La Paz y 300.000 libras esterlinas, además de libre derecho de tránsito comercial por los territorios y puertos del Pacífico⁵⁹.

Con Brasil perdería la región del Acre (norte y noroeste de Bolivia), cedida a éste en el Tratado de Petrópolis del 17/11/1903 a cambio de 2.000.000 de libras esterlinas.

En cuanto al Paraguay, desde principios del siglo XIX había conservado cierto aislacionismo respecto a los acontecimientos que sucedían latitudes abajo; la experiencia nacional de los gobiernos del Dr. José Gaspar Rodríguez

⁵⁸ Moreno Quintana, Lucio, 1927, *El Sistema Internacional Americano*, Editorial Jurídica, Buenos Aires.

⁵⁹ Sanz Zeballos, Luis Santiago, 1985, *El Tratado de 1881, Guerra del Pacífico, un discurso académico y seis estudios de historia diplomática*, Editorial Pleamar, Buenos Aires.

de Francia, Carlos Antonio López y Francisco Solano López, dotaba a la Patria de los guaraníes de una estabilidad que contrastaba con las convulsas realidades de sus vecinos.

La guerra de la "Triple Alianza" (1865-70), que enfrentó a Paraguay con Argentina, Brasil y Uruguay, marcó un antes y un después, en un país que había progresado con sus propios medios, sea materiales, naturales, como también humanos. Dicha guerra nefasta no fue ajena a los intereses británicos, cuyo ministro en Buenos Aires, Edward Thornton, era *"como todos los diplomáticos ingleses, enemigo del Paraguay, que cierra sus ríos a la libre navegación británica, se permite tener hornos de fundición, no consume los tejidos de Manchester ni necesita del capital o del apoyo inglés"*⁶⁰.

Paraguay después de la guerra de la "Triple Alianza", no sólo quedaría exangüe, sino que perdería territorio, viendo modificadas sus antiguas fronteras, excepto con la Argentina, cuyo canciller, Mariano Varela, el 21 de diciembre de 1869 formula la doctrina de su nombre: *"La victoria no da derechos a las naciones aliadas para declarar por sí, límites suyos que el tratado señaló"*⁶¹; por ello la Argentina no obtuvo ventaja territorial alguna, al contrario de Brasil que con ello consolidó su expansión territorial hacia el oeste (avanzando sobre el otrora territorio español) y su hegemonía política en el subcontinente que había comenzado en la batalla de Caseros de 1852.

El 9 de enero de 1872 se firma el Tratado Cotegipe-Lóizaga que coronó el triunfo del Imperio de los Braganza. Podemos apreciar como llegaban al siglo XX, Bolivia y Paraguay; derrotados, con ingentes pérdidas territoriales y serios condicionamientos al futuro de sus Pueblos. El viejo "Alto Perú", Bolivia, quedaría condenado a la mediterraneidad; y el Paraguay, además de los territorios, perdió una parte muy importante de su Pueblo, *"de un millón trescientos mil habitantes que había en 1863, sólo quedan doscientos treinta y un mil"*⁶²; también sería afectado su patrimonio cultural, pues al entrar el Ejército Imperial a Asunción, se apoderó de todo su archivo, entre ellos, los relativos a su territorio, e incluso, de entre el botín, el testamento de José Gervasio Artigas, quien falleciera en tierras paraguayas en 1850.

⁶⁰Rosa, José María, 1974, *La Guerra del Paraguay y las montoneras argentinas*", Peña Lillo Editores, Buenos Aires

⁶¹ Rosa, José María ob. cit.

⁶²Vidal, Mario, 2005, *Alianza para la muerte*, Talleres Gráficos de José Solsona, Córdoba, septiembre.

LA REGIÓN DEL CHACO

El Chaco es una "región natural de América del Sur, comprendida entre los Andes bolivianos al oeste; la meseta del Mato Grosso al norte; la línea hidrográfica del Paraguay-Paraná al este; y el río Salado al sur"⁶³; en concreto la zona en conflicto se encontraba entre los ríos Paraguay, Pilcomayo, Otuquis y Parapití.

Corresponde especificar que el conflicto entre Bolivia y Paraguay por una parte del Chaco, tuvo como efecto que la Argentina no haya podido demarcar los límites con ambos Estados hasta que no se establecieron los propios entre ambos.

LIMITES CON BOLIVIA

Antes denominado "Alto Perú", incluía cuatro provincias: La Paz, Chuquisaca (*la ciudad de los 4 nombres: "Chuquisaca" es la ciudad; "Charcas" la provincia; y "La Plata" la arquidiócesis – Oficialmente se decía Universidad de Charcas, ciudad de Chuquisaca, arzobispado de La Plata*)⁶⁴, Cochabamba y Potosí; y dos gobernaciones militares: Mojos y Chiquitos.

Dichos territorios formaron parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata, de hecho enviaron diputados al Congreso General Constituyente reunido en Tucumán en 1816 que declarara la Independencia. Pero, el Congreso General Constituyente de 1825, el 9 de mayo decidió: "*que aunque las cuatro provincias del Alto Perú han pertenecido siempre a la Argentina, es la voluntad del Congreso General Constituyente que ellas queden en plena libertad para disponer de su suerte, según crean convenir mejor a sus intereses y a su felicidad...*"⁶⁵. El 6 de agosto de ese año, se proclamó la independencia de esos territorios, erigiéndose con el nombre de República de Bolívar, a partir de octubre de ese año tomaría el nombre actual de Bolivia.

Bolivia alegaba tener derechos sobre Tarija, Atacama y la región del Gran Chaco.

Se firma el **Tratado Definitivo de Límites Quirno Costa-Vergara Guzmán en 1889**, que soluciona el litigio de los límites, renunciando nuestro

⁶³ Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe, 2005, Volumen IX Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires.

⁶⁴ Rosa, José María, 1972, *Historia Argentina*, Tomo I, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires.

⁶⁵ Rosa, José María, 1972, *Historia Argentina* Tomo II, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires.

país a sus derechos sobre la provincia de Tarija y a parte del territorio del Chaco, a cambio de ello Bolivia renunciaba a sus derechos sobre la Puna de Atacama.

Iniciadas las demarcaciones surgieron ciertos inconvenientes, pues muchas poblaciones bolivianas quedaban dentro del territorio argentino, para ello se suscribieron numerosos protocolos: Protocolo Alcorta-Ichazo del 2 de junio de 1898, que se refería a la cesión de Yacuiba; Protocolo Alcorta—Carrillo, del 23 de abril de 1902, estableciendo la pertenencia a Bolivia de las poblaciones de Sarcari, Sococha y Salitre; Protocolo Terry—Escalieri del 28 de enero de 1904, todos favorables a Bolivia, lo que motivó que fueron rechazados por el Senado argentino en 1910.

El **9 de julio de 1925 se firma el Tratado** Definitivo Carrillo-Díaz de Medina, aprobado por el congreso de Bolivia en 1929 y su par argentino en 1938.

Finalmente, ya que en virtud del trazado del límite, la ciudad de Yacuiba quedaba al sur del paralelo 22°, y que dicha ciudad fue fundada por bolivianos, y que su voluntad era no ser expatriados, el trazado hace un giro bordeando Yacuiba quedando de ese modo dentro de territorio boliviano.

Se firma un **Protocolo Adicional el 10 de febrero de 1941, estableciendo el Hito Esmeralda**, ubicado en la intersección entre el río Pilcomayo y el paralelo 22°; y el límite suroeste de Bolivia se encuentra en el Cerro Zapaleri, tripartito con Chile. Nótese que ésta parte del límite Argentina-Bolivia se delimitó y demarcó luego del Laudo del 10 de octubre de 1938.

LIMITES CON PARAGUAY

El **15 de julio de 1852 se celebró en Asunción el Tratado de Límites, Amistad, Comercio y Navegación**, entre la Argentina y Paraguay. En él se fijan como límites al río Paraná, se reconoce la isla Apipé para la Argentina y la pertenencia paraguaya del río Paraguay hasta su confluencia con el Paraná y de la isla Yaciretá.

Por el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado el 29 de julio de 1856**, por el cual, además de reconocer la independencia del Paraguay, efectúa la reserva de arreglar definitivamente los límites

territoriales, repitiendo los mismos reconocimientos mutuos de territorio del tratado anterior.

Terminada la Guerra de la Triple Alianza (1865-70), que enfrentó a la Argentina, Uruguay y al Imperio del Brasil contra Paraguay. En 1873 nuestro país designa al Gral. Bartolomé Mitre (Presidente por el período 1862-68, y unos de los máximos responsables históricos por la guerra) para arreglar la cuestión de límites, cabe mencionar que Paraguay pretendía desde el Chaco hasta el Bermejo, la isla del Atajo y Misiones; mientras que la máxima pretensión argentina llegaba hasta la Bahía Negra. Mitre sólo admitía discutir sobre la región al norte del río Pilcomayo, no admitiéndolo para los otros territorios.

A esta misión le sucedió otra, firmándose un Tratado el 20 de mayo de 1875, pero que Paraguay no aprobó.

El 21 de enero de 1876 se reunieron en Buenos Aires los cancilleres de ambos países, el Dr. Bernardo de Yrigoyen de Argentina y Facundo Machain por Paraguay. El 3 de febrero de ese año, se firma un **Tratado Definitivo de Paz; otro de Amistad, Comercio y Navegación; y uno Definitivo de Límites**, todos ratificados por las partes.

En cuanto al Tratado de Límites, expresa:

"Art. 1º. La República del Paraguay se divide por la parte del Este y Sur de la República Argentina, por la mitad de la corriente del canal principal del Río Paraná desde su confluencia con el Río Paraguay, hasta encontrar por su margen izquierda los límites del Imperio del Brasil, perteneciendo la Isla de Apipé a la República Argentina, y la Isla de Yaciretá á la del Paraguay, como se declaró en el Tratado de 1856.

Art. 2º. Por la parte del Oeste la República del Paraguay se divide de la República Argentina por la mitad de la corriente del canal principal del Río Paraguay desde su confluencia con el Río Paraná, quedando reconocido definitivamente como perteneciente á la República Argentina el territorio del Chaco hasta el canal principal del Río Pilcomayo, que desemboca en el Río Paraguay en los 25º 20' de latitud Sur, según el mapa de Mouchez y 25º 22' según el de Brayer.

