

FUNDACIÓN
CIJUSO

{ REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales }

Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

DERECHO CIVIL

El derecho sobre el cuerpo humano
Por Fernando Shina

DERECHO PENAL

Narcotráfico, derecho y políticas públicas
Por Luis Cavalli

PSICOLOGÍA PARA ABOGADOS

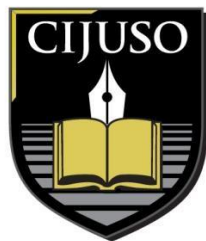
Los colegas: La relación cotidiana necesaria con ellos, ¿es placentera?
Por Sonia Cesio

DERECHO DE FAMILIA

La valoración de la conducta del cónyuge en la disolución del matrimonio: indemnización por daños y compensaciones económicas
Por Leandro Martín Merlo y Jorge Oscar Rossi

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Responsabilidad del acreedor en el endeudamiento de consumidores, principio de buena fe y deber de prevención en el Código Civil y Comercial
Por Jorge Oscar Rossi



FUNDACIÓN CIJUSO

CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Instituto de Capacitación del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires



Desde 1992 capacitando a abogados y estudiantes de Derecho



Certificados avalados por el COLPROBA y la Fundación CIJUSO

Cursos presenciales

Solicitados por los Colegios de Abogados

Cursos a distancia

A través de nuestra plataforma www.cijuso-online.org.ar

Convenios

Coorganización de jornadas y congresos

Formación para personal de los Colegios de abogados

Formación básica de mediadores

Capacitación continua para mediadores

E-books

Carreras

SECCIONES Y NOVEDADES

Facebook



Fundación-Cijuso

CijusoMED AREA DE PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos

CURSOS A DISTANCIA EN AULA VIRTUAL



www.cijuso-online.org.ar

NOVEDADES



www.blogcijuso.org.ar

Twitter



@FundacionCijuso

Libros Cijuso



www.libroscijuso.org.ar

Youtube



Cijusotv

Google+



[cijusoonline](https://plus.google.com/cijusoonline)

CONTACTO

+5411 4899 1656

info@cijuso.org.ar | www.cijuso.org.ar

Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Jorge Oscar Rossi

Diseño de tapa: María Fernanda Garzón Zambrano

www.cijuso.org.ar

www.libroscijuso.org.ar

Año II - Nº 7 – Mayo de 2016

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

Fundación CiJuSo

Villanueva 908, CP 1426, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: (54-11) 4899 -1856 / 4899-1657 Fax: 4899-1656

info@cijuso.org.ar

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Gerardo Rafael SALAS (Bahía Blanca)

Secretario: Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

Tesorero: Dr. Eduardo Gabriel SREIDER (Moreno-Gral. Rodríguez)

Prosecretario: Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

Protesorero: Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

Vocales: Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Dr. Mateo LABORDE (Mercedes)

Director Académico

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

Secretario de Investigación

Dr. Justino Mario BERTOTTO

Director de Capacitación a Distancia y Publicaciones

Dr. Jorge Oscar ROSSI

Índice

Derecho Civil

El derecho sobre el cuerpo humano

Por Fernando Shina

Pág. 7

Derecho Penal

Narcotráfico, derecho y políticas públicas

Por Luis Cavalli

Pág. 11

Derecho de Familia

La valoración de la conducta del cónyuge en la disolución del matrimonio: indemnización por daños y compensaciones económicas

Por Leandro Martín Merlo y Jorge Oscar Rossi

Pág. 26

Psicología para Abogados

Los colegas: La relación cotidiana necesaria con ellos, ¿es placentera?

Por Sonia Cesio

Pág. 35

Derecho del Consumidor

Responsabilidad del acreedor en el endeudamiento de consumidores, principio de buena fe y deber de prevención en el Código Civil y Comercial

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 41

Derecho Civil

El derecho sobre el cuerpo humano

Por Fernando Shina¹

1) Introducción.

No es discutible que el cuerpo humano, considerado en su integridad o en sus partes renovables y separables (el pelo o la sangre, por ejemplo) no es una cosa. El cuerpo y sus partes no tienen valor económico ni son objetos de libre disposición por sus titulares. Sin embargo, luego de separadas del cuerpo, algunas partes (órganos, cabello, sangre), pueden ser objeto de relaciones jurídicas (por ejemplo donaciones). Esto significa que las partes renovables del cuerpo pueden ser el objeto de determinados actos jurídicos. (La donación de sangre, por ejemplo)

2) Aspectos relevantes del llamado derecho sobre el cuerpo humano: el art. 17CCyC.

El nuevo artículo 17 CCyC² incorpora en el Libro Preliminar este delicado tema que, inevitablemente, nos lleva a transitar sinuosas fronteras que separan la libertad individual, la ética, los derechos personalísimos de la explotación despersonalizada e impiadosa que puede hacerse del cuerpo humano.

La norma establece que el cuerpo humano no es una cosa susceptible de valor comercial. Pero, sin embargo, el cuerpo humano sí tiene un valor *afectivo, terapéutico, científico*. Esto significa que algunas partes separables del cuerpo son, en algún sentido, bienes disponibles por sus titulares. Sin perjuicio de lo dicho, esa autodeterminación del propio cuerpo no es una actividad liberada a la autonomía de la voluntad de los sujetos. Por el contrario, la incumbencia del Estado se manifiesta a través de leyes como la Ley de sangre (Ley 22.990), la ley de protección de datos personales (Ley 25.326); la ley de derechos del paciente (Ley 26.529 modificado por la ley 26.742); ley de trasplantes de órganos (L. 24.193);

¹ Docente de la Fundación Cijuso. Profesor de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho del Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor invitado de la Maestría en derecho de la Empresa y de los Negocios en la Universidad de la Sabana, Bogotá. Colombia. Profesor Titular. Curso de Posgrado. Defensa del consumidor. Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado et al, "Daños al consumidor. Análisis de la ley 1480 de Colombia, agosto de 2014 Editorial Astrea – La Sabana. (ISBN 978-958-58404-1-6)". "Daños al consumidor ", de Editorial Astrea, año 2014, " La Responsabilidad Objetiva : El artículo 1113 del Código Civil". Ediciones Jurídicas de Cuyo. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema.

² **Artículo 17° CCyC. Derechos sobre el cuerpo humano.** *Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.*

ley de identidad de género sexual (Ley 26.753); Ley de protección integral de los niños (Ley 26.061), entre otras leyes.

3) Los menores y el derecho y los derechos sobre el cuerpo propio: el art. 26 CCyC.³

Me atrevo a pronosticar que pocas normas, de las casi 3 mil que contiene el nuevo Código Civil y Comercial, van a traer tanta polémica como el artículo 26. El revuelo, creo, está justificado porque no son muchos los nuevos textos que resulten tan incongruentes con la marcha de nuestra sociedad. El legislador, en el caso del artículo que examinamos, parece haber olvidado una noción básica en todo proceso de creación legislativa: los textos legales son para utilidad de la sociedad antes que para regocijo de sus creadores.

El art. 26 del CCyC, establece las siguientes categorías subjetivas: a) Los menores de edad, en donde se agrupan a todas personas menores de 18 años; b) Los adolescentes de 13 años; c) Los adolescentes de 16 años.

Lo problemático es que con relación a la capacidad de ejercer los derechos sobre el propio cuerpo, el Código ha creado un sujeto que sin ser mayor de edad tiene plena capacidad jurídica frente a determinados actos jurídicos. Se trata de eventos realmente trascendentales para la vida de un sujeto.

El art. 26 CCyC colisiona con muchas disposiciones contenidas en diversas leyes especiales; a saber: ley 23.849; 24.193; ley 26.061; 26.743. En igual sentido, y por los mismos motivos, el art. 26 CCyC entra en colisión con la Convención internacional sobre los Derechos del Niño, tratado que fuera expresamente incluido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. La mayoría de esas normas establecen que la capacidad plena del sujeto no se alcanza sino a los 18 años: hasta esa edad el sujeto no adquiera capacidad jurídica plena.

4) La prelación normativa luego de la reforma constitucional del año 1994: el art. 75 CN.

A partir del año 1994, la Constitución Nacional les concede jerarquía constitucional a los tratados internacionales, fundamentalmente (pero no de manera excluyente) a los que esa misma norma enuncia en el segundo párrafo. Esa reforma modifica todo el sistema de prelación normativo que antes existía. Esto determina que cuando la colisión se da entre un tratado Internacional y una ley ordinaria federal la cuestión se resuelve en favor de la convención internacional (conf. art. 75 inc. 22 Const. Nac).

³ **Artículo 26 CCyC. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.** La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

5) La prelación normativa en el Código Civil y Comercial: el art. 963⁴ Este artículo contiene algunas importantes novedades que vale la pena comentar.

a) Leyes especiales vs. Leyes generales. Cuando el enfrentamiento normativo se da entre leyes -generales y leyes especiales prevalece la norma indisponible sobre la cláusula contractual contrato. Conforme lo establece el inc. c del art. 963, cuando colisionan disposiciones que responden a la categoría de 'supletorias, prevalece la ley especial sobre la ley general.

b) Nomas indisponibles. Cuando se trata de disposiciones indisponibles no se distingue entre la norma general y especial; ambas normas, conforme lo establece el inciso a) del art. 963, se mantienen en pie de igualdad. Es decir, lo que define la prelación es la condición de la norma; si ella es indisponible prevalece sobre las otras normas que no ostentan esta condición. La norma obligatoria es más fuerte que la norma supletoria. Ese es el eje que sostiene la propuesta del nuevo código

c) El empate irresoluto. Desgraciadamente, o mejor dicho, curiosamente, el artículo destinado a dirimir las pujas normativas nos ofrece la única opción que era completamente inútil: el empate.

El artículo 963 CCyC no resuelve la cuestión más compleja de todas las que rodean el tema de la prelación normativa; a saber: ¿qué norma prevalece cuando concurren dos o más leyes, generales o especiales, si ambas son de carácter indisponible?

Lo único que puede rescatarse de este asombroso empate es que, quizás involuntariamente, el artículo que comentamos aplaza una discusión aún menos útil: determinar, entre dos leyes, cuál es la especial y cual la general o, al menos, cuál es más especial que la otra.

6) La inconstitucionalidad del art. 26 CCyC.

Como corolario de los distintos temas que hemos desarrollado entendemos que el art. 26 es inconstitucional. Veamos:

a) El artículo 26 CCyC les asigna a los menores de 13 y 16 años capacidades jurídicas excepcionales.

b) Esas atribuciones resultan ser distintas a las previstas en varias leyes especiales de nuestro ordenamiento (P.ej. Leyes: 23.839; 24.193; 26.061; 26.743 entre otras; y la Convención sobre los derechos del niño, art. 75, inc. 22 -segundo párrafo - Const. Nac). Esto ocasiona una severa incongruencia dentro del sistema. El artículo en comentario, en algunas de sus disposiciones más importantes, se contrapone con otras del mismo Código y no se adecua a los paradigmas de la Convención sobre los Derechos del Niño, receptado también en la ley 26.061. Las contradicciones podían entenderse en relación con el Código velezano de

⁴ **Artículo 963. Prolación normativa.** Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

1871, pero no deberían repetirse en el nuevo ordenamiento, que se propone una real adecuación a los tratados internacionales sobre derechos humanos.”⁵

c) Todas las leyes especiales establecen que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Esa edad, que actúa como límite divisorio entre la niñez y la adultez, y entre la capacidad plena y la restringida del sujeto, es una materia indisponible. Esto significa que ese límite etario no podría ser descartado por las partes en un acuerdo contractual, ni tampoco renunciado por el sujeto bajo ninguna circunstancia. Recordemos que cuando colisionan disposiciones imperativas, el art. 963 CCyC no establece un orden prioritario sino una igualdad irrelevante para resolver el conflicto.

e) La contradicciones referidas a la edad en que se termina la niñez y la adolescencia (o se adquiere capacidad plena) entre el art. 26 CCyC y el art. 75 inc. 22 de la CN son de tal gravedad que requiere una declaración contundente -y aún de oficio - de inconstitucionalidad

~~

⁵ Código Civil y Comercial T. 1 página 110. Ed. Astrea - 2015.

Derecho Penal

Narcotráfico, derecho y políticas públicas

Por Luis Cavalli¹

Concepto de narcotráfico

El término *narcotráfico* se ha instalado como concepto consensuado. Aunque deficitario e insuficiente para dar continente a las múltiples actividades que intenta abarcar, es la palabra que aparece aceptada por el uso general. La pregunta que surge al abordar esta problemática es: ¿Cuál es el término que define el delito que se halla vinculado con la producción, uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sus actividades asociadas? No lo hay. Cada uno de los vocablos con los cuales se pretende abarcar el delito termina resultando insuficiente, equívoco, impreciso, vago o ambiguo.

Narcotráfico postula una realidad que es más amplia y compleja. Pero la simplificación conceptual de sistemas complejos es una operación que permite el entendimiento entre las personas, lo que hace tolerable cierta imprecisión.

La palabra *narcotráfico* nos convida con un juego de símbolos que deja a cargo del receptor la animación eventual del sistema que pretende representar, con sus ricos y múltiples elementos que se interrelacionan e interactúan. El término no registra todo el sistema pero se infiere de él todo su alcance.

El trato más fácil que consiste en recurrir a la etimología de la palabra no es lo adecuado en esta materia. Investigar la procedencia de la palabra *narcotráfico*, aleja de su actual significado, pues ha sido deformado y enriquecido por el uso común, la retransmisión en los medios masivos de difusión y la consagración en las normas jurídicas nacionales e internacionales.

Así como ha sido posible definir con claridad en un solo término delitos como homicidio, robo, hurto, no lo ha sido en la materia que se trata aquí.

*Narcotráfico*², como se dijo, es el vocablo más usado y el que más se aproxima como comprensivo del delito. El neologismo se construye a partir de vincular la palabra “narcóticos” con “tráfico”. Los “narcóticos” cuyo origen etimológico es “adormecedores”, *stricto sensu* comprenden una gran variedad de drogas, pero no a todas, con lo cual es insuficiente. El “tráfico”³, por otro lado, es un italianismo⁴ que implica la acción de “comerciar”, “negociar”, de lo cual surge la idea que denota movimiento de personas o cosas. El origen del término vinculado con la actividad mercantil lo ha convertido en sinónimo de “comercio”. La idea de

¹Luis Cavalli es Abogado (UBA). Docente de la Universidad Abierta Interamericana, docente de la UBA donde es coordinador de la maestría en Gestión y Planificación del Transporte (FIUBA, FCE y FADU). Docente Fundación CIJUSO. Investigador UAI. Autor de libros de historia y de derecho.

²La Ley 23.737 utiliza la palabra una sola vez y de manera tangencial para hacer referencia a los convenios internacionales.

³La Ley 23.737 reduce lo que comprende la palabra dejando afuera de su contenido a la producción y a la comercialización. Artículo 29 ter.

⁴El Diccionario de la Real Academia Española lo deriva del vocablo italiano *traffico*.

movimiento ha llevado también a ser sinónimo de “tránsito”. El uso actual posee un dejo de connotación negativa, al utilizarse para referenciar el comercio ilícito.⁵ Tráfico, en la materia que se analiza, es, entonces, una palabra deficitaria que deja afuera otras que sí están dentro de las tipificadas como delitos. De allí que resulten inexactas, por no abarcar la totalidad de las acciones delictivas, otras expresiones como “tráfico ilegal de drogas”, “tráfico ilegal de estupefacientes”.

