

ISSN 3008-9271



VERBA

Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional
de Lomas de Zamora

Año 4 - Nº7
Noviembre 2024

VOCES
OPINIONES
COMENTARIOS

7



Universidad Nacional de Lomas de Zamora
Facultad de Derecho



VERBA

Verba es una publicación electrónica de distribución gratuita de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora que brinda un espacio a las distintas voces, opiniones y comentarios. Las opiniones expresadas en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Rector: Diego Molea

Decana: María Fernanda Vazquez

Diagramación y compilación: Secretaría de Investigación

ISSN 3008-9271

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Camino de Cintura y Juan XXIII, Lomas de Zamora (CP 1832)
provincia de Buenos Aires, Argentina.

ÍNDICE

OPINIONES

04

**Libertas non est summum bonum ad quod homo aspirat
(La libertad no es el bien supremo al que aspira el
hombre)**

Por Ricardo Germán Rincón

07

**Arte y derecho: Aportes para la construcción de un
marco teórico con perspectiva de género**

Por Andrea L. Gastron

VOCES

13

**¿Qué es la vulnerabilidad? ¿Cómo se abordan los casos
de justiciables vulnerables? ¿Qué implicancias conlleva
en el sistema de justicia penal?**

Por Federico Ferreri

18

Reflexiones sobre la educación en el nivel superior

Por Sergio Francisco Junevicius

COMENTARIOS

22

Las terceras categorías del daño: ¿una llave de escape?

Por Ignacio Lucas Segura y María Agustina Pardini

31

Autor material y autor intelectual ¿Cuál es el límite? Por

Gabriela Eugenia Topalian

Libertas non est summum bonum ad quod homo aspirat (La libertad no es el bien supremo al que aspira el hombre)

“...los tesoros que escondemos dentro de nosotros mismos son más grandes que los que podemos encontrar en la Tierra”
Shimon Peres



Por Ricardo Germán Rincón

Profesor de Historia (ISP Sáenz), Abogado (UNLZ), Especialista en Gestión y Política Universitaria (UNLZ).
Actual Subsecretario Académico Facultad de Derecho UNLZ.
Profesor Titular Ordinario del Taller de Doctrina y Jurisprudencia (carrera de abogacía UNLZ)

 4 min

Propósito

Asistimos en estos tiempos que corren a una exacerbación del uso del vocablo “libertad” por parte de actores políticos de la comunidad argentina. El uso indiscriminado y “liviano” de la idea de la libertad ha motivado las presentes disquisiciones que se comparten con el público sin ánimo de generalizar un debate sobre el tema y al simple efecto de sentar (y centrar) la posición filosófica que sustentamos.

Usos de la voz

Encontramos que la palabra “libertad” ha sido empleada en distintos momentos del derrotero intelectual de Occidente dando lugar a

diferentes interpretaciones. Podemos adelantar que sobre ella pesan dos representaciones posibles: a) como ausencia de restricciones y b) como facultad para obrar.

Evolución

Interrogándonos sobre su noción a lo largo del tiempo comenzaremos por la antigüedad. Vemos como para **Platón** la libertad es la consecuencia de la Verdad. Si consideramos lo expuesto en **La República** y luego en **Las Leyes** podemos ver cómo en su pensamiento se debe ordenar el comportamiento de los sujetos de acuerdo con el conocimiento racional de las ideas y ajustar los “medios a los fines” siendo el mejor gobierno posible el gobierno de los sabios.

Por su parte, **Aristóteles** se refiere a la cuestión en más de una de sus obras y considera, por un lado, a la libertad en cuanto atributo propio de los ciudadanos que les permite intervenir en la vida de la polis (**La Política**) y en tanto vehículo que le permite alcanzar el bien supremo que es la felicidad (**Ética a Nicómaco**). La libertad es así el atributo que le permite al sujeto adecuar su actuación a la razón.

Para los romanos, el ***status libertatis*** (estado de libertad) es uno de los tres estados a partir de los cuales se clasifica socialmente a un individuo. Encontramos dentro de este estado a los esclavos y a los libres, y entre éstos últimos podremos distinguir entre ingenuos y libertos según si la condición de libre se detentaba desde el nacimiento (ingenuos) o a partir de una manumisión (libertos). En **Cicerón** y en **Séneca** es posible encontrar alusiones a la idea de libertad relacionadas con la idea de legalidad y de orden. El primero de ellos afirmaba ***libertas in legibus consistit*** (la libertad consiste en leyes), mientras que para el segundo la libertad consiste en el gobierno de las pasiones y apetitos humanos, lo cual le permite al sujeto ser totalmente independiente frente a los golpes de la fortuna.

En la Edad Media, la idea de la libertad adquiere una categoría espiritual que permite relacionarla con la idea del “albedrío”. La libertad se transforma en un atributo personal de cada ser humano, una impresión en la criatura de la omnipotencia del Creador que lo vuelve, junto a la inteligencia, verdadera hechura a imagen y semejanza.

En **San Agustín** encontramos la noción de que la libertad es el camino por el cual el

“Hombre” es capaz de llegar a Dios entendido como **Bien Supremo**. De esta manera la libertad se convierte en un atributo de los seres humanos que les permite, por intercesión de la Gracia, volverse hacia Dios. Mientras tanto, en **Santo Tomás**, la libertad es entendida como una motivación que lleva a los hombres a actuar por sí mismos, animados por el Espíritu Santo en la búsqueda de mayor felicidad que es la recompensa de la vida eterna.

Iniciando los tiempos modernos, **Lutero** y **Erasmus de Rotterdam** sostendrán una polémica en la que la concepción sobre la libertad humana adquiere una gran centralidad. Mientras que para el reformista alemán las acciones de los hombres no influyen en su posibilidad de “salvarse” por lo que solamente la Gracia divina lo dispone, el humanista holandés sostiene que la libertad consiste en la posibilidad de redimirse voluntariamente del pecado “aprovechando” de la Gracia y moviéndose en su órbita.

Poco a poco las nociones sacras y las preocupaciones teológicas ceden a cuestiones metafísicas y políticas y la libertad cobra un nuevo cariz. Aún encontramos en **Descartes** un anclaje en la idea de Dios, pero ya se ha operado un viraje y es posible percibir cómo las cuestiones son planteadas por los pensadores a partir de la experiencia humana y no desde una concepción ultraterrena como en los pensadores medievales y moderno-tempranos. La fórmula cartesiana ***cogito ergo sum*** (pienso, luego existo) nos marca un movimiento hacia otras fuentes de justificación del pensar y del existir. En este caso, la libertad es el direccionamiento

de la voluntad hacia aquello que la inteligencia ha determinado como bueno y verdadero.

Con el avance de la modernidad aparecen nuevas ideas sobre la libertad. **Locke** la va a considerar el fundamento de la sociedad civil y política y le asigna el carácter de “natural”. Por su parte **Rousseau** la considera la fuente de todos los derechos que le corresponden al ser humano, identificándola con la idea de dignidad. Mientras que **Voltaire**, en lugar de teorizar en abstracto sobre la libertad, la sitúa y entonces se refiere a la libertad de conciencia y a la libertad de expresión como expresiones concretas de esa fuerza moral que nos anima. **Kant** por su parte distingue entre la voluntad animal y la voluntad racional, identificando a ésta última con la idea de libertad con lo cual se convierte en el **presupuesto de la Razón**. Asimismo, **Hegel** ve en la libertad a la piedra fundamental de la consciencia humana en tanto que **Marx** la identifica con el fin último de la historia, resultado de la revolución que ha abolido la propiedad, el estado y la sociedad de clases y **Freud** como la autodeterminación de un sujeto que puede elegir entre distintas opciones.

La reseña sobre la evolución del concepto de libertad podríamos continuarla, mas creemos que ha quedado lo suficientemente claro que la identificación de la misma como valor o virtud y la determinación de su contenido han resultado una constante a lo largo del desenvolvimiento de nuestra civilización.-

Concluyendo

Visto lo ya expuesto, entonces, nos sentimos forzados a concluir que no existe ninguna

originalidad en las formulaciones que sobre la libertad hemos escuchado recientemente.

Por otro lado, la libertad en sí misma parece ser más una causa fuente que una causa fin. No debería ser el objetivo final de una búsqueda personal (o colectiva) al estilo de la proclama sanmartiniana de “Seamos libres, lo demás no importa nada”. Aquella expresión del prócer se sitúa en un contexto determinado referido a la sujeción política de las tierras americanas a la soberanía de la monarquía hispana. La verdadera valoración de la realidad debería radicar en considerarla como presupuesto de la felicidad. De esta manera, libertad y dignidad se convierten en las condiciones necesarias y suficientes para que cada ser humano logre conquistar su felicidad, entendida como la plena realización del programa vital autotrazado por cada sujeto.

Es la felicidad el verdadero tema que merece ser más largamente tratado. No olvidemos que el derecho a la felicidad ya se encontraba considerado en la Declaración de Virginia de 1776 y en 2010 fue propuesta una enmienda a la constitución de Brasil para incluirla. La libertad por la libertad misma, entendemos, carece de valor y es contraria a la naturaleza humana así como ajena a la milenaria experiencia histórica desarrollada por nuestra Humanidad.

Resguardemos nuestra libertad de los que se la apropian como discurso y defendamos nuestro derecho a desarrollar nuestros proyectos vitales en plenitud y responsabilidad.