Art. 3°. Pertenece al dominio de la República Argentina la Isla del Atajo o Cerrito. Las demás islas firmes o anegadizas que se encuentran en uno u otro río, Paraná y Paraguay, pertenecen a la República Argentina o a la del Paraguay, según sea su situación más adyacente al territorio de una ú otra República, con arreglo a los principios de Derecho Internacional que rigen esta materia. Los canales que existen entre dichas islas, inclusa la del Cerrito, son comunes para la navegación de ambos Estados.

Art. 4°. El territorio comprendido entre el brazo principal del Pilcomayo y Bahía Negra se considerará dividido en dos secciones, siendo la primera la comprendida entre Bahía Negra y el Río Verde que se halla en los 23° 10' de latitud Sur, según el mapa de Mouchez; y la segunda la comprendida entre el mismo Río Verde y el brazo principal del Pilcomayo, incluyéndose en esta sección la Villa Occidental.

El Gobierno Argentino renuncia definitivamente a toda pretensión o derecho sobre la primera sección. La propiedad o derecho en el territorio de la segunda sección, inclusa la Villa Occidental, queda sometido a la decisión definitiva de un fallo arbitral.

Art. 5°. Las dos Altas Partes Contratantes convienen en elegir al Excmo. Señor Presidente de los Estados Unidos de Norte América, como Arbitro para resolver sobre el dominio a la segunda sección de territorio a que se refiere el artículo que precede.

Art. 10°. En los casos previstos en los Artículos anteriores, el fallo que se pronuncie será definitivo y obligatorio para Ambas Partes, sin que puedan alegar razón alguna para dificultar su cumplimiento”.

El Presidente de Estados Unidos de Norteamérica, Rutherford Hayes, acepta el cargo de árbitro el 28 de marzo de 1878. El 12 de noviembre de ese año pronuncia su laudo:

"... yo, Rutherford B. Hayes, Presidente de los Estados Unidos de América, habiendo tomado en debida consideración las referidas exposiciones y documentos, vengo en decidir por la presente que la expresada República del Paraguay tiene legal y justo título a dicho territorio situado entre los ríos Pilcomayo y Verde, así como a la Villa Occidental comprendida dentro de él. En consecuencia, vengo en adjudicar por la presente a la expresada República del Paraguay el territorio situado sobre la orilla occidental del río de dicho nombre entre el río Verde y el brazo principal del Pilcomayo, incluida la Villa Occidental."

En función que el límite era el "brazo principal" del río Pilcomayo, faltaba determinar técnicamente cuál, ya que su curso interior no estaba bien definido en función de las características del suelo. Durante la guerra del Chaco, Bolivia ocuparía el extremo occidental de la llamada "zona Hayes".

El 5 de julio de 1939 se firmó un Tratado Complementario de Límites, en el cual quedó resuelto lo fundamental de las divergencias antedichas. En 1941 se firmó un acuerdo para el dragado y balizamiento del Río Paraguay. **En 1945 se firmó un Tratado Complementario de Límites Definitivo.** Cabe señalar lo mismo, se suscribió luego del Laudo del 10 de octubre de 1938.

ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL CHACO

Por Real Cédula del Rey Carlos III del 1 de agosto de 1776 se creó en forma transitoria el Virreynato de las Provincias Unidas del Río de la Plata, con jurisdicción sobre las provincias de Buenos Aires, Paraguay, Tucumán, Potosí, Santa Cruz de la Sierra, Charcas y todos los corregimientos y pueblos dependientes de la Audiencia de Charcas.

Hubo numerosos conflictos entre España y Portugal, suscribiéndose numerosos tratados como el de Lisboa 1681, Utrecht 1750, y otros en 1751, 1753, 1761 y 1771, hasta llegar al **Tratado de San Idelfonso de 1777**, que fijó nuevamente los límites entre las colonias de España y Portugal en las regiones del Río de la Plata.

Por Real Cédula del 27 de octubre de 1777 se estableció e carácter permanente del Virreynato.

La Real Ordenanza del 28 de enero de 1782, subdividió el territorio en 8 provincias-intendencias: Buenos Aires, Paraguay, Mendoza, San Miguel de Tucumán, Santa Cruz de la Sierra, La Paz, La Plata (es la ciudad de los "4 nombres": La Plata, Charcas, Chuquisaca y Sucre) y Potosí; y en simple calidad de provincias: Mojos, Chiquitos y los treinta pueblos de las misiones jesuíticas. Subsistía la gobernación político-militar de Montevideo, tal como había sido creada en 1749.

El 5 de agosto de 1783 se introdujo una modificación: se disolvieron las Intendencias de Mendoza y San Miguel de Tucumán, en su reemplazo se erigieron: Córdoba del Tucumán (Mendoza, San Juan del Pico, San Luis de Loyola, Córdoba y La Rioja); y la de Salta del Tucumán (Jujuy, Salta, Santiago del Estero, Catamarca y San Miguel de Tucumán).

PRINCIPIO "UTI POSSIDETIS IURIS"

Según el Dr. Juan Agustín García, es el típico principio de Derecho Internacional Americano, sólo admitido en los países hispanoamericanos.

Definición:

"Es un principio que consagra la posesión de derecho existente en el momento de la emancipación, como equivalente de la posesión efectiva para los estados que se independizaron de la metrópoli española, en razón de que sus respectivos territorios fueron los que correspondían a las demarcaciones administrativas hechas durante el coloniaje por el gobierno de España. Los nuevos estados heredaron los territorios de los Virreynatos, Capitanías Generales, Audiencias. De ello resultaba que para fijar las fronteras entre los países de origen hispánico se invocaban los límites que separaban a esas grandes divisiones administrativas." (Dr. César Díaz Cisneros)⁶⁶.

Dicho principio es la base jurídica del territorio de casi todos los Estados Hispanoamericanos; y en el caso que nos ocupa, Bolivia no era la excepción, y lo alegaba para sostener su reclamo por la zona del Chaco en cuestión. En

⁶⁶ López, Norberto Aurelio, 1975, *El Pleito de la Patria*, Círculo Militar, Buenos Aires.

cambio, Paraguay, afirmaba ocupación efectiva, basándose en el "*Uti possidetis de facto*".

El primer reclamo boliviano fue al suscribir Paraguay y Argentina, el Tratado de 1852, en el que se reconocía al río Paraguay como perteneciente al Paraguay, además de servir de límite; pues Bolivia reclamaba derechos sobre dicho río desde el norte hasta el paralelo 22°.

Recién en 1879 se intenta firmar un Tratado que fijaba el límite desde el río Apa (río que sirve de límite Paraguay—Brasil) y que partiendo hacia el oeste tomando un paralelo se encontrase con el río Pilcomayo. Ambos gobiernos desecharon dicho Tratado.

El Paraguay, en 1885, dispuso la venta de tierras públicas ubicadas en la zona en disputa, además de establecer el Fuerte Olimpo, lo que generó una protesta del gobierno de La Paz pues dicho Fuerte se encontraba sobre el paralelo 22°, por ende, para los bolivianos se encontraba en su territorio, afirmando que el Tratado (nunca firmado) de 1879 establecía tácitamente un "*modus vivendi*" (Término internacional que designa un modo provisional de convivencia entre Estados antes de quedar solucionado un conflicto que los separa⁶⁷)

Se suscribe un Tratado el 16 de febrero de 1887, que sometía al arbitraje del Rey de Bélgica, Leopoldo II, la zona comprendida entre la desembocadura del río Apa hasta una legua al norte del Fuerte Olimpo y cuyo límite al oeste pasaría por el meridiano 63°, correspondiendo a Bolivia las secciones al norte y oeste de dicha zona, y a Paraguay la parte sur⁶⁸. Por la inacción de Paraguay y su ocupación de Bahía Negra (margen occidental del río Paraguay) no se llevó a cabo el arbitraje.

Se firma un tercer Tratado, el 23 de noviembre de 1894, donde se trazaba una diagonal desde tres leguas al norte del Olimpo hasta el meridiano de 61° 28' en su intersección con el río Pilcomayo. Ese Tratado no fue aprobado.

Al amparo de la mediación del canciller argentino, Dr. Estanislao Zeballos, se firma el Protocolo del 12 de enero de 1907, donde se sometía al arbitraje del Presidente de la República Argentina; y en su artículo 2, delimitaba el área a arbitrar, quedando comprendida "entre el paralelo 20° 30' y la línea

⁶⁷ Jan Osmańczyk, Edmund, 1976, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México.

⁶⁸ Zook Jr., David H, 1962, *La conducción de la guerra del Chaco*, Volumen 517, Biblioteca del Oficial, Buenos Aires.

que en sus alegaciones sostenga el Paraguay en el interior del territorio entre los meridianos 61° 30´ y 62° oeste”⁶⁹.

Así como los actos posesorios del Paraguay en el margen occidental del río Paraguay habían motivado la protesta de Bolivia, ahora ésta en 1906 avanzaba sobre la margen del río Pilcomayo en dirección hacia el este. En virtud de ello, la cancillería paraguaya recurriría a la tesis, antes sostenida por Bolivia, del "*modus vivendi*" (ahora el fijado por el Tratado de 1907) para detener el avance boliviano.

Dicho "*modus vivendi*" sería confirmado en el Protocolo del 5 de abril de 1913, donde también se comprometían ambas partes a firmar un Tratado definitivo de límites.

No obstante los acuerdos ya firmados, Bolivia proseguía su paulatina ocupación tomando como eje el río Pilcomayo hacia el este y al norte (sin tampoco descuidar el avance desde el curso superior del río Paraguay); y para el Paraguay el "eje" de ocupación sería la margen occidental del río Paraguay y en dirección al oeste.

El Protocolo de 1927 no introdujo modificaciones sustanciales. El 29 de septiembre de 1927 se reúne la Conferencia de Buenos Aires (poniendo en marcha los buenos oficios aceptados en los Protocolos antedichos) tomándose como base lo propuesto por el observador argentino, Dr. Isidoro Ruiz Moreno, que consistía en la aceptación por parte del Paraguay del arbitraje; la desmilitarización de los fortines de ambos países; y negar eficacia jurídica a los avances territoriales de ambos. Esta Conferencia se clausuró en 1928 sin arrojar resultados debido a profundos desacuerdos entre las partes.