En el ámbito internacional, la Organización de las Naciones Unidas engloba los delitos en “uso indebido y tráfico ilícito de drogas”. La palabra “uso” parece distinto de “tenencia”, ya que se puede tener algo y no usarlo, con lo cual la tenencia de drogas ilícitas no estaría comprendida en el delito, así como no aparenta alcanzar tampoco a la etapa de “producción”.

Narcotráfico es una palabra que en el lenguaje cotidiano es utilizada a veces sin conciencia clara de qué sentido tiene mientras que otras veces se utiliza para representar distintas actividades. Vaguedad y ambigüedad acompañan al término en su uso común. Este deficitario alcance del término provoca algunas incomodidades a la hora de la necesaria precisión que exige el derecho, que no se elude señalar en este trabajo.

Ante la ausencia de otra palabra mejor, se utiliza en este análisis el término *narcotráfico* para representar un sistema. Sistema considerado como un todo, con sus elementos interrelacionados e interactuantes, eludiendo el feudalismo jurídico y las visiones reduccionistas de una problemática surgida de una vasta y compleja realidad vertiginosa y cinética.

Las drogas

El sistema del narcotráfico tiene como núcleo central las drogas. El término *droga* también requiere de una precisión, ya que no todas las drogas están prohibidas. En el derecho internacional, que se replica en el derecho argentino, se ha optado como metodología para resolver la cuestión, la realización de un listado que de manera taxativa enumera cuales son las prohibidas. El listado inicial es el consensuado internacionalmente que forma parte de la Convención Única sobre Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961, adoptada por la legislación argentina a través de la Ley 17.818. La Ley hace referencia a la autoridad sanitaria nacional como autoridad de aplicación. Actualmente es el Ministerio de Salud, aunque puede verse que el organismo que ha agregado a la lista que enumera estupefacientes de esta Ley es la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).⁶

El concepto *droga* tiene en la actualidad una connotación de valoración negativa, en el lenguaje cotidiano de uso común, llegando a confundirse con aquellas que resultan tóxicas. Lo mismo pasa con el lenguaje técnico de los profesionales u organismos especializados. Si bien la Organización de Naciones Unidas utiliza el lenguaje precisando que la lucha es contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, sus campañas de difusión pública terminan reduciendo las palabras a *droga* sin aditamentos. “No a las drogas”, “Por un mundo sin drogas”, “La verdad sobre las drogas”, son slogans que dan comodidad al uso del lenguaje pero le quitan precisión. Nótese que el organismo específico de las Naciones Unidas es la “Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito”. (UNODC)

Las drogas abarcan tanto a aquellas que tienen destino medicinal o científico y aquellas cuyo destino no es medicinal ni científico, que son las que interesan en materia de

⁵ Tráfico de armas, de órganos, de personas, de drogas, de restos fósiles, de animales en extinción.

⁶ Disposición ANMAT N° 8700/2011 publicada en el Boletín Oficial el 12 de enero de 2012.

seguridad pública. El concepto *droga* excede la problemática que se analiza ya que el vocablo contiene una actividad que no interesa a los fines de protección de la seguridad y la salud públicas.

Con el objetivo de uniformar el lenguaje, la Ley 23.737 opta por utilizar una palabra para englobar las drogas que se prohíben, en el término *estupefacientes*. Incorpora al Código Penal esta modificación en el artículo 77: "El término estupefacientes comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional." La modificación es vana e irrelevante. El Código Penal no atiende ningún delito vinculado a los estupefacientes, a tal punto que la palabra se usa dos veces para fijar reglas a los condenados. (Art.13 y 27 bis). La Ley 17.818 del año 1968 ya define el contenido del término. (Art. 1).

Tipo penal y narcotráfico

Desde que Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach incorporó en el Código Penal de Baviera de 1813, el principio de legalidad, *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, este se incluyó en los códigos europeos de la época y se replicó en los latinoamericanos. La Constitución Nacional lo consagra en el Artículo 18. La traducción francesa, realizada por Carlos Vattel de aquel Código, fue la fuente principal utilizada por Tejedor para su Proyecto de Código Penal, sobre el que se edificó el derecho penal argentino⁷. El principio exige al derecho penal cumplir con la *lex certa*, consistente en que la ley penal sea precisa en su lenguaje descriptivo con relación a la construcción del *tipo* en cada artículo y precisa en el lenguaje normativo de las consecuencias que impone cada artículo.

El tipo penal debe poder contener todas las acciones cuya consecuencia sea la vulneración del bien a proteger. Pero la realidad es de una interminable riqueza y el lenguaje no agota ese vertiginoso caudal. Con lo cual la realidad no siempre puede ser prevista en todo su continente y se escapa a las previsiones del legislador, con lo cual el derecho no alcanza sus objetivos. Esto sucede en los delitos penales que conforman el sistema de narcotráfico en la Argentina.

Las primeras dificultades terminológicas surgen ya cuando la dogmática del derecho penal define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable⁸. El *tipo penal* es la descripción de los elementos esenciales que constituyen el delito.⁹ La teoría de la tipicidad es oriunda de Alemania, siendo su cultor Ernest Beiling. *Tatbestand, Typizität, Allgemeiner, Verbrechenstandbestand*, utilizados por el Profesor de la Universidad de Tubinga en su obra "La doctrina de la delincuencia" (Die Lehre vom Verbrechen) fueron traducidas al castellano como *tipicidad*. El traductor y difusor de su doctrina en la Argentina, Sebastián Soler¹⁰, afirma que este precipitado vuelco al castellano no es correcto, ya que el autor no les daba a todas el mismo significado¹¹. A decir de Soler, la palabra alemana correcta es *Tatbestand* que no surge de la dogmática sino de la propia ley alemana, cuyo significado sería "en lo que el hecho

⁷ LEVAGGI, Abelardo. "Historia del derecho Penal Argentino". Editorial Perrot. 1978. Pág 186

⁸ SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Tomo II pag. 162 Editorial La Ley. 1945

⁹ BELING Ernst. "Die Rechtswissenschaft dé Gegenwart in Selbstdarstellungen", Hrsg. Hans Planitz, Band 2, Leipzig 1925. SOLER Sebastián. Derecho Penal. Editorial Perrot.1975

¹⁰ SOLER, Sebastián. Op cit Nota al pie en pag 162

¹¹ De todas maneras Beiling advirtió que el término resultaba confuso aún en Alemania. Ver MEZGER, E. "Tratado de Derecho penal" (trad. de la segunda edición alemana y notas de J. A. Rodríguez Muñoz), 2. ed., 1946, t. I., p. 362;

consiste". (Del alemán: *Tat*, hecho más *bestehen*, consistir)¹². La teoría de la tipicidad, con base nuclear en el *tipo penal* es, pues, una creación de la dogmática alemana consagrada en ley y adoptada por la doctrina argentina más representativa. Desde el momento mismo de la sistematización normativa argentina, fue volcada en nuestro Código Penal, y forma parte del estallido irradiante "leyes especiales" que se le desprenden. Para Soler "es una abstracción, un arquetipo, un esquema que tiene la importancia de reunir en un concepto los elementos esenciales de la figura, es decir, aquellos a los cuales ha de dirigirse la faz objetiva como la subjetiva de la acción"¹³.

El *tipo penal* es, en definitiva, reductible a un esquema, a un frío juego de abstracciones, donde el legislador precisa las acciones u omisiones que son considerados como delito y asigna una pena con el fin de proteger determinados bienes jurídicos. Este proceso lógico no puede ser engalanado y disfrazado por el legislador de manera de recrear un mundo de hechos misteriosos, castigos enigmáticos y de culpas indescifrables.

El Narcotráfico en la normativa penal argentina

La normativa que pretende tipificar los delitos del sistema de narcotráfico en la argentina es asistemática, fragmentada, dispersa, opaca, solapada, conflictual. A la luz de los resultados de su aplicación es ineficiente e ineficaz. Edifica una arquitectura institucional ineficiente, débil, descoordinada y fragmentada en múltiples competencias estatales, tanto a nivel nacional como provincial, con lo cual la presencia del Estado se ve obstaculizada necesariamente en la protección de los bienes jurídicos tutelados.

En el derecho argentino las acciones u omisiones que son consideradas delitos vinculados a las drogas están descriptas en normas distintas y separadas. Con cierto descuido de técnica legislativa se fueron sancionando una serie consecutiva de leyes en el decurso del tiempo con reformas parciales sin orden ni sistematización. Un dato curioso es que las acciones tal vez más importantes del sistema del narcotráfico que constituyen delitos no se encuentran en el Código Penal.

Con una dudosa constitucionalidad por atentar contra el artículo 75 inciso 12, la norma central que tipifica los delitos contenidos en el narcotráfico no se encuentran en el Código Penal sino en la Ley 23.737, denominada en el Digesto Jurídico Argentino como "Ley de Estupefacientes".¹⁴

El Código Penal no es hoy un sistema jurídico lógico donde se tipifican todos los delitos. El código perdió unidad, coherencia y sistematización, que es el objetivo central de la codificación ordenada por la Constitución Nacional. Las leyes sancionadas y que actúan por afuera del Código son de dudosa constitucionalidad. Codificar no es lo mismo que legislar. La distinción nos viene ya del debate entre Savigny y Thibaut¹⁵ sobre la codificación en Alemania,

¹² SOLER, Sebastián. Op cit. Pag 161

¹³ Ibídem.

¹⁴ La referencia a cómo se titula se hace porque el Boletín Oficial la titula "Poder Legislativo". El INFOLEG del Ministerio de Economía del PEN la titula "Código Penal". El INFOJUS, del Ministerio de Justicia la titula "Régimen Penal de Estupefacientes".

¹⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl. "De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia", (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), Heidelberg, 1814. En contra: THIBAUT Anton Friedrich Justus. "Über mueren Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland" 1814.

y la postura contra los códigos que sustentaba Juan Bautista Alberdi¹⁶, cuyo proyecto de Constitución decía “legislar en materia civil, penal...”. Sin embargo los constituyentes sancionaron “dictar los códigos civil, penal...”. Codificar es agrupar de manera orgánica, sistemática y completa todas las normas que se refieren a una misma materia no permitiendo contradicción ni ambigüedad. Ni normas por afuera del Código. Completitud, coherencia y no redundancia son condiciones esenciales de un código.

La dudosa constitucionalidad de la ley 23.737 ha sido justificada por las consecuencias transjurisdiccionales que tienen las acciones delictivas del narcotráfico. Esta argumentación fue explicitada en la Cámara de Diputados de la Nación en la Sesión Ordinaria de septiembre de 1989 y en la Cuarta sesión extraordinaria de la Cámara de la Diputados de la Nación Argentina de marzo de 1989. Asimismo en las sesiones de la Cámara de Senadores del 18 y 19 de setiembre de 1989.

La ley original fue modificada en el año 1995 por la Ley 24.424 y posteriormente por la Ley Nº 26.052, publicada en agosto de 2005. Para agregar más confusión al desorden general, el Congreso Nacional sancionó esta norma, de materia penal, como una ley de adhesión, complejizando el sistema competencial entre fueros judiciales y entre la Nación y las provincias. De esta manera la acción de las policías nacionales con competencias concurrentes en la materia (Policía Federal, Aeroportuaria, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval) se agregaron las policías provinciales. La ley no solo lo tornó confusa la aplicación de estas reglas, dando lugar a dilaciones con los planteos de incompetencia que realizan aquellos que se ocupan de diluir las causas judiciales en los laberintos procesales, sino que generó una asimetría de aplicación, porque solo tres provincias adhirieron. Su artículo 2 establece que: “Los delitos previstos y penados por esta ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia...”

Las modificaciones más importantes condicionaron la competencia material y territorial para ciertas figuras, fijando pautas para el destino de las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados.

Tres provincias adhirieron a la ley 26.052: la Provincia de Buenos Aires, mediante la ley 13.392, vigente desde el 2/12/2005; la Provincia de Córdoba, mediante la ley 10.067, en vigencia desde el 1/12/2012; y la Provincia de Salta, mediante Ley Nº7.782, vigente desde el 1º de enero de 2014.

Los magros (Tal vez cabría decir malos) resultados de la norma fueron explicitados en un estudio realizado por el Ministerio Público Fiscal. En el año 2014 la Procuración General de la Nación publicó un estudio sobre la Ley 26.062, titulado “Ley de desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes. Estudio preliminar sobre su implementación”¹⁷. Allí se concluye que “La reducción del conjunto de problemáticas asociadas a los estupefacientes –necesariamente diferenciables por sus orígenes, configuraciones e impacto social- a definiciones sectorizadas, ancladas en una visión anacrónica de la seguridad, desarticuladas del resto de las agencias estatales y de la sociedad civil, han derivado en propuestas que han fracasado sistemáticamente en el intento de reducir

¹⁶ ALBERDI Juan Bautista. “Bases y Puntos de Partida para la organización política de la república Argentina” Pág 35 .Talleres Gráficos Argentinos. Edición prologada por Francisco Cruz. 1933

¹⁷ LEY DE DESFEDERALIZACIÓN PARCIAL DE LA COMPETENCIA PENAL EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES (Ley Nº 26.052) “Estudio preliminar sobre su implementación.” Edición Procuraduría de Narcocriminalidad. 2014

el consumo; a la vez que -como en el caso de la Ley de Desfederalización han promovido un entramado institucional complejo que a nuestro entender impide construir una política criminal uniforme sobre la materia”.¹⁸

Puede observarse de la lectura de la Ley de Estupefacientes, la dificultad del legislador para contener en un término el delito a fin de cumplir con la *lex certa*. En este marco, el legislador hubo de recurrir a una extensa enumeración de acciones y circunstancias. La sucesiva serie de amputaciones y agregados deja a la Ley de Estupefacientes desarticulada del resto del ordenamiento jurídico penal. ¿Es un microsistema jurídico penal autosuficiente? No es, ni puede serlo. ¿Es un “cuerpo separado” del Código Penal en los términos del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional? Si es así ¿por qué no lo explicita la norma? ¿Debe suponerlo el operador jurídico? En el derecho penal, como en todo el derecho, no puede haber suposiciones. La Ley, salvo las incorporaciones al artículo 204 del Código Penal, quedó sin conexión con el Código y así aislada de la sistematización que ese cuerpo posee. ¿Cuál es el bien jurídico tutelado? La norma no lo dice. Los delitos que la Ley de Estupefacientes establece y deja afuera del Código se encuentran atados por el débil hilo de su artículo 4.

Lugar sistemático. El bien jurídico tutelado

Se ha señalado la dificultad del legislador para definir con claridad en un término el delito, así como para delimitar las acciones que lo constituyen. Lo que no ha hecho el legislador en la Ley de Estupefacientes es indicar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. La disgregación en distintas normas de las acciones que constituyen delitos dentro del sistema de narcotráfico desdibuja el objetivo perseguido.