[ÍNDICE](#)

Arte y derecho: Aportes para la construcción de un marco teórico con perspectiva de género



Por Andrea L. Gaston

Profesora de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, de la Facultad de Derecho (UBA), de la Universidad de Girona (España) y de la Universidad de Palermo. Vice-directora del Departamento de Ciencias Sociales (Fac. Der., UBA). Investigadora.



7 min

Para imponer un orden jurídico, no basta con la promulgación de un conjunto de normas positivas coercitivas, sino que es necesario apelar a imágenes que son construidas a través de medios más sutiles, aunque no por ello menos eficaces. Algunos de estos mecanismos provienen del mundo del arte, como por ejemplo el cine, el teatro, la música o la literatura.

De este modo, ciertos dispositivos artísticos forman parte del escenario en que se despliega el “drama judicial”, conformando una *estética del derecho* que se integra, además de los elementos mencionados, también por manifestaciones visuales, como la pintura, la escultura, la fotografía, la arquitectura, o incluso la moda.

Por estas razones, analizar el papel que cumplen las representaciones artísticas plásticas, especialmente cuando son emplazadas en

espacios de acceso público o semipúblico, es crucial para comprender el mundo del Estado y el derecho.

Una concepción política del arte puede encontrarse ya en clásicos como Platón y Aristóteles: en el primero con una valoración negativa, en el segundo positiva. En tiempos más recientes, fue Walter Benjamin quien se destacó por haber reconocido la dimensión política del arte y el valor cultural que una obra artística puede contener, marcando una diferencia entre dos modalidades contrapuestas del ser de la obra de arte: una, a favor del historicismo de los vencedores; y la otra, como objeto de la memoria de los vencidos (Molano, 2014).

Boris Groys (2016) aporta a esta visión una nueva dimensión analítica, al considerar que el arte, además de ser social

y político, es esencialmente comunicativo, ya que, aun cuando la función comunicativa haya sido tradicionalmente subsumida por la función estética, difunde imágenes acerca del mundo, actitudes y emociones de los artistas, disposiciones culturales de una época, su propia materialidad. Y lo hace presentando ciertos contenidos políticos bajo una forma estéticamente atractiva, a la manera de una “publicidad”.

Lo cierto es que cada emplazamiento artístico público posee una intencionalidad; normalmente la conmemoración de algún suceso pasado o alegoría con significación en el presente. Este es un dato que ayuda a entender el impacto sociológico y político de las obras plásticas que se relacionan con el derecho o la justicia.

En esta dinámica, el rol del Estado es fundamental, de una manera muy concreta, ya que aun cuando la historia de las artes plásticas no es totalmente sincrónica con la historia de las ideas políticas, son los gobiernos de turno quienes deciden qué o a quién se debe homenajear y recordar, qué se debe condenar al olvido y hacen uso del monumento como forma de construir el pasado y proyectar el futuro ([Lázara, 2010](#)).

García Canclini (1989) considera que el patrimonio común que el Estado promueve constituye un recurso para consolidar una identidad compartida; éste “existe como fuerza política en la medida que es teatralizado: en conmemoraciones, monumentos y museos” (p. 151).

Y si bien los ciudadanos no siempre somos conscientes de su presencia, las

estatuas, monumentos y otras producciones exhibidas en los espacios públicos forman parte del paisaje urbanístico cotidiano, integrándose en el imaginario urbano y en la memoria de los habitantes del lugar (Magaz, 2007).

En nuestras investigaciones, encontramos que esta situación se relaciona con ciertos procesos sociales a los que cabe referirnos aquí, aunque sea someramente.

En primer lugar, se vincula con la situación privilegiada que detenta el sentido de la vista en el mundo occidental respecto de los otros sentidos, ya que, en tanto garante de la distancia, permite objetivar y dominar. Esto fue clave en el establecimiento de la diferenciación y desigualación entre las distintas capas de la sociedad.

El proceso, al parecer, comenzó a gestarse en el siglo XVI, cuando se hizo necesario que los estratos altos marcaran su distancia con respecto a los estratos inferiores (Elias, 1989).

El arte se vinculó a esta dinámica a medida que los individuos se fueron sustrayendo de la experiencia corporal de la festividad. Así, la aristocracia fue creando una cultura en la que surgieron diversiones rígidas y “tediosas” (según el *ethos* plebeyo), destinadas a ser consumidas en silencio, en posición sentada o inmóvil, tales como la música o el ballet “clásicos”. Paralelamente, las exuberantes festividades tradicionales empezaron a ser vistas como inapropiadas o vulgares, tanto para los señores y señoras de la Corte como para los negociantes y profesionales, cuyos modales estos imitaban.

En consecuencia, las formas de experiencia sensitiva más corpóreas no formaron parte de aquello que era considerado como arte “serio”, sino que, debido a su cercanía y proximidad, quedaron ubicadas en el lado opuesto, como cultura de masas o arte popular, es decir, un arte “inferior”.

Llegado a este punto, no está demás agregar que, que se haya priorizado la experiencia visual respecto de otras experiencias sensoriales, determina que esta situación se encuentra ligada al predominio de lo varonil. De este modo, la mirada que resulta legitimada en esta jerarquización dicotómica y sexualizada, entiende al arte como auténtico, superior y masculino (la “alta cultura”, las “bellas artes”), mientras proyecta sobre la cultura de masas (la “cultura popular”) la sombra de lo inauténtico, inferior y femenino (Lenarduzzi, 2013).

En este contexto, es insoslayable mencionar la influencia de una distinción crucial en la estética moderna: la distinción entre lo bello y lo sublime de Kant (2004; 2007), autor considerado como punto de partida de la estética como área autónoma, para quien la mujer tendría como cualidad específica la belleza (entendida como objeto), mientras que la característica sobresaliente de lo masculino sería lo sublime.

Los desnudos europeos constituyen un claro ejemplo en este sentido, ya que ponen en evidencia los mecanismos mediante los cuales las mujeres devienen objeto de contemplación (visual) y los varones, sujetos: mientras los varones actúan, las mujeres sólo aparecen; mientras que ellos miran a las mujeres, ellas se contemplan a sí mismas mientras son miradas.

En palabras de [John Berger](#) (1972), “[e]l supervisor que lleva la mujer dentro de sí es masculino: la supervisada es femenina”.

Como parte de la modernidad, la racionalidad económica fue impuesta como la única válida. Ese proyecto civilizatorio que reproduce constantemente la lógica de dominación, se expresa en esa permanente negación del otro, del diferente, fortaleciendo las ficciones de los “bárbaros” y “racionalmente inferiores”, en el que quedaron incluidas mujeres y otras identidades subalternizadas. El derecho como dispositivo propio de la matriz colonial del Estado moderno, legítima y cristaliza esas estructuras.

Y éste es un segundo aspecto que apareció en los relevamientos realizados: al igual que en el resto de Occidente, las representaciones escultóricas de la justicia y de otras virtudes que a ella se asocian (como la verdad o la libertad) son generalmente personificadas a través de cuerpos femeninos, ajustados a los cánones de belleza europea, así como a ciertas características asociadas históricamente con el rol de “la mujer”.

Cuando al menos en el noventa por ciento de las representaciones iconográficas, la justicia aparece como una mujer (González García, 2016), la estética del derecho reclama entonces, para su análisis, también un enfoque de género. Esto se explica porque, además, estas obras no han sido tradicionalmente proyectadas o moldeadas por escultoras: salvo excepciones, como el caso emblemático de Lola Mora, hasta hace muy poco tiempo era prácticamente

inexistente una estatuaria elaborada por mujeres en las calles porteñas o bonaerenses.

El dato no deja de ser paradójico: de acuerdo con algunas autoras, entre las cuales Jean Gordon, la escultura, a diferencia de otras artes plásticas, como la pintura, parece haber sido un campo abierto a las mujeres, ya que no estuvo excesivamente asociada a artistas varones (Guzmán, 2017).

Lo cierto es que, en Argentina varias de las artistas que vivieron hasta comienzos del siglo XX, a diferencia de sus colegas varones, fueron injustamente ignoradas. Viene al caso recordar los nombres de las escultoras María Josefa Aguirre y Luisa Isella, y las pintoras Eugenia Belín, Julia Wernike y Sofía Modesta, quienes desencadenaron escándalos en Buenos Aires por mostrar desnudos en una exposición (Ozonas y Pérez, 2010).

En la antigüedad ateniense, dice [Ana Arzoumanian](#) (2018), la madre justa es

“aquella que se comporta según la *diké*, la que inscribe la filiación, la que reproduce al padre proporcionándole una copia exacta de él. En definitiva, la que habilita la inscripción del padre. El cuerpo femenino se convierte en tabla de escritura para uso de los varones. De ese modo se integra a la madre en el espacio cívico.

Pero si la modernidad concibe “otros cuerpos de mujeres escritas en versiones escultóricas o pictóricas (...), la narración legal constituyente

de la nación está en manos de los hermanos varones, discriminando a la mujer a su condición de misterio, de oscuridad y de sujeto no colectivo”.

En tercer lugar, quisiéramos destacar otro hecho sumamente revelador: en Buenos Aires, las estatuas y monumentos son *desemplazados* con demasiada frecuencia, si se las compara con los de otros lugares del mundo.