PRIMER ENFRENTAMIENTO ARMADO

El 5 de diciembre de 1928 es tomado el "Fortín Vanguardia" (antes llamado "Vitrones"), que los bolivianos poseían sobre el río Otuquis, por tropas paraguayas; ello motivó que Bolivia rompiera sus relaciones diplomáticas y en represalia atacó y tomó el fortín paraguayo Boquerón y Mariscal López.

En la Conferencia Panamericana, reunida en Chile en marzo-mayo de 1923, se había firmado un Tratado, llamado también "Pacto Gondra" (por el presidente paraguayo Manuel Gondra) para evitar o prever conflictos entre

⁶⁹ Zook Jr, David H., ob. cit.

países americanos⁷⁰; pero no se pudo ventilar la cuestión dentro de su procedimiento de solución de controversias.

La Conferencia Internacional Americana de Conciliación y Arbitraje, reunida en Washington entre el 10 de diciembre de 1928 y el 5 de enero de 1929, ofreció sus buenos oficios y constituyó a ese efecto la "COMISIÓN DE NEUTRALES DE WASHINGTON" integrada por Cuba, Colombia, México, Estados Unidos y Uruguay⁷¹.

Esta comisión sólo logró el intercambio de fortines y prisioneros y el restablecimiento de las relaciones diplomáticas, terminando el 23 de julio de 1930 lo que podríamos denominar la primera etapa de la guerra del Chaco.

A iniciativa del canciller argentino, Dr. Carlos Saavedra Lamas, se constituyó el grupo ABCP (Argentina, Brasil, Chile y Perú) como un intento de evitar la hegemonía norteamericana en la mediación del conflicto.

Con la ocupación por parte de Bolivia de la Laguna Pitiantuta (rebautizada Chuquisaca), el 14 de junio de 1932 y la toma del Fortín Carlos Antonio López el 15, y recuperada por el Paraguay el 15 de julio, recrudecieron las tensiones. Dicha pequeña laguna tenía un valor estratégico para consolidar el avance boliviano, pues se encontraba en el centro de la zona en disputa. Además de la particularidad que, el general Belaieff, comisionado por el gobierno paraguayo, sería el primer hombre blanco en llegar a la misma el 13 de marzo de 1931, sumado a su altísimo valor como único recurso hídrico en muchos kilómetros a la redonda⁷²; lo que nos da una idea acerca de la naturaleza del área en controversia, que incluía importantes porciones de territorio todavía inexplorada por ambos.

El 3 de agosto de 1932 los representantes americanos reunidos en Washignton solicitan a Bolivia y a Paraguay solucionar por medios pacíficos su enfrentamiento. No obstante ello, el ABCP, el 6 de agosto también emite una declaración:

1) Invitar a las Repúblicas de Bolivia y Paraguay a realizar un supremo esfuerzo de concordia deponiendo la actitud bélica, paralizando toda movilización y evitando el estallido de la guerra;

⁷⁰ Moreno Quintana, Lucio, 1963, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

⁷¹ Zook Jr David H., ob. cit.

⁷² Zook Jr David H., ob. cit.

2) *Ofrecer conjuntamente sus servicios amistosos a Bolivia y Paraguay para recibir de ambas naciones y tramitar debidamente cualesquiera sugerencias o proposiciones tendientes a producir la solución conciliatoria, de acuerdo con la declaración firmada el 3 de agosto por diecinueve países de América y en relación a la Comisión de Neutrales;*

3) *Mantenerse unidos para ofrecer su adhesión y su colaboración a la Comisión de Neutrales reunida en Washington, a fin de evitar la guerra entre las Repúblicas de Bolivia y Paraguay, en su carácter de países limítrofes;*

4) *Comunicar simultáneamente esta declaración de lealtad internacional, amistad y pacifismo a los gobiernos de Bolivia y Paraguay y a la Comisión de Neutrales radicada en Washington*⁷³.

Cabe destacar que en el ámbito internacional y americano había numerosos instrumentos y medios para la solución pacífica de las controversias: La Convención de La Haya de 1907; y la Liga de las Naciones. En el ámbito americano: *La Primer Conferencia Panamericana, Washington 1889-90, entre otras recomendaciones, declaró la abolición del derecho de conquista y la solución pacífica de los conflictos internacionales; * Segunda Conferencia Panamericana, México, 1901-02; Argentina, Bolivia, Guatemala, El Salvador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay firman un Tratado de Arbitraje General, Permanente y Obligatorio.

El 22 de septiembre de 1932, la Comisión de Neutrales pide nuevamente a Bolivia y a Paraguay buscar una solución pacífica y el cese de las hostilidades, advertía que la que incumpliera sería declarada agresora y, por lo tanto, todos los Estados americanos deberían retirar sus representantes diplomáticos. Esta declaración ahondó las discrepancias de procedimiento con el grupo ABCP, ya que el canciller Saavedra Lamas dio instrucciones al embajador argentino en EE.UU., Felipe Espil, que no se apoyaría ninguna gestión que sobrepase la mediación, convirtiéndose en intervención.

⁷³ <http://www.argentina-rree.com/9/9-047.htm>

EL ACTA DE MENDOZA

Reunidos el 1 y 2 de febrero de 1933, en la que el canciller argentino, Saavedra Lamas y el chileno Cruchaga Tocornal, manifestaron:

*a) el sometimiento a arbitraje juris de todas las cuestiones vinculadas a la disputa sobre el Chaco; b) la declaración del fin de las hostilidades por las partes; c) el compromiso de los beligerantes (Bolivia y Paraguay) de retirar sus tropas respectivas, de forma que Bolivia las concentrara en dos núcleos situados en Ballivián y Roboré, y el Paraguay sobre el río Paraguay; y d) la reducción de sus respectivos efectivos militares, previa conformidad de las partes*⁷⁴.

En dicha declaración se receptaban las proposiciones del presidente paraguayo Eusebio Ayala, enfocándose en lo que realmente motivaba el conflicto: Bolivia, luego de perder su litoral marítimo buscaba una salida fluvial; y por parte del Paraguay, necesitaba territorio, sobre todo por su gravitación económica.

Lamentablemente el contenido del Acta de Mendoza es rechazada por Bolivia, por lo que los mecanismos de solución pacífica iban fallando, sea por el rechazo de Paraguay o por el de Bolivia.

El 10 de mayo de 1933, Paraguay declaró la guerra a Bolivia; y el 13 de mayo la Argentina declaró su neutralidad. Se permitió en la aduana de La Quiaca y Pocitos, el libre tránsito de mercaderías hacia y desde Bolivia, siempre que fueran de propiedad privada y estuvieran destinadas a la población civil. En cuanto al régimen fluvial (Río de la Plata, Paraná, Paraguay, Uruguay y afluentes) se resolvió mantener el libre tránsito hacia y desde Bolivia y Paraguay⁷⁵.

La Comisión de Neutrales se disolvió el 27 de junio de 1933, alegando que *"cuando hay más de un centro de negociación, la confusión y la falta de acuerdo son los resultados inevitables"*, y esperando que el conflicto se resolviese en el ámbito de la Liga de las Naciones.

Por el "Acta de Rio de Janeiro", suscripta el 11 de octubre de 1933, los cancilleres de Brasil y la Argentina, en la que manifestaron que la controversia

⁷⁴ <http://www.argentina-rree.com/9/9-047.htm>

⁷⁵ Ruiz Moreno, Isidoro, 1961, *Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas (1810-1955)*, Editorial Perrot, Buenos Aires.

por el Chaco se debía resolver mediante el arbitraje. Dicho documento fue aceptado por el Paraguay, peor rechazado por Bolivia.

El 3 de noviembre de 1933 se constituyó la "Comisión del Chaco", que la Liga de las Naciones había encomendado estudiar la controversia que ya tenía resonancia mundial. Estaba integrada por: Presidente de la Comisión, Julio Alvarez del Vayo por España; los generales Freydenberg y Alexander Robertson, de Francia e Inglaterra respectivamente; mayor Raúl Rivera Flandes, de México y Conde Luigi Aldrovandi Marescoti, de Italia⁷⁶.

El canciller argentino insistía en la aceptación del principio de la prohibición de adquirir territorios por actos de fuerza y el Pacto Antibélico de No Agresión o también denominado "Pacto Antibélico Saavedra Lamas".

EL presidente paraguayo Eusebio Ayala propuso un armisticio desde el 20 de diciembre hasta el 6 de enero de 1934, que tuvo la aceptación de Bolivia, y de la Comisión que intentó prorrogarlo sin éxito.

Luego que el armisticio fracasara, la Comisión regresó a Europa a presentar su informe al Consejo de la Liga.

En marzo de 1934, Bolivia invocó el artículo 15 del Pacto de la Liga:

"Si se produjese entre miembros de la Liga alguna divergencia susceptible de conducir a una ruptura y que no fuese sometida al arbitraje, de acuerdo con el artículo 13, los miembros de la Liga convienen en que someterán el asunto al Consejo. Cualquiera de las partes en la divergencia podrá someter el asunto, notificando de la existencia del conflicto al Secretario General, quien adoptará todas las medidas necesarias para su completa investigación y consideración.

A ese efecto, las partes en la divergencia comunicarán al Secretario General, a la brevedad posible, la exposición de su causa con todos los hechos y documentos pertinentes, pudiendo el Consejo ordenar su inmediata publicación.

El Consejo se esforzará en obtener el arreglo de la divergencia, y si tales esfuerzos tuvieran éxito, se publicará una exposición relatando hechos y dando explicaciones acerca de la divergencia de los términos de su arreglo, en la medida en que el Consejo lo juzgue conveniente.

⁷⁶ Zook Jr., David ob. cit.