La Ley 23.737 modifica en sus cuatro primeros artículos el artículo 204 del Código Penal, ubicado en la sistemática dentro del Capítulo IV, cuyo bien tutelado es la salud pública, que se encuentra subsumido dentro del campo más amplio de la seguridad pública, ubicado en el Título VII del Libro. Incorpora la definición de “estupefacientes” en el artículo 77 del Código Penal. Un artículo incorpora un bis al artículo 18 de la Ley 10.903 (Art.35). Dos modifican la Ley 20.655 (arts. 37 y 38) y dos modifican la Ley 20.771, que de esta manera queda sin vigencia (arts. 41 y 46). Otros tres, adicionados por la Ley 24.424, incorporan normas al Código Aduanero (Arts. 29 bis, 29 ter, 31 bis, 34 bis). Dentro de los restantes artículos se establecen tipos penales que no se incluyen en el Código Penal. A su vez, se incluyen artículos que no son de derecho penal de fondo, sino que son de materia educativa (art 42) de financiamiento federal (art 43), procesales (arts 26 bis, 32, 33, 33 bis). Esta exclusión del Código Penal y la introducción de mandatos de variada índole deja a este articulado fuera de toda sistematización. En el debate dado en el Senado se oyó la queja de los senadores, quienes pusieron de manifiesto que la Cámara de Diputados había desnaturalizado el proyecto votado por unanimidad con anterioridad en el Senado que era (*a contrario sensu* ya no es) “un cuerpo normativo sistemático”¹⁹. Esta afirmación deja entrever que el legislador tuvo la intención, no concretada, de implementar un microsistema jurídico autosuficiente²⁰, como se le llama a la irregular metodología con que la que se justifica la legislación nacional aislada de los códigos dentro de los cuales debería estar.

De la salud pública a la seguridad pública.

¹⁸ Ibidem. Pág 10.

¹⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación. Senador Gass. 19 de septiembre de 1989. Página 2350.

²⁰ Denominación utilizada para algunas “leyes especiales” por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en los “Fundamentos” del Anteproyecto de Código civil y Comercial.

La magnitud y la velocidad de la expansión del sistema de narcotráfico con la incorporación de nuevos elementos que le son consustanciales, el impacto que sus actividades provoca en la sociedad, y la distinta respuesta que el derecho penal argentino ha dado (y debe dar) frente a esta transformación, obliga a reconsiderar cuál es bien jurídico que protege el derecho. El sistema de narcotráfico abarca actividades que exceden la consideración de la salud pública como bien jurídico protegido con exclusividad. Actividades propias y necesarias del sistema de narcotráfico tales como el lavado de activos, la corrupción de funcionarios públicos, la violencia entre grupos narcocriminales rivales, los homicidios por encargo, la trata de personas, tráfico y tenencia ilegal de armas y explosivos, no pueden considerarse como lesivos de la salud pública.

El narcotráfico, como se ha señalado en este trabajo, es un sistema. Lo que implica un enfoque de la problemática que abarca al conjunto y no a sus elementos de manera aislada. Las características de estos elementos que interactúan y están interrelacionados, ponen en el objetivo del derecho varios bienes jurídicos que le importa proteger. Con la punición de los delitos del sistema de narcotráfico el derecho protege una pluralidad de bienes jurídicos. Por ello el legislador no incluyó en el Código Penal a los delitos que establece en la Ley 23.737 y modificatorias, en el Capítulo de delitos contra la salud pública del Código Penal.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido en los delitos vinculados al narcotráfico es la salud pública, aquella que es colectiva y comunitaria, y que se ve amenazada por la generación, uso indebido y tráfico ilícito de drogas tóxicas. Alguna de la jurisprudencia que se suele mencionar como relevante tiene como sustento la ley 20.771, hoy sin vigencia, que incorporaba estos delitos en aquellos que lesionan la salud pública, en el artículo 204 del Código Penal, cosa que no ha querido el legislador de la norma vigente, (Ley 23.737). La norma vigente solo incorpora una serie de delitos en el artículo 204, mientras que a otros delitos los excluye.

Esta consideración de la salud pública como único bien jurídico tutelado debe ser puesto en revisión porque se ha producido una gradual pero profunda modificación de las normas sobre narcotráfico. La legislación ha ido acompañando el desarrollo expansivo del sistema de narcotráfico, que, versátil y poderoso, fue mutando hacia formas más complejas y de mayor incidencia negativa en la sociedad.

La salud pública

La salud pública que la doctrina tradicional del derecho penal concibe aparece vulnerada cuando sobreviene a través de las incidencias que el uso o tráfico de los estupefacientes suponga en la salud individual de los integrantes de la comunidad.

Aquí el problema principal recae en definir el contenido exacto de salud pública. El concepto de “público” da la idea de ser distinto a la suma de las saludes individuales; sin embargo, por otro lado, resulta complicado asignarle algún contenido sin tener de referencia el concepto de salud individual, al que debe ir referido.

La salud pública que se protege debe ser entendida como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual.

El concepto de salud pública también ha evolucionado, desde aquel primer concepto de “ausencia de enfermedad”. Hoy por salud se entiende al estadio completo de bienestar físico, mental y social.

La particularidad de los delitos del sistema de narcotráfico es la de ser un delito de peligro abstracto, esto es, los ilícitos se consuman sin necesidad de lesión, siendo suficiente con que concurra el simple peligro, o probabilidad de lesión, del bien jurídico. Constituyen en sí un adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión.

Las conductas contempladas en la ley de estupefacientes están dispensadas para proteger al colectivo social de un mal potencial. No tutelan un bien o derecho concreto sino la posibilidad de que un conjunto de bienes, que integran el concepto de seguridad pública que contiene pero excede el de salud pública, se vean menoscabados por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado. En tales ilícitos no es necesario que se localicen a las terceras personas afectadas. Es indistinto que la lesión pueda provocarse en particular a una persona determinada, considerándose que la seguridad pública es típicamente lesionada cuando se realiza alguna de las conductas previstas por el ordenamiento jurídico para protegerla.

Lo concreto es que en su texto actual, no existe dentro de las normas excluidas del Código Penal, ningún artículo que haga referencia al bien que es objetivo de tutela.

Esta ausencia de referencia explícita del bien jurídico protegido obliga a la interpretación de la Ley de Estupefacientes. La extensa enumeración que hace la ley de acciones delictivas excede el marco de delitos contra la salud pública, por lo que es adecuado encuadrar estos delitos dentro de aquellos que atentan contra la seguridad pública.

La seguridad pública.

Para acercarse al concepto de seguridad pública hay que hacer una referencia a la historia de la vasta polémica entre intervencionistas y partidarios del libre albedrío. El análisis del contexto histórico de su sanción es necesaria para el entendimiento de toda norma, pero fundamental en esta materia. Si el método expositivo se limitara a la descripción atemporal de los diversos sistemas filosóficos y a describir los fundamentos teóricos de las corrientes de opinión jurídica, sin referencia a acontecimientos traumáticos de la vida argentina, resultaría difícil su entendimiento. Sobre todo, se encontrarían dificultades para entender los fundamentos de algunas doctrinas que han hegemonizado el discurso, las políticas públicas y la cátedra del derecho penal en las últimas dos décadas, que necesitan resaltar la existencia de los derechos humanos. Es que la palabra *seguridad* en la Argentina, como en el resto de los países latinoamericanos, se ve teñida aún de la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, ejecutada por el gobierno militar *de facto* autodenominado Proceso de Reorganización Nacional entre los años 1976 y 1983, que desconoció los más elementales derechos y garantías que establece nuestra Constitución Nacional²¹. Esta penosa circunstancia explica la incorporación de los tratados de Derechos Humanos con rango jerárquico superior a las leyes en el Artículo 75 inciso 22, en la Reforma Constitucional de 1994. Justifica, asimismo, la aparición de corrientes doctrinarias que han creído necesario, en el derecho penal, poner de

²¹ Ver El Estatuto para el proceso de Reorganización Nacional. Boletín Oficial del 31 de marzo de 1976

resalto lo que debería darse por obvio y evidente, que es el respeto por los derechos humanos y volver a las raíces del derecho liberal en su defensa de los derechos subjetivos.²²

El Convencional que fundamentó el dictamen de mayoría en la Convención Constituyente de 1994 para la incorporación de los tratados de derechos humanos al artículo 75 inciso 22, justificó tal incorporación en la violación sistemática de estos derechos elementales que se realizó en la historia argentina, fundamentalmente entre 1976 y 1983. ¿Cuáles son los derechos enumerados en estos tratados? La enumeración que hace el constituyente²³ nos da la pauta que se trata de derechos que se vulneraron en la dictadura militar de 1976, y que no pudieron defenderse en ese entonces en el marco del derecho interno. La “doctrina de la seguridad nacional”, pensada y ejecutada en el marco de la guerra fría, vulneró de manera sistemática los derechos individuales y colectivos plasmados en nuestra Constitución Nacional. Conquistas históricas del derecho liberal, que concluyeron en la protección de los derechos individuales frente al Estado, que se consideraban ya consagrados y consolidados, fueron desconocidos en esta etapa, por lo que se hizo necesario darles estatus constitucional y volver a reivindicarlos en todas sus dimensiones.

Concepto de seguridad pública

La misión que cumple el ordenamiento jurídico en el caso de la seguridad pública es proteger la seguridad de los bienes considerados en común como pertenecientes a un número indeterminado de personas. La seguridad pública es el conjunto de condiciones garantidas por el derecho y que protege la vida, la integridad personal, la salud pública, el bienestar y la propiedad de los ciudadanos.

Los delitos que atentan contra la seguridad pública protegen bienes indeterminados frente a la amenaza de un peligro común. Soler afirma que con estos delitos no se protege la seguridad jurídica, sino la seguridad de los bienes, considerados en común como pertenecientes a un número indeterminado de personas²⁴. Señala Fontán Balestra que hay una correspondencia entre seguridad común y peligro común, donde el autor no domina la medida del peligro. Se expone a peligro a persona o cosas indeterminadas. El mismo jurista ponía de manifiesto hace cuarenta años atrás la necesidad de estudiar los antecedentes históricos, “porque revelan de modo evidente cómo la falta de claridad en la determinación del bien jurídico tutelado causa desorientación y da lugar a cambios en el contenido y distribución de la materia, tan sustanciales como no se observan seguramente en ninguna otra familia de delitos”²⁵.

Narcotráfico y políticas públicas. Los obstáculos objetivos

Detener el crecimiento del sistema de narcotráfico con miras a eliminarlo no resulta una tarea sencilla. La mera intención de aplicar la legislación penal vigente por parte de la acción policíaco-judicial no alcanza.²⁶ Resulta clara también la necesidad de eludir la trampa de

²² El Italo-francés Luigi Ferrajoli es el impulsor y máximo exponente de esta corriente doctrinaria denominada “garantismo”, que en la doctrina argentina difunde el jurista Eugenio Zaffaroni.

²³ Convención Constituyente de 1994. Diario de sesiones. Convencional Antonio Cafiero. Día 2 de agosto. Página 2833.

²⁴ SOLER Sebastián. Op cit. Pág 123

²⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos. “Tratado de derecho penal”. Parte Especial. Tomo IV. Página 245. Editorial Abeledo Perrot. 1975

²⁶ En el inicio de su gestión en el Ministerio de Seguridad Patricia Bullrich ha puesto de manifiesto su voluntad expresa inflexible en la lucha contra el narcotráfico, revirtiendo la política pública llevada a

la elección entre políticas unidimensionales originadas en usinas extranjeras que responden a otras realidades que no siempre se replican en nuestro territorio. Ni “guerra a las drogas” ni “reducción de daños”. Se requiere de una política pública amplia, integral, expresa, coherente y consecuente desde un enfoque sistémico.

La implementación y desarrollo de políticas públicas de lucha contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas encuentran un escenario sobre el que actuar donde se encuentran diversos obstáculos que deben ser tenidos en cuenta en la evaluación *ex ante*. La descripción de la realidad se realiza sobre lo visible no sobre lo invisible y clandestino que se imagina o se supone que sucede, pero no se comprueba o no se quiere comprobar. Esto es, la corrupción dentro de sectores de las fuerzas de seguridad y del poder judicial, donde se los ha denunciado públicamente y en los estrados judiciales, por abrir ventanas procedimentales que anulan juicios y laberintos procesales que dilatan y hacen perder en el tiempo juicios sobre narcotráfico. El tema de la dudosa actuación de los jueces ha sido puesto en los primeros planos de la opinión pública al momento de esta publicación.²⁷

¿Cuáles son las dificultades visibles que obstaculizan la lucha contra el narcotráfico y que permiten su crecimiento?

1.- Cuestiones filosóficas e ideológicas.

Desde el campo de la filosofía, de la ideología, desde los cuerpos de creencias e ideas, desde las distintas cosmovisiones existentes existen posturas que predicán a favor del uso de drogas ilícitas.

Con amplio predicamento desde la doctrina liberal clásica, se aplica al sistema del narcotráfico el modelo de la libertad de mercado y de los derechos individuales. Libre mercado y derecho de propiedad sobre el propio cuerpo y mente, son los postulados básicos. Se argumenta desde esta posición ideológica lo siguiente: ¿Por qué el Estado se va a introducir en el comercio de drogas fijando prohibiciones, obstáculos, limitaciones a la libertad individual? ¿Por qué el Estado va a decidir lo que cada individuo debe consumir? Cada ciudadano debe tener “derecho a la droga”, en una economía de libre oferta y demanda sin que se inmiscuya el Estado. Debe existir la “libertad para drogarse”. Cada uno puede hacer con su vida lo que quiere. Escribe Mark Twain “¿De quién es la propiedad de mi cuerpo? Probablemente es mía... Si experimento con él, ¿quién debe ser responsable? Yo, no el Estado. Si escojo imprudentemente, ¿muere el Estado?”.

Thomas Szasz, principal sostenedor del llamado “derecho a las drogas”, postula que cada persona tiene jurisdicción sobre su propio cuerpo y su mente. “La propiedad privada es indispensable como base económica y precondition para un gobierno adaptado a la libertad. Utilizo esta expresión poco frecuente para recalcar que ningún gobierno está, o puede estar, comprometido con la libertad. Sólo el pueblo puede estarlo. Debido a su naturaleza misma, el gobierno tiene un velado interés en ampliar su libertad de acción, lo cual implica necesariamente reducir la libertad de los individuos.”²⁸ Sigue este autor: “...se supone que, a partir de los dieciocho años, uno es responsable para trabajar, para educar a sus hijos o para

cabo hasta diciembre de 2015. Que la mera acción policial no alcanza fue puesto de manifiesto tanto por la Ministra como por el jefe de la Policía Federal, Néstor Roncaglia, al asumir su cargo.

²⁷ Denuncia de la Diputada Elisa Carrió. Diario La Nación del 29 de marzo de 2016 y réplicas televisivas. La denuncia dio lugar a un encuentro entre la denunciante y el Presidente de la Nación.

²⁸ SZAZS Thomas. "Nuestro derecho a las drogas: En defensa de un mercado libre". Anagrama. Barcelona. 2001

pagar una hipoteca, yo presupongo que uno también es responsable para consumir las sustancias que quiera. Lo que está mal es que para consumirlas haya que entrar en garitos de mala muerte, negociar con gente en muchos casos peligrosa y lo que es peor: pagar equis cifra por un material cuya pureza deja mucho que desear, con los consecuentes riesgos para la salud...” Sostiene asimismo que “Para hablar con propiedad sobre las drogas, tanto las legales como las ilegales (pero todas drogas al fin y al cabo), habría que hacer, en mi opinión, dos cosas: consumirlas y leer toda la bibliografía posible sobre ellas (o viceversa).”²⁹

Además de las doctrinas filosóficas, médicas, ideológicas publicadas en libros científicos, existen diversas publicaciones al alcance del público en general cuyo objetivo es difundir las bondades de algunas drogas. En ellas aparecen personas de reconocimiento popular, cantantes, actores, personajes de los medios masivos de difusión, como ejemplos axiológicamente positivos del consumo de drogas.³⁰

Si la sociedad a la que se le aplica el derecho percibe que lo que la norma establece como delito realmente no es delito, las acciones consecuentes de los individuos terminarán transgrediendo la norma. La situación se agrava si a estos mensajes contradictorios que recibe la sociedad se agregan los mensajes implícitos que da el sistema policíaco-judicial dejando impunes a los grandes traficantes de drogas,³¹ mostrando estadísticas donde los presos por el delito de narcotráfico son personajes insignificantes y cualquier ciudadano sabe que en tal o cual kiosco de la esquina se vende droga al menudeo.