El arquitecto José María Peña habla de una “manía andariega” de las esculturas en la ciudad. Las razones esgrimidas para ello son, además de motivaciones políticas, morales (el decoro, generalmente relacionado con la desnudez) o los cambios en las ideas preponderantes en cada época, la destrucción, el reemplazo por otro monumento y la remodelación de calles y paseos. Pero en la práctica, surgen otro tipo de razones: el Monumento a Falucho fue reemplazado por el de Esteban Echeverría al final de la calle Florida de CABA, coherentemente con el espíritu aristocrático que había adquirido la Plaza San Martín a comienzos del siglo XX (Magaz, 2007).

Este dato, que puede aparecer como anecdótico en la observación de nuestro objeto de estudio, nos ha llamado poderosamente la atención. De algún modo, el oxímoron resulta sumamente revelador, puesto que, lejos de lo que la imagen de toda estatua podría sugerir (densidad, quietud, permanencia, dureza, perpetuidad, estabilidad, fijeza, inmutabilidad, inalterabilidad), las esculturas en Argentina (y no sólo en Buenos Aires) semejan, más bien, a cuerpos que no descansan, que se encuentran siempre en estado de transitoriedad, de *inquietud*.

Es claro que, en una sociedad conformada en gran medida por inmigrantes¹, donde además se invisibilizó a una parte importante de sus habitantes (valgan como ejemplo las poblaciones originaria americana, o la negra y afrodescendiente, destinadas al servicio de los estratos acomodados), la noción de *desemplazamiento* queda asociada, por su fuerte carga simbólica, a la de desarraigo: una población migrante es una población que se *desgarra*, que se *des-plaza*, que pierde sus raíces.

Al igual que sucede con las estatuas, en algún sentido, también los cuerpos de los esclavos y de otros migrantes perdieron y pierden sus raíces, y con ello, son destruidos, dañados, violentados y lastimados. Y, al igual que a aquéllas, también se los viola, se los vandaliza, se los oculta. Por su parte, existe una negación de las propias raíces identitarias de los pueblos originarios que habitaban este territorio, mucho antes de la colonización y la constitución de Argentina como Estado-Nación. El lenguaje y sus analogías son un fuerte indicador de esta asociación simbólica, y por ello consideramos que analizar los recorridos de las estatuas, y no sólo sus características, es también una manera de conocer acerca de una sociedad y sus prácticas jurídicas.

Dice Pierre Bourdieu (1971) que interpretar una obra de arte no es solamente recuperar las significaciones que proclama y las intenciones

¹ En efecto, según el clásico trabajo de Gino Germani (1962), la intensidad y volumen de la inmigración respecto de la población nativa residente alcanzaron, en la Argentina, niveles inéditos en la historia mundial. Este reconocido autor no encuentra otro caso similar (incluso entre países con gran inmigración, como los EE.UU.) en los cuales “por más de sesenta años los extranjeros representaron alrededor del 70% en la ciudad capital (...) y casi la mitad en el grupo de provincias de mayor peso demográfico y económico”.

explícitas de su autor, sino también descifrar el excedente de significación que revela.

Si esto es así, si efectivamente toda percepción artística constituye una operación de desciframiento, las estatuas aparecen entonces como un objeto que invita de modo manifiesto, y no sólo latente, a hablar de la justicia. Y lo hacen porque, más allá de sus simbolismos y su iconografía, los cuerpos que las habitan se expresan, también, a través de sus historias y sus movimientos, sus traslados y emplazamientos, sus ocultamientos y recorridos. Ellos nos permiten deducir aquello que no se dice, porque es secreto.

En la Argentina, no es extraño que las estatuas hablen de violencias, de vandalismos, de exilios, de secretos y de migraciones, que reproduzcan las diferencias y desigualdades de género y la lógica de dominación colonial, o representen, en sus historias y recorridos, el destino de aquellos cuerpos “desaparecidos” arrojados al río.

Referencias

Bourdieu, Pierre (1971). *Elementos de una teoría sociológica de la percepción artística*. Silbermann, Alphons, y otros, Sociología del arte, Nueva Visión, Buenos Aires, p. 43-80.

Elias, Norbert (1989). *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. FCE, México.

García Canclini, Néstor (1989). *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. Grijablo, México.

Germani, Gino (1962). *Política y sociedad en una época de transición. De la sociedad tradicional a la sociedad de masas*. Paidós, Buenos Aires.

González García, José M. (2016). *La mirada de la Justicia. Ceguera, venda en los ojos, velo de ignorancia, visión y clarividencia en la estética del derecho*. Antonio Machado Libros, Madrid.

Groys, Boris (2016). *Arte en flujo. Ensayos sobre la evanescencia del presente*. Caja Negra, Buenos Aires.

Guzmán, Georgina (2017). *Mujeres y artes en la Argentina finisecular: de la fascinación al olvido*. Rosa, María Laura, y Novoa Donoso, Soledad (ed.), Compartir el mundo. La experiencia de las mujeres y el arte, Ediciones metales pesados, Santiago de Chile.

Kant, Immanuel (2007). *Crítica del juicio*. Espasa Calpe, Madrid.

Kant, Immanuel (2004). *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*. FCE, México.

Lázara, Juan Antonio (2010). *Dos siglos de representaciones artísticas de la libertad*. Revista de Instituciones, Ideas y Mercados N° 53, p. 5-64. Recuperado de http://www.eseade.edu.ar/files/riim/RIIM_53/53_1_lazara.pdf

Lenarduzzi, Víctor (2013). *La música y el código del cuerpo*. Revista Noticias, Buenos Aires, p. 77-85.

Magaz, María del Carmen (2007). *Escultura y poder en el espacio público*. Serie Arte, Acervo editora argentina, Buenos Aires.

Molano, Mario Alejandro (2014). *Walter Benjamin: historia, experiencia y modernidad*. Ideas y valores, Vol. LXIII, N° 154, Bogotá, p. 165-190. Recuperado de <file:///D:/Documents%20and%20Settings/pc1/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-WalterBenjamin-4986002.pdf>

Ozonas, Lidia, y Pérez, Alicia (2010). *Las representaciones de las mujeres en la exposición permanente del Museo Nacional de Bellas Artes de la ciudad de Neuquén*. Testa, Amalia, Lagunas, Cecilia, y Bonacorsi, Nélica (ed.), Cultura, saberes y prácticas de mujeres, EDUCO-Universidad Nacional del Comahue, Neuquén, p. 63-77.

[ÍNDICE](#)

¿Qué es la vulnerabilidad? ¿Cómo se abordan los casos de justiciables vulnerables? ¿Qué implicancias conlleva en el sistema de justicia penal?



Por Federico Ferreri

Magíster en derecho penal. Investigador.
Integrante del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.



5 min

Introducción

En estas líneas me propongo brindar visibilidad a las problemáticas de las personas que padecen una situación de vulnerabilidad y explicar de qué manera los operadores jurídicos deben resolver los conflictos puestos a consideración de la manera más respetuosa de los derechos de las personas pero considerando a la vulnerabilidad como un hándicap ineludible para el proceso de razonamiento lógico que debe ser base de todo proceso judicial o administrativo, es decir, aplicando perspectiva de vulnerabilidad.

Para finalizar, mencionaré de manera sucinta qué ocurre en el sistema de justicia penal con respecto a la resolución de casos en los cuales personas vulnerables resultan imputadas.

Las Reglas de Brasilia

La Real Academia Española define el término vulnerable como relativo a “quién puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

En el ámbito del derecho es *vulnerable* quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad, es decir, quien por contar con una determinada condición o padecimiento puede sufrir una merma en sus derechos de manera actual o inminente. Éste es el *hándicap* mencionado en la introducción.

[Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad](#) son un racconto de normas desarrolladas y acordadas por los Estados que formaron parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebradas en Brasilia durante el año 2008.

En su plexo normativo se establece quiénes son vulnerables -ver capítulo I-, cuál es el tratamiento que corresponde adoptar desde la esfera estatal -capítulo II- y de qué manera los operadores jurídicos deben tratar a las personas y tramitar sus necesidades -capítulo III-.

Como podrá observarse, la problemática no es novedosa y se encuentra tratada no solo por la doctrina sino que ha sido objeto de un proceso de positivización que forma parte del *Soft Law* que sirve de guía a los operadores jurídicos como herramienta de interpretación y aplicación en los casos que les toca intervenir.

En este sentido, el documento suscrito por los estados parte asentó la siguiente exposición de motivos:

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la **defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad**. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una

actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social. Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.¹

De esta manera, los Estados se encuentran obligados no sólo a reconocer los derechos de las personas consideradas vulnerables sino a efectuar **acciones positivas** para que puedan ser ejercidos de manera efectiva.

Entonces, el reconocimiento por parte del estado de esta circunstancia, la inclusión de las personas vulnerables y el establecimiento de políticas públicas es esencial y resulta el único camino posible para conducirnos al calor del

¹ La negrita me pertenece.

principio de dignidad humana tal como ocurrió con el estado nacional hasta antes del 10 de diciembre del 2023.

La perspectiva de vulnerabilidad

El estado se encuentra obligado a recorrer este sendero planteado desde el año 2008 y todas sus esferas deben propender a reconocer derechos y a efectuar acciones positivas para que el ejercicio de esos derechos no sean meramente simbólicos.