Si la divergencia no fuese solucionada, el Consejo producirá y publicará un informe, por unanimidad o por mayoría de votos, conteniendo una exposición de los hechos de la divergencia y las soluciones que recomienda como justas y apropiadas para el caso...⁷⁷

Por lo tanto se puso en marcha el mecanismo que dicho artículo preveía. La Asamblea de la Liga constituyó un Comité cuya misión sería el arreglo conciliatorio; dicho Comité a su vez incluiría representantes de países americanos. Huelga decir que todos esos esfuerzos infructuosos y tardíos, pues la guerra proseguía, y dependiendo de la marcha de la misma, era la predisposición de uno u otro de los beligerantes de aceptar los ya numerosos términos y propuestas de terminación de las hostilidades y solución pacífica.

En enero de 1935 el gobierno chileno propuso a la Argentina una nueva gestión conjunta a la que se sumarían Brasil, Estados Unidos, Perú y Uruguay, quedando así constituido el "Grupo Mediador".

El 14 de mayo, el gobierno boliviano y paraguayo, enviaron a sus cancilleres Tomás Elio y Luis Riart respectivamente, a las negociaciones que se llevarían a cabo en Buenos Aires.

Finalmente se firma el Protocolo el 12 de junio de 1935:

"a) la resolución de los diferendos entre Paraguay y Bolivia por acuerdo directo entre las partes a través de una Conferencia de Paz; en caso de fracaso de las negociaciones directas, se establecía el arbitraje de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya;

b) el canje y repatriación de los prisioneros de acuerdo con los usos y principios del Derecho Internacional;

c) el establecimiento de un régimen de tránsito, comercio y navegación, que contemplara la posición geográfica de las partes;

d) la promoción de facilidades y convenios destinados a impulsar el desarrollo de los países beligerantes;

e) la constitución, por parte de la Conferencia de Paz, de una comisión internacional que dictaminaría acerca de las responsabilidades de todo orden y clase provenientes de la guerra; si las conclusiones de dicho dictamen no eran aceptadas por alguna

⁷⁷ Compendio de Normas Internacionales de Derecho Internacional Público – La Ley – 2005.

de las partes, resolvería en definitiva la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya;

f) la cesación definitiva de las hostilidades sobre la base de las posiciones en ese momento de los ejércitos beligerantes; y la determinación de las posiciones de los ejércitos en lucha a través del establecimiento de un período de una tregua de doce días con el objeto de que una Comisión Militar Neutral, formada por representantes de las naciones mediadoras, fijara líneas intermedias de las posiciones de los ejércitos beligerantes. La Comisión Militar Neutral oiría a los comandos beligerantes para determinar la línea de separación de los ejércitos, y resolvería los casos de discrepancias;

g) la adopción de las siguientes medidas de seguridad:

1- La desmovilización de los ejércitos beligerantes en el plazo de noventa días, a partir de la fecha de fijación de la línea de separación de los ejércitos a que se refiere el artículo II, en la forma que establezca la Comisión Militar Neutral, después de oír a los comandos beligerantes, y hasta el límite fijado en el inciso siguiente.

2- La reducción de los efectivos militares a la cifra máxima de 5.000 hombres.

3- La obligación de no hacer nuevas adquisiciones de material bélico, sino el indispensable para la reposición, hasta la concertación del Tratado de Paz.

Las partes, al suscribir ante los mediadores el presente Convenio, contraen el compromiso de no agresión.

La Comisión Neutral tendrá a su cargo el control de la ejecución de las medidas de seguridad hasta que se hagan efectivas en su totalidad. Cumplidas que sean éstas, la Conferencia de Paz declarará terminada la guerra.

Tan pronto como se inicie en el campo de operaciones la ejecución de las precedentes seguridades y garantías, medidas que deben ser llevadas a cabo dentro del tiempo límite máximo de noventa días consecutivos, el estudio de las cuestiones en disputa será iniciado al mismo tiempo, y la Conferencia de Paz ejercerá las funciones especificadas en el artículo I.⁷⁸

78 Ramírez, Isidoro, 1942, *La Paz del Chaco*, Imprenta Ferrari Hnos. Buenos Aires.

En la Conferencia de Paz de Buenos Aires (julio de 1935-julio de 1938) se celebra el tan anhelado Tratado de Paz, Amistad y Límites del 21 de julio de 1938, establecía en sus principales estipulaciones:

"Artículo 1º.- Queda restablecida la paz entre las Repúblicas de Bolivia y Paraguay.

Artículo 2º.-La línea divisoria en el Chaco entre Bolivia y Paraguay será la que determinen los Excmos. Presidentes de las Repúblicas Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos de América, Perú y Uruguay, en su Carácter de Arbitros de equidad, quienes, actuando ex aequo et bono, dictarán su fallo arbitral de acuerdo con esta y las siguientes cláusulas:

1.- El laudo arbitral fijará la línea divisoria Norte en el Chaco, en la zona comprendida entre la línea de la Conferencia de Paz, presentada el día 27 de mayo de 1938, y la línea de la contrapropuesta Paraguaya, presentada a la consideración de la Conferencia de Paz el día 24 de junio de 1938, desde el Meridiano del Fortín 27 de Noviembre, es decir aproximadamente Meridiano 61º 55´ Oeste de Greenwich hasta el límite Este de la zona, con exclusión del litoral sobre el Río Paraguay al Sur de la desembocadura del Río Otuquis o Negro;

2.- El laudo arbitral fijará Igualmente la línea divisoria Occidental en el Chaco, entre el Río Pilcomayo y la intersección del meridiano del Fortín 27 de Noviembre, es decir, aproximadamente 61º 55´ Oeste de Greenwich con la línea del laudo por el lado Norte, a que se refiere el anterior acápite.

3.- Dicha línea no irá en el Río Pilcomayo mas al Este de Pozo Hondo, ni al Oeste más allá de cualquier punto de la línea que, arrancando de D´Orbigny, fue señalada por la Comisión Militar Neutral como intermedia de las posiciones máximas alcanzadas por los Ejércitos beligerantes al suspenderse los fuegos el 14 de junio de 1935.

Artículo 3º.- Los árbitros se pronunciaran oídas las Partes y según su leal saber y entender, teniendo en cuenta la experiencia acumulada por la Conferencia de Paz y los dictámenes de los Asesores militares de dicha entidad.

Artículo 4º.- El laudo arbitral será expedido por los Arbitros en el plazo máximo de dos meses, contados a partir de la ratificación del presente

Tratado, obtenida en la oportunidad y forma estipuladas en el Artículo 11.

Artículo 5º.- Expedido el laudo y notificado a las Partes, éstas nombraran inmediatamente una Comisión Mixta, compuesta de cinco miembros nombrados, dos por cada Parte, y el quinto designado de común acuerdo por los seis Gobiernos Mediadores, a fin de aplicar sobre el terreno y amojonar la línea divisoria trazada por el laudo arbitral”.

El Tratado establece que el laudo arbitral será **“ex aequo et bono”**, término internacional jurídico, que expresa el derecho del tribunal de concluir según su propio criterio; introducido en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el artículo 38, apartado 2º, en forma facultativa: “si las partes están de acuerdo en ello”⁷⁹.

El laudo fue pronunciado el 10 de octubre de 1938; y si bien han transcurrido 80 años a la fecha, se firmó un Protocolo Adicional el 12 de junio de 2009 a los fines de constituir la “Comisión Mixta Paraguayo-Boliviana Demarcadora de Límites”, cuya función será la de erigir los Hitos de II y III orden, y su control y mantenimiento.

“Entre los días 14 a 16 de noviembre del 2017, se llevó a cabo en el salón del Hotel Guarani, la VI Reunión Plenaria Ordinaria de la Comisión Mixta Paraguayo – Boliviana Demarcadora de Límites, en seguimiento de las tareas que son propias del cometido institucional de dicha instancia bilateral, que enmarca sus tareas en los acuerdos suscritos entre ambos países, en materia de límites.

En dicha reunión se trató el siguiente temario; los informes sobre la ejecución de los Trabajos de Campo y de Gabinete realizados durante el año 2017; consideración y aprobación de documentos; Propositiones y Resoluciones; Plan de Trabajos de Campo y de Gabinete para el año 2018; Calendario de reuniones y lugar y fecha para la VII Reunión Plenaria Ordinaria.

Presidio la delegación paraguaya el Embajador Carlos José Fleitas Rodríguez, en tanto que la delegación de Bolivia estuvo encabezada por el Ingeniero Daniel Martín Avila Lema”⁸⁰.

⁷⁹ Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, ob. cit.

⁸⁰ <http://www.mre.gov.py/Sitios/Home/Boletines/cndl/ES>

Ello demuestra el concienzudo trabajo al respecto de los otrora beligerantes, y es auspicioso verificar la labor conjunta en una cuestión que los enfrentó.

DR. CARLOS SAAVEDRA LAMAS: PREMIO NOBEL DE LA PAZ 1936

Nuestro canciller obtuvo el Premio Nobel de la Paz (el primer latinoamericano en ganarlo) como reconocimiento a su liderazgo en las negociaciones en la guerra del Chaco, en la Liga de las Naciones condenando la invasión italiana a Etiopía en 1936 y también por el Pacto Antibélico de No Agresión y Conciliación de 1933⁸¹.

LA GUERRA

La guerra del Chaco, aunque enfrentó solamente a dos países, Bolivia y Paraguay, expuso ante el mundo la cruda realidad latinoamericana, pues en ella se reconocen la vigencia de viejas heridas, algunas heredadas de cuando se pertenecía a España y otras propias y nuevas. Los vaivenes de la política interna, con gobiernos legítimos e ilegítimos, el uso bastardo de las nobles aspiraciones nacionales, la manipulación del patriotismo de los pueblos, las recurrentes crisis económicas, el mal aprovechamiento de sus recursos naturales o la titularidad de su explotación en manos foráneas, en fin, todos males comunes a países hermanos, que, o los han sufrido todos, o en parte, sea en el pasado o sea en el presente. Lamentablemente hubo mas conflictos en Latinoamérica luego de la guerra del Chaco, algunos desembocaron en conflictos armados, como la guerra de Perú y Ecuador (1929-39; 1940-42; guerra del Cénepa 1995) y otros felizmente solucionados pacíficamente como el de Perú con Chile por el límite marítimo en 2014 con sentencia de la Corte Internacional de Justicia.