Ha sido tan evidente la inacción judicial respecto de los casos de narcotráfico que el propio Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr Ricardo Lorenzetti ha tenido que sostener públicamente que: “La impunidad fue el tema del año judicial único.(2015) ¿Por qué? La impunidad es la falta de aplicación de una pena, y también una frustración de la víctima, y un problema muy serio porque afecta la credibilidad de las instituciones. En casos como violencia de género, narcotráfico o corrupción, los procesos comienzan pero no sabemos muy bien cómo fueron los hechos y no podemos develar quiénes fueron los autores, esto es una verdadera frustración. Es urgente una política de Estado sobre este tema, que involucra a los tres poderes. Terminar con la impunidad debe serlo. Esto no es algo abstracto. Hay denuncias infundadas, pero las que sí tienen fundamento debemos lograr que tengan un resultado”³².

Si parte de la sociedad actual, local y mundial, considera como bueno en la escala de valores el derecho a drogarse y promueve el libre mercado de drogas sin restricciones, si se sanciona una ley penal estableciendo un delito pero esta no se cumple, la lucha contra el narcotráfico que ordena el derecho argentino se enmarca en un cuadro de situación de condiciones muy desfavorables.

2.- La asimetría en cómo afrontan los países al narcotráfico en su derecho interno.

Así como en China, Singapur, Arabia Saudita, Tailandia, Indonesia, Malasia y Taiwán condenan con pena de muerte o cadena perpetua la posesión de drogas y cumplen efectivamente con las condenas. (2.466 personas fueron sentenciadas a la pena capital en

²⁹ SZAJS Thomas. Ibidem. Pág. 27.

³⁰ Revista Cáñamo, THC.

³¹ Una muestra casi vergonzosa se hizo notoriamente pública con el escape de tres narcotraficantes condenados por los homicidios del llamado “Triple crimen de General Rodríguez”.

³² LORENZETTI Ricardo. Entrevista en el Diario La Nación del 11 de marzo de 2016.

2014 en esos países, según datos de Amnistía Internacional)³³, hay otros países donde existe una permisividad mayor y en algunos no se prohíbe el consumo de alguna o algunas drogas.

En EEUU³⁴ hay 21 estados en los que está permitido el uso de drogas con fines médicos, como lo está en España, donde, a su vez, existen “clubes sociales de cannabis”, en los que sus socios pueden adquirir cannabis de forma legal. Uruguay es un país permisivo con la marihuana.

En Holanda desde 1979 se permitió el uso de drogas blandas, pero no la producción o comercialización. Se tolera el consumo en privado o en los “coffee shops”.

Suiza tiene un “programa de prescripción controlada de heroína” y “salas de consumos de drogas”, cuyo fin es evitar el contagio de SIDA. La JIFE ha sido crítica de esta medida, diciendo que son “salas de inyección de drogas que mantienen y facilitan el abuso de sustancias en condiciones supuestamente higiénicas”.³⁵

Portugal es el país de la Unión Europea que oficialmente abolió la ley que penalizaba la posesión de drogas para uso personal, incluyendo marihuana, cocaína, heroína y metanfetaminas.

Bolivia permite la producción legal de hojas de coca.

En los hechos y más allá de sus propias normas, resultan permisivos países como Perú en la producción y tráfico de cocaína, Paraguay en la producción de marihuana.³⁶

Esta asimetría en el tratamiento interno del narcotráfico, contradice lo que cada país se ha obligado a hacer de acuerdo al compromiso asumido en los convenios internacionales. Esto muestra que a pesar de que aparece como consensuado a nivel internacional en los convenios internacionales (la necesidad de acabar con el narcotráfico y atender la problemática de las drogas de manera uniforme), esto no se condice con lo que cada país hace fronteras adentro.

La falta de consenso internacional en luchar efectivamente contra el narcotráfico resulta otro obstáculo para su eliminación.

3.- La transnacionalidad del sistema del narcotráfico

El sistema del narcotráfico es necesariamente transnacional, ya que en los principales países productores de drogas la mayor parte se ofrece y coloca en otros países que son los consumidores. A su vez, los principales países consumidores necesitan para satisfacer su demanda de drogas producidas fuera de sus límites territoriales. La distinta permeabilidad de las fronteras obliga a las organizaciones de narcotraficantes a transportar sus productos por territorios de países que no son el destino final de los mismos. La transnacionalidad es, por lo tanto, una condición necesaria para la subsistencia del sistema de narcotráfico. Ello implica que las acciones meramente nacionales sin coordinación con las internacionales no resulten eficaces. Por otro lado la transnacionalidad conlleva el la situación de riesgo permanente de

³³ www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte. Consultado el 17 de marzo de 2016.

³⁴ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). Informe de 2014.

³⁵ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). Informe 2014

³⁶ *Ibidem*.

que fuerzas externas del narcotráfico intenten penetrar, no por oportunidad, sino obligados por la necesidad propia del sistema.

4.- La concepción cultural frente a las drogas y a su consumo.

El bombardeo de las ideologías, la penetración de las geopolíticas globales, las usinas culturales vinculadas con el narcotráfico, la antigua concepción de que la droga es recreativa y que genera ambiente propicio para la creación artística, la vulnerabilidad de algunos grupos sociales y etarios, las condiciones generadas por una sociedad consumista sin horizontes, y otros múltiples factores que exceden este análisis, envenenan el pensamiento de la sociedad en vastos sectores, de manera tal que no existe una consideración social unánime de que el narcotráfico en todas las dimensiones y etapas del sistema constituye delito.

Aún cuando está legalmente establecido como delito, como se ha señalado, hay aval comunitario implícito al uso indebido de drogas e indiferencia o desresponsabilización de la sociedad frente a su tráfico ilícito. Esta situación cultural frente a la problemática, genera el ambiente propicio para el desarrollo del narcotráfico.

El mensaje que emana de las acciones algunos “intelectuales” de la “alta cultura” resulta negativo al penetrar en el conocimiento general.

Aldous Huxley en sus obras “Las puertas de la percepción” (1954) y su continuación, “Cielo e infierno” (1956), trata de sus experiencias con drogas alucinógenas. Este ensayista inglés desarrolla las implicaciones filosóficas, estéticas y místicas, y subraya la importancia que las drogas han tenido para la humanidad.

William S. Burroughs ha dicho “La heroína no es, como el alcohol o las malas hierbas, un medio para aumentar el disfrute de la vida. Es una forma de vida.”

William Faulkner, Tennessee Williams, F. Scott Fitzgerald, han sido ejemplos de consumidores famosos. Jack Kerouac, leído por varias generaciones, consumidor de drogas, en su famosa novela “On the road” plasma algunos de sus vicios.

Truman Capote dijo: “Soy alcohólico. Soy Drogadicto. Soy homosexual. Soy un genio.”³⁷

Charles Baudelaire experimentaba con las drogas, para experimentar en busca de su “yo” interior. Justificaba su consumo de estupefacientes afirmando que debía desligarse del ciudadano para alcanzar la verdadera poesía; debía separarse de uno mismo para alcanzar el poeta real. “Los Paraísos Artificiales” es considerado como un manual del drogadicto.

Movimientos artísticos como el Pop Art,³⁸ que subsiste con discípulos hasta la actualidad, de Andy Warhol, se basaron en el dinero, las fiestas, las drogas y la fama.

La cultura hippie tuvo en la droga uno de sus elementos principales. En la década del sesenta las drogas se popularizaron entre la juventud en Estados Unidos y se difundieron en el mundo. Alberto Hoffman creó y Timothy Leary, Profesor de Harvard, redescubrió la LSD, cuya combinación con la marihuana y el rock proporcionaría el “acid rock”.

³⁷ CAPOTE Truman. “Música para camaleones”. 1980

³⁸ Centre Pompidou, “Les années Pop”. París, 2001

La generación Beat, denominados Beatniks, eran escritores bohemios que no se sentían identificados ni se posicionaban hacia ninguna postura política. Criticaban el estilo de vida americano y utilizaban todo tipo de drogas a modo de respuesta rebelde a los convencionalismos.

Podría argüirse que los mensajes de los intelectuales no llega al grueso de la población. Existe una fuente de cultura pro droga en los movimientos musicales, con amplia y profunda llegada y penetración en el pensamiento popular, especialmente en la juventud, aunque no de manera excluyente. “Sexo, droga y rock and roll” es el lema de la música que más llega a los jóvenes y no tan jóvenes.

La prédica explícita e implícita a favor de las drogas concluye en la elaboración, en sectores significantes de la población, de razonamientos que eluden la lógica. Impone un juego terrible, les concede el atroz derecho de perderse, de insistir en el mal, de justificar el derecho a la autodestrucción.

Estos mensajes han obtenido de los receptores una profunda internalización. ¿Qué consecuencias colectivas tiene? Muchas y determinantes. Ha creado un modelo social donde cada individuo actúa de acuerdo a su propio código de creencias, valores y normas de conducta, al margen de las normas vigentes emanadas del Estado. En este esquema de pensamiento las acciones de las personas pueden estar en contra del derecho emanado del Estado, pero de acuerdo al bien, lo justo y lo verdadero en la escala individual del que ha realizado el acto.

Esta forma de pensar derrumba las bases sobre las que se monta la estructura rígida del derecho penal. Se difumina el elemento cognitivo, ya que no existe en el individuo la consciencia de la concreta puesta en peligro del bien tutelado (¿La seguridad pública? ¿La salud pública?) mediante la realización de la acción. También se evanece el elemento volitivo, pues es harto difícil en algunas de las figuras que constituye delitos determinar la voluntad del sujeto de poner en peligro la seguridad común o la salud pública.

Cultura y círculo vicioso de profundización del problema

La cuestión cultural no es menor al momento de implementar políticas públicas contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas por la desarticulación entre la norma y la realidad que pretende regular para tutelar el bien jurídico. ¿Ha interpretado correctamente el legislador a la sociedad argentina, a sus creencias, valores, tradiciones, al establecer la tenencia y consumo de algunas drogas como delito? ¿Estuvo influenciado por el derecho de otros países? ¿Se encontró obligado por su pertenencia a organismos internacionales y los tratados ratificados? ¿Cuáles tratados cumplió? ¿Los de drogas? ¿Los de derechos humanos, con rango jerárquico superior a las leyes después de 1994? ¿Se incluye en el conjunto de conocimientos, ideas, tradiciones y costumbres que caracterizan a la sociedad argentina y que determinan sus normas de conducta, el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas como una acción que debe castigarse? Es una apreciación difícil de realizar y, a la vez, la actualidad nos muestra que la cultura es cinética, propia de una sociedad envuelta en cambios permanentes, masivos y rápidos originados por el impacto de la tecnología. Es innegable la huella instantánea que dejan hoy los llamadas “redes sociales” de internet.

La concepción cultural acerca del uso de drogas genera el círculo vicioso de la profundización del problema. Mientras exista un aval implícito de la comunidad al uso indebido de drogas e indiferencia sobre el tráfico ilícito, la consecuencia natural en la dinámica político-social es la parálisis de la acción. La sociedad o grupos representativos de la misma, no

se movilizan en demanda de prevención, atención, control y castigo. Sin esta demanda social los grupos políticos que conforman los poderes del Estado, así como los que pretenden acceder a él, no incluyen la lucha contra el narcotráfico en las prioridades de agenda y de políticas públicas, con lo cual se deja crecer el ambiente propicio para su expansión.

5.-La escasa temibilidad del castigo

En orden decreciente de significación se puede afirmar que los que actúan en transgresión de la ley en acciones de narcotráfico poseen escasa temibilidad del castigo. El poder económico y la capacidad de corrupción que tiene el narcotráfico organizado ha llevado a la creencia que quién está dentro del sistema del narcotráfico no va a recibir castigo alguno. Los datos sobre causas judiciales vinculadas al narcotráfico en la Argentina es una prueba contundente de la verosimilitud de la creencia y de que efectivamente es así, como lo señala el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en su informe sobre el año judicial 2015.

6.- La multiplicidad competencial del Estado.

El narcotráfico es un sistema, como se ha descripto. Conforman un todo organizado. Por el lado del Estado, la normativa para proteger a la comunidad está disgregada en el Estado otorgando competencias a distintos ministerios y secretarías, como también a distintas fuerzas policiales, entorpeciendo así la acción concreta.

Consideración epilógica

Como se ha sostenido en otro lugar del presente trabajo, frente al narcotráfico se requiere de una política pública amplia, integral, expresa, coherente y consecuente desde un enfoque sistémico.

~

Derecho de Familia

La valoración de la conducta del cónyuge en la disolución del matrimonio: indemnización por daños y compensaciones económicas¹

Por Leandro Martín Merlo² y Jorge Oscar Rossi³

1. **Introducción**
2. **Daños derivados de la disolución del vínculo**
 - 2.1. **Nulidad de matrimonio**
 - 2.2. **Divorcio**
 - a) **Modalidad de divorcio adoptada por el CCCN**
 - b) **Relación con los derechos y deberes de los cónyuges**
 - c) **Valoración de conductas para la fijación de compensaciones económicas**
3. **Conclusiones**

1. INTRODUCCION

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) trae grandes cambios en los paradigmas e institutos relativos al derecho de familia, rama del derecho civil que más debates y críticas ha recibido por parte de la doctrina por lo sensible de sus contenidos.

La reforma al derecho de familia plasmada en el CCCN se basa fundamentalmente en la denominada “constitucionalización del derecho civil” y la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

El CCCN tiene como lineamiento la llamada “democratización de la familia”, por lo que se comienza a descartar la expresión “derecho de familia” y se prefiere la de “derecho de las familias” por existir otros núcleos sociales que también constituyen familias.⁴

En tal sentido se dijo que “La particularidad del Código en estudio es que no solamente ha receptado los distintos modelos de familia, sino que constituye un modelo legislativo en el cual las ideas de no discriminación, igualdad jurídica, consideración del niño como sujeto de derechos, equiparación de roles en la familia, se encuentran potenciados, constituyendo una puesta en práctica de los derechos que las normas convencionales reconocen a los seres humanos. En el análisis de las diversas instituciones que se efectuará en los párrafos siguientes se evidenciará que el modelo de familia horizontal, democrática, en la cual todos los

¹ Este artículo fue publicado originalmente en la Revista de Derecho de Familia y Sucesiones - Número 7 - Abril 2016, con fecha 14/04/16 (IJ Editores, Cita: IJ-XCIV-882). En Internet:

<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=d070bc4b1f340ae879674526b035c8e3>

² Abogado. Especialista en derecho de familia. Profesor adjunto UAI Derecho de Familia, Profesor adjunto UAI Derecho Sucesorio, y Jefe de Trabajos Prácticos UBA Familia y Sucesiones. Docente de la Fundación CIJUSO.

³ Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios”, Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Director de Capacitación a Distancia y docente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Autor, entre otras publicaciones, de “Responsabilidad Civil & Daños”, Ediciones D&D, segunda edición, año 2009. En la actualidad, se encuentra en prensa la tercera edición de esta obra.