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado un instrumento que debe aplicarse en toda ocasión en que una persona vulnerable se encuentre en un conflicto/ litigio/ pretensión y que intentará corregir una circunstancia de desigualdad. Me refiero a la perspectiva de vulnerabilidad.

[Ursula Basset](#) refiere que parte de la idea de entender a la vulnerabilidad como una perspectiva, un eje transversal de análisis y aplicación de los derechos humanos fundamentales y que esta perspectiva de la vulnerabilidad tiene la triple ventaja de ofrecer: a) un nuevo vector de análisis de la igualdad, b) una nueva forma de **empatía** con los que más sufren; y, c) una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo.

Para que este concepto no quede en una elucubración teórico dogmática, vale la pena remarcar que la perspectiva de vulnerabilidad pertenece a una labor intelectual de los operadores jurídicos que al posicionarse frente

a un caso en concreto deben considerar la calificación legal de vulnerable al sujeto inmerso en aquel trámite y vislumbrar de donde proviene la desigualdad que lo encasilla en una situación desventajosa a comparación de los demás, por ejemplo el inmigrante ilegal que no habla castellano.

Luego, al superar este primer problema, es necesario efectuar acciones positivas que pongan en una situación de igualdad al sujeto vulnerable —que pueden ser políticas positivas, un trabajo intelectual u otorgar “privilegios” que mejoren su situación—. Con esto último, me refiero a exenciones, apoyos, cargas probatorias o simplemente tener empatía.

Dificultades en el sistema de justicia penal

En el sistema de justicia penal se da una situación paradójica, ya que las personas que resultan objeto de protección mediante las Reglas de Brasilia suelen ser los sujetos objeto de persecución penal en su máxima expresión.

Desde una perspectiva zaffaroniana, dicha persecución se enrola en la criminalización de personas vulnerables desde su faz primaria pero sobre todo secundaria -recomiendo la lectura del capítulo I del [Tratado de derecho penal](#) de Zaffaroni, Alagia y Slokar- capturando personas que responden a ciertos estereotipos, ampliando las desigualdades existentes y fortaleciendo parámetros discriminantes.

En el mismo sentido, la Dra. [Graciela Angriman](#) ha dicho que es ineludible que la

vulnerabilidad social es un rasgo que atraviesa a la población carcelaria en su conjunto por obra de la selectividad estructural del sistema penal.

Como podemos ver, el sistema penal y la justicia con competencia para entender en la investigación y juzgamiento de los delitos terminan siendo funcionales a la necesidad de la sociedad de buscar ofensores vulnerables fáciles de atrapar y calificarlos como enemigos de la comunidad. No continuaré con el desarrollo de este tema por exceder el marco propuesto pero recomiendo la lectura de [Poder, Derecho y Clases Sociales](#) de Pierre Bourdieu.

No obstante lo dicho, en los últimos años el Estado ha efectuado diversas acciones tendientes a reconocer este fenómeno y aplicado en causas concretas la perspectiva demandada. Como ejemplo de lo anterior, puedo citar la [Ley 9.602](#) sancionada por la provincia de Santiago del Estero tendiente al reconocimiento de esta perspectiva y su obligatoriedad en su aplicación por parte de sus agentes. Y al artículo 5 de la [Ley 26.364](#) incluido en la reforma de la ley por parte del Poder Legislativo de la Nación, que instrumenta una cláusula de exclusión de la punibilidad por delitos cometidos por víctimas de la trata de personas por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificaran.

A pesar de esta denuncia se pueden encontrar algunos precedentes —por

ejemplo véase la resolución que dispone el sobreseimiento del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, CFP 5791/2019, “Robles s/INF. Ley 23.737”, rta. 5 de diciembre de 2019— en los cuales se aplicó perspectiva de vulnerabilidad bajo el nombre de perspectiva de género; en otros casos se aplica perspectiva de género cuando corresponde la aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad. La distinción no es caprichosa porque si bien una es más amplia, la otra es específica de una problemática determinada. Sin embargo, resulta positivo el reconocimiento de una situación que genera desigualdad y la realización de esfuerzos en corregirlo.

La perspectiva de vulnerabilidad es demandada por la doctrina especializada de manera denodada, sin embargo su aplicación en las causas penales cuyos sujetos pasivos sean personas en situación de vulnerabilidad no siempre tiene acogida favorable. Esta circunstancia no solo se verifica a la vista de las decisiones del poder judicial sino desde sus otros actores. El MPF (Ministerio Público Fiscal) no suele incluir en sus dictámenes y pretensiones esta perspectiva. Tampoco es reclamada por las autoridades del MPD (Ministerio Público de la Defensa) al momento de efectuar la defensa técnica de los vulnerables.

Los motivos por el cual esta circunstancia se verifica pueden ser variados aunque en mi opinión es fruto de falta de conocimiento especializado por ello es necesario aprovechar cada oportunidad, como la presente difusión, en ilustrar en la materia.

Corolario

A lo largo del presente artículo hemos podido exponer la normativa internacional que regula las situaciones de vulnerabilidad y la obligación estatal que emana de esas normas en la aplicación de aquella perspectiva para remediar situaciones de desigualdad y resolver de manera adecuada los conflictos.

Esta perspectiva debe responder a un esfuerzo intelectual para comprender de manera adecuada los hechos y empatizar con las personas que son sujetos de conflictos. Además, el Estado debe realizar acciones positivas en términos de políticas públicas o de razonamientos lógicos utilizando la misma para resolver situaciones comprensivas de esta desigualdad estructural con el objetivo de remediar o minimizar sus efectos.

Por otro lado, hemos expuesto una problemática existente en el sistema de justicia penal y exhortado a los operadores jurídicos en todos los niveles al desarrollo de esta perspectiva de la vulnerabilidad para propender a resolver situaciones de manera más justa y respetuosa de los derechos de las personas de raigambre constitucional y convencional.

[ÍNDICE](#)

Reflexiones sobre la educación en el nivel superior



Por Sergio Francisco Junevicius

Magister en Derecho del trabajo y Relaciones internacionales.
Especialista en Políticas públicas de Seguridad, Especialista en la Función Judicial (UM).



5 min

Introducción

Para comenzar el análisis propuesto, resulta necesario brindar un concepto sobre la educación, señalando los principales pilares que lo integran y que se reflejan en nuestra Constitución Nacional como uno de los preceptos que hacen a la forma de gobierno del Estado Nacional y que garantizan el pleno ejercicio de los derechos a la enseñanza en todos sus niveles, la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia.

El derecho a la educación superior ampara las nuevas formas de enseñar, materializando y estableciendo en la actualidad, una realidad distinta a la que veníamos desarrollando. En esa línea conceptual el artículo 13 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales](#) menciona

que la educación “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”; “fortalecer el respeto por los derechos humanos” y “favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”. Entre las medidas concretas, el pacto establece una “educación obligatoria y asequible a todos gratuitamente”. Continúa diciendo en su inciso C que “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Cabe señalar que el cambio es constante y el aprendizaje debe ser continuo. Por ello, es necesario que los docentes y alumnos/as obtengan herramientas actuales e innovadoras.

En esa dirección, cuando me referiero al derecho a la educación en tiempos actuales me invaden sensaciones encontradas. En efecto, como menciona [Gomez Zavaglia](#) “hace más de tres décadas que transitamos por distintos caminos que nos conducen cíclicamente a puntos idénticos, sin poder encontrar un rumbo duradero, sólido y estable”.

Por consiguiente, la formación y el conocimiento constituyen un derecho social y gratuito en nuestro país, con el fin de lograr de esta manera el desarrollo necesario en áreas principales como en seguridad, salubridad y educación. También es necesario para que estas, a su vez, sean las bases de una mejor calidad de vida en la población, reduciendo la brecha social y aumentando de esta manera las expectativas educativas de los sujetos sociales. Todo ello, entendiendo que toda persona tiene derecho a la educación, tal como lo sostiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por nuestro país en 1948, en su artículo 26.

Reflexiones sobre la educación superior en su plano actual

Luego del análisis de los distintos académicos existentes, considero que en la actualidad la educación en el nivel superior reside en las formas de enseñanza, sus contenidos y currícula aplicada para cada caso, para luego desde allí, plantear nuevas alternativas de innovación educativa.

El desarrollo actual del conocimiento y la reflexión en torno a los procesos de producción

exige cada vez mayor profundización sobre la cuestión disciplinar. Edelstein (2002) indica que “esto plantea paralelamente, interrogantes sobre la necesidad de recuperar aportes interdisciplinarios en la búsqueda de respuestas desde múltiples sentidos a las problemáticas que surgen en el campo de la enseñanza”¹.

Desde esa perspectiva, Giroux H. (1990)² considera que

Es importante ver no solo a los profesores como intelectuales, sino también contextualizar en términos políticos y normativos las funciones sociales concretas que realizan los docentes. De esta manera, podemos ser más específicos acerca de las diferentes relaciones que entablan los profesores tanto con su trabajo como con la sociedad dominante.

Por lo que la ley de educación superior brindará las herramientas con accesos necesarios para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida, promoviendo en cada educando/a la capacidad de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y sobre todo el bien común.