Hubo serios contrastes en esta guerra, por ejemplo, sirvió de escenario para el choque de dos concepciones diferentes, el paraguayo Estigarribia graduado en la Ecole de Guerre de Francia y Bolivia contaba con el veterano general alemán Hans Kundt; el país del Altiplano contaba con mejores recursos, pero la mala conducción e incluso el desaprovechamiento del arma aérea (donde se destacó Bilbao Rioja), hizo que Estigarribia se luciera como el gran estratega militar que era, pasando al templete de la gloria de la

⁸¹ https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1936/lamas-facts.html

(Traducción del autor)

historia paraguaya. Batallas como Boquerón (29/09/1932), Nanawa (llamado el "Verdún paraguayo", 4/07/33); Campo Vía (11/12/33); Cañada Strongest (25/03/34); El Carmen (16/11/34); Yrendagüé (16/1/35); Charagua (16/04/35); Ingavi (7/06/35), sólo por nombrar los mas resonantes episodios bélicos en el Chaco.

El capitán David H. Zook Jr., en su obra de consulta obligada sobre el tema: "La conducción en la guerra del Chaco", nos detalla las cifras de la contienda: *"Bolivia tuvo 52.397 muertos...la pérdida neta de su población fue aproximadamente de 2%. De 1932 a 1935 la emisión de papel moneda aumentó 25%. En 1935 los préstamos del Banco Central al gobierno ascendieron a un equivalente de 228.660.000 de dólares. El Paraguay... recibió préstamos de la Argentina por 5.542.026 de dólares. Los desembolsos del gobierno de Asunción fueron de 124.503.515 de dólares. Entre las pérdidas humanas, de 140.000 hombres que se embarcaron en Asunción, cerca de 36.000 (3,5% de la población) cayeron en los campos de batalla del Chaco Boreal".*

CONCLUSIÓN

Podemos encuadrar a la guerra del Chaco como una típica guerra del siglo XX del período de entreguerras en el que la entonces Liga de las Naciones demostró su debilidad para presentar un medio eficiente de solución pacífica de la controversia; a pesar de su esfuerzo; pero también la contumacia y el rechazo antojadizo de uno y otro gobierno a las numerosas alternativas para poner fin al conflicto y hasta la falta de adaptación (quizás atribuible a cuestiones de época) a hacer uso de los medios instituciones que ofrecía el orden jurídico universal.

Una de las grandes soluciones a ambos Estados mediterráneos, seguramente estuvo en el Tratado de la Cuenca del Plata, décadas después (1970) suscripto por Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay, con el "objeto de promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata", que en concreto implicaba aprovechar los recursos hídricos, creando a ese fin como órgano permanente el COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL COORDINADOR.

En el marco de ese Tratado se elabora el programa "HIDROVÍA PARAGUAY—PARANÁ" definido

"sobre la base de una estrategia de transporte fluvial a los largo del sistema hídrico del mismo nombre, en un tramo (de 3442 km) comprendido entre Puerto Cáceres (Brasil) en su extremo Norte y Puerto Nueva Palmira (Uruguay) en su extremo Sur. Los países que comparten este sistema fluvial -ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL, PARAGUAY Y URUGUAY- promovieron en una primera etapa la realización de estudios para determinar la factibilidad económica, técnica y ambiental de los mejoramientos necesarios para garantizar el uso sostenible del recurso hídrico.⁸²"

Ello brinda una gran oportunidad para que los países de la Región puedan aprovechar con inteligencia y capacidad, los recursos que provee la naturaleza, para el crecimiento con desarrollo que es una de las bases fundamentales de la Paz.

BIBLIOGRAFÍA

Ramírez, Isidoro, 1942, *La Paz del Chaco* – Imprenta Ferrari Hnos. – Buenos Aires.

Rosa, José María, 1973, *Historia Argentina*, Tomos I y II, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires.

Rosa, José María, 1974, *La Guerra del Paraguay y las montoneras argentinas*, Peña Lillo Editores, Buenos Aires.

Busaniche, José Luis, 1982, *Historia Argentina*, Ediciones Solar, Buenos Aires, Argentina.

Moreno Quintana, Lucio, 1955, *Elementos de Política Internacional*, Escuela Superior de Guerra—Buenos Aires, Argentina.

Moreno Quintana, Lucio, 1927, *El Sistema Internacional Americano*, Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina.

Moreno Quintana, Lucio 1963, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.

⁸² <http://www.hidrovia.org/es/la-hidrov%C3%ADa-paraguay-paran%C3%A1>

Sanz Zeballos, Luis Santiago, 1985, *El Tratado de 1881 - Guerra del Pacífico, un discurso académico y seis estudios de historia diplomática*, Editorial Pleamar, Argentina.

Vidal Mario, 2005, *Alianza para la muerte*, Talleres Gráficos de José Solsona, Córdoba, Argentina.

López, Norberto Aurelio, 1975, *El Pleito de la Patria*, Círculo Militar, Buenos Aires, Argentina.

Jan Osmańczyk, Edmund, 1976, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México.

Ruiz Moreno, Isidoro, 1961, *Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas (1810-1955)*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Documentos de Historia Argentina, Etchart - Douzon, 1972, Cesarini Hnos Editores, Buenos Aires, Argentina.

Compendio de Normas Internacionales de Derecho Internacional Público - La Ley - 2005.

<http://www.mre.gov.py/Sitios/Home/Boletines/cndl/ES>

<http://www.hidrovia.org/es/la-hidrov%C3%ADa-paraguay-paran%C3%A1>

<http://www.argentina-rree.com/9/9-047.htm>

Cita de este artículo:

ASIS DASMAGO, L. (2018). "La guerra del Chaco". Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2018 Año 8, Vol. 1. pp. 82-104. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

CASO 1

PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL AL PROGENITOR CONDENADO POR EL HOMICIDIO CALIFICADO DE QUIEN FUERA SU CÓNYUGE Y MADRE DEL MENOR.

Descripción del caso (1):

Privación de la responsabilidad parental al progenitor condenado por el homicidio calificado de su ex cónyuge y madre del menor, confirmándose el supuesto previsto en el art. 700 bis del CCivCom.

Sumario:

- 1.-Antes bien, con la vigencia de la nueva normativa que dispone de modo automático la privación de responsabilidad parental por condena penal firme como autor del delito de homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1° CP, art. 700 bis inc. a) CCC), comprobada la existencia de tal condena firme en autos, corresponde sin más declarar la privación de responsabilidad parental solicitada.
- 2.-Mediante Ley 27.363 se incorporó en el capítulo 9 del Título VII del CCivCom., la norma del art. 700 bis, que resulta coherente con el compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir los convenios internacionales que tienen por objeto erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres.
- 3.-Que mediante ley N°27.363 se incorporó en el capítulo 9 del Título VII del código civil y comercial de la Nación, la norma del art. 700 bis, que dispone la privación de modo automático de la Responsabilidad Parental por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de determinados delitos: a) homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género del otro progenitor (femicidio); b)

lesiones previstas en el art. 91 del Código Penal contra el otro progenitor o contra el hijo o hija respecto de quien procede la privación; y c) delitos contra la integridad sexual previstos en el art. 119 del CP contra el hijo o hija de que se trata.

4.-La norma así incorporada resulta coherente con el compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir los convenios internacionales que tienen por objeto erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, como es el caso de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como "Convención de Belem do Para", que dispone la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7).

**Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia de Rosario.
Sala/Juzgado: 19-feb-2018. Partes: I. G. A. c/ L. P. H. O. s/
privación responsabilidad parental**

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados "I. G. A. c/ L. P. H. O. s/ PRIVACIÓN RESP PARENTAL", Expt. N° xxx, que tramitan ante este Tribunal.- De los que resulta que, a fs. 4/8 comparece el Sr. G. A. I., con patrocinio letrado, e interpone demanda de privación de responsabilidad parental contra el Sr. H. O. L.n I., progenitor de su sobrino F. L. I. Postula que F. nació fruto del matrimonio entre la Sra. M. A. I. -su hermana- y el Sr. H. O. L. P. Que su hermana falleció el 27 de febrero de 2012 producto de las puñaladas propiciadas por su cónyuge, el demandado, en su vivienda en la ciudad de Chajarí, provincia de Entre Ríos.

Ante ello, L. P. se encuentra condenado a prisión perpetua por el homicidio de M.A. Que se trata de un caso público y notorio que ha sido publicado en numerosos diarios. Relata que, luego del homicidio

de su hermana, asumió la guarda de su sobrino F. por decisión de la Jueza Interina del Juzgado Civil y Comercial N° 2 de la localidad de Chajarí, Dra. Mónica Liliana Oliveri, en autos caratulados "Coordinadora del CPPNAF, en representación del niño L.n F. – Medidas de Protección ley 9861" Expt. N° 2228/2012. Que, desde ese día, F. vive en la ciudad de Rosario, donde han fijado su centro de vida y donde tiene una vida normal llena del amor de toda su familia. Expone que, dentro de los autos caratulados "I. G. A. y otros s/ Guarda", Expt. N° 2905/2012, en fecha 27 de febrero de 2014, se le otorgó la guarda judicial de F. con la finalidad de su cuidado y crianza, bajo el imperio de la normativa hoy derogada del Código Civil. Refiere que el demandado fue debidamente notificado de su pedido de guarda, y de la sentencia que se la otorga, y no opuso objeciones ni planteos al respecto. Que desde el homicidio de su hermana al presente, el Sr. L. P. no ha realizado intento alguno por contactarse con su hijo menor, ni por medio de sus abogados defensores ni por medio de sus hijos mayores. Todo ello configura la situación de abandono moral por parte del demandado hacia F., colocándolo en una situación de desprotección total que han cubierto con amor y constancia quienes hoy son su familia. Expresa que, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la situación de F. ha variado y, al no permitirse ya la existencia de estas "guardas judiciales", han decidido avanzar en la tramitación de la privación de la "patria potestad" de su progenitor, logrando la declaración en situación de adoptabilidad y solicitando oportunamente las medidas legales correspondientes a la situación del mismo. Que este pedido tiene la finalidad de que F. continúe viviendo en su casa, junto a E. -su conviviente- quien ha sido su "mamá" desde el momento en que llegaron a Rosario y ahora junto a E., su hermana. Considera que, ante la realidad de las circunstancias F. debe seguir viviendo con su familia de crianza, su familia biológica materna. Manifiesta que F. sufrió una privación total del vínculo más profundo que puede tener un ser humano: su madre, que más allá del excelente rol desempeñado por toda su familia, el vacío es inconmesurable. Que

el niño vive con ellos, una familia formada por “padres” y su “hermana”, que luchan por su bienestar y están en función de las necesidades de F. Tal estabilidad fue la que le dio a F. la sensación de formar parte de su familia. Que F. “se siente hoy un I. más”, es así como dibuja a su familia, y les ha manifestado de manera constante y consistente su voluntad de ser su hijo. Refiere que, son ante la sociedad, ante la escuela, los médicos y el mundo entero la familia de F. Todo ello sin desconocer la verdad de su vínculo fraternal con los otros hijos de la mamá de F. y su vínculo filial con la Sra. A.