⁴ <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

integrantes son considerados sujetos autónomos y capaces, quedará garantizado por los derechos y obligaciones que se establecen en el cuerpo normativo promulgado.”⁵

En materia de responsabilidad civil, el CCCN no se ocupa expresamente de los daños derivados de las relaciones familiares, (vgr. daños entre cónyuges), lo que no significa, como se expondrá más adelante, la ausencia de eventuales acciones resarcitorias.

2. Daños derivados de la disolución del vínculo

El nuevo CCCN establece como causas de disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges; la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio declarado judicialmente. (Art. 433).

De este modo, se modifica el régimen del Código Civil que disponía que el fallecimiento presunto producía la disolución matrimonial sólo cuando el cónyuge presente contraía nuevas nupcias. Se establece un sistema más sencillo, según el cual la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento produce la disolución del matrimonio, independientemente de las eventuales nuevas nupcias del cónyuge del ausente.

El CCCN tampoco contempla la figura de la separación personal por su escasa aplicación práctica, aspecto sencillamente comprobable a través de las estadísticas anuales publicadas por los diversos organismos judiciales en relación a la radicación de causas y dictado de sentencias.

Se suprimen las causales objetivas y subjetivas de divorcio, bastando con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin sujetarse a plazos ni indicación de causal alguna. La petición también puede ser hecha conjuntamente, debiendo cumplirse en ambos casos como requisito para que proceda la acción, con la presentación unilateral o conjunta de una propuesta o convenio (propuesta o convenio regulador) sobre los aspectos patrimoniales, tenencia (ahora llamada cuidado personal), visitas (ahora llamado derecho de comunicación) y alimentos.

Efectuadas estas consideraciones previas, analizaremos la posibilidad de reclamar daños y perjuicios con fundamento en la ruptura del vínculo matrimonial.

2.1. Nulidad de matrimonio

Sólo se contempla la posibilidad de solicitar una indemnización en el caso de nulidad de matrimonio, pudiendo hacerlo el cónyuge de buena fe respecto el de mala fe:

“Art. 429.— Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges. Si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad.

La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a: (...) c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.”

2.2. Divorcio

⁵ MINYERSKY DE MENASSE, Nelly, *Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994 Diciembre de 2014* Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial. Año I. N° 1. Ediciones Infojus. pág. 43 Id Infojus: DACF150181

a) Modalidad de divorcio adoptada por el CCCN

Como anticipábamos, “el *divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.*” (Art 437 del CCCN)

El CCCN establece así una sola modalidad de petición de divorcio: de modo incausado, sin alegar causas subjetivas ni objetivas.

A su vez, esta petición puede ser unilateral o conjunta, por lo que la mera voluntad de uno sólo de los cónyuges o la voluntad conjunta de disolver el vínculo matrimonial será suficiente para dar curso a la acción, siempre que se cumpla con el requisito procesal de formular una propuesta o convenio regulador.

Esta modalidad de divorcio pone fin a las dificultades que existían para acceder al trámite del divorcio, ya que a fin de obtener el consenso de ambos cónyuges para iniciar un divorcio consensuado, era necesario en la mayoría de los casos llegar a un acuerdo global respecto tenencia, visitas, alimentos, división de bienes y atribución del hogar conyugal, a cuya celebración se llegaba no sin arduas y extensas negociaciones extrajudiciales, en las cuales la parte más débil económicamente debía muchas veces sacrificar intereses propios o de sus hijos en pos de lograr un acuerdo que terminara con el vínculo.

Sin embargo, creemos que es posible discutir la culpa o conducta antijurídica de uno de los cónyuges en un juicio ordinario posterior a efectos de obtener una indemnización por los daños que le causare el otro cónyuge.

A fin de fundamentar lo expuesto, debemos previamente enunciar cuáles son los deberes de los cónyuges en la nueva legislación.

b) Relación con los derechos y deberes de los cónyuges

El CCCN modifica sustancialmente los derechos y deberes de los cónyuges, en concordancia con un régimen de divorcio sin causales, ni objetivas, ni subjetivas, aunque esta fundamentación ha recibido críticas razonables.

El Art. 431 del CCCN enuncia los deberes derivados del matrimonio: “*Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.*”

Este ha sido uno de los puntos más debatidos respecto a la reforma del derecho de familia.

Cabe recordar que el proyecto originario de CCCN no existía deber de fidelidad ni de cohabitación entre cónyuges, pero tras la media sanción obtenida en el Senado se incorporó la convivencia y el deber moral de fidelidad.⁶

De modo que los deberes derivados del matrimonio son la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad, la asistencia mutua y el deber alimentario.

⁶ MERLO, Leandro M., *La reforma al derecho de familia en el anteproyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial*, 18-jul-2012, MJ-DOC-5879-AR; MERLO, Leandro M. *El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial en materia de derecho de familia tras la media sanción del Senado*, 9-dic-2013, MJ-DOC-6536-AR.

De todos estos deberes, el único exigible en términos jurídicos, es decir, el único deber cuya inobservancia por parte de un cónyuge lo hace sujeto pasivo de una acción judicial a fin de hacer valer los derechos subjetivos consagrados en las normas a favor del otro cónyuge, es el derecho-deber alimentario que tiene normas específicas además del deber de “asistencia” que consagra la norma que analizamos.

En tal sentido se dijo que “Llama la atención la escasa mención expresa a los deberes personales del matrimonio, cuando en otros contratos menos fundacionales de la sociedad, se hacen prolijas enumeraciones de los deberes personales de los contratantes, así por ejemplo ninguna mención hay al deber de respeto matrimonial o al trato digno, mientras que por ejemplo en los contratos de consumo expresamente se dice con respecto al trato digno, que: “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias (Art. 1097) y se agrega que los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio (Art. 1098).”⁷

En un sentido similar se ha afirmado que “resultaba llamativo que en el anteproyecto elaborado por la Comisión desaparecieran como deberes del matrimonio la fidelidad y la cohabitación, y que solo se consignara el deber de asistencia y el de alimentos. En el proyecto ahora elevado al Congreso de la Nación, el primero se lo mantiene, pero solo como “deber moral” y el segundo desaparece, sin que su violación produzca consecuencia alguna. Pero más llamativo es que dicho deber —el de la cohabitación— sea un deber y obligación en las uniones convivenciales que regula el proyecto, y no en el matrimonio, lo que produce además una categorización de aquellas en desmedro de este. Tiempo atrás tuve oportunidad de señalar que eran tales las prerrogativas que se otorgaban a las relaciones concubinarias, ahora denominadas uniones convivenciales, porque dicha expresión suena para los vanguardistas como peyorativa, que se estaba desnaturalizando el matrimonio. En los fundamentos, sostienen quienes impulsan este proyecto, que los “derechos y deberes de carácter moral o éticos quedan reservados al ámbito privado” de lo cual se sigue que su violación no acarreará consecuencia alguna o para ser más precisos, que no podrán con apoyo en estos incumplimientos deducirse acción alguna. Ahora bien, esto tiene como consecuencia la eliminación del derecho a reclamar una indemnización fundada en el daño moral que puedan ocasionar las violaciones a los deberes conyugales, que —como sabemos— ha sido admitida por nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria, sin perjuicio de que quien esto suscribe no lo compartiera.”⁸

Sin perder una postura crítica respecto la reforma, se afirma que “el CCCN se ve beneficiado con la incorporación de giro “proyecto de vida en común”. Con ese giro, y siguiendo a la doctrina, la jurisprudencia, la legislación y el derecho comparado, parece aparecer una idea de proyección de una comunidad de vida hacia el futuro que co-implica el deber (moral) de fidelidad, el de vivir bajo el mismo techo (convivencia), el de asistencia y el de alimentos.”⁹

⁷ MEDINA, Graciela, *Las diez grandes reformas al derecho de familia*, DFyP 2012 (febrero), 01/07/2012, 11, AR/DOC/3061/2012

⁸ BORDA, Guillermo J. (h) *Las relaciones de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 32, AR/DOC/3067/2012

⁹ BASSET, Úrsula Cristina *El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación*, DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 83, AR/DOC/3861/2014

Cabe resaltar sin embargo, que la enunciación de deberes sin la correlativa sanción ante el incumplimiento de los mismos, los torna una mera expresión voluntariosa, carente de todo sentido legal.

Al no existir causales de divorcio ni acción por daños y perjuicios específica dentro del esquema de divorcio, parecieran diluirse las consecuencias de un accionar antijurídico de un cónyuge respecto del otro.

En relación a lo expuesto, en los fundamentos del que fuera el proyecto de Código se afirma “de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio. Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.”¹⁰

Lo afirmado en los fundamentos se aparta de la evolución jurisprudencial argentina relativa al derecho de daños derivado de las relaciones familiares. Entendemos que resulta imposible escindir un daño ocasionado por un cónyuge a otro de su propia condición de tal. Imagínese un típico supuesto de violencia familiar, en el cual un cónyuge agrediera físicamente al otro provocándole lesiones. ¿Podría afirmarse como dicen los fundamentos que ese daño “no tiene su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona.”? ¿Acaso el propio código no establece en el artículo que comentamos la cooperación y asistencia mutua como deber derivado del matrimonio? Evidentemente cualquier daño que se provoquen los cónyuges es una violación a dichos deberes, que si bien no tienen sanción en forma de causal subjetiva de divorcio, debe ser reparados por aplicación de las normas generales.

En tal sentido, nos parece conveniente, a fin de no entrar en discusiones inconducentes, destacar lo siguiente:

1) La declaración de divorcio en el sistema del CCCN es incausada. Dicho de otra manera, resulta irrelevante a sus efectos cual fue la causa o motivación que llevó a uno o ambos cónyuges a pedir el divorcio (arg. conf. arts. 437 y 438 CCCN). Se trata de un sistema carente de valoraciones subjetivas o de conductas por parte del juez.

2) Ahora bien, aunque parezca un juego de palabras, “divorcio sin causa” **no significa que no existan causas que motiven a solicitar el divorcio**, sino que esas causas son, insistimos, irrelevantes para declarar el divorcio, pero pueden ser perfectamente relevantes para generar una acción de responsabilidad civil¹¹. Son dos temas distintos que, en el régimen del CCCN se tratarán en diferentes procesos.

¹⁰ <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

¹¹ Como expresa la Dra. Graciela Medina, "(l)o importante es tener en cuenta que, aunque para solicitar el divorcio en el régimen del Código Civil y Comercial, no hace falta probar las causas que producen el rompimiento de la vida en común, de todas maneras estas causas existen, ya que ninguna persona en su sano juicio se divorcia “porque sí”. Siempre hay un motivo que desencadena el rompimiento del matrimonio, la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada." Medina, Graciela "DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO", en Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, Número 5 Septiembre 2015, Cita: IJLXX322. Disponible en Internet: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>

3) En esta misma línea de análisis, si la causa que motiva solicitar el divorcio reúne los requisitos para ser además causa fuente de la obligación de reparar, no existe impedimento legal alguno para solicitar tal reparación, pues, afortunadamente, en materia de Derecho de Familia no tenemos ningún artículo similar al 1764, referido a la responsabilidad del Estado y, además, resultan aplicables todas las normas y principios referidos a responsabilidad civil contenidos en el CCCN y hasta existe un microsistema normativo compuesto, entre otras normas, por las leyes 26.485, de protección integral de la mujer¹² y 24.417, de protección contra la Violencia Familiar.

A esta altura, es bueno recordar las funciones de la responsabilidad civil y los requisitos del daño resarcible en el CCCN:

Al respecto, en el CCCN se plantea que la responsabilidad civil cumple una **doble** función: **preventiva y resarcitoria**.

Visto desde otro ángulo, **el genérico deber de no dañar que tienen todos los sujetos de derecho** puede descomponerse en tres aspectos o facetas: **no dañar, reparar el daño causado y no reiterar el daño**.

El art. 1710 CCCN establece:

Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) *no agravar el daño, si ya se produjo.” (el subrayado es nuestro)*

Como puede verse, se trata de la adopción expresa del principio romano conocido como “neminem laedere”: no dañar a nadie.

Nos detenemos en una expresión del artículo citado: “*evitar causar un daño no justificado*”.

Como veremos, en la terminología del CCCN, **causar un daño injustificado es una conducta antijurídica**:

ARTÍCULO 1717.- Antijuridicidad. *Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*

Lo anterior guarda concordancia con el concepto de daño:

¹² Por ejemplo, el art. 35 de esta norma establece, tal vez de manera sobreabundante, que “La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.”

ARTÍCULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Y aquí debemos prestar especial atención: el criterio es amplio: daño es no solo la lesión de un derecho individual **personalísimo** o **patrimonial** o un **derecho de incidencia colectiva, sino también la lesión a un “interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”**. Entendemos que es otra forma de referirse al “*interés legítimo*”, pues todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico debe considerarse “legítimo”, es decir conforme a Derecho y amparado por el mismo.

Por ende, si bien el inciso a) del art. 1718 CCCN considera que está justificado el hecho que causa un daño “en ejercicio regular de un derecho” y, teniendo en cuenta que ya no existe el “deber jurídico de fidelidad”, por lo que podría argüirse la existencia de un derecho a la infidelidad (o, con más precisión, a mantener relaciones sexuales extraconyugales), entendemos que este debe ejercerse, como todo derecho, de buena fe (arg. conf. arts. 9, 10 y 1710 CCCN)

Dicho de otra manera, a tono con el incremento en la autonomía de la voluntad en materia matrimonial, mientras que antes del CCCN no era válido pactar una dispensa al deber de fidelidad, ahora directamente las partes quedan relevadas de dicho deber.

Ahora bien, para decirlo con todas las letras, ¿eso significa que a partir de ahora un cónyuge puede traicionar la confianza del otro y exponerlo a la vergüenza pública impunemente?

Antes de iniciar una discusión interminable, intentaremos aclarar nuestro planteo:

1) La infidelidad o el adulterio¹³ en el régimen del CCCN no son causa de divorcio, por lo que dijimos antes: es irrelevante la causa que motivó el divorcio. Para pedirlo no se deben invocar causas y para decretarlo no se deben evaluar causas.

2) En cambio, la infidelidad o adulterio, en el régimen del CCCN *puede* ser causa del deber de reparar, si la conducta del cónyuge infiel causa “daño injustificado”.

Adviértase que cualquier persona humana tiene derecho a que se repare la lesión a su honra, reputación y dignidad (conf. art. 52 CCCN y arts. 5. inciso 1 y 11¹⁴, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica). También, toda persona tiene derecho a que se repare la afectación a su proyecto de vida (conf. art. 1738 CCCN) y esto viene al caso porque, según lo dispone el art. 431 CCCN “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común...”.

¹³ La infidelidad sería el género (puede ser tanto moral como material) y el adulterio la especie en tanto es una forma de infidelidad material.

¹⁴ De paso, destacamos que el citado art. 11, al establecer que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques a su honra y dignidad, está consagrando el derecho a la reparación, pues al exigir que la “ley” proteja la honra y la dignidad de las personas, debe entenderse que esa protección comprende tanto la faz preventiva como la sancionatoria y resarcitoria. De otra manera, no existiría una protección plena o integral.

La traición a la confianza y la, en ocasiones, exposición a la vergüenza pública, causada por el adulterio, que termina causando el pedido de divorcio, trunca simultáneamente el proyecto de vida trazado al contraer el matrimonio.