La educación superior como un bien público y un derecho

¹ Edelstein G. (2002) “Problematizar las practicas de enseñanza”, Perspectiva, Florianópolis. V.20- N.02.-

² Giroux H. (1990) “Los profesores como intelectuales, hacia una pedagogía crítica del aprendizaje” Ediciones Paidós.

Nos proponemos pensar que la educación en el nivel superior es un derecho humano y social, que va en contra y se opone, de lo que se pretende instalar como una actividad privada.

Generar espacios y construir conocimientos en aquellos que esperan cambiar a futuro el sistema, es repensar a la universidad pública, a la educación de los niveles superiores como un derecho y una garantía constitucional, acortando las desigualdades sociales y transformando la educación en nuevos paradigmas de enseñanza.

En esa línea, reflexiono que no hay un cambio social, sin un cambio en la manera en que se vuelcan los contenidos, se enseña y se transmiten, emergiendo un nuevo desafío para la enseñanza universitaria, ofreciendo un nuevo espacio académico. Como indica [Gonzalez \(2006\)](#) “la educación superior es un bien público y un derecho para todos, como bien social busca explícitamente formar ciudadanos libres, autónomos e independientes, aptos para tomar decisiones políticas, económicas y sociales, para un mejor desarrollo de nuestros pueblos” (p. 24).³

Continúa explicando González

La noción de “bien público” se refiere a los Estados Nacionales que la legitiman, por eso, si bien puede ser global en su acepción correspondiente a internacional, el rol de los Estados nacionales debe

orientarse a que el desplazamiento de lo nacional y regional hacia lo global no tenga como consecuencia funesta el fortalecimiento de hegemonías que existen de facto; y que las instituciones de educación superior -sobre todo las universidades- deben buscar evitar, preservando las identidades culturales autóctonas nacionales y regionales.

Por todo lo expuesto, la educación es un derecho que constituye una política central a ciudadanías plenas, abre puertas al ejercicio de otros derechos y posibilita el desarrollo y crecimiento de la sociedad. La generación de evidencia sólida y confiable sobre el estado de situación de la educación en nuestro país es un factor necesario, aunque no suficiente, para reorientar políticas y prácticas de cara a procesos de mejora educativa continua.

Sobre esta temática Ruano(2001) indica que

Buscar la calidad educativa no es un paseo solitario que nos lleva a hacer preguntas ausentes porque no hay nadie que quiera acompañarnos a buscar las respuestas. Buscar la calidad educativa es una jornada que se empieza por el final: empieza en el autoanálisis de todo lo que se ha hecho para poder comprender todo lo que está por hacer.⁴

³ González, P. G. (2006) *La educación superior: ¿un bien público?* *Universidades*, núm. 32, julio-diciembre, pp. 23-26 Unión de Universidades de América Latina y el Caribe Distrito Federal, Organismo Internacional.

⁴ Ruano C. (2001:7) *Mas allá de la evaluación por resultados: Planteamientos metodológicos en torno al proceso de autoanálisis institucional y la construcción de indicadores de la calidad educativa en el contexto universitario.*

En ese sentido, considero que la expresión de bien público se torna compleja en su definición. Sintetizar en unas palabras le quitaría el carácter y la fuerza que representa.

Para finalizar como ya mencione anteriormente, pero vale la pena remarcar, ningún sistema educativo es perfecto, cada uno prioriza aspectos según el tiempo en que se los sitúe, entendiendo a la educación superior como un derecho adquirido de orden público.

“La educación tiene que ser una aventura, un desafío, no una canción de cuna, ni la tortura que perjudicará a los que menos tienen y más necesitan” - Paulo Freire

Referencias

Álvarez, S.; De Vincenzi, A. (2006). *La integración de conocimientos como intencionalidad en la práctica docente*. [Circular Pedagógica]. Universidad Abierta Interamericana. Consultado en <https://www.bn.gov.ar/resources/conferences/pdfs/Ponencia-Angelozzi-Mercosur.pdf>

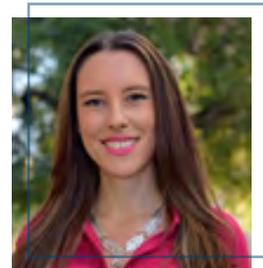
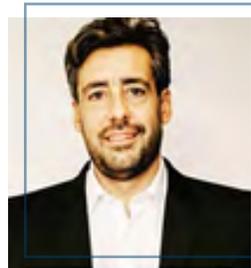
Etchichury Horacio (2010) . *X Coloquio Internacional sobre la gestión Universitaria en América Latina” La gratuidad en la educación superior Argentina: un derecho humano*. Consultado en <https://core.ac.uk/download/pdf/30375886.pdf>

Ley 24541. Ley de educación superior universitaria y no universitaria.

Ley 26206. Ley de educación nacional.

ÍNDICE

Las terceras categorías del daño: ¿una llave de escape?



Por Ignacio Lucas Segura y María Agustina Pendini

Profesor de Derecho Procesal Civil de Universidad Siglo 21.
Secretario Letrado Consejo de la Magistratura de la Nación.
Ex presidente del Colegio de Abogados de Córdoba (2019-2024)

Abogada. Magíster en Derecho Civil Patrimonial de la UNC y Especialista en Defensa Judicial del Estado (ECAE).

 11 min

“La vida es invaluable porque es la medida de todo valor”

Nietzsche.

Las terceras categorías de daños que nacen en sistemas jurídicos con criterios restrictivos para reparar el daño no patrimonial, como una llave de escape para romper con tanta rigidez, ya desde los tiempos de Vélez Sarsfield hasta la actualidad han sido materia de debate en doctrina y jurisprudencia. En tanto, la discusión se centra en determinar si esos nuevos daños pueden coexistir a la par de la clasificación bipartita: daño patrimonial y daño extra patrimonial. Cabe preguntarnos ¿esas nuevas categorías de daños, en nuestro sistema de responsabilidad civil, sirven como llave de

escape tal cual fueron pensadas en otros países con sistemas jurídicos más cerrados?

Desde los tiempos del Código Civil de Vélez Sarsfield ya existía una discusión, que aún subsiste en el Código Civil y Comercial de la Nación, respecto a las terceras categorías de daños, entre las cuales se encuentra: el daño a la incapacidad vital, el daño integridad sicofísica, el daño a la vida, el daño biológico, el daño a la salud, el daño estético, el daño sexual, el daño al proyecto de vida, entre otros. Por ello, una parte de la doctrina y jurisprudencia proclama la necesidad de un replanteo de la noción de daño y de sus tipologías, tanto desde el punto de vista ontológico como funcional.

En este orden de idea, quienes adhieren a esta postura, tales como Mosset Iturraspe, Gherzi y Messina de Estrella Gutierrez, señalan que la tradicional clasificación bipartita del daño resarcible en patrimonial y extrapatrimonial (también conocido como daño moral o daño no patrimonial) –como ha sido concebida hasta ahora- estaría agotada, y que resultaría inapta para alcanzar soluciones justas en numerosos supuestos de la vida real. Por tal motivo proponen incorporar nuevas categorías, como por ejemplo, el daño a la integridad sicofísica, daño a la salud, daño al proyecto de vida, entre otras.¹

En este sentido la Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina ha dicho que “la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”²

Continúa entendiendo nuestro Máximo Tribunal que

(...) para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc (...) ³

(...) El lucro cesante representa la ganancia dejada de percibir por la víctima de un hecho ilícito, pero cuando sobreviene la muerte de ella y quien lo reclama son el cónyuge supérstite y sus hijos, dicho lucro no puede representar otra cosa más que la indemnización que prevé el art. 1084 del Código Civil, es decir, aquella que se denomina como valor vida, más allá del rótulo que la parte le ponga al reclamar (...) ⁴

(...) La incapacidad permanente debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (...) ⁵

Y siguiendo esta línea de pensamiento, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en varios fallos ha sostenido que “se infiere, entonces, que la incapacidad sobreviniente opera –casi- como

1 PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G. (2014), *Compendio de derecho de daños*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, pág. 313.

2 CSJN Fallos: 327:3753 “Aquino”.

3 CSJN Fallos: 329:4944; 329:3403; 325:1277; 324:2972; 323:3614; 317:1006; 316:912.

4 CSJN Fallos: 329:3403.

5 CSJN, 21/5/2002, “Martina Camargo y Otros c/ Provincia de San Luis y otra”, Fallos 325:1157; Fallos 315:2834; 321:1124; 322:1792.



daño resarcible residual porque comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica”.⁶

Postura que, a su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en un fallo de fecha 27/11/1998 en la causa “Loayza Tamayo, María E.” en la que indicó que

Corresponde admitir la pretensión de reparación del daño al ‘proyecto de vida’ padecido por quien vio impedida la realización de sus expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar como consecuencia de hechos violatorios de derechos humanos perpetrados en su contra durante el tiempo en que permaneció detenida en un establecimiento carcelario (RCyS 1999-1329).

Sin embargo, siguiendo las enseñanzas de Iribarne (1995)⁷, podemos decir que es factible hablar de la autonomía conceptual de estas terceras categorías de daños, pero para no multiplicar los rubros resarcitorios se debe considerar sus efectos en la esfera patrimonial, en la extrapatrimonial o en ambas, sin que se los conciba como un *tertium genus*.