Respecto del demandado, expone que se encuentra privado de su libertad, condenado a prisión perpetua por el delito de homicidio calificado por el vínculo por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concordia, en fecha 10 de diciembre de 2012. Refiere que el Sr. L. P. es una persona culta y estudiada, es médico psiquiatra. Sabe cuáles son sus derechos y obligaciones respecto de su hijo y asimismo cuenta con un equipo de abogados que le brindan asesoramiento constante. No ha ofrecido ni iniciado un régimen de alimentos, como tampoco un régimen comunicacional. Considera la parte actora, que el Sr. L. P. ha cometido “abandono calificado”, ignorando y descuidando voluntariamente a su hijo. Y que tal desamparo moral y material les dio a ellos la posibilidad de brindarle a F. un hogar y una familia llenos de amor y de cariño. Cita jurisprudencia y ofrece prueba. Impreso trámite de ley conforme normativa vigente a dicho momento procesal, unidos por cuerda los autos conexos (“I. G. A. y otros s/ Guarda”, Expt. N° 2905/2012; e “I. G. A. c/ L. P. H. O. s/ Aseguramiento de prueba, Expt. N° 1943/2014) citado el demandado a comparecer a estar a derecho (fs. 13), no comparece, pese a estar debidamente notificado (fs. 27/28), por lo que mediante providencia dictada el 12 de mayo de 2017 obrante a fojas 30, se declara su rebeldía, la que se notifica oportunamente, como consta a fojas 38/39. Corrido traslado de la demanda (fs. 41), notificado a fs. 44, no contesta el demandado. A fs. 53/54 obra informe socio ambiental practicado por la Lic. en Trabajo Social Liliana Demarco, en el domicilio donde reside el actor junto al

niño F. y a su grupo familiar. A fs. 56/57 constan declaraciones testimoniales rendidas en autos por la Sra. I. F. y el Sr. R. O. N.A fs. 61 obra acta de escucha del niño F. ante la suscripta, en presencia de la Sra. Defensora General actuante. A fs.62/63 obra acta de audiencia celebrada por la suscripta a la que comparecieron la Sra. E. M. y el Sr. G. A. Contesta la correspondiente vista la Sra. Defensora General actuante N° 1, Dra. A. Verdondoni, dictaminando favorablemente a la pretensión demandada. A fs. 66 se agrega informe de la Psicóloga del niño F. Lilian Milicih. A fs. 69/112 constan agregadas copia de la Sentencia N° 77 emitida por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Concordia, Acuerdo N° 78 y Resolución N° 170 oportunamente acompañadas por la parte actora, y reservada en Secretaría copia certificada del sumario penal Exp. N°2824 iniciado el 26/8/2013del Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concordia, Entre Ríos, caratulado "L. P., H. O. s/ Homicidio doblemente calificado por el vínculo y alevosía" (fs. 113).Cumplimentados los trámites de ley, firme y consentido el llamamiento de autos para sentencia (fs. 113/121), se encuentran los presentes en estado de resolver. Y CONSIDERANDO: Que mediante ley N°27.363 se incorporó en el capítulo 9 del Título VII del código civil y comercial de la Nación, la norma del art. 700 bis, que dispone la privación de modo automático de la Responsabilidad Parental por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de determinados delitos: a) homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género del otro progenitor (femicidio); b) lesiones previstas en el art. 91 del Código Penal contra el otro progenitor o contra el hijo o hija respecto de quien procede la privación; y c) delitos contra la integridad sexual previstos en el art. 119 del CP contra el hijo o hija de que se trata. La norma así incorporada resulta coherente con el compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir los convenios internacionales que tienen por objeto erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, como es el caso de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como "Convención de

Belem do Para”, que dispone la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7). Asimismo, desde esta visión legislativa con perspectiva de género, se pretende tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de protegerlos de la violencia que, directa o indirectamente, padecen o han padecido. En efecto, como sostiene Silvia Fernandez, “la violencia importa siempre el ejercicio de cuotas desiguales de poder, pero en el caso de la violencia de género presenta un matiz diferenciado, dado por el contexto de género, que contiene y perpetúa relaciones históricas y performativas de dominación y poder [.] A su turno, estos enfoques toman en particular consideración con el objeto de su visibilización a las llamadas “víctimas colaterales”: hijos e hijas que quedaron sin sus madres como consecuencia del femicidio consumado [.] Estas víctimas invisibilizadas resultan doblemente castigadas: en primer término pierden a sus madres a manos de la acción violenta; en segundo lugar son obligadas a permanecer bajo el cuidado -ejercicio de la responsabilidad parental- del autor del femicidio de su madre [.] La vivencia del asesinato de la propia madre a manos del padre constituye un trauma severo. La situación se vuelve desoladora no sólo porque pierden a su madre sino también a su padre, quien estará ausente, por encontrarse prófugo, suicidado o preso. Es indispensable que el padre que asesinó a su madre quede privado de cualquier decisión y contacto respecto de ellas y ellos” [Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363, en LL, 2017-D , 1015]. En palabras de Ursula Basset, “Esta posición empática y perceptiva respecto de la posición del niño encuentra apoyo en numerosa jurisprudencia de la Corte IDH, en la que la Corte

amplifica la noción de víctima o damnificado indirecto de un ataque a los derechos humanos a un amplio número de familiares de la víctima directa. La Corte entiende que, dado que la identidad es concebida como un fenómeno relacional y familiar, la afectación de un miembro de la familia invariablemente afecta a los demás integrantes [...] tiene que ver con la transversalización de la aplicación del criterio del interés superior del niño. Las relaciones entre adultos y lo que ellos hagan de sus vidas comprometen el espectro de derechos de los niños. Finalmente, la relación de los padres entre sí es la base sobre la cual se apoya el desarrollo integral de la personalidad del niño” [La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial; DFyP 2017 (agosto), 25]. De allí la extrema imposición y en forma automática ante la condena penal por delitos de grave violencia entre progenitores que describe la norma legal. En los presentes se ha acreditado vínculo conforme la copia certificadas de partida de nacimiento a fs. 1 de autos conexos “I. G. A. s/ GUARDA” EXP. N°2905/2012, Y verificado el supuesto previsto en el inciso a) del art. 700 bis del código civil y comercial, ante la acreditación de la existencia de condena penal firme del progenitor del niño, H. O. L. P., por el delito de homicidio calificado por el vínculo, al haber ocasionado como autor, la muerte de su cónyuge, progenitora de F. L.I., por lo que corresponde sin más, atento lo dispuesto por la norma legal, declarar la privación de la responsabilidad del nombrado progenitor respecto de su hijo. Conforme Basset, corresponde que el juez penal comunique al juez civil que prevenga, si hubiera alguna causa abierta respecto de las partes. Caso contrario, debe oficiar al Registro Civil y de Capacidad de las Personas a los efectos de inscribir la privación de la responsabilidad parental. En autos no consta que tal comunicación haya sido remitida. A mayor abundamiento, los presentes se iniciaron bajo el imperio de la normativa anterior a la referida reforma legal, por lo que se fundó en las causales especificadas en el art. 700 CCC, imprimiéndose el trámite procesal conforme la pretensión esgrimida otrora. Antes bien,

con la vigencia de la nueva normativa que dispone de modo automático la privación de responsabilidad parental por condena penal firme como autor del delito de homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1º CP, art. 700 bis inc. a) CCC), comprobada la existencia de tal condena firme en autos, corresponde sin más declarar la privación de responsabilidad parental solicitada. Por consiguiente, con fundamento en lo dispuesto por la norma civil invocada, la base fáctica comprobada, y art. 67 LOPJ; RESUELVO: 1. Hacer lugar a la demanda, y en consecuencia privar de la Responsabilidad Parental a H. O. L. I. D.N.I. N°xxx respecto de su hijo menor de edad F. L. I. D.N.I. N° xxx, en los términos de los artículos 703 y 704 del código civil y comercial de la Nación. 2.- Oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas respectivo, a efectos de proceder a la inscripción de lo aquí ordenado. 3.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto la profesional acompañe constancia de inscripción ante la AFIP debidamente actualizada. Insértese y hágase saber. Dra. M. SILVIA ZAMANILLO (Secretaria). Dra. ANDREA MARIEL BRUNETTI (Jueza).

CASO 2

LA SANCIÓN POR DAÑO PUNITIVO NO PROCEDE SI EL ACTOR ESGRIMÍA LA CUENTA BANCARIA PARA SEGUIR CON EL FUNCIONAMIENTO DE SU EMPRESA.

Descripción del caso (2):

La sanción por daño punitivo no procede si el actor esgrimía la cuenta bancaria para seguir con el funcionamiento de su empresa, por lo cual el vínculo jurídico establecido entre las partes no es una relación de consumo.

Sumario:

1.- Que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal,

que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales.

2.- La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado, surte todos sus efectos, quienquiera que lo haya suministrado.

3.- La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quién no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito

4.- Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración. Esto es: i) que la demandada pueda ser considerada "proveedora"; y b) que el actor, de su lado, se trate de un "consumidor" o "usuario". Sobre el primer extremo, no caben dudas que en líneas generales, toda entidad bancaria se coloca en el rol de proveedor en relación con sus clientes, más allá que sus productos sean adquiridos por "consumidores" o por sujetos que no ostenten esta última calidad (es decir, "no consumidores"). A su vez, respecto del segundo requisito, la respuesta se halla mencionada expresamente en el art. 1º de la ley 24.240 (texto según ley 26.361).