En cuanto al factor de atribución, que entendemos es el subjetivo (art. 1724 CCCN), a título de culpa o de dolo, nos parece interesante resaltar, por un lado, la regla del art. 1725 CCCN a la hora de evaluar la conducta del cónyuge infiel: “Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes”.

Por otro, también estimamos relevante el nuevo concepto legal de dolo, que surge del mentado art. 1724: El mismo no solo se configura cuando por la producción de un daño de manera intencional, sino cuando la conducta del autor exhibe una *manifiesta indiferencia* por los intereses ajenos.

El ordenamiento jurídico no puede amparar la mala fe y quien traiciona la confianza del cónyuge y/o lo expone a la vergüenza pública, o quien destruye con su accionar el proyecto de vida en común, no puede escudarse en una pretendida conducta justificada como ejercicio de un derecho. (arts. 9 y 10 CCCN).

Para que quede claro, dijimos más arriba que la infidelidad, en el régimen del CCCN *puede* ser causa del deber de reparar. En todos los casos se dará una traición a la confianza del cónyuge, pero si ello ocurre además exponiendo al mismo a la vergüenza pública, produciéndole un daño psicológico comprobable, ello generará un deber de reparar. No lo será, por ejemplo, si el otro cónyuge acepta o perdona las relaciones extramaritales de su pareja.

Por lo expuesto -y sin citar el obvio caso de lesiones físicas- a pesar que el CCCN establece solamente un deber de “fidelidad moral”, y que la violación a dicho deber no tiene sanción expresa, tal conducta es “antijurídica” en los términos del Art. 1717 citado y debe ser reparada a tenor del Art. 1716. Lo mismo ocurriría ante la violación del deber de “convivencia”. Tampoco existe sanción expresa ante su violación (el abandono de la convivencia sería el supuesto) pero también resultaría antijurídica. ¿Puede afirmarse que una infidelidad o un abandono subrepticio del hogar conyugal no causa un daño psicológico y moral a quien lo padece?

c) Valoración de conductas para la fijación de compensaciones económicas

El CCCN, siguiendo al derecho francés y español, incorpora las compensaciones económicas, consistentes en un pago único de una suma de dinero o una renta periódica, tendiente a morigerar el desequilibrio económico que el divorcio le provoque a uno de los cónyuges.

Cabe destacar que la compensación tiene una naturaleza jurídica distinta de la prestación alimentaria y que en el derecho comparado tiene plazo cierto de extinción fijado por el juez. La prestación tiene como objetivo reestablecer una igualdad patrimonial en tanto los alimentos tienen naturaleza asistencial (recuérdense los Arts. 208, 209 del Cód. Civ.) incluso, sancionatoria.(recuérdese el Art. 207 del Cód. Civ.)

El art. 442 del CPPCN introduce una serie de parámetros que el Juez debe tener en cuenta al momento de fijar la compensación económica, por supuesto teniendo en cuenta las

pretensiones introducidas en la demanda en las que se las solicite y en el modo que quede trabada la litis.

Destacamos algunas de las pautas enumeradas por la norma:

- El juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de “diversas circunstancias”

- Debe valorar la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio

- Debe valorar la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

No tenemos dudas que cuando el artículo establece que el Juez deberá tener en cuenta las cuestiones citadas, ello habilitará la discusión sobre culpas, conductas, y actitudes de los cónyuges durante la vida marital.

La “culpa” que se ha eliminado como causal de divorcio en el CCCN, permanecerá en discusión al momento de fijar compensaciones económicas.

Si tales conductas (entre ellas, el trato deferido al cónyuge, o si han existido daños por violación de deberes derivados del matrimonio, abandonos, destratos, infidelidades, agresiones, etc.) deben ser tenidas en cuenta a fin de fijar una compensación económica, ello abona lo que venimos esbozando: también deben valorarse a efectos de fijar una indemnización en concepto de daños.

3. Conclusiones

Advertimos lo polémico de las afirmaciones expuestas, existiendo un esquema de divorcio sin imputación de culpas, pero reiteramos: una cosa es el trámite procesal de divorcio incausado, expedito, express, o como se prefiera calificarlo, en el cual no se requiere imputar culpas, con el cual estamos en un todo de acuerdo. Y otra cosa muy distinta es que en un juicio ordinario posterior, se pueda plantear que la conducta de uno de los cónyuges ha sido antijurídica y éste deba una indemnización a quien la padeció.

No vemos obstáculo legal a ello ni en el orden nacional ni en el orden constitucional-convencional.

Sin dudas la futura jurisprudencia irá zanjando estas inquietudes que de momento, son meras especulaciones teóricas

~~

Los colegas: La relación cotidiana necesaria con ellos, ¿es placentera?

Por Sonia Cesio¹

El recorrido a través del crecimiento y la educación nos hace transitar por caminos que van desde los ámbitos más primarios: la escuela primaria con los compañeros de grado y del barrio (en algunos casos); posteriormente la secundaria y al mismo tiempo que el advenimiento de la adolescencia con lo cual vivenciamos un estado de conmoción externa e interna. Finalmente (un gran porcentaje de personas) llegamos a la universidad.

Desde que registramos a los otros chicos como pares (incluyendo a los hermanos aunque sean de diferente edad) e interactuamos con ellos, vamos adquiriendo huellas (recuerdos) de los diferentes tipos de relación. A la mayoría de esas circunstancias se las recuerda, tanto con gusto o disgusto. Hay otras que las olvidamos, que no las tenemos en la conciencia y son aquellas, que en su momento tuvieron una connotación penosa. Esas son las que dejan huellas que marcan nuestro estilo relacional, sobre todo, cuando es de modo conflictivo.

A lo largo del desarrollo infantil hasta el adulto, vamos desarrollando nuestra mente con la impronta personal y relacional de los más variados estilos.

Quedan en nuestra mente y moldean la conducta, el trato con los hermanos y la intervención de los padres en tal efecto; la actitud de maestros y profesores; nos unimos afectivamente a ciertos compañeros y rechazamos otros; elegimos temas que nos resultan favoritos y buscamos autores varios que con el devenir de los años nos van alimentan los ideales. Esos ideales los proyectamos primero en personajes que completan ese perfil, al que aspiramos llegar más adelante en la vida.

Cuando llega el turno de trazar el propio camino lo hacemos a partir de esos ideales (que a veces se logran y otras no) y junto con la realización del deseo, buscamos el placer que nos depara el alcance de la meta propuesta.

Cada formación educativa que realizamos nos proporciona ciertas responsabilidades: a mayor formación académica, más responsabilidad porque también aumenta la exigencia.

El recorrido universitario, además de proveernos de conocimientos específicos (de acuerdo a la carrera elegida) debería otorgarnos más autonomía tanto para trabajar, como para elegir el camino a seguir y el enriquecimiento correspondiente al mismo. Estamos en condiciones de darle forma a ese futuro al cual queremos llegar, pertenecer, y ser.

¹ Psicóloga, Egresada de la Universidad J. F. Kennedy en 1978. Docente de la Fundación Cijuso. Propietaria del portal de salud mental EnigmaPsi.com (ISSN 1853-1849). Docente de nivel terciario y universitario de larga trayectoria. Profesora adjunta de Psicología Evolutiva en la Universidad Abierta Interamericana. Profesora adjunta de Psicología Evolutiva en la Universidad Nacional de La Matanza. Realiza talleres presenciales sobre "Psicología para Abogados" y "Violencia: de género, intrafamiliar y hacia los niños".

La relación con los grupos universitarios, con los profesores; con los contenidos apreñados con la información pertinente a la carrera elegida; práctica cotidiana de la praxis elegida, se convierte paulatinamente en un rasgo identificatorio. Por eso decimos (en español) “soy”: soy abogado, soy psicólogo, soy médico, etc.

En las diversas disciplinas encontramos las referencias a la identidad profesional personal, de ciertos grupos de pertenencia; nacional, internacional, etc.

Recordemos que, etimológicamente, el vocablo identidad proviene del latín “identitas”, ídem, lo mismo, calidad de idéntico.

El documento de identidad de un individuo aparece como rasgo identificatorio incluyendo las marcas del nombre y apellido.

En lo jurídico se intenta determinar la identidad de la persona, o sea, si existe o no igualdad entre el sujeto real y el sujeto jurídico.

El criterio relativo a “pertenecer” a la institución elegida: del derecho, de la salud, de la economía, de la psicología, etc.; implica el estar y hacer con otros específicos: los pares profesionales, los **colegas**.

Compartimos con los colegas aquellas afinidades, diferencias, y demás rasgos distintivos que componen a las distintas instituciones.

También dentro de los grupos profesionales buscamos (y encontramos) maestros y lugares idealizados (adonde queremos llegar). En la mayoría de los casos, el horizonte se nos plantea como la meta a alcanzar a la par de los otros que recorren la misma senda.

La relación con los colegas

La relación con los colegas es necesaria y nos da asignación en un grupo (el grupo profesional del que se trate). Sin colegas y sin integración en dichos grupos quedamos en un margen peligroso: el aislamiento es amenazador.

Para dimensionar el tema a desarrollar, agrego una interesante frase de Sigmund Freud citada por J. Kollbrunner² “Un íntimo amigo y un odiado enemigo han sido siempre necesidades imprescindibles de mi vida sentimental y siempre he sabido procurármelos de nuevo. No pocas veces quedé reconstituido tan completamente este ideal infantil, que amigo y enemigo (a veces) coincidieran en la misma persona”.

Los mecanismos psíquicos que intervienen en el vínculo que se establece con los colegas plantean dificultades y cierta complejidad. La misma deriva del complejo de Edipo y del complejo fraterno, que a su vez, da lugar al nacimiento de la hermandad, según investigó y conceptualizó Luis Kancyper³. Nos dice que la hermandad tiene que ver con “ese que acompaña en la angustia y en los dolores del amor y de la familia...ese con quien la confraternidad es solidaria...ese es el amigo...La amistad es una relación de hermandad elegida, no impuesta por lazos consanguíneos”.

² Kollbrunner, Jürg. En “Freud Enfermo” Cap 6 Pág 108 - Ed Herder (2001).

³ Kancyper, Luis. - El Complejo Fraterno - Publicado en:

<http://www.psiconotas.com/luis-kancyper-complejo-fraterno.html>

“Una hermandad elegida” <http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-149923-2010-07-22.html>

El colega es un par (que puede devenir amigo o no); y está en la misma línea de filiación profesional, existiendo naturalmente, diferentes categorías.

Por lo tanto, esa interacción entre los integrantes de la sociedad profesional despierta sentimientos de: envidia y celos; competencia, rivalidad y solidaridad.

Esos estados afectivos irrumpen primariamente entre los hermanos. El referente paterno se desplaza a la autoridad pertinente (las categorías de la institución del derecho) que establece reglas, estimula la solidaridad, regula la competencia.

Siguiendo al mismo autor, tomo otra cita: “La amistad puede instrumentarse como otra vía para la evaluación y procesamiento de las dinámicas narcisista y edípica. Entre estas tres estructuras se trama una combinatoria original y singular que determina la irrepetible identidad de cada sujeto”⁴.

En el ámbito personal hay una derivación del complejo de Edipo (según lo describe S. Freud). Donde el padre establece la ley, y se renuncia al deseo infantil para esperar a la vida adulta donde cumplir los deseos y las aspiraciones. De las “Conferencias de introducción al psicoanálisis”⁵ tomo el siguiente párrafo: “El chico puede tomar a la hermana como objeto de amor en sustitución de la madre...Una niña encuentra en el hermano mayor un sustituto del padre, quien ya no se ocupa de ella con la ternura de los primeros años, o toma a un hermanito menor como sustituto del bebé que en vano deseó del padre... Entre varios hermanos que compiten por una hermanita más pequeña ya se presentan las situaciones de rivalidad hostil que cobrarán significación más tarde en la vida”.

Así que el componente de la rivalidad y los celos forman parte de los momentos más primarios de la vida. Estos sentimientos pueden colaborar en la elaboración del complejo de Edipo y del narcisismo. Pero, también puede operar como función defensiva de angustias y sentimientos hostiles.

“Con frecuencia, los mismos padres provocan falsos enlaces entre los complejos materno y paterno...Son conflictos que actúan sobre el complejo fraterno, y promueven (de modo inconsciente, no sabido) las competencias hostiles entre los hijos. De esta manera, dificultan la posibilidad de que los hermanos construyan lazos solidarios de confraternidad...Cuando el sujeto que permanece fijado a traumas fraternos no logra una adecuada superación de la conflictiva y permanece atado a una atormentada rivalidad con sus semejantes”. L. Kancyper ⁶

En la relación entre los colegas sucede algo similar: cuando se transita el camino inicial en el ámbito profesional, es necesario adquirir experiencia y “pagar derecho de piso”. Posteriormente, obteniendo madurez y capacitación se va modificando la praxis y la relación con los colegas, hasta llegar a ‘cumplir los deseos y las aspiraciones’ en este caso, del orden de la profesión de abogado/a.

⁴ Ídem nota anterior.

⁵ Freud, Sigmund - “Conferencias de introducción al psicoanálisis” (1916) - Psicología de las masas y análisis del yo. (1921) OC - Amorrortu Ed - 2006

⁶ Kancyper, op. cit.

Del Complejo de Edipo derivan la hostilidad y ternura: en la vida adulta recreamos con ese germen nuestra vida relacional: poniendo más o menos ternura, y del mismo modo con la hostilidad.

La hostilidad, especialmente en el ámbito profesional del abogado, debería transformarse en la rivalidad necesaria en función del progreso, de escalar posiciones, de dar ejemplo (entre otros). Pero la gama de la variedad relacional entre colegas, es amplia.

Vuelvo a citar a S. Freud desde el texto "Psicología de las Masas y análisis del yo"⁷ cuando dice: "Con la llegada de un nuevo hijo a la familia, el hermano mayor se siente relegado y perjudicado por la envidia que le despierta la presencia de ese recién llegado que centraliza la atención. Siente intensos celos; razón por la cual quisiera desalojarlo del amor de los padres y denegarle todos sus derechos...Con el desarrollo y la evolución se neutralizan esos conflictos....Así que en la vida anímica individual aparece integrado efectivamente 'el otro' como modelo, objeto, auxiliar o adversario, y de este modo la psicología individual es al mismo tiempo y desde el principio, psicología social."

Entiendo que es un dato a tener en cuenta para verificar desde cual lugar subjetivo estamos posicionados, en el ámbito profesional:

- a) podemos quedarnos en un margen, con tendencia al aislamiento;
- b) podemos ocupar el centro de la escena, con una intensidad narcisista notable (involuntariamente, sin percatarnos de ello);
- c) podemos integrar al otro como un adversario frente al que tenemos recursos con los que lidiar (similar al momento aquel de la llegada del hermanito/a).

Otro elemento para incluir es: **la condición del "nosotros"** que implica precisamente, tener al otro en nosotros. Ese otro, sea el hermano/a, compañero de juegos, de aventuras, de sufrimientos, de sometimientos, etc. integra la dinámica psíquica, aún antes de establecer vínculos con el/ella. Queda una 'huella' en el psiquismo, y opera desde allí.

Esa condición de 'nosotros' la vamos a reproducir en ámbito de los pares y en la vida profesional. Con las otras personas, se conforma un 'nosotros' que corresponde a la experiencia de sentirse formando parte de algo más que un individuo dentro de un conjunto de individuos.