6 C.A.M. NAC. CIV., SALA C, 22/6/2004, “Insúa, María R. c/ Chaile, Marcela I”, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Año VI – N.º. 8, septiembre de 2004- pág. 84, voto Dr. Posse Sagüer; en el mismo sentido: C.A.M. NAC. CIV., SALA C, 17/6/2003, “Carabcievschi, Emiliano V. c/ Hospital Británico de Buenos Aires”, DJ 2004-I-507, C.A.M. NAC. CIV., SALA C, 5/9/2000, “Moyano, Juan C. c/ Kraft Suchard de Argentina S.A.”, LL 2000-F,989 (43.255-S).

7 IRIBARNE, H. P. (1995), *De los daños a la persona*, Buenos Aires, Ed. Ediar.

En definitiva, lo que el juzgador deberá analizar es cómo impacta la lesión en las distintas esferas, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. Siendo conteste con el concepto de daño resarcible, acogido por el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1737, al decir “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”.

Mayor claridad nos trae los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en los cuales se explica que

Tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado existen diversas denominaciones que han producido controversias, principalmente relativos a la autonomía de los diversos capítulos de la indemnización así como en las denominaciones que corresponde a cada uno. Con la intención de disminuir esos efectos litigiosos, se adopta una definición amplia y lo más clara posible. Este anteproyecto distingue entre daño e indemnización sobre la base de los siguientes criterios: El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o intereses individual recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el título preliminar. También

están incluidos los de incidencia colectiva. Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto la indemnización es una consecuencia de la lesión. En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva.

En otras palabras, podemos decir que, cuando hablamos del daño resarcible nos referimos a aquella consecuencia dañosa que resulta de la lesión un derecho subjetivo, interés subjetivo o, simplemente, un interés simple no reprochado por el ordenamiento jurídico. Aclarando Pizarro (2017), que ambos componentes (lesión a un interés no ilegítimo más consecuencia perjudicial) tienen que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure.⁸

En este sentido, la jurisprudencia de Córdoba ha entendido que “La lesión estética sólo puede constituir daño patrimonial (...) si se infiere un perjuicio consistente en la imposibilidad de continuar una actividad productiva (...) Pero en defecto de esta situación, la lesión estética importa siempre un agravio moral (...)”⁹

La incapacidad psicofísica –ya sea laboral o productiva, ya sea la denominada “vital”- no resulta indemnizable per se, sino que constituye la situación lesiva que puede originar el daño resarcible. La postura contraria, a más de confundir la “causa” con su “efecto”, no consulta adecuadamente el principio de individualización del daño, pues una determinada invalidez no produce siempre iguales perjuicios indemnizables en personas distintas (...) la falta de alegación y concreta comprobación de la incidencia negativa sobre aquellos aspectos “vitales” que la actora dijo padecer como consecuencia de la incapacidad no justifica la recepción del agravio de la recurrente tal cual ha sido vertido en su expresión de agravio, reiterando una vez más que el daño jurídico resarcible recae en el ámbito patrimonial de la persona, lo que ella tiene o en el ámbito espiritual, lo que ella es o cómo

⁸ PIZARRO, R., (2017) *El concepto de daño en el código civil y comercial*, Revista de responsabilidad civil y seguros, núm. 10, págs. 13-29 .

⁹ CC,Cba, Sent. n° 178, 21/12/2017, en autos “ BARRERA, CAROLINA C/ MARTÍNEZ, RAÚL ARIEL Y OTROS – ORDINARIO- EXPEDIENTE N° 36893”, inédito.



se siente, como consecuencia del evento dañoso. La reparación a la incapacidad vital como rubro autónomo no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento sustancial¹⁰.

La incapacidad vital, se asienta en una concepción integral de la persona y refiere a aspectos diversos de lo laboral o productivo, el daño resarcible finca en las consecuencias (patrimoniales y extrapatrimoniales) que aquella invalidez trae aparejada para la realización de actividades económicas útiles, aunque no generen dinero de forma directa. Sin embargo, la actora no alegó ni probó como tal secuela incapacitante ha incidido en la realización de actividades “útiles” o habituales en su vida individual y social, tales como las tareas del hogar, la imposibilidad de iniciar o continuar la práctica de algún deporte o gimnasia, la ejecución de un instrumento musical, la afectación de su mano hábil para escritura y/o el dibujo, o cual otro acto económicamente apreciable sobre cuya realización aquella repercutiera de modo negativo... la falta de alegación y concreta comprobación de la

incidencia negativa sobre aquellos aspectos “vitales” que la actora dijo padecer como consecuencia de la incapacidad no justifica la recepción del agravio de la recurrente tal cual ha sido vertido en su expresión de agravio, reiterando una vez más que el daño jurídico resarcible recae en el ámbito patrimonial de la persona, lo que ella tiene o en el ámbito espiritual, lo que ella es o cómo se siente, como consecuencia del evento dañoso. La reparación a la incapacidad vital como rubro autónomo no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento sustancial¹¹

Lo cierto, es que estas nuevas categorías de daños, que nace en el derecho italiano y que se proyectaron hacía otros países en los cuales su legislación regulaba la reparación del daño moral con criterios extremadamente restrictivos, fueron una verdadera llave de escape que permitían desterrar las injusticias que los propios ordenamientos jurídicos patentaban con aquellos criterios estrechos para indemnizar el daño extrapatrimonial.

Pero en nuestro régimen jurídico, por el contrario, admitir el ingreso de estas nuevas categorías de daño implica correr el riesgo de indemnizar dos veces el mismo menoscabo y, consecuentemente, esa doble indemnización se

10 CC 1° ,Cba, Sent. n° 138, 11/10/2018, en autos “RODRIGUEZ GIUGGIA, HECTOR MAXIMILIANO Y OTROS C/ MARTINEZ, JOSE PEDRO-ORDINARIO-DAÑOS Y PERJ. –ACCIDENTES DE TRANSITO - Expte. N° 8464516, inédito.

11 CC 1° ,Cba, “RODRIGUEZ GIUGGIA, HECTOR MAXIMILIANO Y OTROS C/ MARTINEZ, JOSE PEDRO-ORDINARIO-DAÑOS Y PERJ. –ACCIDENTES DE TRANSITO –(Expte. N° 8464516), Sentencia Nro. 138, 11/10/2018, inédito .

traduciría en un enriquecimiento ilícito sin causa de la víctima que recibe más de lo que no es suyo y en perjuicio del responsable civilmente.

Justamente, cuando pensamos en la reparación plena o integral, idealizamos uno de los principios básicos de Ulpiano que consiste en que “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho”, es decir, que cuando se repara se busca darle a cada uno lo suyo y, si a través de estas nuevas categorías damos de más, estamos quebrantando los cimientos de nuestro sistema de responsabilidad civil y en particular estamos poniendo de cabeza al principio de la reparación plena.

Principio que se terminó consagrando en el Código actual en su artículo 1740, al establecer que ella “consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”. Cabe resaltar que la Corte Suprema de la Nación, desde antiguo, viene sosteniendo no sólo que la reparación debe ser integral o plena sino que tiene fundamento en la Constitución Nacional. Así lo expuso:

Esta Corte Suprema ha señalado que tanto el derecho a una reparación integral [cuyo reconocimiento busca obtener la actora] como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional

incorporado al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (confróntense los artículos 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4, 5 y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; fallos: 335:2333) [y ha dicho que] Este principio de la reparación plena [ahora recogido expresamente en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación] también tenía suficiente y consolidado reconocimiento al amparo del código derogado, aplicable a la especie por razones de derecho transitorio. Así, por otra parte, ello ha sido establecido hace más de tres décadas por este Tribunal cuando puntualizó que el resarcimiento integral de los perjuicios cuenta con una raíz constitucional estrechamente vinculada con el sentido de justicia de la sociedad (fallos: 308:1160, consideración 7).¹²

Sin perder el eje de la problemática en el trato, resulta interesante aclarar que preferimos hablar del principio de reparación plena más que reparación integral, terminología que, por cierto, utiliza el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1740; en tanto que la

¹² CSJN, 10 de agosto, 2017, “Ontiveros, Stella Maris c. Prevención Art SA y otros s/ accidente - INC. Y CAS”, *La Ley* 23 de agosto, 2017.



reparación integral es un objetivo inalcanzable ya que resulta imposible borrar todo el daño. Pensar la reparación en esos términos es meramente crear una ficción jurídica.

Por eso, entendemos que es mejor decir reparación plena, que desde el principio admite que pueden quedar daños sin ser reparados. Cuando hablamos de reparación plena nos referimos a todos los daños que el ordenamiento jurídico manda a remediar; sin perjuicio, que en el caso en concreto esas limitaciones pueden quedar sujetas al control de constitucionalidad.

En definitiva, darle de más al damnificado pone en jaque a uno de los principios que ilumina la responsabilidad civil, que es el principio de reparación plena, que se traduce en la idea de que a través de la reparación se logre dar a cada uno lo suyo, ni más ni menos.

En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado que

Corresponde rechazar la indemnización pretendida en concepto de daño biológico, pues si por tal debe entenderse el que afecta la integridad psicofísica y social del ser humano, dicho daño se encuentra suficientemente valorado en los resarcimientos otorgados en concepto de incapacidad sobreviniente, daño estético, lucro cesante y daño moral, siendo inconveniente crear categorías que conduzcan a una ampliación indefinida de los daños resarcibles

y otorgar diversas indemnizaciones por un mismo perjuicio.¹³

Además, que estas terceras categorías de daños no consultan adecuadamente el principio de individualización del daño.