5.- Así, será considerado consumidor cuando "adquiera o utilice bienes o servicios como destinatario final". La noción de "consumidor final", excede luego de la reforma propiciada por la ley 26.361, el plano del elemento subjetivo. En efecto, los criterios que han informado las definiciones de consumidor final se han ordenado entre subjetivos (ratio personae) y objetivos (ratio materiae), de conformidad a si atendían a elementos que denotaban características del sujeto a ser nominado como consumidor -en el primer caso-, o si se rescataban datos de la operación económica, donde se los agrupaba entre los elementos objetivos de la definición.

6.-El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida- con el área de actividad del pretendido consumidor. De este modo, si el bien o servicio adquirido está fuera de dicha área de actividad, debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de 'destinatario final'.

7.- En definitiva, el "consumo final" alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, podemos decir que todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales estarían alcanzadas por la normativa tutelar .

8.- De allí que, a la luz de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la ley 24.240 y sus modificatorias, el vínculo jurídico habido entre los justiciables no puede ser confundido con una relación de consumo, ni al actor como un consumidor final en los términos de la norma. Ergo, en tanto resulta inaplicable el régimen tuitivo de defensa del consumidor, la multa impuesta en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, debe ser rechazada.

9.- Con carácter previo a analizar si las faltas cometidas por la defendida pueden ser merecedoras de la multa impuesta, corresponde determinar si en la especie resulta aplicable el régimen tuitivo concedido a favor de los consumidores. Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.
Sala/Juzgado: B. 11-dic-2017. D' Eramo Fabián Norberto c/
Banco Santander Río S.A. s/ ordinario**

En Buenos Aires, a los 11 días del mes de Diciembre del año 2017, reunidas las Señoras Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdo, fueron traídos para conocer los autos caratulados: " D ERAMO FABIÁN NORBERTO contra BANCO SANTANDER RÍO S.A. sobre ORDINARIO" (EXPTE. N° 29661/2015) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctoras Matilde E. Ballerini, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La Señora Juez de Cámara Dra. Matilde E. Ballerini dijo: I. El Sr. Fabián Norberto D'eraimo promovió demanda contra el Banco Santander Río S.A. solicitando se lo condene al pago de cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y tres centavos (\$53.465,43) con más sus intereses por los daños y perjuicios que alegó haber padecido como consecuencia del cierre de una cuenta bancaria que poseía en la entidad accionada. Asimismo, solicitó la imposición de una multa en concepto de daño punitivo. La sentencia de fs. 288/298 -a cuyos resultandos me remito a fin de evitar innecesarias repeticiones- admitió parcialmente la demanda y condenó al Banco Santander Río S.A. a abonarle al actor la suma de noventa y seis mil trescientos treinta y cinco pesos con treinta y dos centavos (\$96.335,32) con más intereses y costas. Para así resolver el Sr. Juez de Primera Instancia juzgó que, en la medida que el banco accionado no logró demostrar la causal oportunamente invocada para justificar el cierre de la cuenta bancaria de titularidad del Sr. D'eraimo, debía responder por los perjuicios que le ocasionara En punto al importe reclamado por un supuesto débito que habría efectuado la defendida, desestimó la pretensión por no haber impugnado en tiempo propio el resumen bancario correspondiente. En cambio, en virtud de lo informado por la experta contable y las declaraciones testimoniales rendidas, admitió la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante y estableció prudencialmente su importe en la suma de \$26.335,32 con más sus intereses calculados desde la fecha de

celebración de la mediación previa obligatoria y hasta su efectivo pago. También reconoció la suma de \$20.000 (a la fecha de la sentencia) en concepto de daño moral, por considerar que las molestias ocasionadas al accionante como consecuencia del injustificado cierre de su cuenta bancaria resultaban aptas para ocasionarle padecimientos y angustias que debían ser resarcidas. Por último, juzgó que la conducta desplegada por la defendida, al momento de disponer el cierre de la cuenta así como durante el trámite de este proceso, ameritaban la imposición de una multa en concepto de daño punitivo, fijando la misma en la suma de \$50.000 al día del dictado de la sentencia. II. Contra dicho pronunciamiento se alzaron ambas partes. El banco demandado expresó agravios a fs. 314/319, siendo contestados por su contraparte a fs. 321/322. Sus críticas transitan, en sustancia, por los siguientes carriles: a) que el anterior sentenciante hubiera considerado que resultó injustificado el cierre de la cuenta del accionante; b) la fecha en que entendió que se procedió al mismo; y c) las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral, lucro cesante y la multa por daño punitivo. En la medida que el actor no fundó su recurso, a fs. 324 fue declarado desierto. III. En forma previa al análisis de su primera queja, conviene resaltar que los justiciables no han controvertido que el Sr. D'èramo era titular de una cuenta única en la entidad demandada y que ésta fue cerrada por decisión de aquélla. A fin de justificar su proceder, el Banco Santander Río S.A. argumentó (y reitera en su expresión de agravios) que oportunamente intimó al accionante a que acompañara cierta documentación para respaldar las operaciones que se registraban en su cuenta. Relató que, en la medida que el cliente nunca cumplió dicho requerimiento, no le quedó otra opción que proceder en la forma en que lo hiciera. Entiendo que el agravio no debe prosperar. Es que, más allá del indudable esfuerzo dialéctico del apelante, no puede obviarse que -tal como indicó el Sr. Juez a quo-, el banco accionado no acreditó la autenticidad de la carta documento por medio de la cual habría solicitado la documentación mencionada bajo apercibimiento de proceder al cierre de la cuenta (ver

copia a fs. 153). Véase que, ante el expreso desconocimiento por parte del actor de dicha misiva, la defendida debió ofrecer la correspondiente prueba informativa al correo para corroborar la veracidad de la misma y su efectiva notificación. Lo expuesto me induce a recordar que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado, surte todos sus efectos, quienquiera que lo haya suministrado (conf. Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", T. I, pág. 426, Buenos Aires, 1970; Sentis Melendo, Santiago, "Teoría y práctica del proceso" T. III, pág. 200, Buenos Aires, 1956). La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quién no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 242, Buenos Aires, 1958; en igual sentido, CNCom. Sala A, en autos "Giudice, Carlos c/ Astilleros Corrientes S.A." del 25/04/1995). Carga de la que no pudo desatenderse la accionada, ya que en el moderno Derecho procesal se acabaron las reglas absolutas en la materia, por el contrario, predomina el principio de las "cargas probatorias dinámicas", según la cual, se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; no hay preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución justa según la circunstancia del caso concreto (Peyrano Jorge, Chiappini Julio, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", Ed. 107-1005; Peyrano Jorge, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas" La Ley, 1991-B, 1034). Por ello, no habiéndose demostrado la autenticidad de

la carta documento en la cual la defendida habría requerido al actor la presentación de cierta documentación, forzoso es concluir que el cierre de la cuenta bancaria como consecuencia del incumplimiento de aquel supuesto requerimiento resultó injustificado. En consecuencia, se rechaza el agravio. IV. A continuación, la apelante criticó que el anterior sentenciante concluyera que el cierre de la cuenta operó a principios del mes de marzo del 2015 y no el 23/04/2015 como sostuvo su parte al contestar la demanda. Cuestionó que se hubiera dado mayor eficacia probatoria a los testimonios ofrecidos por el actor por sobre lo informado por la experta contable en su informe pericial. No comparto lo expuesto por la recurrente. En primer lugar, cabe señalar que el Sr. Juez a quo no "desprestigió" la tarea de la perito contadora designada en autos. Por el contrario, luego de repasar las diversas pruebas aportadas en autos, concluyó que el banco demandado únicamente habría suministrado cierta información que surgía de su propio sistema informático para procurar demostrar la fecha exacta en que se procedió al cierre de la cuenta de titularidad del acto. Por ello, comparto lo expuesto en el pronunciamiento recurrido respecto a que, en todo caso, la apelante debió procurar aportar mayores elementos probatorios que dieran sustento a su postura. En este sentido, estaba a su alcance ofrecer la producción de una pericia sobre sus sistemas informáticos que permitiera acreditar la veracidad de los datos que emanaban de ellos y que fueran suministrados a la experta contable. Máxime que, en oposición, la actora ofreció diversos testimonios que dieron cuenta de los problemas que detectaron en la cuenta del actor desde marzo de 2015, así como también produjo prueba informativa que resultó coincidente con lo expuesto por dichos testigos (ver fs. 225/225vta, 227vta, 228, 230, 231, 232/232vta, 234vta, 237/237vta, y 238vta). En consecuencia, se rechaza el agravio. Por último, procederé al estudio de las críticas referidas tendientes a cuestionar las indemnizaciones otorgadas) Respecto al lucro cesante, la apelante se agravió porque el Magistrado de la anterior instancia, pese a señalar que no se habría acreditado la existencia de ganancias frustradas,