Vale detallar que la cultura es sinónimo de civilización: está ligada al momento en que el ser humano se organiza en "comunidad" y ese es el espacio donde se instala con su singularidad; busca satisfacer las necesidades, establecer interacciones, y aspira a la regulación de sus vínculos con cierta reciprocidad y solidaridad entre la propia persona y los demás.

Por eso en la cultura hay reglas y normas formalizadas jurídicamente, que regulan las relaciones entre los miembros del grupo ampliado cuyo objetivo es establecer una relación posible y enriquecedora entre sus integrantes.

De dichas normas deriva la socialización, la educación; el establecimiento de cierto control de las pretensiones narcisistas dando lugar a la posibilidad de compartir y ser solidario

⁷ Freud, op. cit.

(entre otras características). En la medida en que se amplía la interdependencia entre el sujeto y los otros, es más estimulante y saludable el nivel de autoestima.

En el ámbito familiar y en la relación entre hermanos se impone la necesidad de un trato igualitario para todos, para que no existan preferidos, como modo de evitar el ejercicio excesivo de la rivalidad entre ellos por la obtención del amor de los padres.

La hostilidad que despierta el que posee "algún privilegio" lleva a los hermanos a reforzar defensivamente el espíritu comunitario impidiendo de este modo, que alguien en particular se destaque y de este modo, ser iguales entre sí. También puede aumentar la rivalidad de tal modo, que atenta contra la hermandad. Si el conflicto se mantiene, dichas conductas se desplegarán posteriormente en el mundo externo como rasgo de carácter.

Mauricio Abadi⁸, psicoanalista argentino, investigó sobre las sociedades secretas. Sostiene que los incluidos preservan "algo" valioso que creen poseer, y proyectan hacia el afuera lo que sienten como peligroso, en un intento de negarlo, de expulsarlo.

Así, la culpa colectiva por detentar un privilegio que no se quiere compartir, provoca el deseo de "los de afuera", de robarles esa 'posesión'.

El malestar en las instituciones se trata de elaborar a través de que los miembros compartan actividades por ej.: los congresos, simposios, jornadas, etc., cuya convocatoria promueve una tarea en particular.

El trabajo cotidiano es lo que agrupa y al mismo tiempo, altera las relaciones entre los miembros de ese grupo (aparecen las diferencias, las asociaciones, oposiciones, etc.). Es la dificultad de elaboración de ciertas vivencias, afectos e impulsos que predominan los que provocan una seria oposición en algunos de sus miembros por la imposibilidad de compartir las modalidades diferentes.

Siguiendo con "Psicología de las masas..."⁹ Freud sostiene que en las cofradías, por las disputas entre sus miembros, la ambivalencia está menos reprimida que en una relación íntima y prolongada entre dos personas....Mediante el 'narcisismo de la pequeñas diferencias' se logra descargar la inclinación agresiva hacia afuera del grupo para mantener su cohesión. Esta agresión utilizada en el enfrentamiento puede ser hostil, violenta, perjudicial o cruel; puede ser vivida como injusta, injuriosa, ofensiva o agravante; puede estar al servicio de la rivalidad o la competencia".

Agrego que también hay asociaciones exitosas, aunque la duración en el transcurrir del tiempo, sea variable.

Cuando por algún motivo se desdibuja la realidad o se pierde la cohesión, se manifiesta en los miembros (de un grupo, institución, empresa, etc.) la demanda narcisista del contacto con los otros miembros del grupo. Esto produce como consecuencia una paradoja, ya sea de un integrante, un grupo de miembros o la institución en su conjunto: se agrandan las pequeñas diferencias; lo que lleva a perder progresivamente el sentimiento de fraternidad, y disminuyen los intereses comunes que desarrollaron la camaradería y la solidaridad.

⁸ Abadi, Mauricio - "El grupo psicoanalítico como sociedad secreta" - Rev de Psicoanálisis. Vol XVI, Nº4. Asociación Psicoanalítica Argentina. (1959)

⁹ Freud, op. cit.

De ahí en más la divergencia con las propias ideas o intereses es vivida como una crítica que obliga a desarrollar una conducta alternativa. Aparecen: el rumor, el secreto, el perjuicio a otro colega, el desprecio por su obra y en los casos extremos, la intolerancia o la más completa aversión.

Jean Rivière¹⁰, citando a Melanie Klein, dice que “en ocasiones, el éxito es vivido como un triunfo sobre el oponente, en vistas a ocupar su lugar. Pero, una vez satisfecha la pretensión aparece otro fenómeno: quedar expuesto ante los demás. Se reinstala entonces, la inseguridad que se pretendía encubrir. La rivalidad genera sufrimiento y disgusto en las personas hacia las cuales se dirige la hostilidad”

Si en el grupo se desarrolla la camaradería y familiaridad, la reciprocidad en el trato entre pares permitiría hacer más soportable las “flaquezas”. Solamente así se puede dejar de actuar como un niño para convertirse en un miembro de la comunidad social adulta.

El grupo de pertenencia es aquél donde el deseo de tener o el temor de perder un lugar determinado, puede circular con una intensidad relativa y es tolerado por la persona. Ello da la posibilidad de ocupar un lugar en ese grupo, desplegar una función de acuerdo a las propias capacidades, reconocer las diferencias, y acceder a niveles mayores de integración.

Conviene recordar que la amistad, la solidaridad, la reciprocidad son las variantes tiernas (y desexualizadas) del amor. La generosidad y la creatividad tienen una relación directa con el otro y posibilita hacer intercambios. La finalidad libidinal es el sostén de esos vínculos en la estructura relacional.

Facilitará entonces el desarrollo de otros procesos derivados: la posibilidad de progresar en el rubro elegido, el respeto por las jerarquías, por las diferencias de capacitación, por el rol que cada uno ocupa dentro de la institución, y da lugar a otro fenómeno emocional: el apuntalamiento, como sostén de la propia estructura. Este concepto es desarrollado y analizado en su complejidad por René Kaës¹¹ (psicoanalista francés). Este autor sostiene que el apuntalamiento es sostén y regulador de los fenómenos que impactan tanto en la psiquis, en el cuerpo, en el grupo y en la cultura.

~~

¹⁰ Rivière, Jean - "Rivalidad", en Amor, odio y reparación de M Klein. O C - Paidós - 1976.

¹¹ Kaës, René - "Apuntalamiento y estructuración del psiquismo" - Traducción de un artículo editado en la revista francesa Conexiones. Título original: "Etayage et structuration du Psychisme". Connexions, N° 44, 1984, René Kaës (1984).

Derecho del Consumidor

Responsabilidad del acreedor en el endeudamiento de consumidores, principio de buena fe y deber de prevención en el Código Civil y Comercial

Por Jorge Oscar Rossi¹

1. Introducción

Una de las más interesantes innovaciones del Código Civil y Comercial (CCC) es la incorporación de una serie de preceptos destinados a regular la llamada función preventiva de la responsabilidad civil.

En el presente artículo la analizaremos, centrándonos en el deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores".

Utilizamos la expresión "oferta a consumidores" en un sentido amplio, comprensivo tanto de publicidad, información y oferta propiamente dicha, en los términos de los arts. 8, 4 y 7 de la ley 24.240, de Defensa de los Consumidores (en adelante, LDC).

En cuanto a la expresión crédito, abarcamos con la misma tanto a la financiación otorgada por el potencial vendedor como por un tercero.

2. El principio de buena fe y el deber de prevención

Dispone el art. 9 del CCC que *"Los derechos deben ser ejercidos de buena fe."* Se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto que

*"Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, **tuvieron un proceso histórico de generalización creciente.** Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y **finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.***

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone su inclusión en el Título Preliminar."²

¹ Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios", Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Director de Capacitación a Distancia y docente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Autor, entre otras publicaciones, de "Responsabilidad Civil & Daños", Ediciones D&D, segunda edición, año 2009. En la actualidad, se encuentra en prensa la tercera edición de esta obra.

² Fundamentos, pág. 17, la negrita es nuestra. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Asimismo, "se propone que la buena fe **sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos**, lo que **luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos.**"³

Respecto de las "reglas específicas", y en lo que hace a nuestro tema, el art. 1710 inc. b impone el deber de "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud..."

Volviendo a la buena fe como **principio general aplicable al ejercicio de los derechos**, cabe señalar que el CCC no nos brinda una definición de "buena fe".

Por nuestra parte, consideramos que la buena fe **como principio general aplicable al ejercicio de los derechos**, consiste en **ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.**

Cuando hablamos de ejercicio "diligente", nos referimos a un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar. Por ejemplo, es el comportamiento "cuidadoso y previsor" que exige, en materia contractual, el ya art. 961 CCC.

Construimos esta noción, por oposición a la de culpa, contenida ahora en el art. 1724 CCC: "La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión".

Es decir, el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos.

Como mencionamos más arriba, el art. 1710 CCC prescribe que "Toda persona tiene el **deber**, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) **adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud**; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo."

Obviamente, el obrar doloso también es carente de buena fe. Al respecto, aprovechamos para señalar que en el CCC el dolo no consiste solamente en la "producción de un daño de manera intencional", sino que alcanza para su configuración la "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1724 CCC).

Respecto del transcripto art. 1710, se expresa en los Fundamentos que "(e)l artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (artículo 1585). Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) **en cuanto dependa de ella**, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre **en su esfera de control**, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que **obra de buena fe**, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el **derecho al reembolso** del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa..."⁴

³ Fundamentos, pág. 18, la negrita es nuestra.

⁴ Página 177 de los Fundamentos del Proyecto, la negrita es nuestra.

A continuación, nos ocuparemos de la llamada “función preventiva” de la responsabilidad civil, a través de una herramienta que incorpora el CCC: La acción preventiva.

3. La acción preventiva

*“La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) **no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.**”⁵*

En el CCC, la acción preventiva quedó regulada de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 1711.- **Acción preventiva.** La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”*

En otras palabras, **como lo que se busca es evitar un posible daño, en lugar de condenar a alguien a repararlo**, lo que se busca es **obligar a alguien a tomar medidas para prevenirlo**. Por ello, no es relevante acreditar la existencia de un factor de atribución, ni subjetivo (dolo, culpa), ni objetivo (asunción de riesgo, garantía, solidaridad, etc.) imputable al sujeto cuya conducta o cuyas cosas son potencialmente dañosas.

Destacamos lo anterior, no es relevante acreditar la existencia de un factor de atribución, lo que no significa que el demandado no haya obrado con culpa o dolo.

La aparente contradicción se explica porque, estrictamente, no existiendo todavía daño, no puede haber factor de atribución, pues, **de acuerdo a la terminología** adoptada por el CCC, los factores de atribución, son factores de atribución *de un daño* (conf. art. 1721).

Es que, en la terminología adoptada por el CCC, el factor de atribución es un **factor de imputación del deber de reparar** un daño. Por eso, en la acción preventiva no se exige la existencia de este requisito.

La culpa y el dolo son factores de atribución del deber de reparar, pero, además, la conducta culposa o dolosa puede infringir el deber de prevención y el principio de buena fe. Dicho de otra manera, dolo y culpa (y la asunción de riesgo por garantía, o por haber creado la cosa o realizar la actividad riesgosa) **no son sólo factores de atribución**. Cuando una norma, como el art. 1711 CCC, prescribe que no se exige factor de atribución eso no implica que no se tenga en cuenta el eventual dolo o culpa del legitimado pasivo o, para decirlo de otra manera, eso no implica que no se evalúe la conducta o la existencia de riesgo asumible por el legitimado pasivo⁶.

⁵ Fundamentos del Proyecto, pág. 177, la negrita y el subrayado es nuestro.

⁶ En nuestra opinión, la expresión “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” del art. 1711 está de más, porque el artículo no se ocupa de un tema resarcitorio.

De hecho, una conducta negligente es una omisión antijurídica y una conducta imprudente es una acción antijurídica que habilita el ejercicio de la acción preventiva, siempre que se demuestre que dicha conducta probablemente cause un daño.

Siguiendo la letra del art. 1711 CCC, para la procedencia de la acción o de la medida preventiva se requiere:

1) *“una acción u omisión antijurídica”, esto es, una acción u omisión que previsiblemente cause un “daño no justificado” (conf. art. 1710 inc. a). Más allá de la redacción legal, que juzgamos confusa⁷, entendemos que se trata de una acción u omisión que no constituya el ejercicio de buena fe de un derecho (arg. a contrario art. 9 CCC) Por lo tanto, podría tratarse del ejercicio abusivo de un derecho (art. 10 CCC, y una de sus especies, las cláusulas abusivas, vgr. arts. 988 y 1119 CCC), o de una situación jurídica abusiva (arts. 10 y 1120 CCC), o del abuso de una posición dominante en el mercado (art. 11 CCC), o de una concreta infracción a una norma jurídica (vgr. incumplimiento del deber de información consagrado en los arts. 42 de la Constitución Nacional, 1100 CCC y 4 de la ley 24.240)*

2) *que dicha acción u omisión haga previsible la futura producción, agravamiento o reiteración de un daño, es decir, que exista una relación causal, dada por la probabilidad de que la acción u omisión produzca tal resultado (arg. conf. art. 1726 CCC).*

3) *Por último, que el resultado previsible sea un daño, es decir la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (conf. art. 1737 CCC), o su reiteración o agravamiento.*

Siguiendo con el tema, en materia de acción preventiva, de lo que se trata es de evitar el daño y por eso, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos.

Así lo dispone el art. 1713:

ARTÍCULO 1713.- Sentencia. *La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”*

En cuanto a la legitimación activa, el art. 1712 prescribe que *“Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.”*

Por otro lado, el legitimado pasivo sería aquella persona que, en el caso concreto, tiene el deber de evitar causar un daño injustificado (conf. art. 1710). En un ejemplo sencillo, si una pared amenaza derrumbarse, el legitimado pasivo sería el dueño y, eventualmente, el guardián de la misma, **pues la pared se encuentra dentro de su “esfera de control”**, usando las palabras de los Fundamentos del Proyecto.

⁷ En nuestra opinión, o hay daño o no lo hay. El daño “justificado” no es resarcible, en rigor, no es daño. Si lo hay, debe repararse. El agresor que resulta herido o muerto en virtud de la legítima defensa del agredido no tiene derecho a ninguna reparación, pues su conducta agresiva exime de responsabilidad al agredido (conf. art. 1719, primer párrafo y 1729 CCC) o, dicho de otra forma, el agredido se limitó a ejercer su derecho a defenderse (conf. art. 1718 inc. b). El tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre perjuicios puede reclamar indemnización, porque él sí sufre una afectación en un derecho.

El juez, **aún de oficio** (conf. art. 1713), puede disponer que ellos reparen o apuntalen la pared (obligación de hacer, conf. art. 1713), a fin de evitar posibles daños.

Obviamente, el campo de aplicación de esta acción es más amplio que la protección de derechos patrimoniales. Puede utilizarse también, a fin de prevenir daños contra derechos personalísimos (vgr. salud, honor, etc.) o derechos de incidencia colectiva (vgr. protección del ambiente).

La **acción preventiva** podrá ejercerse **mediante un proceso autónomo** cuya finalidad es únicamente la prevención (conf. Fundamentos, pagina 177), o **como parte de un proceso de daños y perjuicios**, por ejemplo, a fin de evitar el agravamiento de un daño.