En este sentido, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, resulta ser muy esclarecedor al decir que

Las indemnizaciones que en consecuencia acuerde, obedecen -directamente- a las circunstancias particulares del supuesto sometido a juzgamiento y a las condiciones personales del damnificado que se aleguen y prueben en cada caso, conforme la distinta índole y gravedad de las lesiones sufridas. Incide aquí el principio de individualización del daño, según el cual la medida de la indemnización debe evaluarse en cada caso "in concreto", de acuerdo a las consecuencias que el hecho ilícito ha significado para el afectado, según su especial situación personal. En este ámbito no es posible establecer pautas objetivas y abstractas y, menos aún, fijar indemnizaciones tarifadas con arreglo al tipo de lesión irrogada. Por el contrario, es necesario atender a las especiales consecuencias que la víctima ha

¹³ CAM. NAC. CIV., Sala K, 29/5/06, LL, 2006-F-820, 45.424-S.

experimentado en función de su individualidad.¹⁴

Empero, esta problemática en torno a las denominaciones de los daños personales no es exclusiva del derecho argentino. Con sus matices también se verifica en la legislación comparada donde, por caso y a mero título ilustrativo, en Francia y en clasificación de la doctrina se afirma que la incapacidad permanente tiene las siguientes manifestaciones: el “perjuicio del placer” que comprende la privación de los placeres cotidianos de la vida, en noción cercana al daño aquí tratado; el perjuicio estético; el perjuicio juvenil; el “perjuicio de sufrimiento” y el perjuicio sexual.¹⁵

En definitiva, la pretendida autonomía de las nuevas categorías de daño, deviene de una incorrecta interpretación del concepto daño, ya que- como venimos refiriendo- apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados, y- especialmente- a las consecuencias que genera su lesión. Confunden la causa con los efectos, precisamente con las consecuencias dañosas que son, en definitiva, las que se resarcen.

Es simple, en nuestro sistema el daño es patrimonial o extrapatrimonial. Tan así que el Código Civil y Comercial de la Nación expresamente determina las categorías de

daños: daño patrimonial en el artículo 1738 y daño no patrimonial en el artículo 1741.

Veamos, artículo 1738 dice

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Y, por otro lado, artículo 1741 reza

Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse

14 TSJ, Cba, Sent. n° 163, 11/11/2020, en autos “MORAN, JOSÉ GREGORIO C/ PANTONE ENRIQUE OSVALDO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS – ACCIDENTES DE TRÁNSITO –RECURSO DIRECTO -EXpte. 9349947”), inédito.

15 DE ANGEL YAGÜEZ, R. (1988), *La responsabilidad civil*, Ed. Universidad de Deusto, Madrid, pág. 236



ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Está claro que el Código vigente recepta la clasificación bipartita. Aunque vale aclarar, para borrar cualquier confusión, que cuando en el artículo 1738 refiere a “derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”, se alude a los daños que tengan por objeto a la persona y que pueden derivar en daño patrimonial o extrapatrimonial. Esto responde a que nuestro derecho argentino -redundamos- no admite terceros géneros. Ese artículo, no hace más que mencionar los bienes potenciales a ser lesionados, más no al daño resarcible.

En ese sentido se pronuncian Bueres y Vázquez Ferreyra, al decir que los daños naturalísticos son diversos rubros en los que se puede descomponer la indemnización del daño patrimonial y moral. Todas las lesiones de las que puede ser víctima un ser humano (a la psiquis, a la identidad, a la expectativa de vida, a la estética, esterilidad, etc.) son distintos rubros del daño indemnizable y en la medida que repercutan en intereses patrimoniales y extrapatrimoniales darán lugar a las correspondientes indemnizaciones.¹⁶

Es decir, la integridad sicofísica, la salud, el proyecto de vida, entre otros, son simplemente

bienes jurídicos, bienes de carácter personalísimos que resultan ser asientos de derechos subjetivos, intereses subjetivos o de intereses simples no reprobados por el ordenamiento jurídico, pero que no pueden ni deben ser resarcido autónomamente, es decir “*per se*”.

Creemos, enérgicamente, que el Código Civil y Comercial de la Nación ha traído mayor luminosidad y ha dejado en claro que la clasificación de las categorías de daños es bipartita: daño patrimonial o daño no patrimonial. Precepto que no dudamos seguirá siendo cuestionado por los juristas que embanderan la autonomía del daño a la integridad sicofísica, del daño a la salud, del daño al proyecto de vida, entre otros.

Pero, sin perjuicio de que la batalla por las etiquetas sobre la denominación que corresponde dar a esos daños, como la guerra por su autonomía, no debe hacer perder de vista el objetivo primordial del derecho de daños que es la efectiva tutela de la persona humana. Y si lo que se busca es ensanchar la reparación, en nuestra opinión, no es necesario recurrir a nuevas categorías de daño sino, más bien, revisar por ejemplo la extensión, la legitimación activa y, en definitiva, las restricciones al principio de la reparación plena bajo el tamiz de nuestra Constitución ya que aquel principio tiene raigambre constitucional. Esto se debe a que si no estas nuevas categorías de daño, más que una llave de escape a un sistema rígido que arroja injusticias, se transforman en una llave de escape de la justicia.

16 VÁZQUEZ FERREYRA R. A. (s.f). *Importantísimos aspectos del Derecho de Daños* en anotación a fallo Cám. Nac. Civ., Sala D, 28/2/96 “G.F.M. y ot. c/ Centro Médico Lacroze y ots.”, al adherir al encuadre dado en el voto del Dr. Bueres, en “Curso de actualización de Derecho Procesal. Temas de apoyo. Prueba” Fundesi pág. 229.

Autor material y autor intelectual ¿Cuál es el límite?



Por Gabriela Eugenia Topalian
Abogada, Especialista en Derecho Penal, Jueza Correccional.

 6 min

Introducción

En el presente trabajo me propongo abordar y delimitar la autoría y la instigación, desde su tratamiento doctrinario, intentado establecer cuáles son los contornos que delimitan ambos supuestos.

Marco normativo de la autoría y la participación e importancia de su diferenciación:

La participación criminal se encuentra regulada en el Libro I, Título VII del Código Penal, en los artículos 45 a 49 del C.P.

El Código Penal argentino se inscribe en el sistema dual, lo que por oposición a la

unidad de autor, implica diferenciar a autores o coautores, de partícipes.

En ese sentido, señala Horacio Días (2018) que nos encontramos ante dos corrientes, una denominada teoría unitaria y la otra diferenciadora. En la primera se considera autor a todo aquel que coopera de algún modo en el hecho, sin distinguir entre los distintos aportes, mientras que en la segunda sí se distingue según el grado o importancia material de estos, siendo autor sólo la figura central del hecho.¹ Por lo que estas son las teorías que analizaremos, a fin de abordar los límites entre unos y otros.

¹ Horacio Leonardo Días (2018). Código Penal de la Nación Argentina comentado: parte general/ Joaquín O. Marcet...[et al.]; dirigido por Horacio Leonardo Días. 1° ed. Revisada. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

La importancia de diferenciar a los autores o coautores de los partícipes podría resumirse del siguiente modo: a) Según Roxin, al igual que con la formación de los tipos, también en la distinción de las formas de participación el legislador persigue el fin de delimitar desde criterios del Estado de Derecho el poder punitivo, ya que la causación de un resultado no tiene que castigarse sin más, sino solo cuando tiene lugar en forma de autoría, inducción o complicidad. b) A su vez, porque para el partícipe secundario el Código Penal prevé una escala penal menor que la del autor y c) Por el principio de accesoriedad² que rige la participación.

Autoría

El autor es la figura central desde la que se parte para el análisis de los distintos grados de participación criminal. Por ello, repasaré sucintamente las distintas teorías “diferenciadoras” que han desarrollado la temática con el objetivo de establecer un límite entre el autor o coautor y los demás tipos de participación, señalando que estas pueden clasificarse en: subjetivas o de concepto extensivo de autor y objetivas o de concepto restrictivo de autor.

Así, las teorías subjetivas explican que será autor quien actúe con ánimo de autor

(*animus auctoris*) y será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*)³.

Aquí se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁴ (unidad de autor), pero reconoce que se debe de distinguir entre autores y partícipes según la contribución a la realización del hecho y que esa respuesta debe provenir desde el aspecto subjetivo.

En la teoría subjetiva extrema era determinante la voluntad del interviniente, en el sentido de que podía entrar en consideración solamente una punibilidad como partícipe, incluso en caso de ejecución del hecho por propia mano⁵, por lo que ha sido objetado en cuanto que “la actitud subjetiva del autor con frecuencia no pueden ser averiguada o demostrada y que su valoración abre un ámbito para la discrecionalidad y la arbitrariedad”⁶.