igualmente admitió la indemnización. Valorada la prueba a la luz del principio de la sana crítica que informa el art. 386 C Pr, juzgo que no asiste razón a la demandada. La pérdida de clientes como consecuencia de los contratiempos padecidos por el cierre de la cuenta bancaria con que operaba el actor fueron satisfactoriamente acreditados con los diversos testimonios brindados en autos (ver fs. 227/227vta, 232/233), así como con la prueba informativa dirigida a las empresas -que otrora contrataran los servicios del Sr. D'eramo (ver fs. 228, fs. 229, fs. 230 y fs. 231) y la pericia contable (ver respuesta al punto h) del actor a fs.259vta).Y si bien es correcto que, a partir de lo informado por la experta contable en su informe pericial (ver respuesta punto e) del cuestionario del actor a fs. 259/259vta), no es posible determinar con precisión cuál era la ganancia neta que obtenía el accionante, el ordenamiento procesal autoriza al Magistrado para que dentro de los parámetros de prudente discrecionalidad que deben orientar la labor judicial en estos casos y siguiendo la pauta rectora del C Pr: 165, pueda suplir dicha omisión. Por todo ello y siendo que no se han expresado críticas concretas con respecto a los parámetros utilizados por el Sr. Juez a quo para fijar la indemnización en cuestión, corresponde desestimar el agravio. ii) En punto al daño moral, la demandada insistió con su rechazo. Adujo que el anterior sentenciante habría presumido su configuración y que no se produjo prueba que permita acreditar su existencia o cuantificarlo. A diferencia de lo sostenido por la apelante, entiendo que en la anterior instancia no se presumió la configuración del daño. Por el contrario, como se expresó en el pronunciamiento recurrido, a partir de los contratiempos y molestias que debió soportar el accionante (cheques rechazados, pérdida de clientes, etc), se juzgó acreditado el daño en cuestión (ver especialmente fs. 296).Consecuentemente, en tanto el monto prudencialmente concedido resulta, a criterio de esta Vocal preopinante, adecuado para resarcir el perjuicio padecido, se rechaza el agravio. iii) Resta ingresar en la crítica referida la multa fijada en concepto de daño punitivo. Entiendo que, con carácter previo a analizar si las faltas cometidas por

la defendida pueden ser merecedoras de la multa impuesta, corresponde determinar si en la especie resulta aplicable el régimen tuitivo concedido a favor de los consumidores. Sabido es que para corroborar que el vínculo jurídico habido entre los justiciables pueda ser calificado como una "relación de consumo" deben estar presentes los dos extremos requeridos para su configuración. Esto es: i) que la demandada pueda ser considerada "proveedora"; y b) que el actor, de su lado, se trate de un "consumidor" o "usuario". Sobre el primer extremo, no caben dudas que en líneas generales, toda entidad bancaria se coloca en el rol de proveedor en relación con sus clientes, más allá que sus productos sean adquiridos por "consumidores" o por sujetos que no ostenten esta última calidad (es decir, "no consumidores"). A su vez, respecto del segundo requisito, la respuesta se halla mencionada expresamente en el art. 1º de la ley 24.240 (texto según ley 26.361). Así, será considerado consumidor cuando "adquiera o utilice bienes o servicios como destinatario final". La noción de "consumidor final", excede luego de la reforma propiciada por la ley 26.361, el plano del elemento subjetivo. En efecto, los criterios que han informado las definiciones de consumidor final se han ordenado entre subjetivos (ratio personae) y objetivos (ratio materiae), de conformidad a si atendían a elementos que denotaban características del sujeto a ser nominado como consumidor -en el primer caso-, o si se rescataban datos de la operación económica, donde se los agrupaba entre los elementos objetivos de la definición. Y ello así con motivo de dos órdenes de razones; por un lado las distinciones subjetivas se fueron desvaneciendo de las normas y, por otro, las que permanecieron se interpretan no ya de manera subjetiva, sino objetivamente. El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida- con el área de actividad del pretendido consumidor. De este modo, si el bien

o servicio adquirido está fuera de dicha área de actividad, debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de "destinatario final". En definitiva, el "consumo final" alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, podemos decir que todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales estarían alcanzadas por la normativa tutelar (ver Picasso - Vázquez Ferreira "Ley de defensa del consumidor - comentada y anotada" T. I, págs. 28 y ss, ed. La Ley, Bs. As., 2009). Bajo tales premisas, resulta determinante el hecho que el accionante reconoció expresamente que la cuenta bancaria era utilizada para llevar adelante su giro empresario (incluso solicitó una indemnización en concepto de lucro cesante como consecuencia de su cierre - ver fs. 133vta). De allí que, a la luz de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la ley 24.240 y sus modificatorias, el vínculo jurídico habido entre los justiciables no puede ser confundido con una relación de consumo, ni al actor como un consumidor final en los términos de la norma. Ergo, en tanto resulta inaplicable el régimen tuitivo de defensa del consumidor, la multa impuesta en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, debe ser rechazada. Con tal alcance, se admite el agravio. VI. En atención al modo en que se decide, las costas de esta Instancia se imponen en el orden causado. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo: 1) acoger parcialmente el recurso interpuesto a fs. 301 y, en consecuencia, confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada a fs. 288/298, modificándola exclusivamente respecto de la multa impuesta en concepto de daño punitivo, la cual se rechaza; y 2) distribuir las costas de esta instancia en el orden causado. Así voto Por análogas razones, las Dras. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi adhieren a las conclusiones del voto que antecede. Con lo que se terminó este Acuerdo que firmaron las señoras Jueces de Cámara. Es

copia fiel del original que corre a fs. 1566/73 del Libro de Acuerdos Comercial Sala B. RUTH OVADIA SECRETARIA Buenos Aires, Diciembre 11 de 2017. Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que precede, se resuelve: 1) acoger parcialmente el recurso interpuesto a fs. 301 y, en consecuencia, confirmar en lo principal que decide la sentencia dictada a fs. 288/298, modificándola exclusivamente respecto de la multa impuesta en concepto de daño punitivo, la cual se rechaza; y 2) distribuir las costas de esta instancia en el orden causado. Regístrese y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN. MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDEROANA I. PIAGGI. MATILDE E. BALLERINI

NOVEDADES LEGISLATIVAS

LEYES NACIONALES

Cesión jurisdicción ambiental efectuada por la provincia de Córdoba a favor del Estado nacional sobre las tierras ubicadas en Pedanía Guasapampa. Creación del Parque Nacional Traslasierra

LEY 27.435. 21/3/2018. Vigente, de alcance general

LEYES PROVINCIALES

LA RIOJA:

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 14 dispuso la creación de un Fuero Especial, en el ámbito de la Función Judicial, de Protección Integral a los menores y contra la violencia de género.

OTRAS PROVINCIAS:

LEY 7.255. Santiago del Estero 10/4/2018. Vigente, de alcance general. Poder Judicial. Juzgado de Género

LEY 7.253. Santiago del Estero 27/3/2018. Vigente, de alcance general Reconocimiento público post mortem a Veteranos de Guerra de Malvinas

LEY 5.952. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 22/3/2018. Vigente, de alcance general

Ejercicio del amparo y/o derechos colectivos. Resoluciones recurribles

LEY 5.270. Río Negro 22/3/2018. Vigente, de alcance general

Poder ejecutivo provincial: creación del portal web de publicación y búsqueda de ofertas de formación y capacitación, denominado "agenda fueguina de capacitación y formación".

LEY 9.058. Mendoza 21/3/2018. Vigente, de alcance general
Domicilio fiscal electrónico. Sistema de notificaciones. Modificación del Código Fiscal de la Provincia

LEY 7.251. Santiago del Estero 20/3/2018. Vigente, de alcance general
Régimen penal de estupefacientes. Adhesión de la provincia al art. 34 de la Ley 23.737

LEY 7.252. Santiago del Estero 20/3/2018. Vigente, de alcance general
Creación del Programa de Fomento a la Generación de Empleo

LEY 9.056. Mendoza 15/3/2018. Vigente, de alcance general
Código Procesal Penal de Tucumán. Prisión preventiva

LEY 1.726. San Juan 14/3/2018. Vigente, de alcance general
Nuevo Sistema de Denuncias en Escuelas

LEY 9.054. Mendoza 13/3/2018. Vigente, de alcance general
Crean en la Provincia de Mendoza la Unidad de Prevención del Cáncer Hereditario

LEY 13.750. Santa Fe 1/3/2018. Vigente, de alcance general
Régimen de Conservación de Áreas Naturales

LEY 10.564. Entre Ríos 27/2/2018. Vigente, de alcance general
Régimen Federal de responsabilidad fiscal y buenas prácticas de gobierno

LEY 6.063. Jujuy 22/2/2018. Vigente, de alcance general
Aprobación del consenso fiscal suscripto por la provincia y el gobierno Nacional el día 16 de noviembre de 2017 consagrado por la Ley Nacional 27.429

LEY 13.748. Santa Fe 8/2/2018. Vigente, de alcance general
Adhesión a la ley nacional 27.428 de Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal

LEY 6.434. Corrientes 8/2/2018. Vigente, de alcance general
Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal y Buenas Prácticas de Gobierno

LEY 1723-M. San Juan 7/2/2018. Vigente, de alcance general

La presente ley tiene por objeto fomentar la actividad Minera en la provincia, su expansión nacional e internacional y la generación de capital emprendedor.

LEY 1722-M. San Juan 7/2/2018. Vigente, de alcance general

La presente ley tiene por objeto el fortalecimiento económico y productivo de la provincia, a través del aprovechamiento racional de los inmuebles rurales pertenecientes al dominio privado del estado provincial.

LEY 1725 - J. San Juan 7/2/2018. Vigente, de alcance general

Aprobación del consenso fiscal suscripto el 16 de Noviembre de 2017 por el Sr. Pte. de la Nación Argentina y los gobernadores de las provincias.

LEY 15.021. Buenos Aires 29/1/2018. Vigente, de alcance general

Modificación del Código Procesal Penal de la provincia

LEY 15.004. Buenos Aires 16/1/2018. Vigente, de alcance general

Creación de la nueva Policía Judicial Modificación Código Fiscal

LEY 15.007. Buenos Aires 10/1/2018. Vigente, de alcance general

Modifica los artículos 259 y 362 de la Ley 11922, Código Procesal Penal.

LEY 15.006. Buenos Aires 10/1/2018. Vigente, de alcance general

Prórroga de la ley de emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud

LEY 14.990. Buenos Aires 9/1/2018. Vigente, de alcance general

Creación del Sistema Estadístico Provincial (SEP)

LEY 14.998. Buenos Aires 9/1/2018. Vigente, de alcance general

Regulación del Sistema de Declaraciones Juradas Patrimoniales de los Funcionarios y Agentes del Sector Público de la Provincia

LEY 15.000. Buenos Aires 9/1/2018. Vigente, de alcance general

Modifica el Dec.-Ley 9650/80, Régimen Previsional de la Provincia

LEY 14.999. Buenos Aires 9/1/2018. Vigente, de alcance general

Régimen Tributario de las Comunas Rurales

LEY N° I 617. Chubut 9/1/2018. Vigente, de alcance general

Ley de Emergencia Económica.