4. La medida preventiva

Como expresáramos, el art. 1713 faculta al juez para que, aún de oficio, ordene la realización de *obligaciones de dar, hacer o no hacer destinadas a prevenir la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Además, el art. 1710 prescribe que "toda persona" tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño.*

5. El deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores"

Como todos sabemos, vivimos en una sociedad de consumo masificado de bienes y servicios que es, al mismo tiempo, una "sociedad de crédito", en el sentido de que una gran cantidad de tales adquisiciones de bienes y servicios se hacen posible a través de la creación de obligaciones de dinero o de valor de ejecución diferida y tracto periódico o fraccionado.

Existen técnicas de comercialización de bienes y servicios (vgr. paquetes turísticos, préstamos personales, entrega de tarjetas de crédito, adquisición de planes de "tiempo compartido", paquetes "premium" de televisión por cable, etc.) que apuntan a una "contratación irreflexiva" de parte de los consumidores, que podríamos ejemplificar y simplificar con la frase: "disfrute ahora, pague después".

*El tema no es nuevo, ni en el mundo ni en nuestro país. Por dar un ejemplo, ya expresaba Alterini en 1996: "El otorgamiento de crédito coloca a la entidad financiera en situación de **llegar a ser responsable tanto cuando lo concede abusivamente, creando "una apariencia de solvencia inexistente en el deudor", como cuando lo cancela y "priva al cliente de sus posibilidades financieras"** (I Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 1983)."⁸*

A los fines de este trabajo, nos quedaremos con una de las cuestiones mencionadas por Alterini en el párrafo transcripto: La posible responsabilidad por "concesión abusiva de crédito".

⁸ Alterini, Ameal y López Cabana, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Editorial Abeledo Perrot, 1° reimpresión, 1996, pág. 836, la negrita es nuestra.

Se trata de una conducta por parte de los futuros acreedores que puede infringir las prescripciones del art. 1710 y hacer previsible la producción de un daño (ver art. 1711 CCC) a los potenciales deudores, al inducirlos a un endeudamiento excesivo, por ejemplo.

Como se sabe, la publicidad, más que informar, busca **inducir** una conducta.

Las técnicas de "captación de clientes" son cada día más refinadas y se valen de la Psicología, la Sociología y la Estadística para lograr sus objetivos.

Basta observar la publicidad que hoy día realizan en nuestro país los distintos empresarios o grupos empresariales para notar que la misma gira en torno a crear en el público -receptor- la sensación de que la opción "**hacer o no hacer el contrato**" (por ejemplo, tener una tarjeta de crédito, un teléfono celular, una cobertura médica prepaga, un seguro de retiro, televisión por cable o satélite, un "infalible y garantizado" remedio para bajar de peso en dos semanas, **un préstamo para comprarse un auto o para "hacer un viaje"**, un "tiempo compartido", la tarjeta "sumapuntos" exclusiva de algún hipermercado, etc.); equivale a "**estar dentro o fuera del Sistema**". Se busca generar **temor** por estar "fuera del Sistema" y, simultáneamente, **deseo** por ingresar al mismo y verse finalmente protegido, tranquilo y feliz. Se promocionan prestaciones de altísima calidad y eficacia junto con un servicio profesional, experimentado y humano.

Luego, cuando el receptor de la publicidad celebra el contrato, suele descubrir, con mucha frecuencia, que la realidad dista mucho de lo que se mostraba en la propaganda. Así pues, vemos que la "información" brindada por medio de la publicidad, **no suele coincidir con las prestaciones a las que el empresario se obliga realmente, de acuerdo al contenido del contrato**. De pronto aparecen "documentos anexos" y cláusulas de exclusión discrecional de prestaciones, cambio de las mismas y limitación de la responsabilidad del empresario. Eso es lo que figura en el contenido del contrato.

Respecto del deber de **información** y la **publicidad**, la LDC establece, con relación al primer aspecto, lo siguiente:

*“**ARTICULO 4º** — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.*

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.”

El artículo es una regulación del derecho a una "*información adecuada y veraz*" garantizado por el art. 42 de la Constitución Nacional. **Este derecho es fundamental, entre otras razones, para posibilitar otra garantía constitucional con la que cuentan los consumidores que es la "libertad de elección"**, también contemplada en el citado art. 42.

El CCC contiene un precepto similar en el art. 1100:

ARTICULO 1100.- Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En cuanto a la publicidad formulada por los proveedores, la LDC establece que "*las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de*

difusión obligan al oferente y **se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor** " (art. 8).

Esta disposición legal sienta el principio por el cual la publicidad será tomada como parte integrante de la oferta y su contenido como parte del contrato, una vez celebrado.

El CCC contiene un precepto similar en el art. 1103:

ARTICULO 1103.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Tengamos en cuenta que si el proveedor transgrede el deber de información previo a la celebración del contrato (art. 4 LDC, 1100 CCC), el consumidor tiene el derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. (arg. conf. art. 37, LDC)

6. Otras disposiciones en materia de publicidad

Dentro de la regulación de **los contratos de consumo** (arts. 1092 a 1122), el CCC, además del art. 1103 antes mencionado, adopta estas pautas:

ARTICULO 1101.- Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:

*a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan **o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;***

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

La LDC no contiene una disposición similar. En cambio, el precedente texto guarda similitudes con el art. 5° de la ley 22.802, de Lealtad Comercial:

ARTICULO 5º — *Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que **pueda inducir a error, engaño o confusión**, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción.*

También tiene similitudes con el art. 72 de la ley 26.522 (SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL), el que establece ciertas pautas **en materia de publicidad**, prohibiendo la llamada publicidad "subliminal" (inc. f) y aquellas prácticas que puedan inducir confusión (inc. k) o que exploten la inexperiencia o credulidad de determinado público, como, por ejemplo, los niños (inc. h).

7. La acción preventiva para obtener el cese de "publicidad ilícita"

Además de la acción preventiva que mencionamos anteriormente, el CCC incorpora una herramienta de tutela preventiva en materia de publicidad:

*“ARTÍCULO 1102.- **Acciones.** Los consumidores **afectados** o quienes **resulten legalmente legitimados** pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.”*

En nuestra opinión, a efectos de despejar dudas en cuanto a la legitimación y cumplir cabalmente con la mencionada finalidad de tutela preventiva, hubiera sido mejor utilizar la expresión “Los consumidores cuyos intereses resulten **afectados o amenazados**”, similar a la del art. 52 LDC, en lugar de “Los consumidores **afectados**”, porque en este último caso puede interpretarse que para acreditar legitimación el consumidor debe demostrar una concreta afectación de su derecho.

Además, entendemos que la legitimación no puede ser menor que la que surge del art. 1713 CCC, pues esta acción regulada en el artículo 1102 no es más que un supuesto específico de la acción preventiva establecida en el art. 1711. Es impensable que el legislador haya pretendido restringir la legitimación en materia de Derecho del Consumo.

Tenemos entonces que la acción prevista en el art. 1102 tiene por objeto:

- a) La cesación de la publicidad ilícita
- b) La publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios
- c) En su caso, la publicación de la sentencia condenatoria, si el juez lo considera conveniente.

Ahora bien, cuando el CCC prescribe la *cesación de la publicidad ilícita*, cabe destacar que, por **publicidad ilícita** debe entenderse tanto los supuestos contemplados en el art. 1101 CCC como la infracción a normativa sobre publicidad que pudieran preverse en normas especiales, como, por ejemplo, las disposiciones del BCRA sobre “PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS”⁹ o, sin salir del CCC, las prescripciones en materia de publicidad referidas a “contratos bancarios con consumidores y usuarios”, entre las que puede mencionarse no solo el art. 1385 (referida a los “anuncios” que haga el banco a potenciales clientes – consumidores), sino el 1387 CCC, destinado a proporcionar herramientas para que el consumidor pueda comparar, dado que exige que **“Antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.”**

8. La oferta de créditos a tasas usurarias y la acción preventiva

⁹ COMUNICACIÓN “A” 5460, del Banco Central de la República Argentina, titulada “PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS-MODIFICACIONES”, fue emitida el 19 de julio y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de 2013. Posteriormente se añadieron otras Comunicaciones, por lo que, en la actualidad, el Texto Ordenado al 21/01/2016, incluye la Comunicación “A” 5891.

Para analizar otro supuesto de potencial utilización de la acción preventiva, utilizaremos como ejemplo un caso resuelto por Sala Primera del Tribunal Supremo de España, el 25 de noviembre de 2015¹⁰.

Usamos a propósito un caso de Derecho extranjero, por un lado por la concisión y contundencia de los argumentos del magistrado ponente, y por otro, porque los jueces españoles contaron con una herramienta legal "vieja", la Ley de 23 julio de 1908 de Represión de la Usura y, sin embargo, demostraron que cuando se quiere reparar una situación de injusticia, se puede hacer, aunque la normativa no esté totalmente adecuada a la realidad económica y social que nos toca vivir.

Concretamente, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España entendió que *“El carácter usurario del crédito "revolving" concedido por Banco Sygma al demandado conlleva su nulidad...”*, por lo que el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

Las partes se hallaban vinculadas por un contrato denominado de "préstamo personal revolving Mediatis Banco Sygma", consistente en un contrato de crédito que le permitía al cliente, ahora demandado, hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por Banco Sygma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), límite que, según se decía en el contrato, *“podrá ser modificado por Banco Sygma Hispania”*.

El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE (Tasa Anual Efectiva), y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

En julio de 2011 Banco Sygma presentó demanda de juicio ordinario contra el prestatario, en reclamación de 12.269,40 euros, que comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que recurrió en apelación el demandado, **rechazaron el carácter usurario de la operación de crédito, pues los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato.** También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para el mismo no suponía un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios en el contrato.

El demandado interpuso un recurso de casación basado en dos motivos, referidos, respectivamente, al carácter usurario de la operación crediticia por el tipo de interés remuneratorio fijado, y al carácter abusivo del interés de demora.

La Sala Primera del Tribunal Supremo de España, según los fundamentos del miembro ponente, Rafael Sarazá Jimena, destacó que el recurrente invocó como infringido el primer párrafo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, que establece: *« [s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»* .

¹⁰ FUENTE: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Supremo-anula-por-usurario-un-prestamo-al-consumo-al-24--de-interes>

Como se puede observar, dicho artículo es similar, aunque no igual, al precepto relativo al vicio de lesión subjetiva-objetiva contenido en el art. 954 de nuestro Código Civil derogado y en el 332 del actual Código Civil y Comercial. Además, el actual Código Civil y Comercial se ocupa de la cuestión en el art. 771, en cuanto a la facultad judicial de morigerar intereses cuando el resultado exceda "sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación".

Para el magistrado ponente, "(e)n el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. **La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es "notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso"**, y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como **"notablemente superior al normal del dinero"**. (la negrita es nuestra)

Pero, además, "(p)ara que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea « manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» .

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" **no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.**" (la negrita es nuestra)

Y llegando al meollo de la cuestión, el ponente lleva la argumentación a un siguiente nivel:

"Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, **no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.**" (la negrita es nuestra)

Nos detenemos en este punto: **La concesión irresponsable de préstamos al consumo no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.** Dicho de otra manera, se trata de una acción antijurídica.

En nuestro CCC, esta concesión, oferta u otorgamiento “irresponsable” de préstamos implica un ejercicio de derecho de mala fe (arg. contrario art. 9 CCC)

¿Y por qué es irresponsable la conducta?: Porque la justificación de los altos intereses aparece dada por el “**riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario**”.

En otras palabras, la conducta del Banco no constituye un ejercicio de buena fe de su derecho a comerciar, en este caso, a proponer un servicio financiero a potenciales consumidores, porque no actuó con la diligencia que cabe esperar de alguien que, por su especialización técnica, debiera obrar con un “standard agravado” de prudencia, tal como lo exige el art. 1725 CCC. Es más, hasta podría pensarse que dicha conducta, más que imprudente, implica una “*manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”, es decir, por los intereses de los potenciales tomadores de dichos préstamos (arg. art. 1724 CCC, in fine).

Por ende, vía la acción preventiva del art. 1711 CCC, se podría solicitar la cesación de esa conducta, a fin de evitar la producción de daño o su reiteración.

¿Quién podría solicitar la cesación de la conducta antijurídica?: El que se encuentre directamente afectado o amenazado por la conducta antijurídica, en casos de que solo se encuentre involucrado un interés individual heterogéneo y las asociaciones de consumidores, la autoridad de aplicación de la LDC, el Ministerio Público Fiscal, el Defensor del Pueblo de la Nación¹¹ y cualquier persona que demuestre capacidad de representación, si dicha conducta antijurídica afecta un derecho de incidencia colectiva (sea por afectación de intereses colectivos o de intereses individuales homogéneos).¹² Todo lo anterior surge de la amplia legitimación reconocida por el art. 1712 CCC y de los arts. 52 y 54 LDC. También el juez podría ordenarla, de oficio (arg. conf. art. 1713).

¹¹ De hecho, es bastante lógico pensar que las asociaciones de consumidores, la autoridad de aplicación de la LDC, el Ministerio Público Fiscal, o el Defensor del Pueblo de la Nación dispondrán de más tiempo y recursos técnicos y económicos que los particulares para analizar si determinada conducta es antijurídica y previsiblemente causará daños. En nuestro ejemplo, determinar la existencia de una operatoria de otorgamiento de créditos sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, donde simultáneamente el riesgo de los incobrables se traslade a los otros prestatarios, vía aplicación de tasas muy superiores a los normales requiere de una serie de investigaciones y análisis de notable complejidad.

¹² Aunque están reconocidos en el art. 43 de la Constitución Nacional y 14 inc. b del CCC, los derechos de incidencia colectiva no están definidos por dichas normas. Esa tarea fue acometida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien, a través de numerosos fallos, fue delimitando tres categorías de derechos: 1) individuales “propriadamente dichos”, 2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, 3) y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En este último caso, “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, **hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.** Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. **Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.**” (“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, CSJN, 24/02/09, la negrita es nuestra)

¿Cuándo se podría solicitar la cesación de la conducta antijurídica?: En el marco de un proceso autónomo o dentro de un juicio de daños y perjuicios, al iniciar demanda, o, por ejemplo, dentro de un juicio por cumplimiento de contrato, al contestar demanda.

¿Cuál será el efecto de la sentencia?: Como se dijo, disponer la cesación de la conducta antijurídica para evitar que cause daño o el agravamiento o la reiteración del mismo. En nuestro “ejemplo español”, ordenar el cese, por parte del Banco Sygma, de la operatoria de préstamos en las modalidades descritas en el caso llevado a juicio, a fin de no perjudicar a potenciales tomadores de dichos préstamos y modificar las condiciones de los préstamos ya otorgados con dichas modalidades. Al respecto, el art. 1713 CCC concede amplias facultades al juez, en relación a las medidas a tomar, al prescribir que estas pueden consistir en “obligaciones de dar, hacer o no hacer”, fijando como parámetros para los magistrados dos criterios:

1) Menor restricción posible de los derechos.

2) Medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Por ende, la medida a tomar no tiene porque ser, necesariamente, la nulidad del contrato o de la cláusula, sino que puede consistir en la adecuación del mismo. La finalidad, insistimos, es evitar daños.

9. Conclusión

A riesgo de sonar exagerados, pensamos que la introducción de la función preventiva de la responsabilidad en el CCC puede provocar un cambio cultural, a mediano o largo plazo, si los jueces aplican con decisión y creatividad los preceptos que examinamos en estas líneas.

En el caso del Derecho del Consumidor, la función preventiva puede contribuir a avanzar hacia una “relación de consumo sustentable”, con proveedores que se abstengan de crear o inducir falsas expectativas con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios y consumidores conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

~