Las teorías subjetivas han dado paso a las teorías objetivas o de concepto restrictivo de autor y lo significativo es que parten de un principio opuesto al sostenido por las teorías subjetivas, ya que entiende que “no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho *realiza* el tipo. Causación no es igual a realización del delito”. Para esta teoría, los tipos de participación son “causas de extensión de

3 Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ma. Edic. 2º reimpresión, 2005, pag. 369

4 Para esta teoría todos los sujetos que contribuyen a la realización del hecho son por igual autores, y por lo tanto deben ser responsables del mismo

5 Santiago Mir Puig señala como ejemplo la sentencia del Reichsgericht 74, 84, (85) donde se condenó como cómplice y no como autor, a quien había matado a un niño recién nacido a solicitud y por interés de la madre. (ver. ob.cit., pag 369)

6 Hilgendorf, Eric, Derecho Penal: Parte General/Eric Hilgendorf; Brian Valerius 1º ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pag. 179

2 Donna, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, año 1998, pag. 58 indica que “el grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a distintas posibilidades: la accesoriedad mínima, cuando el hecho principal solo requiere ser típicamente adecuado; la accesoriedad limitada, cuando el hecho principal debe ser típico y antijurídico y la accesoriedad extrema: el hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable.” También se habla de la hiperaccesoriedad y es cuando se toman en cuenta también las circunstancias personales del autor.

la pena” ya que si no estuvieran previstos en la norma no sería posible su punibilidad.⁷

Dentro de esta teoría se distinguen tres direcciones: teoría formal-objetiva⁸, teoría objetivo-material⁹ y la teoría del dominio del hecho que es la más difundida actualmente y es en la que profundizaré durante el desarrollo del presente trabajo.

Así, para teoría del dominio del hecho -cuyo mayor exponente en la actualidad resulta ser Claus Roxin-, es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho.¹⁰

En palabras de Roxin, “si alguien ejecuta un hecho sin coacción, por sí solo, los motivos que le hayan impulsado no puede mermar su dominio sobre el curso del suceder de la acción ni menoscabar su posición central en la ejecución”¹¹

En definitiva, será considerado autor directo, “quien comete por sí mismo el hecho punible, con lo cual se convierte en la figura central del suceso, en el protagonista principal

del delito, al relegar -como actores de reparto- a todos aquellos otros partícipes del delito (cómplices), que serán meros cooperadores en el acontecer criminal”¹².

Ahora bien, la diferenciación entre autoría y participación no se encuentra bien definida desde la doctrina. En ese sentido, Frister señala que respecto de la concreción del dominio del hecho hay considerables diferencias de opinión. Señala que existe unidad de criterio solo respecto de que una ejecución del hecho de propia mano fundamenta la autoría.

Este autor interpreta que Roxin, enfatiza en diferenciar según en qué momento se haya prestado el aporte al hecho, de tal manera que quien participa solamente en el estadio de preparación del hecho común, no domina objetivamente su ejecución y, por ello, no podría ser penado como coautor. Señala Frister que ello vale incluso si él ha planeado el hecho por sí y dado las disposiciones como jefe indiscutido de una banda. Pues mientras él no siga teniendo influencia en el estadio ejecutivo, quedaría solo en manos de quien ejecuta si al fin y al cabo comete el hecho o no.¹³

También, el mismo autor, indica que la estricta limitación de la coautoría a la participación en la etapa ejecutiva no ha podido imponerse y dice que la concepción predominante concibe el dominio del hecho no como tomar parte en la decisión final sobre la comisión del hecho, sino

7 Mir Puig, ob.cit. pag 370

8 Para esta teoría será autor todo aquel que cometa por sí mismo la acción típica. De ello resulta que, si la acción realizada no es típica, no se podrá fundamentar la autoría. Por su parte, será partícipe quien aporte cualquier otra contribución causal al hecho. Se le ha criticado que no es posible diferenciar en los delitos de resultado entre la contribución y la realización del tipo, pues ya sea el realizar o contribuir auxiliando a causar el resultado, en ambos casos se podrá considerar autores.

9 La teoría objetivo-material intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal, señalando que sería autor quien aportase en el hecho la contribución objetiva más importante. Sin embargo también ha sido objeto de críticas en atención a que no resuelve los casos de la autoría mediata y por su remisión a fórmulas vagas como “mayor importancia objetiva”, “mayor peligrosidad” no sirven de criterio diferenciador entre autoría y participación.

10 Mir Puig, ob.cit. pag 372

11 Roxin, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal” trad. De la 9na ed. Alemana. Ed. Macial Pons, 2016, pag. 134.

12 Rafecas, Daniel Derecho penal sobre bases constitucionales / Daniel Rafecas - 1ª Ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2021, pág. 677/678

13 Frister Helmut (2022), Derecho Penal parte general, trad. De la 9na. Edición alemana de María de las Mercedes Galli y Marcelo A. Sancinetti, pag. 574

como aporte al hecho especialmente esencial, así, una participación en la etapa preparatoria puede fundamentar el dominio del hecho ya que ese *minus* en la ejecución se compensaría con ese plus en la planificación.¹⁴

En ese sentido, hace referencia a la autoría en razón de una competencia interna de la decisión y para tomar la decisión. Por ello, Frister, señala que es adecuado considerar que sea suficiente para la coautoría, además de la intervención en el hecho, una intervención en la decisión interna sobre la decisión de cometerlo¹⁵. Con este criterio, será coautor quien decida respecto de la ejecución del hecho.

Instigador

Señala Donna que la participación alcanza a los cómplices y a los instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, pero no son acciones típicas, en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí sola la acción descrita en el tipo.¹⁶

Entonces, todo aquel que no tenga el dominio del hecho sólo pueden ser responsables si ha determinado al autor a cometer el hecho punible — mediante instigación — o si le ha prestado una ayuda para que lo cometa, por complicidad.¹⁷

Según Frister, la ley penal alemana considera a la instigación como una forma de

intervención de igual gravedad que la autoría¹⁸. Dicha afirmación es igualmente verdadera en la ley penal argentina, habida cuenta de que, el artículo 45 del ordenamiento fondal prevé una expectativa de pena para la inducción equiparada a la de la autoría.¹⁹

Es por ello que, para el autor alemán, Así, en palabras de Frister, determinar a otro a la realización de un hecho delictivo — que caracteriza a la instigación —, es entendido como una autoría intelectual, es decir, como causación de la decisión al hecho tomada por el autor. Se debe señalar que existen posiciones dispares en relación al concepto de causación y cómo esta debe ser entendida en las particularidades, ya que se discute si alcanza cualquier causación de la decisión de cometer el hecho o si hay que hacer exigencias adicionales para la acción de instigar.

Así, la acción de instigar debe ser solamente una condición necesaria, puesto que lo que importa es tan solo que la decisión al hecho no se habría tomado si no hubiera sido por la instigación. Y tal constatación es compatible sin más con la libertad del autor de no seguir la incitación a que cometa el hecho.²⁰ Prueba de dicha causalidad en la instigación, para Frister, cuando el autor no había pensado anteriormente en absoluto en cometer el hecho por el cual fuera inducido²¹.

14 Frister Helmut, ob. cit., pag. 574

15 Idem nota anterior

16 Donna, autoría y participación, ob.cit., pag. 53 y ss.

17 Idem cita previa

18 Frister Helmut, ob. cit., p. 613.

19 Rafecas, op. Cit., p. 727

20 Frister, ob. cit., pag. 614

21 Frister, op. Cit., p. 614.

Es dable señalar que el instigador debe actuar con dolo respecto de todas las circunstancias que realizan el tipo objetivo.²²

Conclusión

En las líneas precedentes se abordó el problema de la distinción entre la autoría y la instigación, planteado desde la óptica de las distintas teorías, en particular la del dominio del hecho. También, se advirtió acerca de las dificultades que se presentan al momento de establecer límites definidos.

La enunciación y explicación de los tipos de autoría, sus variantes y su diferenciación con la participación, demuestran que sigue siendo un en disputa en la doctrina dónde trazar una línea que diferencie autores y partícipes de forma unánime y sin resultados arbitrarios.

Si bien el criterio predominante es el aportado por la teoría del dominio del hecho, esta no se encuentra exenta de críticas o de puntos discordantes dentro de sus exponentes. Por lo que la aplicación de los principios aportados desde la doctrina al caso concreto, demuestran la necesidad de profundizar el estudio de la autoría y la participación, siguiendo lo considerado por Roxin en cuanto que el particular resulta ser uno de los temas más conflictivos del derecho penal, ya que sus límites no han quedado plenamente consolidados en la doctrina.

Al respecto, puede establecerse como criterio diferenciador entre autor e instigador, quien dominó el acontecer típico y la decisión de llevarlo adelante desde la óptica de la teoría del dominio del hecho.

Referencias

Donna, Edgardo Alberto Derecho Penal: parte especial. Tomo IV Rubinzal-Culzoni Editores, año 2004.

Soler, Sebastian, Derecho Penal Argentino, tomo V, n. 155. VII, pag. 339

[ÍNDICE](#)

²² Cfr. Frister, ob.cit., p. 621-623: se habla de un doble dolo que se traduce en que, por un lado, tiene que conocer que le está aconsejando al autor cometer un hecho doloso y antijurídico y, por el otro, que el autor cometerá ese hecho en razón del consejo impartido.



@DerechoUNLZ



@DerechoUNLZ

@DerechoUNLZOficial



@DerechoUNLZOficial

Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional
de Lomas de Zamora

Camino de Cintura y Juan XXIII - Tel. 1121518420
www.derecho.unlz.edu.ar

ISSN 3008-9271